



RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA RA/AEMP/ N° 102/2012

La Paz, 18 de septiembre de 2012

VISTOS:

La denuncia presentada por el Sr. Fernando Taborga Soliz en contra de la empresa Compañía Industrial de Tabacos S.A. CITSA y la empresa AIDISA Bolivia S.A.; el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 0109/2012 de 03 de agosto de 2012; el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RIMC N° 0117/2012 de 24 de agosto de 2012; la normativa aplicable vigente, y todo lo que se vio y se tuvo presente.

CONSIDERANDO: (de los Antecedentes)

Que, mediante nota de 02 de agosto de 2011, la empresa TADIS representada por Fernando Taborga Soliz denunció haber suscrito con las empresas CITSA y AIDISA contratos de distribución de sus productos, sin embargo de forma anticipada al término de vigencia del contrato, las empresas CITSA y AIDISA, remitieron una nota a la empresa TADIS por la cual se resolvía el contrato.

Que, la denuncia aclara que las empresas CITSA y AIDISA son las únicas con licencia exclusiva para vender y distribuir productos en Bolivia, afectando la Libre Competencia. En este sentido, los contratos de distribución elaborados por estas compañías contienen en su texto "abuso de posición dominante", así como "restricciones a la libre competencia". Asimismo, pide la verificación de lo denunciado por parte de la AEMP, solicitando a las empresas CITSA y AIDISA los contratos suscritos con sus distribuidores.

Que, en atención a la denuncia presentada, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas (AEMP) inició diligencias preliminares en contra de las empresas Compañía Industrial de Tabacos - CITSA S.A. y AIDISA BOLIVIA S.A., con la finalidad de establecer la existencia o inexistencia de la comisión de prácticas anticompetitivas relativas al abuso de posición de dominio.

Que, mediante nota de 05 de agosto de 2011, la empresa TADIS de propiedad del Ing. Fernando Taborga Soliz, presentó Testimonio de Poder a favor de Gonzalo Taborga Soliz y asimismo, requiere se solicite información a las empresas CITSA y AIDISA. Sin embargo, mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N°1063/2011 de 25 de agosto de 2011, la AEMP solicitó al denunciante, la adecuación de su denuncia a lo establecido por el artículo 41 de la Ley N° 2341 en lo referido a la exposición de hechos, motivos, pruebas y pretensión.

Que, a través de la nota de 02 de septiembre de 2011, la empresa TADIS cumple con la adecuación solicitada, señalando que en fecha 10 de marzo de 2008, la empresa TADIS en calidad de distribuidor suscribió un contrato de distribución con las empresas CITSA y AIDISA. Asimismo, el denunciante señala que durante la ejecución de los contratos, de manera constante a través de correos electrónicos, reclamaba a las empresas CITSA y AIDISA el incumplimiento de la entrega de productos a ser distribuidos, la demora en el despacho del producto a la ciudad de Sucre y finalmente el reclamo por la cantidad menor a la solicitada que le era despachada.



Que, según el denunciante, los hechos descritos anteriormente constituyen incumplimiento en la ejecución de los contratos, concluyen finalmente con la rescisión de los contratos, pero por parte de las empresas CITSA y AIDISA, constituyéndose en una práctica abusiva en el mercado de distribución. Asimismo, una vez resuelto el contrato, según TADIS, los datos de los clientes, ubicación geográfica, nombres, domicilio, etc., fueron entregados a las empresas CITSA y AIDISA, quienes actualmente venden a estos clientes.

Que, por otra parte, el denunciante señaló la existencia de interés público en el caso denunciado, toda vez que, todos los distribuidores de los productos en los que CITSA y AIDISA tienen exclusividad en el mercado de distribución en Bolivia, no deberían estar sujetos a prácticas abusivas por sus contratos de adhesión, ni cautivos. Asimismo, se aclaró la denuncia, señalando:

1. *"CITSA y AIDISA sujetan o cautivan a los distribuidores a condiciones inequitativas pues son contratos de adhesión donde los distribuidores no tienen ningún poder de negociación."*
2. *"Luego de la inversión que hacen los distribuidores con realizar toda su logística, las empresas CITSA y AIDISA resuelven los contratos antes del plazo de vencimiento, sin ninguna indemnización"*.
3. *Que todos los distribuidores, tengan condiciones equitativas con las empresas AIDISA y CITSA en sus contratos y no exista abuso de su poder de mercado....*

Que, mediante nota AEMP/DESP/DTDCDN/N° 1463/2011 de 08 de noviembre de 2011, la AEMP solicitó a Fernando Tabora Soliz gerente general de la Empresa TADIS, la adecuación de su denuncia a las prácticas anticompetitivas descritas en los artículos 10 y 11 del Decreto Supremo N° 29519.

Que, al respecto, la empresa TADIS mediante nota presentada en la AEMP en fecha 16 de noviembre de 2011, se ratificó en su denuncia, aclarando que ante la afectación del interés público del mercado de distribución en Bolivia, la AEMP debe seguir con la investigación, la calificación del procedimiento y en caso corresponda sancionar. En este sentido, solicitó el inicio del procedimiento de investigación de oficio contra la Compañía Boliviana de Tabacos S.A. y AIDISA Bolivia S.A. por prácticas abusivas, debiendo la AEMP calificar las mismas.

Que, por último, mediante notas AEMP/DESP/DTDCDN/N°1663/2011 de fecha 14 de diciembre de 2011 y AEMP/DESP/DTDCDN/N°0004/2012 de fecha 04 de enero de 2012, la AEMP requirió información y documentación a la empresa TADIS. Estas solicitudes fueron atendidas mediante notas recepcionadas en fecha 23 de diciembre de 2011 y 17 de enero de 2012, adjuntando información financiera, e-mails de reclamos de falta de producto cursados con las empresas CITSA y AIDISA.

Que, la información remitida mediante nota de 17 de enero de 2012, adjunta Laudo arbitral y Complementaciones que dictó el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de la Ciudad de Cochabamba en el caso de la empresa TADIS contra AIDISA BOLIVIA S.A. – Compañía



Industrial de Tabacos S.A., el cual contiene las siguientes consideraciones acerca del contrato suscrito entre la empresa TADIS y los denunciados:

- ... "el distribuidor ha denunciado la presión o imposición de parte de los suministradores en la redacción de algunas cláusulas, que fuera de resultar abusivas e inequitativas, permitan a los demandados apartarse del mandato de varias disposiciones legales... acerca de la buena fe e integración del contrato".
- ... "el análisis de los contratos realizado... revela:
 - Existencia de cláusulas excesivas, inequitativas y hasta ilegales contra el Distribuidor.
 - Incumplimiento injustificado de los Suministradores a su obligación básica en el contrato.
 - Cumplimiento completo y cabal por el Distribuidor.

