

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN NÚMERO 23369 DE 2022
(27/04/2022)

Radicación No. 18-216104

VERSIÓN PÚBLICA

*“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”***EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA**

En ejercicio de las facultades previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 – modificado por el artículo 4 del Decreto 092 de 2022–, el artículo 1.2.1.2. del Decreto 1074 del 2015 y la Ley 1340 de 2009, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política establece que *“la libre competencia económica es un derecho de todos”* y que *“el Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”*.

SEGUNDO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 y en el numeral 3 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio *“[c]onocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”*.

TERCERO: Que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 – modificado por el artículo 4 del Decreto 092 de 2022–, corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, la Delegatura) *“Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia”*.

CUARTO: Que teniendo en cuenta los hechos que motivaron la presente actuación administrativa, es necesario referir lo que esta Superintendencia consideró al analizar la operación de integración entre **ANHEUSER-BUSCH INBEV S.A./N.V.** (en adelante **AB INBEV**) y **SABMILLER PLC** (en adelante **SABMILLER**), relacionada con la empresa hoy denominada **BAVARIA & CIA S.C.A.** (antes **BAVARIA S.A.** y en adelante **BAVARIA**).

Sobre la operación de integración entre AB INBEV y SABMILLER y los condicionamientos impuestos a BAVARIA

En diciembre de 2015 **CERVERÍA BBC S.A.S.** (en adelante **CERVECERÍA**), **CERVECERÍA BBC DE LA SABANA S.A.S.** (en adelante **LA SABANA**), **BOGOTÁ BEER COMPANY S.A.S.** (en adelante **BBC**), **AMBEV COLOMBIA S.A.S.** (en adelante **AMBEV**) y **BAVARIA** informaron a esta Superintendencia sobre una operación de integración empresarial consistente en que **AB INBEV** (controlante de **AMBEV**, **CERVECERÍA**, **LA SABANA** y **BBC**) adquiriría el total de las acciones de la compañía **SABMILLER** (controlante de **BAVARIA** y **SAB COLOMBIA S.A.S.**).

Esta Superintendencia determinó que las sociedades intervinientes participaban en el mercado de la producción, importación y comercialización de cerveza. Indicó que previo a la operación **SABMILLER** contaba con unas ventajas competitivas consistentes en una red de distribución de cerveza en el país, las exclusividades pactadas en algunos puntos de venta directa al público (distribución minorista) y la posición dominante en dicho mercado. Además, aclaró que, si bien estos factores no eran producto de la operación proyectada, sumados al incremento y fortalecimiento del portafolio marcario del ente integrado podrían dificultar la entrada o la expansión de competidores en el mercado de cerveza.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

En atención a las consideraciones precedentes, entre otras realizadas sobre el mercado de cerveza a nivel nacional, mediante Resolución No. 24329 de 2016 esta Superintendencia aprobó la integración e impuso una serie de condicionamientos a cargo del agente integrado. Dentro de los condicionamientos se incluyó una obligación a cargo de **BAVARIA** consistente en reportar las cláusulas de exclusividad que suscribiera para la comercialización de sus productos. Para el efecto, debía remitir un informe periódico con la siguiente información:

- La inversión en publicidad discriminada por marca y por medio publicitario, es decir, en ATL, BTL y TTL.
- Listado de establecimientos con exclusividades vigentes, indicando claramente las condiciones pactadas en cada una de ellas, el nombre completo y la ubicación de los establecimientos cubiertos.
- Costo para el agente integrado asociado a cada una de las exclusividades reportadas, así como las ventas en valor (pesos colombianos) y volumen (hectolitros).
- Nuevas marcas incorporadas al portafolio del agente integrado independientemente del segmento al que pertenezcan (*premium* – popular).

Estos reportes deberían contener información trimestral y ser entregados a la Superintendencia semestralmente durante cinco (5) años.

QUINTO: Que teniendo en cuenta los reportes presentados por **BAVARIA** en cumplimiento de los condicionamientos establecidos en la Resolución No. 24329 de 2016, la Delegatura inició la presente actuación de manera oficiosa, radicada con el No. No. 18–216104. Su propósito es verificar si a través de las exclusividades pactadas por **BAVARIA** se podría estar transgrediendo el régimen de protección de la competencia.

Por otro lado, mediante comunicación con radicado No.18–181013 del 9 de julio de 2018, **CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S.**¹ (en adelante **C.C.C.**) presentó una denuncia en la que manifestó que **BAVARIA** habría incurrido en conductas anticompetitivas en los términos del artículo 1 de la Ley 155 de 1959² y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992³. La denunciante argumentó que **BAVARIA** generó una obstrucción en la comercialización de la cerveza en el canal *on premise* mediante la celebración de contratos de patrocinio con los propietarios de los establecimientos de mayor reconocimiento en los principales municipios del país. Según la denunciante, en esos contratos se incluyó una cláusula en la cual se estableció que *“el Patrocinado se abstendrá de celebrar contratos o de realizar actividades, adquirir obligaciones o cumplir prestaciones similares a las contenidas en este contrato, con otras empresas en las categorías de producto mencionadas”*⁴. Además, aseguró que esta conducta se ha venido ejecutando principalmente desde la integración entre **AB INBEV** y **SABMILLER**.

Adicionalmente, el 1 de octubre de 2019 **PABLO ANDRÉS TABARES ESTUPIÑAN**, empleado de **C.C.C.**, presentó una denuncia mediante comunicación radicada con el No. 19–226029⁵. Afirmó que **BAVARIA** estaría implementando acuerdos de exclusividad con clientes que venden un volumen *“importante”* de cerveza. En concepto del denunciante, **BAVARIA** habría prohibido a sus clientes comprar productos y realizar publicidad del portafolio de **C.C.C.** a cambio de obsequios y otros beneficios como descuentos especiales. Finalmente, aseveró que dichas actuaciones lo afectaban directamente toda vez que no le permiten *“ejercer una buena labor y obtener ingresos para mi subsistencia y la de mi familia”*⁶.

¹ CUADERNO PÚBLICO CERVECERÍAS No. 1. Folios 1 al 8.

² Ley 155 de 1959. Artículo 1. *“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar, la libre competencia, con el propósito de determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores y de los productores de materias primas”*.

³ Decreto 2153 de 1992. Artículo 50. *“Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:*

(...)

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

⁴ CUADERNO PÚBLICO CERVECERÍAS No. 1. Folios 1 al 8.

⁵ CUADERNO PÚBLICO CERVECERÍAS No. 2. Folios 283 a 284.

⁶ Ibidem.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

SEXTO: Que en desarrollo de la averiguación preliminar los documentos y demás piezas probatorias que obran en los trámites radicados con los Nos. 18–181013 y 19–226029 fueron acumulados a la actuación administrativa No. 18–216104. Esta determinación se adoptó con fundamento en el artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), referente a la formación y examen de los expedientes.

SÉPTIMO: Que en ejercicio de las facultades conferidas en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011⁷, la Delegatura formuló requerimientos de información, realizó visitas administrativas de inspección y practicó declaraciones.

OCTAVO: Que la Delegatura tendrá en cuenta todos los medios de prueba que obran en el expediente para la evaluación de los hechos objeto de esta actuación. Sin perjuicio de lo anterior, la evidencia utilizada en este acto administrativo fue reunida en la carpeta identificada como “**CUADERNO PRUEBAS APERTURA DE INVESTIGACIÓN**”⁸, ubicada dentro de la carpeta “Carpetas Reservadas” del expediente. Esto únicamente para efectos de facilitar la consulta.

NOVENO: Que la Delegatura cuenta con suficientes elementos de juicio para iniciar una investigación administrativa contra **BAVARIA**. La actuación estará orientada a determinar si la empresa incurrió en una conducta de abuso de posición de dominio al haber obstruido u obstaculizado el ingreso de terceros al mercado de producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia mediante la inclusión de cláusulas de exclusividad en sus contratos de patrocinio, los cuales se implementaron para la comercialización de cerveza a través de los establecimientos con mayor posibilidad de aumentar el volumen de ventas.

Para efectos de sustentar la anterior conclusión, en esta resolución se presentará: **i)** el mercado relevante en el que se habría desarrollado la presunta conducta anticompetitiva y la posición dominante que tiene **BAVARIA**; **ii)** un estudio general sobre las cláusulas de exclusividad y sus implicaciones para la libre competencia; **iii)** la descripción y análisis de los contratos con cláusulas de exclusividad implementados por **BAVARIA** para la comercialización de cerveza en Colombia, su aumento significativo y sus posibles efectos en el mercado relevante y frente a **C.C.C.** como su competidor más cercano y; por último, **iv)** la valoración jurídica de la conducta que habría realizado **BAVARIA** de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

DÉCIMO: Que para el análisis de la conducta referida se hace necesario definir el mercado relevante en el que habría ocurrido. En este caso el mercado relevante se ha definido como el mercado de producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia. Para efectos de desarrollar esta conclusión, este considerando está dividido en cuatro partes. En la primera se caracteriza el mercado relevante asociado a la presente actuación. En la segunda se presentan las principales firmas que compiten en el mercado relevante definido. En la tercera se concluirá que **BAVARIA** ostenta posición de dominio en el mercado relevante y, finalmente, en la cuarta parte se presentarán las conclusiones pertinentes.

10.1. Mercado Relevante

El mercado relevante es un marco de referencia para analizar los efectos sobre la competencia de un potencial abuso de posición de dominio o una operación de integración empresarial⁹. Para la

⁷ Decreto 4886 de 2011. “Artículo 1. Funciones generales. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones”.

⁸ Enlace al ‘CUADERNO PRUEBAS APERTURA DE INVESTIGACIÓN’: [REDACTED]

[REDACTED] ⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7676 de 2017.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

construcción de este marco de referencia se delimita el conjunto de productos que ejercen presión competitiva entre sí y las zonas geográficas en las que dicha presión competitiva es efectiva¹⁰. Por lo anterior, para determinar el mercado relevante de la presente actuación, la Delegatura definirá el mercado producto y el mercado geográfico correspondientes.

10.1.1. Mercado Producto

El mercado producto hace referencia al conjunto bienes y servicios que ejercen cierta presión competitiva entre sí, es decir, corresponde a los bienes y servicios hacia los cuales los consumidores podrían desviar la demanda ante un incremento significativo en precios o una reducción en la calidad de los bienes o servicios¹¹. Para lo anterior, se analiza la sustituibilidad de la demanda desde la perspectiva de los precios, usos y características de bienes y servicios, toda vez que, con el fin de satisfacer sus necesidades de consumo, estas variables les permiten a los consumidores tomar decisiones informadas¹²⁻¹³. Así, para la delimitación del mercado producto, el análisis parte del mercado de bebidas, pues corresponde al conjunto de productos de referencia que podrían ejercer una presión competitiva entre sí. Como se verá, a través del análisis de sustituibilidad de la demanda la Delegatura concluirá que la cerveza corresponde a un mercado en sí mismo.

Las bebidas están divididas entre alcohólicas y no alcohólicas. Se entiende por bebidas no alcohólicas aquellas en las cuales está presente el etanol como uno de sus componentes en una concentración no mayor de 2,5% en grados alcoholimétricos¹⁴. Por su parte, las bebidas son alcohólicas cuando superan dicho umbral de concentración de etanol y, además, son aptas para el consumo humano y no tienen fines terapéuticos¹⁵. Estas últimas, según su proceso de producción, se dividen principalmente en:

- Fermentadas: son aquellas obtenidas mediante la fermentación alcohólica¹⁶ de mostos¹⁷. Estas bebidas alcohólicas fermentadas también son sometidas a procesos como clarificación¹⁸, estabilización¹⁹ y conservación²⁰. Entre estas bebidas se encuentran las cervezas y los vinos.
- Destiladas: son aquellas que se obtienen mediante la separación del agua y el etanol en bebidas ya fermentadas. Dicha técnica de separación se basa en los puntos de ebullición de los jugos y zumos de las bebidas fermentadas. Esto último implica que las bebidas destiladas contienen mayor grado de alcohol que las fermentadas. Entre estas bebidas alcohólicas se encuentran el aguardiente, brandy, coñac, ginebra, whisky, tequila, ron y vodka.

El alcohol ingerido en las bebidas llega a la circulación sanguínea del ser humano a través de la absorción en el aparato digestivo. Los efectos de dicha ingestión pueden ir desde la inhibición, euforia, relajación, sensación de calor y pérdida de capacidad de coordinación hasta la intoxicación aguda²¹. Estos efectos no son propios de las bebidas no alcohólicas. En ese sentido, las bebidas alcohólicas gozan de características diferentes (provenientes desde su proceso productivo) a las de las demás bebidas, lo que permite que los consumidores les den otros usos no factibles con bebidas no alcohólicas.

