

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 54253 DE
2010 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

***Caso TABACALERAS
INTEGRACIÓN EMPRESARIAL***

**Intervinientes:
TRIOUMVIR ENTERPRISES LIMITED, FLENTEX HOLDINGS LIMITED,
PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA., en adelante
PROTABACO, y LATIN AMERICA AND CANADA INVESTMENTS B.V.,
subsidiaria de PHILIP MORRIS INTERNATIONAL INC. y COMPAÑIA
COLOMBIANA DE TABACO S.A., en adelante COLTABACO.**

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. ARGUMENTOS DEL RECURSO	3
3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO	4
4. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	7
5. CONDICIONAMIENTO ESTRUCTURAL.....	7
5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	8

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA
RESOLUCIÓN 54253 DEL 2010 DE LA SUPERINTENDENCIA DE
INDUSTRIA Y COMERCIO**

Integración empresarial

Sociedades que pretenden la integración empresarial:

Intervinientes:

**TRIOUMVIR ENTERPRISES LIMITED, FLENTEX HOLDINGS LIMITED,
PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA., en adelante
PROTABACO, y LATIN AMERICA AND CANADA INVESTMENTS B.V.,
subsidiaria de PHILIP MORRIS INTERNATIONAL INC. y COMPAÑIA
COLOMBIANA DE TABACO S.A., en adelante COLTABACO.**

1. Introducción

- 1.1. Mediante Resolución No. 29937 del 11 de junio de 2010, la Superintendencia objetó la operación de integración entre las sociedades

2. Argumentos Del Recurso

La empresa COLTABACO consideró que la SIC realizó una a Definición incorrecta de los segmentos dentro del mercado de producto relevante al no tener en cuenta los segmentos de precio Medio y Alto y no tuvo en cuenta o malinterpretó las pruebas que demuestran la existencia de dos segmentos separados, el Medio y el Bajo.

La Superintendencia incurrió en errores en el uso del análisis económico y ha desestimado, malinterpretado o aplicado incorrectamente la evidencia presentada por COLTABACO al rechazar evidencia y malinterpretar las elasticidades de precio a nivel del mercado.

Estimación incorrecta del impacto de los competidores reales, afirma que BAT "*no enfrenta ningún obstáculo de competencia en Colombia*", toda vez que, según éste, el principal negocio de BAT es "*importar tabaco sin arancel para Colombia de países vecinos*". Afirma a su vez que la carencia de plantas de producción en Colombia no le representa obstáculo alguno para competir en el mercado e introducir nuevas marcas en los diferentes segmentos del mercado.

Adicionalmente, considera el recurrente que la Superintendencia ha malentendido la naturaleza de los contratos con los agricultores. Ello se debe a que, en primer lugar, la entidad integrada no conformará un monopsonio en el mercado de la compra de hoja de tabaco, el cual es global. Además, indica que la obligación de los agricultores de entregar la cosecha concertada es una forma de garantizar la continuidad del suministro y de proporcionar un esquema por el cual COLTABACO puede financiar los préstamos que tramita sin los cuales los agricultores no podrían adelantar su labor. Además, se advierte que, como el pago de la cosecha se acuerda por anticipado, previo a la entrega, la entidad integrada no tiene la posibilidad de excluir a compradores competidores de hoja de tabaco, tanto en Colombia como en el mercado mundial, ni de explotar a los cultivadores.

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

Considera que no es posible que tanto la inversión en publicidad como la incapacidad de hacer publicidad constituyan barreras de entrada simultáneamente. Además manifiesta que empresas como IMPERIAL TOBACCO y JAPAN TOBACCO INTERNATIONAL tienen la capacidad de entrar a cualquier mercado vía importación desde cualquier base manufacturera ubicada en cualquier parte del mundo y que para ingresar y participar en el mercado nacional de cigarrillos no es necesario instalar una planta manufacturera de cigarrillos en el país ya que es posible que el nuevo entrante lo haga a través de un esquema de importaciones.

3. Consideraciones del Despacho

Con relación al primer argumento el Despacho consideró que teniendo en cuenta el peso que tiene el segmento Medio en el total del mercado de cigarrillos, la definición separada de los

segmentos Medio y Bajo no cambiaría los resultados que en materia de concentración obtendría la entidad integrada en el segmento Medio una vez se lleve a cabo la operación de integración y, por el contrario, sí produciría un monopolio en el segmento Bajo, en el que solo participan COLTABACO y PROTABACO.