CONSIDERANDO: (del Análisis Técnico)

Que, mediante Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N°0109/2012 de 03 de agosto de 2012, se efectuó la valoración técnica de toda la documentación aportada por las empresas TADIS, CITSA y AIDISA, del cual se tiene el siguiente análisis:

Análisis Técnico Económico de Posibles Prácticas Anticompetitivas.

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

Exclusividad territorial

La exclusividad territorial se encuentra tipificada como una práctica anticompetitiva relativa en el artículo 11 numeral 1) del D.S. N° 29519 "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**".

Un territorio o grupo de clientes, se asigna exclusivamente cuando un proveedor acuerda vender sus productos a un distribuidor para que este distribuya los mismos en un territorio en particular o a un grupo de clientes en particular, y donde el distribuidor exclusivo es protegido por el proveedor contra las ventas activas dentro del territorio o grupo de clientes por parte de otros distribuidores u otros compradores que tenga el proveedor, **evitándose de esta manera la competencia interna entre los distribuidores de la misma marca.**





La exclusividad territorial es un tipo de acuerdo que usualmente no se da de manera aislada: por lo general un productor o proveedor distribuirá sus bienes a través de una red de distribuidores con los cuales ostenta este tipo de relación; cada uno relacionado con un territorio diferente.

Los acuerdos de distribución territorial exclusiva proporcionan a un comerciante la capacidad de ser el único comerciante de ciertos bienes en particular en un territorio definido. El territorio puede ser tan reducido como un solo pueblo o tan amplio como todo un país o continente, pero el comerciante al que se le ha sido asignado dicho territorio tiene la seguridad que el productor o proveedor no está proveyendo a ningún comerciante rival en ese territorio¹.

En nuestro caso de análisis se generan indicios de que CITSA habría conformado una red de distribución selectiva, conformada por distribuidores independientes a los cuales les habría **designado de manera contractual un territorio específico** en el que podrían desempeñar su actividad de comercialización y distribución de productos, obligándose a los mismos a vender en las "zonas asignadas" y prohibiéndoseles la venta de dichos productos en otras zonas.

Un indicio de lo descrito en el párrafo anterior se evidencia en la cláusula Segunda del contrato suscrito entre CITSA y TOBA Ltda. el cual señala que : *"la "FABRICA" designa a TOBA LTDA. como "DISTRIBUIDOR" de todos sus productos en parte de la zona sur de la ciudad de La Paz de las marcas que actualmente produce y de los que podría producir en el futuro o dejar de fabricar, para cuyo efecto se determinaran zonas referenciales de distribución y venta, reservándose la "FABRICA" el derecho de cambiar, ampliar, restringir o suprimir estas zonas o áreas, de conformidad a un mapa de territorio, anexo al contrato"*.

Como se vio en el punto 7.3, el hecho de que **cláusulas restrictivas** (que impiden la venta de productos más allá del territorio asignado, que exigen exclusividad o que fijan precios) que se encuentran presentes en contratos, no se hagan cumplir; no es **defensa ante la infracción de la normativa de defensa de la competencia y su posible efecto anticompetitivo** en el mercado y no impide la declaración de estas como una práctica prohibida².

Otro indicio de la aplicación de restricciones territoriales en el mencionado contrato, está presente en el punto 13.1.6. , el cual señala que una de las obligaciones del distribuidor es la de: *"controlar y responsabilizarse totalmente por las ventas al crédito realizadas en su territorio"*.

De acuerdo a la legislación europea, tanto las ventas activas como pasivas realizadas por los distribuidores, no pueden ser sujetas a restricciones³. Esta situación, resalta la libertad de los distribuidores para comercializar los productos en los territorios y con los clientes que el distribuidor vea pertinente.

¹ EU Distribution Law, Joanna Goyder, 2005 (pag. 70)

² Resolución (Expte. 389/96, Cervezas Mahou)

³ Distribution Agreements Under the EC Competition Rules, Korah y O'Sullivan, 2002 (pag.186)



En ese sentido, se entendería que CITSA no podría prohibir a un distribuidor que tiene su almacén en la ciudad de La Paz, realizar sus ventas (activas o pasivas) en la ciudad de Santa Cruz (o en el departamento de Bolivia que desee) y viceversa; ello en virtud a la independencia de los distribuidores (excepto AIDISA) respecto a CITSA.

Posibles cláusulas de exclusividad territorial presentes en los contratos de distribución, entre CITSA y los miembros de la red de distribución selectiva conformada por dicha empresa, generarían la **eliminación de toda competencia interna (intra-marca) en el mercado**, dejando como única competencia a enfrentar (en los territorios asignados) los productos importados y comercializados por agentes económicos ajenos a CITSA y a la red de distribución selectiva conformada por esta, lo que para el presente caso resulta ser un marginal competencia inter-marca (8%) insuficiente como para generar opciones para los consumidores.

Los territorios asignados por CITSA a los distribuidores que conforman su red de distribución selectiva, se detallan en el cuadro N° 1 a continuación.

Cuadro N° 1
Distribución territorial de distribuidores CITSA

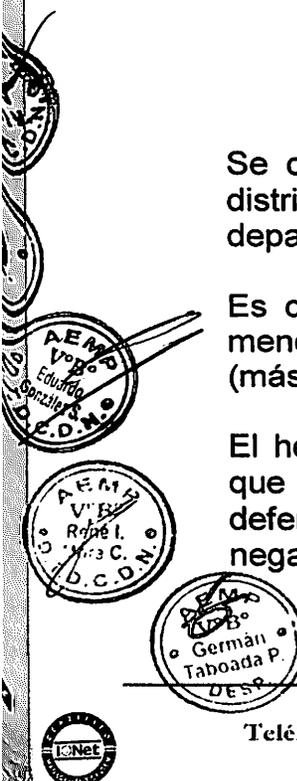
Distribuidor	Territorio
AIDISA	La Paz
Real Representaciones	Oruro
Toba Ltda.	Zona Sur de la ciudad de La Paz
TADIS	Sucre
ADIS	Potosí
Distribuidora Trinidad	Trinidad
Gloria Pedriel	Santa Cruz, en zonas de vetas asignadas y convenidas entre partes
Cárdenas-Sandoval	Santa Cruz, en zonas de vetas asignadas y convenidas entre partes
Pio Pio	Zona central de la ciudad de Tarija

Fuente: Elaboración propia en base a contratos de distribución CITSA

Se observa que los posibles territorios asignados por CITSA en los contratos de distribución, varían desde un departamento hasta una zona específica dentro de un departamento (si más de un distribuidor atendía el departamento).

Es crítico tener en mente que una restricción territorial opera como la alternativa menos costosa del CITSA a la distribución propia a través de sus propios empleados (más costosa), manteniendo un cierto control sobre los distribuidores independientes.