¹⁰ Ver Motta, M. (2018). *Política de competencia: teoría y práctica*. Fondo de Cultura Económica. Pág. 138.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución. No. 7676 de 2017.

¹² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23569 de 2021.

¹³ Ver ICN Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment of Dominance. Pág. 8.

¹⁴ Grado alcoholimétrico es el porcentaje en volumen de etanol a 20 grados centígrados. Confrontar con el artículo 3 del Decreto 1686 de 2012 –modificado por el Decreto 162 de 2021– del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

¹⁵ Confrontar con el artículo 3 del Decreto 1686 de 2012 –modificado por el Decreto 162 de 2021– del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

¹⁶ Es una biorreacción que permite la degradación de azúcares en alcohol y dióxido de carbono. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=s1405-77432007000400004&script=sci_arttext

¹⁷ Es un líquido azucarado que se obtiene de la malta mediante procesos de molienda y macerado. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace <https://www.uaeh.edu.mx/investigacion/productos/2812/>

¹⁸ Es la separación de los restos de lúpulo y las partículas sólidas mediante el proceso de ebullición. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace <http://inviahobby.com/maquinaria-hacer-cerveza-microcerveceria/>

¹⁹ Existen dos momentos en los cuales se realiza la estabilización, un primer momento antes del envasado (pasteurización *flash*) y un segundo momento después del envasado (túneles de pasteurización) Obtenido el 2022-03-07 en el enlace <https://prtr-es.es/data/images/la%20industria%20cervecera-74f8271308c1b002.pdf>

²⁰ Determinación del tiempo de duración del producto en óptimas condiciones. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace <https://coleccionistadecervezas.wordpress.com/2010/02/02/tipos-de-cervezas-y-conservacion/>

²¹ Terapéutica en APS “tratamiento de la intoxicación aguda por alcohol y otras drogas en urgencias”. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace <http://residenciamflapaz.com/Articulos%20Residencia%2017/148%20Tratamiento%20de%20la%20intoxicaci%C3%B3n%20aguda%20por%20alcohol%20y%20otras%20drogas%20en%20urgencias.pdf>

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Por lo anterior, las bebidas alcohólicas son un segmento dentro del mercado de bebidas, tal y como se afirmó por esta Superintendencia en la Resolución No. 23569 de 2021²². Por lo tanto, la Delegatura continua su análisis en el mercado de las bebidas alcohólicas.

El cuadro siguiente contiene una relación del proceso productivo, los grados de alcohol y los insumos de las principales bebidas alcohólicas:

Tabla No. 1. Características de las principales bebidas alcohólicas.

PRODUCTO	MATERIAS PRIMAS	PROCESO PRODUCTIVO	GRADOS DE ALCOHOL
Aguardiente	Caña de azúcar	Destilado	24-32
Ron	Mosto de la caña de azúcar	Destilado	28-40
Brandy	Mosto de la uva	Destilado	35-50
Whisky	Cebada, maíz, trigo, avena, centeno y arroz	Destilado	40-50
Vodka	Granos de maíz, trigo o patatas	Destilado	35-60
Vino	Uvas	Fermentado	12-14
Tequila	Maguey tequilano	Destilado	35
Cerveza ²³	Agua, malta, lúpulo y levadura	Fermentado	2, 5-12

Fuente: elaboración Superintendencia²⁴.

Según el artículo 3 del Decreto 1686 de 2012 –modificado por el Decreto 162 de 2021– del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** (en adelante **MINSALUD**), las bebidas alcohólicas se denominan licores si superan los 15 grados alcoholimétricos. De conformidad con lo anterior, el aguardiente, ron, brandy, whisky, vodka y tequila son licores. A partir de esta tabla se puede identificar que los licores antes mencionados se producen a través del proceso de destilación, mientras que la cerveza y el vino se obtienen a partir de un proceso de fermentación.

En el caso específico de la producción de la cerveza, la malta de cebada²⁵, trigo o maíz se muele y se mezcla con agua para después llevar a cabo el proceso de maceración con el fin de liberar el almidón al interior del cereal y transformarlo en azúcares. El producto que resulta se conoce como mosto de malta. Este mosto es hervido y, durante este proceso, se añade el lúpulo que le da el sabor amargo y el aroma característico a la cerveza. La mezcla entre lúpulo y mosto es sometida al proceso de fermentación en el cual se transforman los azúcares en alcohol y se agrega la levadura para generar el dióxido de carbono (gas presente en la cerveza). De allí surge un líquido denominado cerveza verde que posteriormente sufre los procesos de filtrado y envase que garantizan la estabilización y posible comercialización del producto final (cerveza).

Por lo anterior, aunque la cerveza y el vino son bebidas producidas a través de la fermentación, ambas utilizan materias primas distintas entre sí, lo que implica que difieren en términos de sabor, aroma y color. Adicionalmente, de acuerdo con la **Tabla No. 1**, el vino y la cerveza usualmente contienen distintos grados alcoholimétricos entre sí. Por otra parte, el proceso de producción de la cerveza permite que tenga características físicas distintas de otras bebidas alcohólicas, aunque contengan como materia prima la cebada, el trigo o el maíz. Este es el caso del whisky, que tiene un mayor grado alcoholimétrico que la cerveza y difiere sustancialmente en términos de sabor.

El proceso productivo de la cerveza se puede llevar a cabo de manera industrial o artesanal. En el primero la cerveza es producida a partir de una receta básica en la que ocasionalmente se utilizan colorantes y saborizantes artificiales y, aprovechando las economías de escala, se produce en grandes cantidades, lo cual permite que su precio generalmente sea más bajo. Por el contrario, en el

²² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 23569 de 2021, “Por la cual se objeta una integración” entre **BAVARIA & CIA S.C.A., INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., EMBOTELLADORA DE LA SABANA S.A.S., COMPAÑÍA DE TRANSPORTE DE BEBIDAS S.A.S., COMPAÑÍA DE SERVICIOS COMERCIALES S.A.S. y COCA-COLA BEBIDAS DE COLOMBIA S.A.**

²³ Cfr. el artículo 3 del Decreto 1686 de 2012 –modificado por el Decreto 162 de 2021– del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**.

²⁴ Basada en la página 18 de la Resolución SIC No. 24329 de 2016. La elección de las bebidas alcohólicas preferidas se realiza con base al “estudio de la bebida alcohólica preferida en 6 principales ciudades de Colombia”; y CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO CERVECERÍAS. Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0011700003.PPTX”.

²⁵ Grano usualmente de cebada que al ser procesado convierte los almidones en azúcares. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace en el enlace: <https://maltosaa.com.mx/tipos-de-malta/>.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

proceso artesanal son utilizadas como materia prima adicional las frutas, el café y otros cereales que le permiten al fabricante distinguirse e innovar a través de la creación de sus propios sabores de cerveza²⁶. Este proceso se caracteriza por un bajo nivel de producción. No obstante, la Delegatura no encuentra evidencia que permita concluir que las cervezas artesanales configuren un segmento diferente dentro del mercado de cervezas.

A manera de resumen, la Delegatura encuentra que la cerveza se diferencia de los licores por su proceso de fabricación, el cual garantiza que, aunque se llegasen a utilizar las mismas materias primas, las características de la cerveza son únicas en términos de sabor, color y aroma. Adicionalmente, entre las bebidas alcohólicas la cerveza es la que tiene menor grado alcohólico. Esto le da la particularidad de ser una bebida alcohólica refrescante con un sabor más suave que el de las demás bebidas alcohólicas.

Lo anterior hace que la cerveza cuente con características diferenciadas dentro de las bebidas alcohólicas, lo cual le permite ser consumida socialmente en diversas ocasiones como almuerzos y otras reuniones sociales. Por lo tanto, los patrones y lugares de consumo de la cerveza son distintos a los de las demás bebidas alcohólicas. En consecuencia, la cerveza no tiene sustitutos, de manera que constituye un mercado en sí mismo. Esta conclusión, a su vez, concuerda con la posición de esta Superintendencia en casos anteriores²⁷ y con la doctrina internacional²⁸.

10.1.2. Mercado geográfico

El mercado geográfico consiste en la delimitación de un área geográfica en la cual las condiciones de competencia son similares o suficientemente homogéneas para los agentes en determinado mercado producto. Con la definición del mercado geográfico se busca delimitar el análisis a las zonas en las cuales las empresas ejercerían una competencia efectiva²⁹. Usualmente el punto de partida para dicha definición es el área de influencia de las firmas que ofrecen el mercado producto³⁰. Por lo anterior, la Delegatura analizó la ubicación de las plantas de producción de cerveza y el alcance de las redes de distribución de las principales empresas en el mercado producto para determinar la dimensión del mercado geográfico. Específicamente, las principales empresas son **BAVARIA, C.C.C.** e importadores tales como **ALMACENES ÉXITO S.A.** (en adelante **ÉXITO**), **ALTIPAL S.A.** (en adelante **ALTIPAL**) y **KOBA COLOMBIA S.A.S.** (en adelante **KOBA**).

De acuerdo con la información recaudada, **BAVARIA** cuenta con seis plantas de producción de cerveza a nivel nacional, las cuales están ubicadas en Barranquilla, Boyacá, Bucaramanga, Medellín, Tocancipá y Valle del Cauca³¹. Adicionalmente, a través de sus distribuidores comercializa sus productos a nivel nacional³².

Por otra parte, **C.C.C.** cuenta con una planta ubicada en el municipio de Sesquilé – Cundinamarca, la cual se encuentra habilitada para producir cerveza desde 2019. En este caso, a través de un

33-34

35

²⁶ Ver Cotrino Velásquez, J. D., & Mendoza Meneses, Y. M. (2020). *Cervezas artesanales una oportunidad de emprendimiento innovador en Chapinero (Bogotá DC)* (Doctoral dissertation, Editorial Universitaria San Mateo).

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 33361 de 2011, No. 24329 de 2016 y No. 23569 de 2021.

²⁸ CNMC. HEINEKEN / KRUSOVICE. Expediente: N-07069. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace: https://www.cnmc.es/sites/default/files/59704_7.pdf.

²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7676 de 2017.

³⁰ Ver ICN Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment Of Dominance. Pág. 13.

³¹ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2. Folio 315. Construida a partir del archivo denominado: ANEXO 8 - HISTORICO DE PORCENTAJE CAPACIDAD INSTALADA BAVARIA 2014 - 2020.xlsx”.

³² CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2. Folio 315. Construida a partir del archivo denominado: ANEXO 10 - LISTADO DISTRIBUIDORES 2014 - 2020.xlsx”.

³³ CUADERNO RESERVADO C.C.C. No. 1. Folio 339. CARPETA: OneDrive_1_8-5-2020 CCC. Construida a partir del archivo denominado: “Contrato de Operación Logística CCC.pdf”.

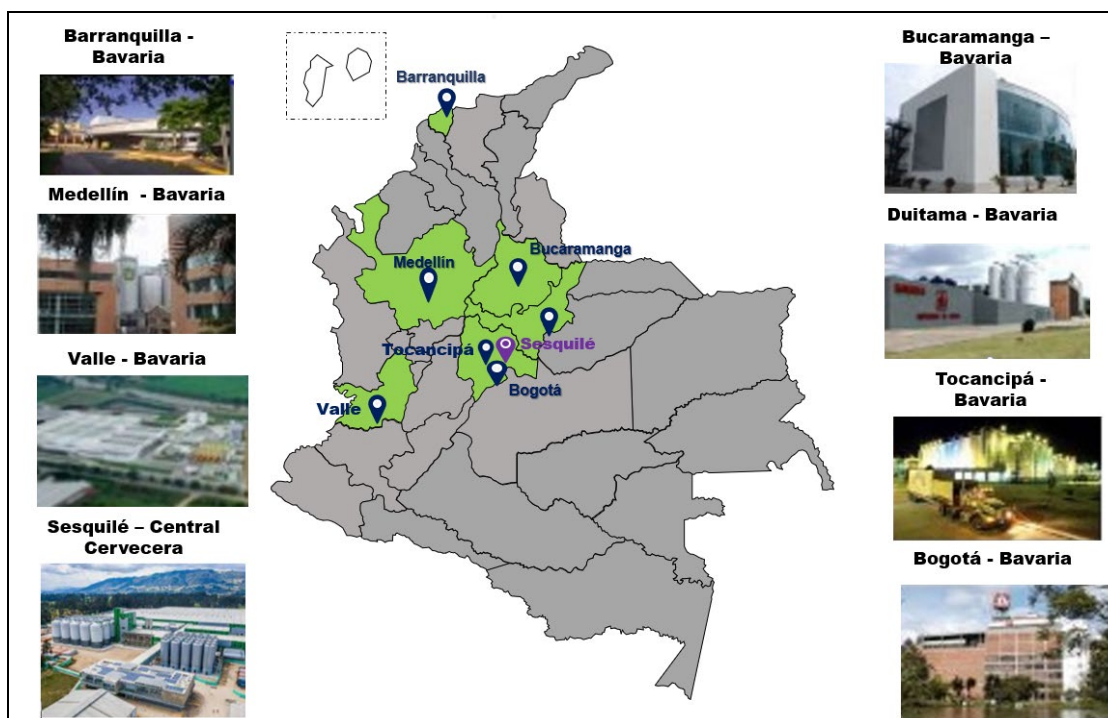
³⁴ CUADERNO RESERVADO ELECTRÓNICO C.C.C., archivo denominado: “18216104—0020100002.pdf”.