En lo atinente al segundo argumento la SIC considera que los consumidores con mayor nivel de ingreso podrían, tener una mayor capacidad de continuar consumiendo una misma marca ante un incremento en precios, a lo cual se suma la presencia de menor número de marcas sustitutas cercanas, lo que, podría pensarse, no ocurre igual respecto de quienes en principio tienen menor capacidad de compra y mayor número de marcas disponibles. Adicionalmente considera que En relación con los factores compensatorios que deberían incluirse en el modelo, debe señalarse que la posición de BAT (British American Tobacco) en el mercado, es capturada en el modelo por la inclusión del índice de Herfindahl y Hirschman (IHH) que permite cuantificar el grado de concentración presente en el mercado

Con relación al tercer argumento, la Superintendencia, concluyó que no existe evidencia de factores capaces de contrarrestar los riesgos potenciales que la integración proyectada generaría en el mercado en materia de competencia. La anterior, teniendo en cuenta factores adicionales reconocidos en la Resolución No. 29937 de 2010, tales como la inexistencia de competencia potencial, importantes barreras a la entrada y tendencia decreciente de la demanda de cigarrillos en Colombia. Adicionalmente considera que si bien la carencia de plantas de producción en Colombia no representa un impedimento para competir en el mercado colombiano, este hecho no constituye un elemento que reduzca los riesgos de la integración proyectada, en la medida en que no se encuentra acreditada la presencia de un competidor potencial en el mercado ni un deseo de expandir el volumen de colocación que en el mercado BAT viene ubicando en Colombia.

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

Adicionalmente la prenda constituida sobre el cultivo objeto del contrato es de doce meses, seis meses más de lo que dura el término de la cosecha. Ello supone que así una vez el

agricultor haya ejecutado las obligaciones relacionadas con el suministro de hoja de tabaco, las obligaciones relacionadas con las garantías subsisten en el tiempo. Por lo tanto, no son del todo acertadas las observaciones del Apoderado de PROTABACO cuando observa que la duración de los contratos suscritos con los agricultores es de seis meses, que es el término de la cosecha, puesto que algunas de sus disposiciones producen efectos con posterioridad a la fecha formal de terminación del contrato.

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

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

La información que recopiló es Superintendencia sugiere que mientras los compradores de hoja de tabaco hacen parte de compañías internacionales que tienen acceso a muchos vendedores de hoja de tabaco en diferentes países del mundo, los vendedores de hoja de tabaco no hacen parte de compañías internacionales con acceso a muchos compradores de hoja de tabaco. Por el contrario, los agricultores suelen ser personas independientes que no tienen forma de promocionar sus productos de manera autónoma en busca de un comprador adecuado. De hecho, como sugieren los contratos y las visitas administrativas realizadas, los agricultores no tienen acceso a insumos básicos para desarrollar un cultivo adecuado de manera independiente, ya que dependen de los compradores para el suministro de las semillas y demás insumos. Se concluye que, si bien la demanda por hoja de tabaco es global, la oferta es local, y está supeditada, en el caso colombiano, a las condiciones establecidas y los insumos provistos por los compradores de dicho producto. Así las cosas, resultaría errado por parte de esta Entidad aceptar el argumento del Apoderado de COLTABACO y concluir que el mercado de hoja de tabaco es un mercado global.

En lo atinente a la publicidad la SIC no considera que exista una contradicción; por el

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

Con relación a las importaciones del producto la SIC considera que no puede perderse de vista que encontraron que BAT ha sido históricamente el principal importador de cigarrillos a Colombia y que, aunque han existido importaciones realizadas por otras firmas en el periodo comprendido entre el año 2000 y marzo de 2010, éstas han sido marginales y de manera esporádica.

4. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso decidió: DENEGAR las pretensiones principal y subsidiaria planteadas en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 29937 de 11 de junio de 2010, por parte de las Intervinientes y CONDICIONAR de manera oficiosa la operación de integración empresarial informada por LATIN AMERICA AND CANADA INVESTMENTS B.V., subsidiaria de PHILIP MORRIS INTERNATIONAL INC. y matriz de COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. y TRIOUMVIR ENTERPRISES LIMITED, FLENTEX HOLDINGS LIMITED, PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA. en los términos señalados en los considerandos SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO, NOVENO Y DÉCIMO del presente acto.

5. Condicionamiento Estructural

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

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

presente Resolución.

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

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

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

Además se deben cumplir unas condiciones conexas con las relaciones comerciales con clientes y agricultores, así como otorgar una póliza de seguro o un aval bancario para garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta resolución

6. Conclusiones

De conformidad con el artículo 11 de la Ley 1340 del 2009 la Superintendencia objeta la integración empresarial y ante el recurso interpuesto se acepta la petición subsidiaria condicionando la aprobación hasta tanto no se cumplan en su integridad las condiciones impuestas. Estos con el fin de proteger a los agricultores de tabaco por cuanto sería el gremio afectado de forma directa además de las posibles empresas entrantes al sector. Con estas medidas se busca preservar de forma efectiva del derecho a la competencia.

Proyectado por: Diego Guarín