El hecho de que las restricciones territoriales generen beneficios para la empresa que las práctica, no significa que ello sea permitido dentro del marco normativo de defensa de la competencia, por el contrario, es preciso valorar los posibles efectos negativos que puede generar la exclusividad territorial, toda vez que "los territorios





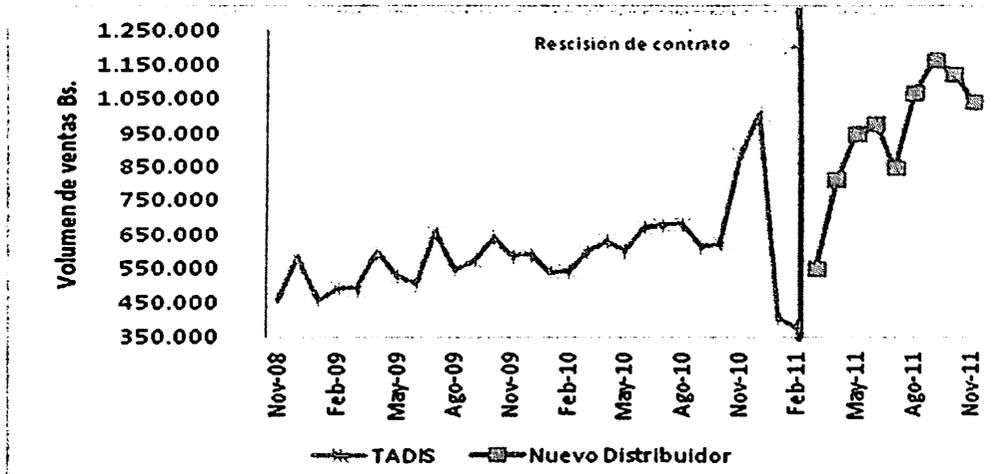
exclusivos otorgan al distribuidor una posición monopólica que es, en algunos aspectos, similar a aquella del productor⁴.

La posible aplicación de cláusulas de restricción territorial además de generar la eliminación de la competencia intra-marca, podría generar un cierre de mercado a potenciales distribuidores (ver punto 7.3.), que cumplirían con todos los criterios razonables requeridos por CITSA, pero que bajo criterios (suplementarios) subjetivos serían impedidos de incorporarse en la red de distribución selectiva de CITSA.

Otro indicio de la posible utilización de restricciones territoriales para prescindir de los servicios de un distribuidor, viene dado por el desplazamiento de la distribuidora independiente TADIS del mercado de distribución de productos de CITSA, en vista de que, dicha empresa demostró ser eficiente⁵ en el servicio prestado a CITSA, pero pese a ello esta última le rescindió el contrato a la primera de manera unilateral y contrató inmediatamente un nuevo distribuidor.

Esta conducta genera indicios de que se buscaría evitar la competencia interna entre distribuidores en un mismo territorio (TADIS y otra distribuidora compitiendo en Sucre), toda vez que, el desempeño de TADIS en lo referente a ventas habría sido eficiente (ver gráfico N° 1) y no se evidencian reclamos por parte de CITSA en lo referente al servicio prestado por dicho distribuidor (ej. equipamiento, personal, otros).

Gráfico N° 1
Evolución de los volúmenes de ventas de cigarrillos
Expresado en Bs. TADIS, 2008-2011



Fuente: Elaboración propia en base a datos CITSA

⁴ Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts; Hesselink, Rutgers, Bueno Díaz, Scotton y Veldman, 2006 (pag. 279). "Exclusive distribution offers the distributor a monopoly position which is, in some aspects, similar to that of the producer".

⁵ Según registro PTC remitido por CITSA.



De no existir criterios de exclusividad territorial, CITSA debería haber continuado con el servicio prestado por TADIS (un servicio eficiente) y paralelamente se podría haber utilizado el servicio prestado por el distribuidor que remplazo posteriormente a TADIS (el cual seguramente cumplía con los criterios de eficiencia requeridos).

En otras palabras, se generan indicios de que el criterio utilizado por CITSA para **desplazar** a TADIS del mercado de distribución, podría estar basado en un criterio de **exclusividad territorial** (inmerso en los contratos de distribución), que no permitiría a CITSA tener más de un distribuidor en determinados territorios.

En ese sentido, la presencia de indicios de **clausulas de exclusividad territorial** en los contratos suscritos entre CITSA y una red de distribuidores independientes, que atiende al mercado de consumidores de cigarrillos, podría distorsionar el mercado de distribución de cigarrillos **evitando la competencia intra-marca**, y generando barreras de ingreso (o incluso cerrando el mercado) a distribuidores potenciales eficientes.

Consideraciones del poder de mercado de CITSA

De acuerdo a la legislación europea, cuando la cuota de mercado de la empresa productora/proveedora se encuentra por debajo del 30%, se estima que dicha empresa carece de un significativo poder de mercado, y por ende, se estima que es improbable que los acuerdos verticales (como la exclusividad territorial) restrinjan la competencia⁶. Por otra parte, cuando la cuota de mercado es superior al 30% se estima que es muy probable que este tipo de restricciones generen restricciones en la competencia.

En base al párrafo anterior, en nuestro caso de análisis observamos que la empresa CITSA posee poder de mercado, inicialmente estimado por una **cuota de mercado del 92%** y corroborado por los índices HHI, SSNIP, así como, por la barreras de ingreso analizadas en el punto 6.3, por lo que se **estima que es muy probable que la aplicación de clausulas restrictivas territoriales generen restricciones en la competencia**, tanto al nivel del eslabón de distribución como al nivel del consumidor final.

Efectos de las restricciones territoriales en el mercado

La posible distorsión y afectación, resultado de otorgar territorios exclusivos a ciertos distribuidores, se encuentra documentada en los correos electrónicos emitidos por TADIS a CITSA, en los cuales se señala que *"...el mercado de (cigarrillo) casino en esta ciudad está totalmente distorsionado en cuanto a precios se refiere, esta oscilando entre Bs36.- y 38Bs.- el paquete, a consecuencia de la falta de producto en el punto de venta..."*⁷.

⁶ Distribution Agreements Under the EC Competition Rules, Korah y O'Sullivan, 2002 (pag.73)

⁷ Correo electrónico adjunto a nota de fecha 23 de diciembre del 2011.



Basados en la teoría económica, se entendería que esta distorsión en los precios de venta del cigarrillo Casino en la ciudad de Sucre, fue el resultado de la falta de aprovisionamiento de mercadería sufrido por TADIS (menor cantidad de producto ofertado, genera un mayor precio), un par de meses antes de su desplazamiento y posterior reemplazo por parte de CITSA.