³⁵ “Por Escritura Pública No.5407 del 31 de agosto de 2021 de la Notaría 16a. de Medellín, inscrita en esta Cámara de Comercio el 15 de septiembre de 2021, con el No.29039 del Libro IX, mediante la cual se aprobó el acuerdo de FUSION por Absorción, de la sociedad GASEOSAS LUX S.A.S. (21-002350-12) la cual ABSORBE a las sociedades GASEOSAS DE CORDOBA S.A.S. (21-658237-12) y GASEOSAS HIPINTO S.A.S. (Domiciliada en Piedecuesta - Santander)

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Todo lo anterior se encuentra ilustrado en el siguiente mapa:

Mapa No. 1. Ubicación geográfica de las plantas de producción de BAVARIA y C.C.C.



Fuente: elaboración Superintendencia.

Finalmente, de acuerdo con la información recaudada por la Delegatura³⁶, los importadores y comercializadores de cerveza industrial, tales como **ÉXITO**, **ALTIPAL** y **KOBA**, entre otros, cuentan con presencia a nivel nacional de manera directa (puntos de venta propios) o a través de distribuidores, lo cual les permite comercializar sus productos en el territorio nacional.

Por todo lo expuesto en esta sección, la Delegatura concluye que el mercado geográfico correspondiente es todo el territorio nacional, dado el alcance de las redes de distribución o ubicación de los puntos de venta de las empresas que producen, importan y comercializan cerveza.

En conclusión, y de acuerdo con los numerales anteriores, el mercado relevante en el cual se circunscribe la presente actuación es la producción, importación y comercialización de cerveza a nivel nacional, debido a que la cerveza cuenta con características, usos y patrones de consumo que la convierten en un mercado en sí mismo y las empresas productoras, importadoras y comercializadoras de cerveza ofrecen su producto a nivel nacional.

10.2. Agentes que participan en el mercado relevante

Una vez definido el mercado relevante, la Delegatura procede a resumir la información correspondiente a la ubicación y capacidad instalada de las plantas de producción de cerveza a nivel nacional, la dimensión de las redes de distribución y el catálogo de productos de las principales empresas que producen, importan y comercializan cerveza en Colombia. La idea es puntualizar los aspectos más sobresalientes de estos competidores relacionados con la presente actuación.

10.2.1. BAVARIA & CIA S.C.A.

BAVARIA es una sociedad identificada con NIT. 860.005.224-6 cuyo domicilio principal está ubicado en Bogotá, D.C. La compañía fue constituida con el nombre **CONSORCIO DE CERVECERÍA BAVARIA S.A.** el 4 de noviembre de 1930 mediante escritura pública No. 003111 de la Notaría 2ª de Bogotá, D.C., e inscrita el 26 de febrero de 1962 con el No. 30369 del libro respectivo. Finalmente, después de varios cambios en su denominación social, el 2 de mayo de 2019 a través de la escritura

(*ABSORBIDAS*)”, en: Certificado de existencia y representación de GASEOSAS LUX S.A.S., identificada con el NIT No. 860001697-8. Consultado vía RUES el 28 de febrero de 2022.

³⁶ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO CERVECERÍAS. Construida a partir de los archivos denominados: “18216104--0012300003.PDF”, “18216104--0010800004.pdf”, “18216104--0016600002.XLSX”, “18216104--0012200003.PDF”, “18216104--0010000002.PDF”, “18216104--0014300002.PDF”, “18216104--0012900003.PDF”, “18216104--0012500004.PDF”, “18216104--0014200003.PDF”, “18216104--0013000003.PDF”, “18216104--0012400010.PDF”, “18216104--0015700003.PDF” y “18216104--0011900002.PDF”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

pública No. 0579 de la Notaría 45 de Bogotá, inscrita el 17 del mismo mes y año con el No. 2467090 del Libro IX, pasó a ser llamada **BAVARIA & CIA S.C.A.**³⁷.

En la siguiente tabla se presenta la composición accionaria de **BAVARIA**:

Tabla No. 2. Acciones y participación accionaria en BAVARIA

Denominación Social	Porcentaje de participación accionaria
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: elaboración Superintendencia³⁸.

Entre sus actividades comerciales más representativas se encuentran la fabricación de cervezas; la adquisición, enajenación, fabricación, procesamiento, transformación, almacenamiento, distribución, importación, exportación, comercialización y beneficio de materias primas, productos semielaborados, subproductos y demás elementos propios para las industrias de cervezas y de bebidas.

A lo largo de los años, **BAVARIA** ha logrado consolidar un amplio y variado portafolio de cervezas que cuenta con al menos 32 marcas (ver **Tabla No. 3**). Adicionalmente, estas marcas cuentan con diferentes presentaciones (lata, barril, botella) que brindan una mayor cantidad de opciones para que el producto pueda ajustarse a las preferencias y necesidades de los consumidores.

Tabla No. 3. Portafolio de marcas de BAVARIA

Águila	BBC La Cotidiana	Club Colombia	Costeña Bacana
Águila Cero	BBC Lager	Club Colombia Negra	Costeñita
Águila Light	BBC Macondo	Club Colombia Roja	Pilsen
Águila Lime	BBC Monserrate Roja	Club Colombia Trigo	Póker
BBC Bacatá Blanca	BBC Septimazo Ipa	Corona	Póker Ligera
BBC Cajicá Miel	Becks	Corona Extra	Póker Roja
BBC Candelaria Clásica	Budweiser	Coronita Extra	Redd's
BBC Chapinero Porter	Busch Light	Costeña	Stella Artois

Fuente: elaboración Superintendencia³⁹.

Como se anticipó, **BAVARIA** cuenta con seis plantas de producción de cerveza a nivel nacional. Estas plantas están ubicadas en Barranquilla, Boyacá, Bucaramanga, Medellín, Tocancipá y Valle del Cauca. Con estas plantas, entre 2014 y 2020 **BAVARIA** tuvo como producción potencial promedio cerca de 31,3 millones de hectolitros al año, como se muestra a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

³⁷ CUADERNO ELECTRÓNICO PÚBLICO CERVECERÍAS Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0004900003.pdf”.

³⁸ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2. Folio 315. Construida a partir del archivo denominado: “ANEXO 16 - PERSONAS JURÍDICAS GRUPO EMPRESARIAL.xlsx”.

³⁹ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2. Folio 315. Construida a partir del archivo denominado: “ANEXO 4 - PRODUCTOS COMERCIALIZADOS POR BAVARIA EN COLOMBIA.xlsx”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Tabla No. 4. Capacidad instalada de BAVARIA desde 2014 hasta 2020

Año	Millones de Hectolitros
██████████	██████████
██████████	██████████
██████████	██████████
██████████	██████████
██████████	██████████
██████████	██████████
██████████	██████████

Fuente: elaboración Superintendencia⁴⁰.

Por su parte, la distribución de los productos fabricados por **BAVARIA** se realiza principalmente a través de dos modelos: *Urban contractors* y *Urban distributors*. El primer modelo corresponde a la distribución del producto por medio de contratistas en camiones rentados por la compañía. La capacidad de estos camiones puede variar de acuerdo con la asignación geográfica, la cual se realiza con base en la productividad de la zona. En cuanto al segundo modelo, la distribución se realiza a través de contratistas que atienden zonas en las que, por sus restricciones viales o geográficas, el producto no se puede entregar directamente por medio de un camión⁴¹. Con lo anterior, **BAVARIA** garantiza una red de distribución que le permite comercializar sus productos a nivel nacional⁴².

10.2.2. CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S.

C.C.C. es una sociedad identificada con NIT. 900.785.905-3 cuyo domicilio principal está ubicado en Bogotá, D.C. La compañía fue constituida el 29 de octubre de 2014 a través de un documento privado inscrito en la Cámara de Comercio el 30 de octubre de 2014 con el No. 01881136 del Libro IX. Los principales accionistas de **C.C.C.** son ██████████

⁴³.

Entre sus actividades comerciales más representativas se encuentran la fabricación de cervezas; la adquisición, enajenación, fabricación, procesamiento, transformación, almacenamiento, distribución, importación, exportación, comercialización y beneficio de materias primas, productos semielaborados, subproductos y demás elementos propios para las industrias de cervezas y de bebidas.

Por su parte, el portafolio de productos de **C.C.C.** está compuesto principalmente por las cervezas Andina, 3 Cordilleras, Miller Lite, Miller Genuine Draft, Heineken, Andina Light, Coors Light, Sol y Tecate. Entre estas marcas sobresale Andina, que empezó a ser comercializada en el año 2019. Desde su año de lanzamiento, esta marca representa cerca del ████████ del valor de las ventas de **C.C.C.**⁴⁴.

En cuanto a la producción, **C.C.C.** posee una planta en el municipio de Sesquilé en Cundinamarca, cuya construcción inició en el año 2016, comenzó a producir cerveza en enero de 2019 y cuenta con una capacidad instalada de ██████████⁴⁵.

⁴⁰ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2. Folio 315. Construida a partir del archivo denominado: “ANEXO 8 - HISTORICO DE PORCENTAJE CAPACIDAD INSTALADA BAVARIA 2014 - 2020.xlsx”. A partir de la información contenida en el documento se calculó la suma de la capacidad instalada mensual por planta con el fin de obtener un total anual de capacidad instalada por cada planta. Posteriormente, se calculó la suma de cada total anual de capacidad instalada por cada una de las plantas para obtener el total de capacidad instalada de **BAVARIA**.

⁴¹ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2. Folio 309.

⁴² CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0011200012 (anexo 4) 4. Distribuidores Cerveza.xlsx”.

⁴³ CUADERNO PÚBLICO CERVECERÍAS No. 1. Folio 9 al 16.

⁴⁴ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C. Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0018000004 (anexo 1) CopiadePunto5.SegundoRequerimiento SIC 20210427 08 06 2021.xlsx”.

⁴⁵CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C. Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0011100007 (anexo 2) - Capacidad Instalada CCC - Requerimiento 18-216104 (Punto 2).xlsx”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Finalmente, como se comentó en la anterior sección, **C.C.C.** utiliza la red de distribución de las empresas asociadas con **POSTOBÓN**, lo que le da posibilidad de atender el mercado de cerveza a nivel nacional.

10.2.3. Otros importadores

Entre los importadores y comercializadores de cerveza más importantes se encuentran las grandes superficies y tiendas de grandes descuentos como **ÉXITO** (NIT 890.900.608-9) y **KOBA** (NIT 900.276.962-1). **ÉXITO** comercializa –además del catálogo de productos de **BAVARIA** y **C.C.C.**– marcas como Prima, Tagus o Karlsbrau, mientras que **KOBA** comercializa marcas como Brunonia, Astra y Weidmann.

Por su parte, **ALTIPAL** (NIT 800.186.960-6) ejerce el comercio al por mayor de bebidas y tabaco y distribuye y comercializa marcas de propiedad de **ASAHI INTERNATIONAL LTD SUCURSAL COLOMBIANA** como Peroni, Grolsch y Asahi.

10.3. Posición de dominio BAVARIA

En ocasiones anteriores esta Superintendencia manifestó que la posición dominante en un mercado consiste en una posición de fortaleza económica que le permite a un agente prevenir que se mantenga la competencia de forma efectiva en el mercado relevante⁴⁶. Dicha fortaleza económica le permite a este agente comportarse de manera independiente de sus competidores, clientes o consumidores. En relación con la independencia, se aclara que la posición de dominio no se desvirtúa por la existencia de algún nivel de competencia. Por lo anterior, aunque el agente económico en cuestión no pueda determinar las condiciones del mercado de manera absoluta, se considera que tiene posición dominante si es capaz de generar una considerable influencia en dichas condiciones⁴⁷.

La dominancia de una empresa en un mercado es un concepto jurídico que suele relacionarse con el concepto económico de “*poder de mercado*”⁴⁸, de tal manera que resulta indispensable que la empresa posea un alto grado de poder de mercado a través del tiempo para poder ser catalogada como dominante⁴⁹. De ahí que el análisis económico de la posición de dominio comience en la determinación del poder de mercado de la empresa. Por otra parte, las barreras a la entrada en un mercado favorecen la existencia de una posición dominante porque garantizan que el poder de mercado sea duradero en el tiempo⁵⁰⁻⁵¹.

Por lo tanto, a partir de (i) el poder de mercado de **BAVARIA** y concentración en el mercado relevante, y de (ii) las barreras de entrada al mercado relevante, la Delegatura concluirá que **BAVARIA** tiene posición dominante en el mercado de producción, importación y comercialización de cerveza a nivel nacional, como se pasa a explicar a continuación.

10.3.1. Poder de mercado de BAVARIA y concentración en el mercado relevante

Según la teoría económica sobre competencia, el poder de mercado está relacionado positivamente con la participación de mercado. Por lo tanto, cuanto mayor es la participación de mercado de determinada empresa, esta puede elevar más los precios sobre un nivel competitivo de manera rentable⁵². Adicionalmente, dicha participación de mercado se complementa con la concentración del mercado para estudiar en términos relativos el poder de mercado de una empresa con respecto a sus competidores. Específicamente, una alta participación de mercado de una empresa, en un contexto de un mercado altamente concentrado, es un fuerte indicio de una posición de dominio de dicha empresa⁵³.

⁴⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones Nos. 53992 de 2012 y No. 76278 de 2016.

⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76278 de 2016.

⁴⁸ El poder de mercado de una empresa se entiende como la capacidad de mantener o fijar precios por encima de cierto nivel competitivo de manera rentable.

⁴⁹ Ver ICN Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment Of Dominance. Pág. 3.

⁵⁰ Ibidem. Pág. 4.

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53992 de 2012.

⁵² Ver Vives, X. (1999). *Oligopoly pricing: old ideas and new tools*. MIT press. Pág. 99.

⁵³ Ver ICN Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment Of Dominance. Pág. 20.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Para estimar el poder de mercado de **BAVARIA**, la concentración y dominancia, la Delegatura calculó las participaciones de mercado de las empresas, el índice de Herfindahl - Hirschman⁵⁴ y el umbral de dominancia de Stenbacka⁵⁵ correspondientes al mercado relevante sin hacer distinciones de canales de comercialización y a partir del valor de las ventas de cerveza realizadas por las empresas requeridas por esta entidad. El resultado se aprecia a continuación:

Tabla No. 5. Participaciones en el mercado relevante.

Año	BAVARIA	C.C.C.	OTROS

Fuente: elaboración Superintendencia⁵⁶.

En la anterior tabla, la categoría **OTROS** agrupa a importadores como **ÉXITO**, **KOBA** y **ALTIPAL**, entre otros. Estos agentes de mercado han logrado ganar una participación conjunta cercana al [REDACTED]. Adicionalmente, se evidencia que **C.C.C.** ingresó al mercado relevante a partir del año 2015 y, en el transcurso del periodo 2015-2020, logró conquistar el [REDACTED] de participación en este mercado relevante. No obstante, **BAVARIA** aún conserva una participación de mercado superior al [REDACTED]. Esto sería muestra del poder que ostenta en dicho mercado relevante.

A continuación, la Delegatura calcula los índices de Herfindahl – Hirschman y el umbral de dominancia de Stenbacka en el mercado relevante para el periodo 2014-2020:

ESPACIO EN BLANCO

⁵⁴ El índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) es tradicionalmente utilizado con el fin de calcular el grado de concentración de un mercado o una determinada industria. Se calcula como la suma de cada una de las participaciones de las empresas del mercado, S_i , elevadas al cuadrado. Hirschman (1945) y Herfindahl (1950)

$$IHH = \left(\sum_{i=1}^n S_i^2 \right), \quad \text{donde } i = 1, 2, \dots, n$$

Los resultados de este índice se encuentran entre 0 y 1, donde un valor 0 hace referencia a un nivel de concentración de un mercado competitivo y 1 el caso extremo de concentración: el monopolio. Un resultado menor de 0,15 corresponde a un mercado con bajo nivel de concentración, entre 0,15 y 0,25 corresponde a un mercado moderadamente concentrado y mayor a 0,25 significa que es un mercado altamente concentrado.

⁵⁵ Es una herramienta que establece un umbral a partir del cual una empresa cuya participación de mercado supere dicho umbral ostentaría dominancia en el mercado. El umbral de Stenbacka, S^D , se calcula a través de la siguiente fórmula (Melnik, Shy y Stenbacka, 2008):

$$S^D = \frac{1}{2} [1 - \gamma(S_1^2 - S_2^2)]$$

Donde S_1 y S_2 son las participaciones de mercado de las dos empresas más grandes en el mercado y γ es un parámetro de competencia. El parámetro γ puede verse como una captura de la restricción impuesta por la competencia potencial en el dominio de la empresa 1, pero también podría incorporar factores como la existencia de compradores poderosos, la regulación económica y la presencia de los derechos de propiedad intelectual. (Melnik, Shy y Stenbacka, 2008, p3). En la presente actuación se asume que $\gamma = 1$.

⁵⁶ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, CARPETA: 18216104--0155000010 (Anexo 2). Volumen Ventas Cerveza. Subcarpeta: 2. Ventas Cerveza - Archivos Originales. Construida a partir de los archivos denominados: “CO_Vol_Municipio_2017.txt”, “CO_Vol_Municipio_2014.txt”, “CO_Vol_Municipio_2015.txt”, “CO_Vol_Municipio_2016.txt”, “CO_Vol_Municipio_2018.txt”, “CO_Vol_Municipio_2019.txt”, “CO_Vol_Municipio_2020.txt”; CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C. Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0011100012 (anexo 7) - Nivel de Ventas CCC - Requerimiento 18-216104 (Punto 5).xlsx”; CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO CERVECERÍAS. Construida a partir de los archivos denominados: “216104” “8. C. RESERVADO ELECTRÓNICO CERVECERÍAS”. Archivos denominados: “18216104--012300007.XLSX”, “18216104--0010800006.XLSX”, “18216104--0016600002.XLSX”, “18216104--0012900009.XLSX”, “18216104--0012500005.XLSX”, “18216104--0014200002.XLSX”, “18216104--0013000002.XLSX”, “18216104--0012400009.XLSX”, “18216104--0015700002.XLSX” y “18216104--0011900008.XLSX”. A partir de esta información, para cada año y para cada empresa se totalizó el valor de las ventas de cerveza comercializada descontando el valor de las ventas realizadas de productores e importadores a comercializadores (según corresponda) para evitar doble contabilización. A partir de estos totales anuales por empresa se calculó la participación en ventas de cada una de estas. Para la presentación en la tabla se agruparon las participaciones de las empresas distintas a **C.C.C.** y **BAVARIA** en **OTROS**.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Tabla No. 6. Índice de concentración IHH y Umbral de dominancia Stenbacka.

Año	IHH	Umbral de dominancia Stenbacka
■	■	■
■	■	■
■	■	■
■	■	■
■	■	■
■	■	■
■	■	■

Fuente: elaboración Superintendencia⁵⁷.

A partir de la tabla anterior, la Delegatura evidencia que la concentración en el mercado relevante se ha reducido desde la entrada de **C.C.C.** en el año 2015. Sin embargo, los resultados en el IHH sugieren que este sigue siendo un mercado altamente concentrado. Por otra parte, para el periodo transcurrido entre 2014 y 2020 la participación de mercado de **BAVARIA** es mayor que el umbral de dominancia de Stenbacka.

10.3.2. Barreras de entrada al mercado relevante

Las barreras de entrada son todos aquellos factores que dificultan o retrasan considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado, para que estos puedan competir en condiciones similares a las que tienen los agentes ya establecidos⁵⁸. Las barreras a la entrada se dividen en estructurales, estratégicas y legales⁵⁹:

- Barreras estructurales: hacen referencia a las características propias de la industria, como los costos irre recuperables, la escasez de insumos y los factores de demanda en los que aparecen la diferenciación de productos o reconocimiento de las marcas.
- Barreras estratégicas: hacen referencia a las barreras derivadas del comportamiento de los agentes de mercado, por ejemplo, el exceso de capacidad instalada y los contratos de distribución y suministro.
- Barreras legales: hacen referencia a los derechos protegidos por la ley, como los derechos de propiedad intelectual.

Dichas barreras son analizadas para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado determinado, toda vez que le otorgan a las empresas establecidas ventajas sobre los potenciales entrantes⁶⁰. Por lo anterior, la Delegatura evalúa la capacidad ociosa, la red de distribución y el reconocimiento de las marcas de **BAVARIA** como barreras a la entrada para sustentar su posición de dominio en el mercado relevante.

10.3.2.1. Capacidad ociosa

La capacidad ociosa de una empresa puede verse como una barrera a la entrada al mercado porque sirve como factor de disuasión sobre los competidores (especialmente sobre los potenciales competidores entrantes). Esto es así porque la empresa con exceso de capacidad puede aumentar su producción ante cualquier intento de entrada o expansión de un competidor⁶¹. De igual manera, en el caso particular en el que la capacidad instalada supera el tamaño del mercado, se impone la obligación sobre el competidor entrante o en expansión de ganar participación de mercado principalmente a través de la conquista de los clientes de sus competidores.

⁵⁷ A partir de la información utilizada para la construcción de la **Tabla No. 5** se calculan las participaciones de mercado de las empresas requeridas por esta Superintendencia y se aplican las fórmulas respectivas de ambos índices.

⁵⁸ Ver Glossary Of Industrial Organisation Economics And Competition Law. Pág 13. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace <https://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>

⁵⁹ Ver ICN Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment Of Dominance. Pág. 25.

⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones Nos. 53992 de 2012 y 76278 de 2016.

⁶¹ Ver ICN Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment Of Dominance. Pág. 28.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

La Delegatura pudo confirmar que **BAVARIA** tenía capacidad ociosa en todas sus seis plantas de producción desde el año 2014 hasta el 2020. Lo anterior se evidencia en la **Tabla No. 7**. Esto le permitiría a **BAVARIA** satisfacer cualquier incremento en la demanda del mercado relevante, lo cual puede verse como un desincentivo a la entrada de competidores.

Tabla No. 7. Porcentaje de utilización de las plantas de producción de BAVARIA

Año	Barranquilla	Boyacá	Bucaramanga	Medellín	Tocancipá	Valle
████	████	████	████	████	████	████
████	████	████	████	████	████	████
████	████	████	████	████	████	████
████	████	████	████	████	████	████
████	████	████	████	████	████	████
████	████	████	████	████	████	████
████	████	████	████	████	████	████

Fuente: elaboración Superintendencia con información aportada por **BAVARIA**⁶².

Adicionalmente, desde la **Tabla No. 4** la Delegatura pudo constatar que la capacidad instalada de **BAVARIA** está, en promedio, cerca de los ██████ anuales desde el año 2014 hasta el 2020. En la **Tabla No. 8** se evidencia que el tamaño de mercado de producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia está, en promedio, cerca de los ██████. Así, vale la pena resaltar que el tamaño de mercado en promedio ha sido menor que la capacidad instalada de **BAVARIA**.

Tabla No. 8. Tamaño de mercado desde 2014 hasta 2020

Año	Millones de Hectolitros
████	████
████	████
████	████
████	████
████	████
████	████
████	████

Fuente: elaboración Superintendencia⁶³.

Por todo lo anterior, la Delegatura considera que la capacidad ociosa de las plantas de producción de **BAVARIA** constituye una barrera a la entrada para los competidores en el mercado relevante desde el punto de vista estratégico, debido a que le permitiría a **BAVARIA** responder a cualquier amenaza de expansión o entrada de un competidor. Aunado a lo anterior, la capacidad instalada de

⁶² CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA. Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0011200011 (anexo 3) 3. Capacidad Instalada.xlsx”. Para cada una de las plantas, se totalizó la producción anual y la capacidad instalada correspondiente. Posteriormente, para cada año y para cada planta se calcula el cociente entre el total de la producción anual y la capacidad instalada correspondiente.