Considerando que CITSA posee poder de mercado (es decir, la capacidad de manipular los precios y las cantidades de los cigarrillos) y que existen indicios de una posible restricción territorial que otorga exclusividad territorial a los distribuidores que conforma la red de distribución selectiva de CITSA, se entendería que al no aprovisionarse de producto a la empresa TADIS un par de meses antes de su desplazamiento, se habría realizado una manipulación de la cantidad ofertada de producto (Casino) por parte de CITSA en la ciudad de Sucre, cuyo resultado fue la afectación al consumidor final en la forma de **incremento de precios** del producto. Situación que podría haberse evitado si el mercado de Sucre hubiese contado con más de un distribuidor de productos.

Es preciso señalar que, la legislación de defensa de la competencia⁸, condena lo que considera restricciones "irrazonables", que empresas productoras o proveedoras aplican sobre los distribuidores, como ser, la fijación de precios de venta de los productos, la especificación de territorios en los cuales pueden operar los vendedores, u otras restricciones que afecten el comportamiento de los distribuidores⁹.

Las autoridades de defensa de la competencia sostienen que el flujo de comercio puede ser distorsionado del curso que normalmente debería tomarse en la ausencia de este tipo de restricciones verticales, lo cual **es suficiente para señalar que se habría infringido la normativa de defensa de la competencia**, dado o no el hecho de que el flujo de comercio haya sido afectado con incrementos o decrementos.

Exclusividad de producto

La exclusividad de producto se encuentra tipificada como una práctica anticompetitiva relativa en el artículo 11 numeral 1) del D.S. N° 29519 *"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"*.

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

⁸ Tanto la norte americana, como la europea.

⁹ The Antitrust Enterprise, Principle and Execution, Hovenkamp, 2005 (pag. 183)





agencias¹⁰ de los automóviles "X" estén prohibidas de vender automóviles distintos a los producidos por dicha empresa (la exclusividad en una agencia no infringe la normativa de defensa de la competencia).

La exclusividad de productos llega a infringir la normativa de defensa de la competencia, por ejempló, si la empresa de crema dental "C" insiste en que las farmacias vendan únicamente su marca de pasta dental y ninguna otra marca más. En ese caso las empresas rivales productoras de cremas dentales, tienen el acceso a espacios de venta "cerrado". En otras palabras, la exclusividad de producto tiene el poder de excluir a la competencia del mercado.

En nuestro caso de análisis, aparentemente no se estaría requiriendo exclusividad a los puntos de venta (ej. tiendas de barrio, supermercados, etc.), pero posiblemente se estaría exigiendo una exclusividad a los agentes distribuidores, práctica que distorsionaría dicho eslabón por tener el potencial de excluir tanto a competidores como a distribuidores potenciales del mercado; ya que, de acuerdo a las obligaciones que impone CITSA a sus distribuidores independientes de manera contractual, los distribuidores están obligados a **"No negociar ni vender productos similares a los que produce la "FABRICA" ya sea a nivel local o departamental. Para el caso de ventas al exterior, deberá contar con la autorización expresa y escrita de "LA FABRICA"**¹¹.

La utilización de clausulas de exclusividad en los contratos de comercialización, aparentemente sería usado como criterio de evaluación para permitir o no el ingreso de distribuidores potenciales a la red de distribución selectiva conformada por CITSA (aquel que no acepta la exclusividad de producto no puede ser distribuidor de CITSA), criterio subjetivo que infringiría la normativa de defensa de la competencia al tener la capacidad de desplazar a distribuidores potenciales del eslabón de distribución.

En resumen, en nuestro caso de análisis la posible exclusividad de producto exigida por CITSA a los distribuidores independientes que conforman la red de distribución de cigarrillos, podría tener una afectación al mercado, vía **desplazamiento de posibles empresas rivales** a CITSA impedidos de comercializar a través de una red de distribuidores, así como, un criterio de evaluación de distribuidores que podría ser utilizado para **desplazar a distribuidores potenciales eficientes**.

Consideraciones del poder de mercado de CITSA

De acuerdo a la legislación europea, la exclusividad de producto puede permitirse (después de una evaluación por la regla de la razón), si la empresa que lleva a cabo dicha práctica presenta una cuota de mercado¹² menor al 30%. Es decir que, al tener CITSA una cuota de mercado del 92%, no podría permitirse que dicha empresa

¹⁰ Salvo pacto en contrario, el agente está prohibido de promover o explotar dentro de la misma zona líneas de negocios de otros empresarios competidores del mismo ramo, bajo pena de resarcir los daños ocasionados.

¹¹ Contrato de distribución TOBA Ltda./CITSA

¹² EU Distribution Law, Joanna Goyder, 2005 (pag. 66)



requiriese la exclusividad de producto porque se estimaría que dicha práctica podría tener un incidencia negativa en el mercado.

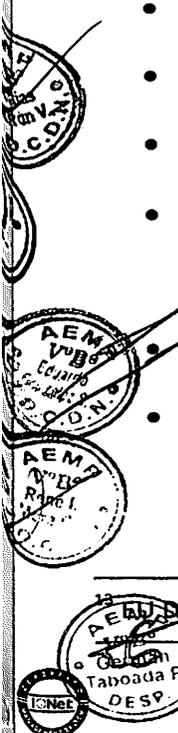
Efectos de la exclusividad de producto en el mercado

Al disponer CITSA de una cuota (y poder) de mercado, la exclusividad de producto, no solamente tiene el potencial anticompetitivo de cerrar el mercado a la competencia, ya que con dicha restricción se incentiva a los distribuidores a concentrarse en la comercialización de una marca específica de producto, sino que también puede utilizar como herramienta para desplazar a distribuidores potenciales que decidan no aceptar este tipo de cláusulas suplementarias al objeto del contrato de distribución.

En los hechos, a menos que un acuerdo tenga efectos muy reducidos, la exclusividad, acompañada de cualquier forma adicional de protección territorial, probablemente incurrirá en una infracción de las normas de defensa de la competencia¹³. En nuestro caso de análisis, al poseer CITSA poder de mercado en la comercialización de cigarrillos, se estimaría que los efectos en el mercado serían **significativos**, hecho que se vería agravado si se considera que existen indicios de la aplicación de restricciones territoriales y exclusividad de producto en forma conjunta.

Que, por último, una vez realizado el análisis técnico respectivo, corresponde citar las conclusiones a las cuales arribó el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 0109/2012:

- Se determinó que la empresa AIDISA pertenece a la empresa CITSA.
- Se determinó 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 con un 92% de cuota de mercado.
- Se determinó que el mercado de producción y comercialización de cigarrillos se encuentra concentrado y presenta barreras de ingreso a competidores potenciales.
- Se observa la formación de una red de distribución selectiva por parte de CITSA, conformada por distribuidores independientes y su empresa AIDISA.
- Se generan indicios de la aplicación de cláusulas de restricción territorial, en los acuerdos suscritos con distribuidores independientes.
- Se generan indicios de la implementación por parte de CITSA de un criterio de valoración de distribuidores, basado en la **exclusividad territorial de los distribuidores** y en la **exclusividad de producto**, lo que puede generar barreras de ingreso y puede llegar a cerrar el mercado a distribuidores potenciales.
- Se generan indicios de la aplicación de cláusulas de exclusividad, en los acuerdos suscritos con distribuidores independientes.
- Se generan indicios de acuerdos verticales que presentan cláusulas restrictivas de la competencia:



¹³ Distribution Law, Joanna Goyder, 2005 (pag. 72)



- i. **Exclusividad territorial para los distribuidores** (infracción al artículo 11 numeral 1. del D.S. N° 29519).
- ii. **Exclusividad de producto** (infracción al artículo 11 numeral 1. del D.S. N° 29519).