⁶³ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, CARPETA: 18216104--0155000010 (Anexo 2). Volumen Ventas Cerveza. Subcarpeta: 2. Ventas Cerveza - Archivos Originales. Construida a partir de los archivos denominados: “CO_Vol_Municipio_2017.txt”, “CO_Vol_Municipio_2014.txt”, “CO_Vol_Municipio_2015.txt”, “CO_Vol_Municipio_2016.txt”, “CO_Vol_Municipio_2018.txt”, “CO_Vol_Municipio_2019.txt”, “CO_Vol_Municipio_2020.txt”; CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C. Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0011100012 (anexo 7) - Nivel de Ventas CCC - Requerimiento 18-216104 (Punto 5).xlsx”; CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO CERVECERÍAS. Construida a partir de los archivos denominados: “216104” “8. C. RESERVADO ELECTRÓNICO CERVECERÍAS”. Archivos denominados: “18216104--0010800006.XLSX”, “18216104--0016600002.XLSX”, “18216104--0012900009.XLSX”, “18216104--0012500005.XLSX”, “18216104--0014200002.XLSX”, “18216104--0013000002.XLSX”, “18216104--0012400009.XLSX”, “18216104--0015700002.XLSX” y “18216104--0011900008.XLSX”. A partir de esta información, para cada año y para cada empresa se totalizó el volumen de cerveza comercializada medida en hectolitros descontando el volumen vendido de productores e importadores a comercializadores (según corresponda) para evitar doble contabilización. Una vez se realiza el calculo anteriormente descrito, se procedió a totalizar el volumen del mercado por año definido como la suma de los volúmenes anuales de cada empresa.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

BAVARIA superó el tamaño del mercado para el periodo 2014–2020, lo cual impondría a cualquier competidor, principalmente, la tarea de conquistar los clientes de **BAVARIA**. Este es un factor que desincentiva la entrada al mercado relevante.

10.3.2.2. Red de distribución

La red de distribución constituye un elemento necesario para permitir que las mercancías producidas por una empresa lleguen efectivamente a los consumidores. El tamaño de la red de distribución está en función del nivel de producción de la empresa y de la extensión del territorio que desea cubrir. Por lo anterior, los procesos productivos a gran escala requieren de una robusta red de distribución para garantizar que se alcance el nivel mínimo de eficiencia de producción en las empresas. Por lo tanto, no contar con una red de distribución adecuada podría generar una barrera a la entrada en el mercado.

Específicamente sobre el mercado relevante, además de las seis plantas de producción, **BAVARIA** cuenta con ■ centros de distribución propios y arrendados a lo largo y ancho del país, que le permiten ofertar sus productos en todo el territorio nacional⁶⁴. Estos centros de distribución le sirven a **BAVARIA** como puntos de acopio de la producción de sus plantas para que posteriormente dicha producción se distribuya a los establecimientos en los cuales se comercializa la cerveza. Lo anterior le permite a **BAVARIA** una reducción en sus costos de distribución a través de la creación de sinergias, toda vez que puede optimizar la utilización de la flota de transporte de cerveza para dos tipos de trayectos: **i)** desde sus plantas a los centros de distribución y **ii)** desde los centros de distribución a los establecimientos.

En consecuencia, un potencial competidor que desee incursionar en condiciones similares a las de **BAVARIA** en términos de distribución a este mercado enfrenta dos situaciones: **i)** el elevado costo de una amplia red de distribución y **ii)** el desincentivo a la entrada originado por la férrea competencia que podría llegar a plantear **BAVARIA** gracias a su eficiencia en costos de distribución. Por lo anterior, la red de distribución en el mercado relevante debe entenderse como una barrera a la entrada.

Así, esta Superintendencia ha reconocido las barreras a la entrada en el mercado relevante de la presente actuación en materia de redes de distribución y la importancia de creación de sinergias en dicho proceso. Bajo tal premisa, la entidad objetó la integración entre **BAVARIA** y **COCA-COLA BEBIDAS DE COLOMBIA S.A.** (en adelante **COCA-COLA**) mediante Resolución No. 23569 de 2021 porque consideró que con “(...) la operación se unirían dos (2) de las tres (3) redes de distribución de bebidas no alcohólicas y cervezas más grandes del país (incluyendo la red de distribución de **POSTOBÓN**), lo que obligaría a cualquier nuevo competidor a crear redes de distribución propias. Situación que aumentaría los costos y barreras de entrada al mercado”⁶⁵ de cervezas.

Finalmente, la Delegatura, en la misma línea de argumentación de la Resolución No. 24329 de 2016 de esta Superintendencia, concluye que la red de distribución de **BAVARIA** sí constituye una barrera a la entrada al mercado relevante porque, además de las características de eficiencia y sinergia propias de esta red, la participación de mercado de esta empresa supera al menos el ■ (ver **Tabla No. 5**). En efecto, no es suficiente con que una empresa posea una red de distribución equiparable con la red de **BAVARIA** para que esta barrera a la entrada desaparezca. Por ejemplo, aunque **C.C.C.** –el inmediato competidor de **BAVARIA**– utiliza la red de distribución de **POSTOBÓN**, cuyo alcance es nacional, su participación de mercado no supera el ■ en todo el periodo analizado (ver **Tabla No. 5**). Por lo tanto, esta empresa no posee una posición equivalente en el mercado a la de **BAVARIA**.

10.3.2.3. Reconocimiento de marcas

Para la entrada de un competidor en el mercado se requiere de una inversión con el fin de captar la atención de los consumidores. Esta inversión se realiza principalmente en publicidad, que es un elemento necesario para lograr un reconocimiento y posicionamiento de las marcas de los productos. Por su parte, la inversión en publicidad es un costo que podría traducirse en un desincentivo sobre un empresario para ingresar al mercado cuando ya se encuentran marcas reconocidas y posicionadas. Así, el posicionamiento de marcas en un mercado se convierte en una barrera

⁶⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23569 de 2021. Pág. 27.

⁶⁵ Ibidem. Pág. 70.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

estructural que retrasa o impide la entrada de competidores, debido a que impone una alta carga financiera en términos de publicidad a cualquier competidor entrante.

Lo descrito se aprecia en el caso particular de la cerveza, pues el reconocimiento que efectúa un consumidor sobre una marca constituye un factor que puede retrasar la entrada de nuevos competidores al mercado. Esto impone a los potenciales entrantes la necesidad de incurrir en inversiones publicitarias con el fin de captar la atención de los consumidores.

En el caso de **BAVARIA**,

⁶⁶.

Por otra parte, durante cerca de 90 años de existencia **BAVARIA** ha logrado consolidar un portafolio de al menos 32 marcas que gozan de reconocimiento por parte de los consumidores. Lo anterior se evidencia en la participación de estas marcas dentro de las ventas totales de mercado, debido a que estas participaciones generalmente superan de manera amplia las participaciones de las ventas totales de los competidores de **BAVARIA**. Concretamente, las cervezas asociadas con las marcas Águila, Póker, Corona, Club Colombia y Pilsen representan en promedio cerca del ⁶⁷ de las ventas del mercado relevante, respectivamente. Así, en la Resolución No. 23569 de 2021 esta Superintendencia indicó:

*“Tal como se señaló en la Resolución No. 24329 de 2016, [s]i bien esta Superintendencia no cuenta con estudios cuantitativos y/o cualitativos que indiquen el grado de posicionamiento y reconocimiento de las marcas pertenecientes a **SABMILLER (BAVARIA)**, considerando la trayectoria de la compañía en el país, además de que es la principal empresa fabricante de cerveza en Colombia, este Despacho infiere que dichas marcas tienen un gran posicionamiento y reconocimiento a nivel nacional, sumado al hecho de que cuentan con la lealtad del consumidor hacia dichas marcas’ (...). (Negrillas originales)*

En conclusión, el posicionamiento de las marcas de **BAVARIA** constituye una barrera a la entrada al mercado relevante porque impone a cualquier competidor entrante la obligación de una inversión en publicidad lo suficientemente grande para rivalizar con el reconocimiento y posicionamiento de las marcas de cerveza de **BAVARIA**.

Por todo lo anterior, la Delegatura encontró evidencia para afirmar que **BAVARIA** ostenta posición de dominio en el mercado relevante. El fundamento de esa conclusión es que i) **BAVARIA** cuenta con alto poder de mercado al tener una participación superior al ⁶⁶ durante el periodo de análisis; ii) la participación de mercado de **BAVARIA** es mayor que el umbral de dominancia de Stenbacka, lo que indica que puede existir riesgo de dominancia en el mercado; iii) el mercado relevante se caracteriza por tener barreras a la entrada, toda vez que **BAVARIA** tiene capacidad ociosa en todas sus plantas de producción, posee una red de distribución que le permite ofrecer sus productos en todo el territorio nacional y su portafolio de cervezas goza de gran reconocimiento y recordación por parte de los consumidores.

10.4. Conclusiones.

En atención a las anteriores consideraciones relacionadas con el mercado relevante, esta Delegatura pudo concluir que:

- El mercado relevante para la presente actuación administrativa es el de producción, importación y comercialización de cerveza a nivel nacional. En cuanto al producto, la cerveza posee características únicas en relación con el sabor, color, aroma, grados alcohólicos y proceso de producción, lo

⁶⁶ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2. Folio 310. Construida a partir del archivo denominado: “CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 2.pdf”.

⁶⁷ Para este cálculo se parte de la información utilizada para la construcción de la Tabla No. 5 y, posteriormente, se calculan las ventas de **BAVARIA** discriminadas por marca. Allí, se suman las ventas de todas las cervezas asociadas a una marca. Por ejemplo, para cada año, las ventas de Águila corresponden a la suma de las ventas de las cervezas Águila, Águila 0.0, Águila Cero, Águila Light, Águila Imperial y Águila Lime. Una vez se tienen calculadas las sumas por cada una de las marcas se calcula la participación de estas ventas dentro de las ventas totales del mercado. Finalmente, se calcula el promedio de estas participaciones por marca desde el año 2017 hasta el año 2020.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

que hace que se diferencie de las demás bebidas alcohólicas desde el punto de vista de los consumidores. Estas características convierten a la cerveza en un mercado en sí mismo. Por otra parte, el área de influencia de las empresas que producen, importan y comercializan cerveza hacen que la dimensión geográfica del mercado sea nacional.

• El mercado de producción, importación y comercialización de cerveza a nivel nacional se encuentra altamente concentrado. Como se vio, aun cuando han ingresado nuevos competidores, **i) BAVARIA** continua con una participación de mercado superior al ■■■; **ii)** el competidor más cercano, **C.C.C.**, cuenta con una participación no mayor al ■■■ y **iii)** todos los demás competidores suman una participación cercana al ■■■.

• **BAVARIA** tiene posición de dominio en el mercado relevante debido a que **i)** cuenta con la mayor participación mercado; **ii)** el mercado relevante es altamente concentrado y **iii)** existen significativas barreras a la entrada de competidores al mercado. En consecuencia, **BAVARIA** tiene la capacidad de influir de manera sustancial en las condiciones del mercado relevante y, por lo tanto, puede impedir o retrasar el ingreso de nuevos competidores a dicho mercado.

DÉCIMO PRIMERO: En este aparte la Delegatura explicará los elementos de configuración del abuso de posición de dominio consistente en obstruir o impedir a los competidores el acceso a los mercados a los canales de comercialización, de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, precisará las condiciones en que se configura esa conducta ilegal mediante la imposición de restricciones verticales consistentes en la implementación de acuerdos de exclusividad.

11.1. El abuso de posición de dominio por obstruir o impedir a los competidores el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

El artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 describe los comportamientos que constituyen abuso de posición de dominio. En esta oportunidad es necesario considerar el previsto en el numeral 6 de esa disposición:

“ARTÍCULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

6. Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.

Con fundamento en la norma citada, esta Superintendencia ha considerado que la forma de abuso descrita es una conducta exclusoria que, por su naturaleza, está orientada a impedir o dificultar la entrada o permanencia de los competidores en el mercado⁶⁸. Sobre esa base, ha dejado claro que la conducta analizada se configura, entre otras hipótesis, en aquellos eventos en los que *“la empresa dominante directamente limita la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir u obstruir su acceso o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse”*⁶⁹.