CONSIDERANDO: (De la Posición de Dominio y el Abuso de la Posición de Dominio)

Que, debe considerarse que dentro el análisis del presente caso, se llegó a evidenciar que, la empresa AIDISA es parte de la empresa CITSA y que, si bien AIDISA posee contratos de distribución a nivel nacional, estos son de distribución de diversos productos. En cambio la empresa CITSA posee contratos de distribución a nivel nacional, pero con el único fin de distribuir su producto. Por esta razón, la presente investigación se ha fijado únicamente sobre un determinado producto como son los cigarrillos, más aún considerando que la empresa AIDISA es parte de la empresa CITSA.

Que, considerando lo precedente, analizando la posición de dominio denunciada, corresponde señalar que, ésta por sí misma no atenta contra los principios de libre competencia, toda vez que una empresa puede obtener posición de dominio, atrayendo a un mayor número de clientes a través de sus mejores precios, calidad u otras condiciones de venta, servicio, o por su mayor eficiencia en el mercado.

Que, la posición de dominio de una empresa en el mercado consiste en, la capacidad de esta, de actuar independientemente del resto de los agentes en el mercado, aspecto que hace posible, que la misma incurra con probabilidad en la realización de un abuso de su posición en desmedro del resto de los agentes económicos. Ante esta situación, los abusos realizados por una empresa con posición de dominio se consideran negativos, puesto que resultan perjudiciales para el mercado.

Que, el abuso de la posición de dominio en el mercado es una figura nociva para el correcto funcionamiento del mercado. Es en esencia, la descripción de una conducta prohibida. Nuestra normativa no prohíbe, ni sanciona obtener la posición de dominio, lo que sanciona es el ejercicio abusivo de esa condición en el mercado.¹⁴

Que, en este entendido, lo que se regula en materia de defensa de la competencia, es el posible abuso en el que pudieran incurrir las empresas que se encuentran en posición de dominio con la intención de obtener beneficios extraordinarios en perjuicio del resto de sus competidores. Es decir, el **abuso de posición de dominio** materializado en la comisión de prácticas anticompetitivas.

Que, por su parte, el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 0109/2012 efectúa el análisis respecto al poder de mercado de la empresa CITSA, estableciendo que a través de su elevada cuota de mercado, de 92% de la producción e importación de cigarrillos, la empresa CITSA tiene poder de mercado, lo que le otorga posición de dominio sobre la competencia.

¹⁴ Revista de la competencia y la propiedad intelectual, Juan Francisco Rojas INDECOP



CONSIDERANDO (Del Poder de Mercado)

Que, la Comisión Europea define el poder de mercado como, *"el poder de influenciar en los precios del mercado, oferta de productos, innovación, la variedad o calidad de los bienes y servicios u otros parámetros de competencia del mercado por un periodo significativo de tiempo"*¹⁵.

Que, por lo general, las cuotas de mercado que pueden presentar distintas empresas, se utilizan como buenos indicadores del poder de mercado de las mismas¹⁶, de acuerdo a Massimo Motta (2003) este *"análisis gira alrededor de la evaluación de las cuotas de mercado que posee la empresa (o empresas)"*¹⁷, aunque la valoración de cuotas de mercado, puede ser complementada con otros análisis para determinar el poder de mercado de una empresa.

Que, 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"*¹⁸. En ese 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%.

Que, actualmente existe una tendencia en materia de defensa de la competencia bajo la cual se otorga una mayor libertad de acción a empresas que **no poseen** poder de mercado.

Que, 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 consideradas 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.

CONSIDERANDO: (Índice Hirschman-Herfindhal (HHI) de poder de mercado)

Que, el índice HHI por lo general es utilizado para establecer que existe una relación directamente proporcional entre el grado de concentración industrial, sin embargo, también puede utilizarse como una herramienta que mide el grado promedio de poder de mercado¹⁹.

¹⁵ Comisión Europea, "DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses", (2005), disponible en <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

¹⁶ EU Distribution Law, Joanna Goyder, 2005 (pag. 68)

¹⁷ Competition policy Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (cap. 3, pag. 16)

¹⁸ MPI Studies on Intellectual Property, Josef Drexler, Reto M. Hilty, Wolfgang Schön, Joseph Straus, 2008 (P.60)

¹⁹ Competition policy Theory and Practice, Massimo Motta, 2003 (cap. 3, pag. 23)



Cuadro N° 2

Año	CITSA	Importadoras	Índice HHI
2010	92,0	8,0	8.528

Que, el índice HHI, se calcula como la sumatoria de los cuadrados de las participaciones de mercado de todos los participantes productores de cigarrillos:

$$HHI = (92)^2 + (8)^2 = 8.528$$

Que, considerando que los mercados pueden ser catalogados como desconcentrados ($HHI < 1000$), moderadamente concentrados ($1000 < HHI < 1800$) o altamente concentrados ($1800 > HHI$)²⁰. Podemos decir que, el mercado de cigarrillos en Bolivia, en base al índice HHI (8.528), corresponde a un mercado altamente concentrado donde CITSA es una empresa que posee poder de mercado.

CONSIDERANDO: (Análisis Jurídico de la Denuncia presentada por TADIS).

TADIS y los contratos suscritos con CITSA y AIDISA.

Que, en una primera instancia, la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, requirió toda la información necesaria a las empresas CITSA, AIDISA y TADIS, a efecto de obtener los elementos de convicción que le permitan adoptar una decisión fundada conforme a derecho respecto al inicio o no de un procedimiento sancionador en contra de las empresas denunciadas.

Que, dentro el desarrollo correspondiente al análisis de la denuncia presentada por la empresa TADIS en contra de las empresas CITSA y AIDISA. TADIS denunció que los contratos suscritos por las empresas CITSA y AIDISA con sus distribuidores contenían en su texto condiciones de "abuso de posición dominante" así como "restricciones a la libre competencia".

Que, en fecha 11 de marzo de 2008, fue elevado a documento público, el Contrato de Distribución suscrito entre el señor Gonzalo Molina Rivero; en representación legal de la **Compañía Industrial de Tabacos S.A.** y el señor José Fernando Taborga Soliz, como distribuidor (TADIS).