11.2. Condiciones que le atribuyen un carácter restrictivo de la competencia a la implementación de acuerdos de exclusividad por parte de un agente dominante.

La implementación de acuerdos de exclusividad por parte de un agente dominante podría configurar la conducta de abuso analizada. Para determinar las condiciones en que esa circunstancia podría ocurrir, a continuación, la Delegatura precisará la definición y objeto de las cláusulas de exclusividad, planteará la regla general consistente en la legalidad de ese tipo de pactos y, finalmente, precisará las condiciones que determinan su ilegalidad.

11.2.1. Las cláusulas de exclusividad: definición, objeto y finalidades.

Esta Superintendencia ha indicado que *“las cláusulas de exclusividad consisten en un compromiso en el que una o ambas partes del contrato se comprometen a no celebrar contratos con terceros*

⁶⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40912 de 2012.

⁶⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53403 de 2013.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

competidores y relacionados con su actividad en la cadena de valor”⁷⁰. Ese tipo de cláusulas pueden tener diversos alcances, pues es posible que mediante su utilización las partes acuerden “limitar su actividad a cierta clase de productos o servicios (exclusividad de producto), a determinados territorios (exclusividad territorial) e incluso a determinados clientes, o en fin, acordar que el negocio jurídico incorpore todas estas restricciones de forma simultánea o bajo diferentes combinaciones de las mismas (exclusividad mixta)”⁷¹.

De conformidad con lo anterior, las cláusulas de exclusividad imponen una limitación a la libertad contractual y/o empresarial de uno o ambos extremos negociales y, además, se encuentran vinculadas a un contrato principal que generalmente corresponde a un negocio jurídico de distribución⁷². De lo dicho se puede afirmar que la implementación de estas cláusulas es la forma más frecuente para materializar restricciones de carácter vertical, en tanto se incluyen en las relaciones negociales entre los agentes que se encuentran en los diferentes niveles de la cadena de producción, como lo son los proveedores y los distribuidores⁷³. En adición, es importante resaltar que las cláusulas de exclusividad pueden incluir, de manera amplia, acuerdos que hacen que los distribuidores concedan un trato preferente a los productos de un proveedor y, en su forma más estricta, la exigencia a los distribuidores para que se comprometan a no hacer negocios con los productos de la competencia⁷⁴.

11.2.2. La regla general: legalidad de las cláusulas de exclusividad.

La Corte Constitucional se pronunció sobre las cláusulas de exclusividad al analizar el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, una norma del régimen de competencia desleal. Concluyó que por regla general la implementación de ese tipo de acuerdos es legítimo y que solo tendrá un carácter ilegal si genera una disminución sustancial en la competencia porque restringe el acceso de los competidores al mercado. La Corte afirmó lo siguiente:

*“La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, **carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia**, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.*

*Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que **el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente**” (Negrillas y subrayas fuera del original).*

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al resolver una acción popular sobre los efectos de las cláusulas de exclusividad en el mercado de bebidas gaseosas en los colegios de Santander. En sentencia del 24 de agosto de 2001 la Corporación indicó que ese tipo de pactos en contratos de suministro no es lesivo del derecho a la libre competencia porque *“para ello es necesario que con estas se restrinja el acceso a los competidores al mercado o se monopolice la distribución de productos o servicios”⁷⁵.*

⁷⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 31434 del 2011, pág. 8.

⁷¹ ORTÍZ BAQUERO, Ingrid Soraya. La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y, en particular, la valoración de las cláusulas de exclusividad en los regímenes de libre competencia europeo, español y colombiano [en línea]. Parte uno. Universidad Externado de Colombia. *Revista e-Mercatoria* No. 6. 2007, obtenido el 2022-03-07 en el enlace <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emercatoria/article/view/2072>, p. 92 – 94.

⁷² Ibidem.

⁷³ *Op., cit.* ORTÍZ BAQUERO, Ingrid Soraya. P. 93.

⁷⁴ MARVEL, Howard. Exclusive dealing. (Chapter 13). en: BLAIR, Roger D. SOKOL, D. Daniel. *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Volume 2. New York. 2015. p. 304.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 24 de agosto de 2001, Radicación: 54001-23-31-000-2000-1749-01 (AP-124).

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

11.2.3. Condiciones que determinan la ilegalidad de los acuerdos de exclusividad.

Las estrategias de mercado basadas en la implementación de acuerdos de exclusividad generan limitaciones para la entrada de otros competidores al mercado y, además, también pueden dar lugar a efectos económicos positivos que favorecen la dinámica de competencia. Por esta razón es fundamental determinar los criterios que permiten atribuir a ese tipo de estrategias un carácter restrictivo de la competencia.

Con ese propósito, es importante resaltar que el agente dominante, en razón a sus especiales condiciones tiene cargas mayores a las que normalmente tiene cualquier otro agente económico. Así lo ha confirmado esta Superintendencia al afirmar que la posición de dominio *“sí dota a la empresa que la ostenta de una responsabilidad especial, en el sentido de no impedir una competencia genuina en el mercado en el que concurre (...)”* y que *“resulta claro que quien ostenta posición de dominio en el mercado, está sujeto a unas cargas y limitaciones especiales, en razón a su capacidad de introducir fuertes distorsiones en el mismo”*⁷⁶. Esta Superintendencia también ha asegurado, en forma más detallada, que *“esta responsabilidad especial se fundamenta en la influencia que los agentes dominantes tienen en el mercado, y la consiguiente trascendencia que sus conductas implican en el mismo (...)”*, lo que implica que *“los agentes dominantes tienen la carga de actuar con un cierto deber de cuidado, (...) al paso que la competencia residual en dicho mercado debe ser sujeto de especial protección de parte de las autoridades de competencia”*⁷⁷.

Por lo anterior, es evidente que un agente dominante que tenga la influencia determinante que tiene **BAVARIA** debe ser extremadamente cuidadoso con la implementación de estrategias que podrían ser idóneas para impedir la entrada o expansión de competidores.

Con fundamento en esa responsabilidad especial que recae sobre **BAVARIA** debido a la dominancia que ejerce en el mercado relevante para esta actuación, a continuación se explicará en detalle que la implementación de acuerdos de exclusividad por parte de un agente dominante configura la conducta de abuso analizada en este acto si es idónea para cerrar una parte sustancial del mercado o si genera ese efecto, siempre que no pueda justificarse por la generación de eficiencias que sean superiores al riesgo que plantea para la dinámica de competencia en el mercado.

11.2.3.1. Los acuerdos de exclusividad son idóneos para cerrar el mercado o generan ese resultado

La primera condición para concluir que la implementación de acuerdos de exclusividad por parte de un dominante es anticompetitiva consiste en que la estrategia sea idónea para cerrar el mercado o que genere esa reducción en la intensidad de la competencia. Sobre el particular, esta Superintendencia ha precisado que el cierre del mercado tiene lugar **i)** si la conducta limita el acceso de nuevos competidores o; **ii)** si limita la posibilidad de que un agente que ya tenga presencia en el mercado erosione la participación del dominante. Al respecto, esta Superintendencia afirmó:

*“Para evaluar si la contratación exclusiva es anticompetitiva, es necesario examinar los efectos que produce en la intensidad de la competencia en el mercado; es decir, sobre el conjunto de agentes participantes. En términos estrictos, cerrar el mercado impone una restricción que puede ser dual. De un lado, limita el acceso al mercado de entrantes potenciales, y de otro, limita la posibilidad de un competidor ya presente, pero no dominante, de erosionar la participación de mercado del agente dominante”*⁷⁸.

Esta Superintendencia también ha establecido los factores que permiten determinar la mayor o menor idoneidad de una conducta para generar el cierre del mercado. Entre otros, se encuentran los siguientes: **i)** la extensión del dominio del agente dominante en términos del porcentaje de demanda cubierto por la estrategia de contratación con exclusividad; **ii)** la inexistencia de fuentes alternativas de oferta (la disponibilidad de canales de distribución alternativos); **iii)** altas barreras de entrada ajenas al comportamiento de agentes; **iv)** bajas economías de escala derivadas de la exclusividad (provenientes por ejemplo de la cláusula inglesa⁷⁹ o cláusulas de nación más favorecida⁸⁰); **v)** la

⁷⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 22624 de 2005. Ver hoja 12.

⁷⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53403 de 2013. Ver hoja 68.

⁷⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 33361 de 2011.

⁷⁹ Esta cláusula exige que el contratista reporte al contratante ofertas de precios más bajos por parte de otros agentes y que no las acepte a menos que el contratante no iguale la oferta.

⁸⁰ Esta cláusula impone a una de las partes que las condiciones que ofrezca a su contraparte correspondan con las que esa parte ofrece al contratista a quien ofrece los mejores términos contractuales.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

posibilidad de cambiar de proveedor; vi) la duración de los acuerdos de exclusividad y la existencia de cláusulas de renovación automática, y vii) la situación específica de la relación entre las partes⁸¹.

11.2.3.2. La estrategia basada en acuerdos de exclusividad impacta una parte sustancial del mercado.

Ya está claro que los acuerdos de exclusividad, por su naturaleza y cuando son implementados por un agente con posición de dominio, pueden generar limitaciones a la entrada de competidores al mercado. En consecuencia, esta circunstancia en sí misma no es suficiente para atribuir a la implementación de ese tipo de acuerdos un carácter restrictivo de la competencia. Ese carácter ilegal depende de que la conducta tenga el alcance suficiente para generar el cierre de una parte sustancial del mercado o de los canales de comercialización, pues en caso contrario no tendría la idoneidad para prevenir la entrada o expansión de competidores. Dos consideraciones sustentan esta conclusión. De un lado, solo una estrategia de exclusividades que tenga ese alcance podrá ser considerada significativa en los términos del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009⁸². Del otro, si la estrategia de exclusividades deja disponibles para los competidores un porcentaje suficiente del mercado o de los canales de comercialización, no podría afirmarse que se generó el cierre de mercado que determina la configuración de la conducta prohibida mediante el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Al respecto, esta Superintendencia ha precisado lo siguiente:

“(…) el análisis de las conductas abusivas de la posición de dominio en general, y de las restricciones verticales en particular, también implica determinar y analizar el alcance de la conducta como tal. Es decir, no es suficiente con determinar que una estrategia comercial es anticompetitiva solo porque puede eventualmente excluir a los consumidores, sino que, conforme con el lenguaje usado por el numeral 6 del artículo 2153 de 1992, también resulta necesario determinar su alcance, del cual depende, finalmente, la capacidad de la conducta para producir efectos anticompetitivos.

(…)

La estrategia de un actor con posición dominante basada en restricciones verticales no necesariamente sería abusiva, si se destina a un grupo de establecimientos comerciales que en conjunto no resulten ser lo suficientemente significativos como para ejercer una restricción vertical activa frente a los competidores. Lo anterior, debido precisamente a que dicha estrategia no implica un control de la totalidad del canal, ni de un porcentaje lo suficientemente importante que impida a los demás competidores llegar a los consumidores y competir por obtener mayores locales para la comercialización. En cambio, si se tratase de una estrategia sistemática que afecta a la mayoría de locales comerciales, o que le concede una ‘masa crítica’ al actor que impide una competencia efectiva por parte de terceros, dicha conducta sería probablemente anticompetitiva”⁸³.

11.2.3.3. La estrategia basada en acuerdos de exclusividad no está justificada por eficiencias que superen el impacto a la dinámica de competencia en el mercado

Una estrategia de exclusividades que impida la entrada o expansión de competidores en una parte sustancial del mercado puede ser justificable si es indispensable para generar eficiencias que superen el riesgo o el impacto efectivo que la conducta genera para la dinámica de competencia. Para tener esa función justificante, las eficiencias deben trasladarse de manera suficiente a los destinatarios del producto o servicio de que se trate.

La conclusión anotada se sustenta en tres consideraciones. La primera de ellas está basada en una interpretación sistemática de los artículos 50 del Decreto 2153 de 1992 y 3 de la Ley 1340 de 2009. Aquellas normas describen los comportamientos que constituyen abusos de la posición de dominio y los propósitos del régimen de protección de la competencia, respectivamente. En consecuencia, si la conducta de un agente dominante reúne los elementos de configuración establecidos en el citado artículo 50, pero genera eficiencias que materializan los propósitos del régimen del que esa norma hace parte, es claro que no podrá considerarse ilegal. Recuérdese, con fundamento en la jurisprudencia constitucional, que las normas del régimen de protección de la competencia no deben

⁸¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 33361 de 2011 y 56350 de 2018.