Que, asimismo, el 11 de marzo de 2008, fue elevado a documento público, el Contrato de Distribución suscrito entre el señor Gonzalo Molina Rivero; en representación legal de la empresa "**AIDISA BOLIVIA S.A.**" y el señor José Fernando Taborga Soliz, como distribuidor (TADIS).

²⁰ Wagner & Frank (2001) Litigation Services Handbook (Capítulo 26, pág 11)



De las supuestas cláusulas abusivas denunciadas.-

Que, en relación al punto de referencia, la empresa TADIS señala que las empresas CITSA y AIDISA haciendo abuso de su posición de dominio redactan sus contratos con cláusulas abusivas que no dejan margen de negociación a los distribuidores y que facultan a los suministradores (CITSA y AIDISA) resolver el contrato en cualquier momento, sin importar que los términos del contrato se hubiesen cumplido o no. En este sentido, primeramente debe considerarse que la empresa AIDISA pertenece a la empresa CITSA, toda vez que la empresa CITSA posee un 99,88% de participación en la empresa AIDISA. En segundo lugar, como señala el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/Nº 0109/2012, la empresa CITSA tiene una cuota de mercado de producción e importación de cigarrillos calculado para el año 2010 de 92%, lo cual coloca a esta empresa en posición de dominio respecto a sus competidores y en posición de imponer condiciones a las empresas que contraten con ella.

Que, sin embargo, no es menos relevante el hecho de que ambos contratos fueron suscritos por las partes intervinientes lo cual hace la aceptación plena de las condiciones en ellos insertos. Asimismo, revisados los contratos en cuestión, se evidencia que en resguardo de la parte que considere que los términos del contrato no son claros, se tiene en ambos casos la cláusula vigésima que señala lo siguiente:

“(Solución de Controversias): Las partes expresan que los términos del presente contrato y las obligaciones que de él emergen, se encuentran bajo la jurisdicción de las leyes y autoridades bolivianas. Todo litigio, discrepancia, cuestión y reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente Contrato o relacionado con él, directa o indirectamente, se someterá previamente a la negociación directa entre partes. Si agotada la negociación entre partes o expirado el plazo máximo de diez (10) días calendario, la controversia no fuese resuelta amigablemente, la misma se resolverá definitivamente mediante arbitraje en el marco de la Ley Nº 1770 de Arbitraje y Conciliación de 10 de marzo de 1997. El arbitraje se sujetará a las reglas y procedimiento contenido en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de la Ciudad de Cochabamba...”

Que, en este mismo sentido, la empresa TADIS respecto a lo abusivo del contenido de los contratos denunciados, recurrió al Centro de Conciliación y Arbitraje, obteniendo un pronunciamiento de este tribunal respecto a los contratos sometidos a su conocimiento, que evidencia: la *“Existencia de cláusulas excesivas, inequitativas y hasta ilegales contra el distribuidor”*. Afirmación que, contribuye a la obtención de una indemnización a favor de la empresa TADIS por parte de las empresas CITSA y AIDISA.

De la supuesta vulneración a la libre competencia por las cláusulas abusivas y prácticas restrictivas de la competencia denunciadas por TADIS.-

Que, como bien se ha logrado determinar conforme al Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/ Nº 0109/2012, el mercado relevante se circunscribe a las empresas productoras y distribuidoras de cigarrillos a nivel nacional. Asimismo, se determinó que la empresa CITSA posee un 92% de poder de mercado. El siguiente paso es, establecer si la conducta de las



empresas denunciadas, a través del establecimiento de cláusulas "abusivas" afecta a la competencia y en consecuencia al mercado.

Que, concluido el análisis descrito anteriormente, el establecimiento de cláusulas "abusivas" debiera adecuarse a las prácticas anticompetitivas contenidas en los artículos 10 y 11 del Decreto Supremo N° 29519 correspondientes a las prácticas anticompetitivas absolutas y relativas respectivamente descritas a continuación:

Que, en relación a las **Prácticas Anticompetitivas Absolutas**, el presupuesto objetivo de este tipo de contravención, es el acuerdo entre dos o más competidores con el objeto de realizar diversas conductas de manera conjunta que afecten el mercado, hecho que no se adecúa a la conducta descrita por el Denunciante en el presente caso, toda vez que las empresas denunciadas no son competidoras entre sí, al contrario como se ha demostrado en el Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 0109/2012 la empresa AIDISA sería parte de la empresa CITSA.

Que, en referencia a las **Prácticas Anticompetitivas Relativas**, el presupuesto objetivo de este tipo de contravención, son aquellos actos unilaterales o acuerdos que tienen por objeto desplazar indebidamente a otros agentes del mercado, impedir su acceso al mercado o establecer ventajas exclusivas a favor de una o varias personas.

Que, dentro de las prácticas anticompetitivas relativas, existen once conductas con sus respectivas variaciones que se encuentran descritas por el artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, que en resumen son las siguientes:

1. Exclusividad en la distribución o comercialización de un producto;
2. Imposición de precio a un distribuidor o proveedor.
3. Venta condicionada de producto.
4. Rehusarse a vender un producto normalmente ofrecido a terceros.
5. Ejercer presión sobre otro agente económico.
6. Venta sistemática de bienes por debajo de su costo.
7. Venta de bienes divisibles.
8. Incentivos por productores con condición de no negociar con terceros.
9. Subvención cruzada.
10. Discriminación de precios.
11. Acción dirigida a incrementar los costos de un competidor.

Que, revisadas las conductas anticompetitivas que comprenden las prácticas anticompetitivas relativas, se determina que, el establecimiento de cláusulas "abusivas" de forma genérica denunciada, no se adecúa a ninguna de ellas. Sin embargo del análisis de los contratos denunciados, se ha logrado establecer indicios de cláusulas de "exclusividad en la distribución y comercialización de cigarrillos", lo cual dará lugar al análisis del siguiente punto.

Que, sin embargo, a efecto de concluir con el punto analizado precedentemente respecto a las cláusulas "abusivas", es posible determinar que ésta controversia entre particulares, en los términos planteados por el denunciante, no comprende una afectación a la libre competencia toda vez que las cláusulas "abusivas" descritas por el denunciante en contra de



las empresas CITSA y AIDISA no se adecúan a ninguna de las prácticas anticompetitivas absolutas y relativas descritas por los artículos 10 y 11 respectivamente del Decreto Supremo N° 29519. Asimismo, es posible afirmar que todo litigio, discrepancia, cuestión y reclamación resultante de la ejecución o interpretación de los contratos suscritos entre la empresa TADIS y las empresas CITSA y AIDISA tienen una vía de solución a través del Arbitraje.

De las presuntas cláusulas de exclusividad.

Que, una vez revisado el análisis contenido en el Informe Técnico descrito precedentemente, el mismo presume la existencia de cláusulas de exclusividad de producto y exclusividad de territorio dentro los contratos suscritos por la empresa CITSA y sus distribuidores. Estas cláusulas conducirían a una conducta de exclusividad, la cual se halla descrita como práctica anticompetitiva de acuerdo al artículo 11, numeral 1 del Decreto Supremo N° 29519, el cual será analizado a continuación a efecto de establecer la posible vulneración a la libre competencia.

Art. 11 numeral 1 del Decreto Supremo N° 29519.

Que, el artículo 11, numeral 1 del Decreto Supremo N° 29519, establece como presupuesto básico lo siguiente: *"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;"...*

Numeral 1: ... *"entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes y servicios; por razón de sujeto, situación geográfica o por periodos determinados, incluidos 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, se constituyen en conductas anticompetitivas relativas"*.

Que, en esencia la práctica anticompetitiva descrita en la primera parte de este artículo, establece que su comisión puede ser efectuada de forma unilateral o en combinación con otros agentes económicos con el fin de afectar la libre competencia, aunque este fin no se haya concretado. Es decir, que la práctica podría ser materializada por un solo agente económico, en este caso se tiene a la Compañía Industrial de Tabacos S.A. CITSA; o por acuerdo entre dos agentes económicos que en este caso podría incluir al vínculo comercial que existe entre la empresa CITSA y los distribuidores de su producto.

Que, como segundo punto de análisis y analizado el numeral 1 del artículo 11 descrito anteriormente, se observa en el presupuesto básico, la inclusión de una segunda figura que es la participación necesaria de dos agentes económicos que no son competidores entre sí, es decir que se encuentran en etapas diferentes de la cadena de producción, entendiéndose en la primera etapa se encuentra el productor, de esta forma delimitamos específicamente que la supuesta práctica anticompetitiva fue realizada por la empresa CITSA en contra de un



agente económico situado en la etapa de comercialización del producto como es el distribuidor.

Que, en este sentido, debe observarse que CITSA, de acuerdo a los argumentos analizados de toda la documentación aportada dentro el presente caso, estaría presumiblemente restringiendo la libre competencia entre distribuidores, imponiendo o estableciendo la **distribución exclusiva de su producto por razón de producto y de 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.

Que, al efecto, y en calidad de documentación de respaldo, la empresa CITSA remitió 18 contratos suscritos entre esta empresa y sus distribuidores, los cuales se encuentran citados a continuación. Asimismo, a continuación y a manera de ejemplo se citan de forma textual, las supuestas cláusulas de exclusividad contenidas en el contrato suscrito por la empresa CITSA con el distribuidor TADIS, cláusulas que se encuentran descritas en todos sus contratos suscritos por CITSA y sus distribuidores, las cuales presumiblemente se constituirían en cláusulas de exclusividad por producto y por territorio:

- 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)**

- **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.**

- 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.110).

Subsunición de la acción.

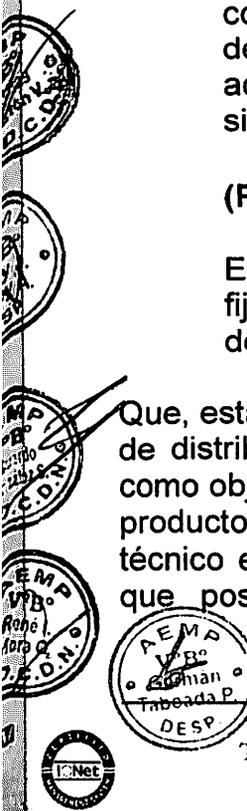
Que, considerado el análisis de las cláusulas extraídas de los contratos suscritos por la empresa CITSA y sus distribuidores, se puede observar que CITSA supuestamente habría incurrido en la siguiente infracción:

Al artículo 11 del Decreto Supremo N° 29519, que de forma genérica con relación a las prácticas anticompetitivas 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:".

(Primera Contravención) 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 (cigarrillos) **por razón de situación geográfica.**

Que, esta supuesta infracción estaría relacionada a las cláusulas contenidas en los contratos de distribución suscritos entre CITSA y todos los distribuidores de su producto, que fijan como objeto del contrato y obligación del distribuidor, la distribución y comercialización de los productos de CITSA (cigarrillos). Situación que el ente regulador, de acuerdo al análisis técnico efectuado considera innecesaria toda vez que, dada la elevada cuota de mercado que posee CITSA (92%), esta empresa no requiere obligar a las empresas a la





comercialización de su producto. Esta conducta, como se puede apreciar del análisis técnico produce en el mercado y podría generar:

- **Inexistencia de competencia en la distribución del producto.** Al ser únicamente una empresa quien detenta exclusividad de distribución de un producto;
- **Falta de aprovisionamiento en el mercado.** Ante una eventual imposibilidad de la única empresa distribuidora de recibir y distribuir el producto;
- **Distorsión de precios.** Ante la inexistencia o escases de producto en almacenes de la única empresa distribuidora.

(Segunda Contravención) 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 (cigarrillos) por razón de producto.

Que, con relación a la cláusula de "inexistencia de exclusividad" contenida en los contratos suscritos entre la empresa TADIS y los distribuidores de su producto, la cual si bien en una primera instancia señala que el Distribuidor no se encuentra obligado a distribuir de manera exclusiva los productos de CITSA, en una segunda instancia y de forma contradictoria señala que, la comercialización o distribución de productos de otras líneas comerciales no debe representar ninguna forma de competencia directa a los productores de CITSA. En este punto, nuevamente se hace mención a que, CITSA, con una cuota de mercado de 92% le resulta innecesario restringir a los distribuidores de su producto, la venta exclusiva de su producto, limitando presumiblemente que otras que se encuentran dentro el rubro de la importación o producción de cigarrillos puedan hacer uso de estos mecanismos de distribución.

Facultad de la AEMP de investigar prácticas anticompetitivas de oficio.

Que, el Principio de Verdad Material que rige materia administrativa, exige a la AEMP la investigación de la verdad material en oposición a la verdad formal que rige materia civil. Es decir que, la AEMP al haber evidenciado la existencia de indicios de la comisión de prácticas anticompetitivas, distintas a las denunciadas, a través del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS N° 0109/2012 de 03 de agosto de 2012 y el presente informe, estas deben ser de igual forma investigadas, procesadas, sancionadas y resueltas conforme faculta el numeral 12 del artículo 16 del Decreto Supremo N° 29519.

Que, asimismo, la Ley N° 2341 de Procedimiento Administrativo, establece en su artículo 40, que la decisión de iniciar de oficio una investigación, se encuentra sujeta a discreción del órgano competente que en este caso es la AEMP, quien puede fundar su decisión de investigar una conducta de oficio a consecuencia de la denuncia presentada por terceros. Es decir que, los indicios de prácticas anticompetitivas expuestos de oficio por la AEMP a través del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS N° 0109/2012 de de 03 de agosto de 2012 y el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RIMC N° 0117/2012, pueden ser objeto de investigación, dentro del procedimiento sancionador respectivo, que se origine motivado por la denuncia de la empresa TADIS.