⁸² *Op. cit.*, ORTÍZ BAQUERO, Ingrid Soraya. Los pactos de exclusividad en el derecho colombiano. p. 48.

⁸³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 33361 de 2011 y 40912 de 2012.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

ser interpretadas y aplicadas de manera exclusivamente literal, sino de forma sistemática y en relación con el subsistema normativo al que pertenecen⁸⁴.

La segunda consideración está soportada en el precedente aplicable a este caso. Esta Superintendencia ha dejado claro que el carácter ilegal de la conducta analizada puede desaparecer si la estrategia de exclusividades es indispensable para generar eficiencias que se transporten hacia los consumidores. Al respecto, ha indicado expresamente que *“mediante la adecuada justificación económica de la conducta, se puede desvirtuar su carácter presuntamente anticompetitivo”*⁸⁵. Sobre esa base, esta Superintendencia concluyó lo siguiente:

*“(…) para que una conducta pueda impedir u obstruir a terceros la entrada al mercado o a la cadena de comercialización como una forma de abuso de la posición dominante, conforme con el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, es importante determinar (i) si la parte investigada tiene una posición dominante en el mercado relevante previamente definido, y de tener dicha posición, (ii) si la conducta estudiada tiene la extensión suficiente como para excluir a competidores actuales y potenciales, y de ser así, (iii) si se generan los beneficios para el consumidor o si, dadas las características particulares del mercado, habría otros medios, menos lesivos para la competencia, que permitieran alcanzar el fin o propósito que se busca con la conducta investigada”*⁸⁶.

La tercera consideración consiste en que el criterio expuesto es coherente con la práctica internacional sobre la materia. A manera de ejemplo, la Red Internacional de Competencia (ICN por sus siglas en inglés) ha establecido que la identificación de eficiencias derivadas de la estrategia de exclusividades es un factor relevante para el análisis que debe desarrollar la autoridad de la competencia. Sobre esa base, propuso un método de análisis basado en la ponderación entre las eficiencias derivadas de la conducta y los riesgos o afectaciones que pueda producir a la dinámica de competencia. En ese sentido, sostuvo que **i)** si es probable que el daño al mercado sea mayor que la eficiencia, la conducta debe ser castigada; **ii)** si es probable que la eficiencia sea mayor que el daño, no sería adecuado condenar la práctica, y **iii)** si el daño y la eficiencia se encuentran en el mismo nivel, debería optarse por el principio de no interferencia en el mercado para no condenar la actuación⁸⁷. La organización aclaró un punto fundamental: es necesario analizar si las eficiencias creadas se acumulan exclusivamente para la empresa dominante o si también resulta probable que se trasladen a los consumidores⁸⁸.

11.2.3.4. Un criterio adicional para el análisis: la estrategia de exclusividades se considera ilegal si es excesiva y tiene como único resultado el incremento de los costos de los competidores del agente dominante

Esta Superintendencia ha dejado establecido que una estrategia basada en la implementación de acuerdos de exclusividad, como cualquier otra política que adopte un agente dominante, debería estar encaminada a favorecer la denominada competencia por méritos en beneficio del mercado en general. Con ese fundamento dejó claro que la estrategia podría ser considerada restrictiva si el único propósito que se le puede atribuir, teniendo en cuenta todos los aspectos de contexto, es incrementar los costos de los competidores para debilitar su posición en el mercado. En ese caso la conducta en realidad no generaría eficiencia alguna que la justificara, y su única finalidad sería impedir una adecuada dinámica de competencia obstruyendo el desempeño de los competidores del agente dominante. Sobre este punto, esta Superintendencia ha sostenido lo siguiente:

“Las estrategias de mercado en las cuales la exclusividad tiene un rol central pueden dar lugar a algunas de las características anteriores, y estar dirigidas a ganar participación de mercado de manera legítima o a cerrar la entrada de un tercero al mercado. Esta estrategia puede verse como excesiva y anticompetitiva si la misma utiliza tal cantidad de esfuerzos que, de no tener como objetivo excluir del mercado a terceros, no serían económicamente justificables por quienes la emplean. Así, por ejemplo, una empresa dominante en un mercado puede desarrollar una actividad para ganar participación en el mismo, pero es evidente que sus esfuerzos no pueden carecer de justificación, al punto de parecer poco razonables para conseguir el fin perseguido dado el poder de mercado de dicho agente (...).

⁸⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 032 de 2017.

⁸⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 33361 de 2011.

⁸⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 33361 de 2011.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibid.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Como conclusión, el ejercicio de la posición dominante sería abusivo cuando se usa el poder de mercado para incrementar los costos de los rivales, especialmente cuando la empresa investigada no logra reducir sus costos en sus procesos de producción, transporte y venta al consumidor⁸⁹.

11.3. Conclusiones

Un agente dominante abusa de esa posición si impide que sus competidores accedan al mercado o les impone límites que dificultan su expansión. Esa forma de abuso podría configurarse mediante la implementación de acuerdos de exclusividad, pero el análisis correspondiente es complejo porque ese tipo de estrategias pueden tener un impacto procompetitivo o anticompetitivo dependiendo de la manera en que se implementan y las circunstancias de contexto que las rodean. Por esa razón, la regla general es que la utilización de acuerdos de exclusividad es legítima salvo que concurren unas circunstancias que le atribuyan un carácter ilegal.

De conformidad con la normativa aplicable, el precedente de esta Superintendencia y la práctica internacional, una estrategia basada en acuerdos de exclusividad podría ser considerada restrictiva de la competencia si reúne las siguientes condiciones: i) ser idónea para cerrar el mercado o para generar ese resultado; ii) tener un alcance suficiente para cerrar una parte sustancial del mercado y; iii) no ser necesaria para lograr eficiencias que se trasladen a los consumidores y que superen el riesgo o la afectación que la estrategia genera para la dinámica de competencia. Un factor relevante para concluir que la estrategia en cuestión es ilegal consiste en que tenga un carácter excesivo en el sentido de que el único propósito que se le puede atribuir, teniendo en cuenta todos los aspectos de contexto, es incrementar los costos de los competidores para debilitar su posición en el mercado.

DÉCIMO SEGUNDO: En este aparte la Delegatura presentará las consideraciones y el material probatorio que permiten concluir, con el carácter preliminar propio de esta etapa de la actuación, que **BAVARIA**, a sabiendas de su posición de dominio en el mercado relevante y de su capacidad para cerrarlo, habría adoptado una política comercial que implicó un incremento significativo en la implementación de acuerdos de exclusividad con los establecimientos que tienen mayor propensión al crecimiento en volumen en ventas de cerveza⁹⁰. Este comportamiento habría tenido lugar desde finales de 2017 e inicios de 2018 y habría ocasionado i) el cierre u obstrucción del mercado de importación, producción y comercialización de cerveza en Colombia debido a la generación de una nueva barrera de entrada y ii) la obstaculización de un mayor crecimiento de **C.C.C.**, su competidor – entrante– más cercano.

Con el propósito anotado, en primer lugar, la Delegatura caracterizará el negocio jurídico implementado por **BAVARIA** para suscribir acuerdos de exclusividad para la venta de cerveza a establecimientos de comercio. En segundo lugar, presentará las pruebas que acreditarían el aumento significativo de ese tipo de acuerdos por parte de **BAVARIA**. En tercer lugar, la Delegatura presentará las consideraciones y pruebas que permitirían concluir que la conducta de **BAVARIA** habría reunido los elementos de configuración del abuso de posición de dominio analizado en este caso.

12.1. Los contratos de patrocinio con cláusulas de exclusividad implementados por BAVARIA para la comercialización de cerveza en Colombia

Para lo que interesa en esta actuación, **BAVARIA** desarrolla la comercialización de sus productos mediante los denominados

Es importante anotar que los

⁸⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 33361 de 2011.

⁹⁰ “Probabilidad estadística del cliente a crecer en su venta total de cualquier bebida en los próximos 3 meses”, en CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA, carpeta: 18216104--0021400003, archivo denominado: “Anexo 6_Definiciones Columnas Archivo Excel Propension de clientes.PDF”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

utilizados por **BAVARIA** contienen un clausulado fijo, al cual los titulares de los establecimientos de comercio se adhieren al momento de vincularse en esa relación contractual de comercialización.

12.2. El acuerdo de exclusividad incorporado en los contratos de [REDACTED] implementados por **BAVARIA** para la comercialización de cerveza en Colombia

Los denominados “[REDACTED]” pueden incluir un acuerdo de exclusividad que impone al titular del establecimiento abstenerse de realizar actividades de comercialización de productos de los competidores de **BAVARIA**. Ese acuerdo de exclusividad está establecido en diversos apartes del contrato de patrocinio.

12.2.1. La cláusula de exclusividad incluida en los [REDACTED] de **BAVARIA**.

[REDACTED]

Es importante resaltar que los formatos de los [REDACTED] implementados por **BAVARIA** han cambiado durante el periodo comprendido entre los años 2015 a 2020. Sin embargo, la obligación de exclusividad analizada se mantuvo inalterada. Para evidenciar esta circunstancia, a continuación se presentan las diferentes versiones de las cláusulas de exclusividad que implementó **BAVARIA** durante el periodo comprendido entre los años 2015 a 2020.

a. [REDACTED]

A continuación, se transcribe el contenido de las cláusulas implementadas por **BAVARIA** para el periodo comprendido entre los años 2015 y 2017:

[REDACTED]

[REDACTED] ⁹² (Negritas originales).

[REDACTED]

⁹¹ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 1. Folio 264. “(...) Hasta diciembre de 2017, Bavaria manejaba un único contrato de patrocinio que permitía a la fuerza de ventas escoger cualquier de las siguientes opciones (o combinaciones de las mismas) al momento de negociar con cada punto de venta: 1. Exclusividad en publicidad. 2. Exclusividad en venta, 3. Preferencia en publicidad. Preferencia en venta. (...)”

⁹² CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 1. Folio 262. Carpeta: “FOL 262 USB”. Subcarpeta: “3. CONTRATOS VARIOS”. Subcarpeta: “CONTRATOS 2017”, archivo denominado: “PATROCINIO DE ESTABLECIMIENTO. DOCX”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

[REDACTED] ⁹³ (Negrillas originales).

Es relevante destacar, con fundamento en la información recaudada durante la etapa preliminar respecto del período analizado, que [REDACTED]

b. [REDACTED]

[REDACTED] A continuación se transcribe el texto de la cláusula:

[REDACTED] ⁹⁵.

En conclusión, **BAVARIA** utilizó diferentes formas o modelos para implementar el acuerdo de exclusividad en los contratos mediante los cuales desarrolló la comercialización de sus productos en Colombia. Sin embargo, la obligación de exclusividad y su alcance se mantuvo esencialmente igual durante todo el período analizado, pues los titulares de los establecimientos de comercio adquirieron la obligación de abstenerse de vender y/o publicitar productos que no estuvieran comprendidos en el portafolio de **BAVARIA**.

12.2.2. Exclusividad derivada del contrato de comodato

Los [REDACTED] de **BAVARIA** incluían un contrato de comodato precario⁹⁶ que, en la práctica, consolidaba la obligación de exclusividad a cargo de los titulares de los establecimientos. El objeto de ese contrato consistía en que **BAVARIA** entregaría en préstamo [REDACTED]

[REDACTED] El aspecto relevante para esta actuación es que, de conformidad con las condiciones del contrato de comodato, el titular del establecimiento no podría utilizar los bienes prestados para la exhibición o venta de productos diferentes a los del portafolio de **BAVARIA**. La principal obligación del titular del establecimiento de comercio –comodatario– se presenta a continuación⁹⁷:

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 1. Folio 262. Carpeta: “FOL 262 USB”. Subcarpeta: “3. CONTRATOS VARIOS”. Subcarpeta “CONTRATOS 2018”.

⁹⁶ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 1. Folio 262. Carpeta: “FOL 262 USB”. Subcarpeta: “3. CONTRATOS VARIOS”. Archivo denominado: “CONTRATO DE COMODATO” y CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, Carpeta: “18216104--0155000013 (Anexo 5). Contratos Clientes” Subcarpeta: “5. Modelos de contratos”. Subcarpeta: “Comodato”. Archivo de nominado: “Contrato de Comodato - Eq. Frio”.

⁹⁷ Ibidem.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

(...). ”.