CONSIDERANDO: (Procedimiento Legal)

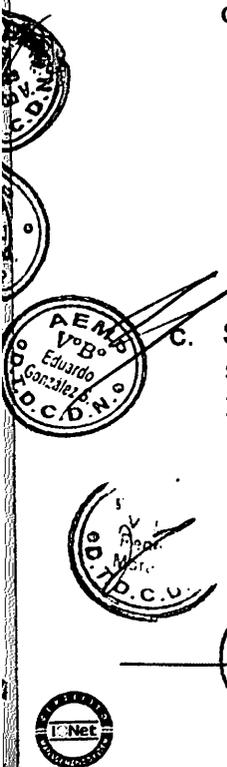
Que, de acuerdo al análisis descrito en el presente informe, la Dirección Técnica de Defensa de la Competencia y Desarrollo Normativo de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, efectuó la revisión del procedimiento adoptado por la AEMP en el presente caso.

Que, en este sentido, el Decreto Supremo N° 29519 de 16 de abril de 2008, establece como atribución de la AEMP la defensa y promoción de la competencia en los mercados que no presenten características de monopolios naturales; y regular, controlar y supervisar a las empresas, personas y entidades sujetas a su jurisdicción en lo relativo a prácticas anticompetitivas absolutas y relativas, establece en su Disposición Adicional Cuarta que el Ministerio de Producción y Microempresa elaborará el reglamento que establezca los aspectos necesarios para su efectiva y correcta aplicación.

Que, asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008, el Ministerio de Desarrollo Productivo y Economía Plural resolvió aprobar el Reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, a través del cual se determinan las etapas que comprenden el procedimiento sancionador. En este sentido, concluida la etapa de diligencias preliminares, de acuerdo al análisis cursante en el presente informe y lo establecido por el artículo 15, parágrafo III del reglamento antes citado, se tiene que:

- a. Se individualizaron a las partes intervinientes.
 - Compañía Industrial de Tabacos S.A. (CITSA)
- b. Se establecieron las normas supuestamente vulneradas en el ámbito de la competencia.
 - Decreto Supremo N° 29519, artículo 11, numeral 1. Específicamente en lo que refiere a conducta entre dos agentes económicos no competidores entre si, como es CITSA y los distribuidores de su producto, relación de la cual existirían posibles indicios de fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes (cigarrillos) por razón de situación geográfica y por razón de producto.
- c. Se evidenciaron indicios sobre la existencia de las prácticas investigadas, las cuales se habrían efectuado de forma continua en el periodo comprendido entre la gestión 2000 y 2011.
 - a. Contrato suscrito entre CITSA y la distribuidora TOBA el año 2000, describe las siguientes cláusulas:

i. "Segunda.- (Designación)





La Fábrica designa a TOBA LTDA. como "DISTRIBUIDOR" de todos los productos en parte de la zona Sur de la Ciudad de La Paz, de las marcas que actualmente produce y de los que podría producir en el futuro o dejar de fabricar, para cuyo efecto se determinan las zonas referenciales de distribución y venta, **reservándose la fábrica le derecho de cambiar, ampliar restringir o suprimir estas zonas o áreas, de conformidad a un mapa de territorio, anexo al contrato**".

ii. "Décima Tercera.- (Obligaciones)

"El distribuidor se obliga a: 13.1.4. No negociar ni vender productos similares a los que produce la fábrica ya sea a nivel local o departamental..."

b. Contrato suscrito entre CITSA y la distribuidora "DILEMA" de propiedad de la Sra. Mahadma Carola Lenz Olivares de Martinez el año 2011, describe las siguientes cláusulas:

i. "Tercera.- (Del Objeto del Contrato)

... El presente contrato tiene por objeto:

Establecer los términos y condiciones para que el distribuidor realice el servicio de distribución y comercialización de los productos de CITSA en el Departamento de Chuquisaca.

ii. "Décima Octava.- (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 éstas no representen ninguna forma de competencia directa a los productos de CITSA. De la misma forma CITSA queda facultada a contratar otro(s) distribuidor(es) si considera necesario para sus fines comerciales".

d. La conducta de CITSA objeto de análisis, se encuentra en el ámbito nacional comprendido en el presente caso en concreto por las Ciudades de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Oruro, Potosí, Tarija, Sucre y Trinidad, por tanto es aplicable la norma nacional.

e. La supuesta práctica anticompetitiva, si afectaría el interés público por cuanto, los efectos de las supuestas cláusulas de exclusividad afectarían al mercado de distribución de cigarrillos.

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, el procedimiento adoptado por la AEMP respecto de la denuncia interpuesta por la empresa TADIS y las presuntas prácticas anticompetitivas investigadas de oficio por parte de la AEMP, se enmarca en el establecido por el Reglamento de Regulación de la Competencia en el Marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008. En este sentido, de conformidad a lo establecido por el artículo 22 del Reglamento al Decreto Supremo N° 29519 aprobado por Resolución Ministerial N° 190, corresponde iniciar el procedimiento sancionador mediante la emisión de la Resolución Administrativa de Notificación de cargos.

CONSIDERANDO: (De la Conclusión)

Qué, del análisis del Informe Técnico AEMP/DTDCDN/EGS/N° 0109/2012 de 03 de agosto de 2012 y el Informe Jurídico AEMP/DTDCDN/RIMC N° 0117/2012 de 24 de agosto de 2012; se logró determinar cómo mercado relevante a efecto de la investigación de las prácticas anticompetitivas investigadas: "el mercado de producción y distribución de cigarrillos en los departamentos de La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, Oruro, Potosí, Chuquisaca, Tarija y





RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- INICIAR de oficio procedimiento sancionador en contra de la Compañía Industrial de Tabaco S.A. por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR a la Compañía Industrial de Tabaco S.A. con la presunta comisión de los siguientes cargos:

- 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.

ARTÍCULO TERCERO.- OTORGAR, a la Compañía Industrial de Tabaco S.A. el plazo de diez (10) días hábiles administrativos para que presente sus descargos, alegaciones, explicaciones y las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso administrativo.

ARTÍCULO CUARTO.- INSTRUIR la publicación de la presente Resolución Administrativa en la página web de la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Empresas, conforme a lo establecido en el parágrafo III del artículo 22 del reglamento de Regulación de la Competencia en el marco del Decreto Supremo N° 29519, aprobado por la Resolución Ministerial N° 190 de 25 de mayo de 2008.

Notifíquese, cúmplase y archívese.



Gerardo Fabouda Paragua
DIRECTOR EJECUTIVO a.i.
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas



Matias Garrón Vedia
DIRECTOR TÉCNICO DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA Y DESARROLLO NORMATIVO a.i.
Autoridad de Fiscalización y
Control Social de Empresas