Se aprecia, entonces, que el contrato de comodato implementado por **BAVARIA** refuerza las obligaciones de exclusividad que se imponen al titular del establecimiento de comercio. Con ese contrato se reserva el uso de unos bienes fundamentales para el desarrollo de la actividad comercial del establecimiento en beneficio de **BAVARIA**, con lo que, en consecuencia, se vincula al referido titular de forma explícita a la restricción de comercializar productos similares a los que constituyen el objeto del contrato de patrocinio de **BAVARIA**.

12.3. Las contraprestaciones que **BAVARIA** reconoce para retribuir las obligaciones de exclusividad

A continuación se describirán las contraprestaciones que los titulares de los establecimientos de comercio obtenían a su favor cuando se vinculaban en condiciones de exclusividad mediante el [REDACTED] de **BAVARIA**.

a. [REDACTED]

8.

b. [REDACTED]

99.

1. [REDACTED]

2. [REDACTED]

3. [REDACTED]

4. [REDACTED]

[REDACTED]

⁹⁸ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 1. Folio 262. Carpeta: “FOL 262 USB”. Subcarpeta: “3. CONTRATOS VARIOS”. Subcarpeta “CONTRATOS 2018”; CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104-0155000013 (Anexo 5). Contratos Clientes. Subcarpeta: “5. Modelos de Contratos”. Archivos denominados: [REDACTED]

⁹⁹ Ibidem.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

12.4. El aumento significativo de los acuerdos de exclusividad por parte de BAVARIA

A partir del año 2017 **BAVARIA** habría aumentado en forma significativa y desproporcionada el uso de los pactos de exclusividad. Esta conclusión se aprecia en el siguiente cuadro:

Tabla No. 9. Número de contratos de comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad de BAVARIA para el periodo 2015-2020.

Año	Cientes de Bavaria con cláusula de exclusividad
2015	8.268
2016	8.268
2017	8.268
2018	8.268
2019	8.268
2020	8.268

Fuente: Elaboración Superintendencia con información aportada por **BAVARIA**¹⁰⁰.

Se evidencia, entonces, que para el año 2015 **BAVARIA** presentaba un total de 8.268 exclusividades. En el año 2016 las incrementó un 0%, pues pasó a un total de 8.268. Sin embargo, para el año 2017 el número de exclusividades se situó en 8.268, lo que correspondió a un sorprendente aumento del 0% con respecto al año anterior (siendo la variación más alta durante el periodo de análisis). Ya para los años 2018 y 2019 el incremento porcentual se situó en 0% y 0%, respectivamente. Por último, para el año 2020 la cantidad de clientes con cláusula de exclusividad presentó un descenso del 0%, situación que concuerda con la crisis derivada de la pandemia del COVID-19¹⁰¹ y sus efectos en la economía nacional¹⁰².

12.5. Elementos de prueba que acreditarían un abuso de posición de dominio de BAVARIA por la implementación y aumento significativo de acuerdos de exclusividad en sus contratos para la comercialización de cerveza en Colombia

En este aparte se presentarán las consideraciones y el material probatorio que evidenciarían, de forma preliminar teniendo en cuenta esta etapa de la actuación administrativa, el carácter restrictivo de la estrategia de **BAVARIA** consistente en incrementar de manera significativa los acuerdos de exclusividad que empleaba para la comercialización de cerveza en Colombia. En adición, se analizarán los argumentos que **BAVARIA** formuló mediante un escrito con el que solicitó el archivo de esta actuación administrativa –radicado con el No. 18-216104-232 del 28 de marzo de 2022¹⁰³– y se presentarán las consideraciones que permitirían concluir preliminarmente que esos argumentos no serían suficientes para desvirtuar la hipótesis de la Delegatura en este caso.

¹⁰⁰ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA. Construido a partir del archivo denominado: “18216104–0015000009 (anexo) 7. Ventas Exclusividad Preferencia”. Respecto del conteo de cláusulas de exclusividad es importante aclarar dos cosas. Primera, [REDACTED]

¹⁰¹ En Colombia durante el año 2020 se declaró la emergencia económica, social y ecológica mediante los Decretos No. 417 y 637 de 2020. En la actualidad la emergencia sanitaria sigue vigente, tal y como se declaró mediante la Resolución Número 1315 de 2021, por la cual se prorrogó la emergencia sanitaria por el coronavirus COVID-19, declarada mediante Resolución 385 de 2020.

¹⁰² El impacto en la economía colombiana ha sido tal que, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el Producto Interno Bruto decreció 6,8% en el año 2020 respecto al año 2019. Obtenido el 2022-03-07 en el siguiente enlace: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/cuentas-nacionales/cuentas-nacionales-trimestrales/pib-informacion-tecnica>.

¹⁰³ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA. Archivo denominado: “18216104–0023200006”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

12.5.1. La idoneidad de la estrategia de BAVARIA para cerrar una parte sustancial del mercado relevante y la generación de ese resultado

La conducta de **BAVARIA** habría resultado idónea para impedir la entrada de competidores en el mercado relevante y, además, habría generado ese resultado específicamente en relación con **C.C.C.**, su competidor más cercano. Para sustentar esta conclusión, la Delegatura presentará las consideraciones y pruebas que permitirían concluir que la intención de **BAVARIA** al ejecutar la estrategia analizada era precisamente impedir el ingreso o expansión de nuevos competidores en el mercado de la producción y comercialización de cerveza en Colombia. Posteriormente, expondrá las pruebas que acreditarían que el incremento significativo de acuerdos de exclusividad habría generado efectivamente un obstáculo ilegítimo para la entrada de **C.C.C.** al mercado y para su expansión en ese escenario.

12.5.1.1. La intención de BAVARIA al ejecutar la estrategia de incrementar significativamente los acuerdos de exclusividad

Ya está claro que **BAVARIA** habría ejecutado una estrategia consistente en aumentar de forma significativa la implementación de acuerdos de exclusividad para la comercialización de cerveza. Lo que ahora se pasa a demostrar es que la intención de **BAVARIA** al desarrollar esa conducta era reservarse los establecimientos que tendrían un mayor crecimiento en volumen de ventas de cerveza y, así, obstaculizar el acceso de nuevos competidores al mercado relevante. Para sustentar esta conclusión, la Delegatura explicará las condiciones en que la intención de un agente constituiría un valioso elemento de juicio para inferir que su comportamiento es idóneo para restringir la libre competencia. Posteriormente, presentará el material probatorio que permitiría concluir la señalada intención de **BAVARIA** al ejecutar la conducta materia de análisis.

A. La intención como elemento indicador de la idoneidad de una conducta para restringir la libre competencia

Por regla general la intención o propósito de un agente no es en sí mismo un elemento de configuración de las conductas prohibidas por el régimen de protección de la competencia. Sin embargo, puede ser un elemento relevante para demostrar que el comportamiento que el agente desarrolla es idóneo para restringir la libre competencia. Esta conclusión está basada en una construcción indiciaria desarrollada en las condiciones previstas en los artículos 176 y 242 del Código General del Proceso (CGP).

Para sustentar la conclusión anotada es necesario precisar, sobre la base de lo que la jurisprudencia ha dejado establecido con fundamento en reglas de contenido idéntico al que establecen los artículos 240 a 242 del CGP¹⁰⁴, en qué consiste la prueba indiciaria. Este medio de prueba corresponde a una construcción lógica mediante la cual, a partir de un hecho conocido que debe estar debidamente acreditado en el proceso (hecho indicador), se induce la existencia de un hecho desconocido (hecho indicado) que debe tener alguna significación probatoria respecto del hecho indicador en la medida en que exista alguna conexión lógica entre ellos. Es importante resaltar, en relación con la construcción del medio de prueba, que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 176 y 242 del CGP el paso entre el hecho indicador y el hecho indicado es una operación que debe ser llevada a cabo en cada caso concreto y de conformidad con las reglas de la sana crítica, esto es, los dictados de la lógica, las máximas de la experiencia y las leyes de la ciencia¹⁰⁴. En relación con este aspecto, debe tenerse claro que las máximas de la experiencia “*son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*”¹⁰⁵.

Sobre la base de lo expuesto, es razonable concluir que existe una máxima de la experiencia que puede expresarse de la siguiente forma: si un agente racional que tiene la calidad de profesional ejecuta un comportamiento con la intención de lograr un objetivo determinado, normalmente el comportamiento que ejecuta con ese propósito es idóneo para materializar el objetivo que el agente persigue. Esta máxima de la experiencia es pertinente, entre otras razones, porque es

¹⁰⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de septiembre de 2020. Rad. SC3249-2020. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto de 29 de agosto de 2018. Rad. AP3637-2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

completamente razonable atribuir a **BAVARIA** la calidad de agente racional que tiene la calidad de profesional. Al respecto, cuando se trata de estrategias empresariales la suposición de la persona racional y la aplicación de modelos de decisión racional son particularmente procedentes, pues la decisión sobre las variables de competencia normalmente resulta de una reflexión que tiene como propósito generar un resultado eficiente para el agente y que, además, es adoptada por personas hábiles, que cuentan con formación profesional y que son previsivas¹⁰⁶.

En adición, es importante resaltar que la consideración de la intención de la conducta investigada como un elemento de juicio que permite inferir la idoneidad de ese comportamiento para afectar la libre competencia también se sustenta en la doctrina especializada y la práctica internacional¹⁰⁷.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la Delegatura pasa a presentar los medios de prueba que permitirían acreditar que la intención de **BAVARIA** al ejecutar la estrategia analizada fue cerrar el mercado de comercialización de cerveza para impedir el ingreso y la expansión de sus competidores en ese escenario. Acreditado ese punto, será factible inferir que la estrategia en cuestión, que **BAVARIA** habría realizado con el propósito referido, era idónea para generar ese resultado.

B. BAVARIA habría actuado con la intención de cerrar el mercado

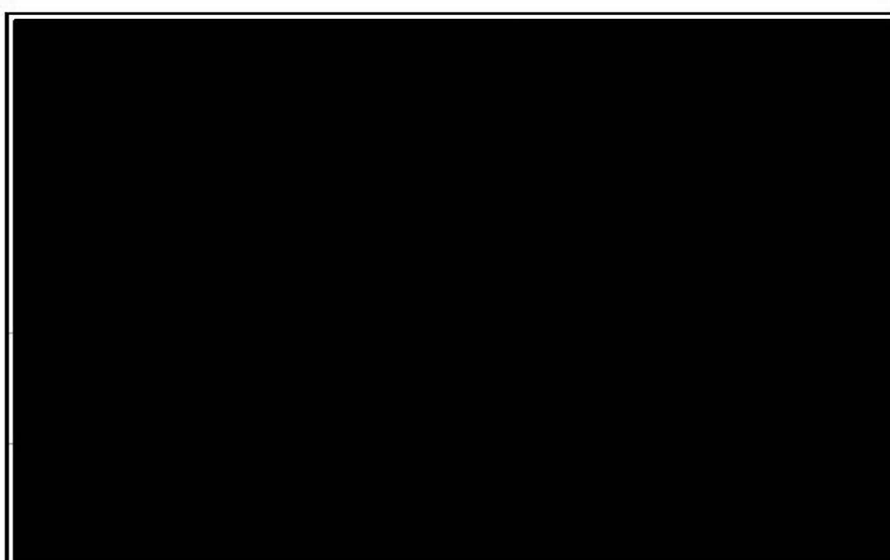
En este aparte se presentará el material probatorio que permitiría concluir –con el carácter preliminar propio de esta etapa de la actuación– que **BAVARIA**, siendo consciente de su posición de dominio en el mercado relevante y de su capacidad para cerrarlo, implementó una estrategia comercial basada en el incremento sustancial de los acuerdos de exclusividad con el propósito de impedir el acceso de competidores en el mercado o, al menos, obstruir su expansión en ese escenario.

B.1. Presentaciones de PowerPoint realizadas por BAVARIA

Un primer elemento de prueba que daría cuenta de la intención que tenía **BAVARIA** al ejecutar la estrategia comercial analizada se encuentra en unas presentaciones en PowerPoint. Como se pasa a presentar, esos documentos evidenciarían que **BAVARIA** reconocía a **C.C.C.** como un competidor que podría amenazar su posición y, además, que decidió adoptar medidas para impedir que la cerveza de marca Andina tuviera una penetración efectiva en el mercado.

La primera presentación se denominó ‘[REDACTED]’ y fue realizada durante el año 2018. De ese documento es pertinente destacar las siguientes diapositivas:

Imagen No. 1. Archivo PowerPoint denominado ‘[REDACTED]’.PPT



Fuente: [REDACTED]¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Cfr. SPAGNOLO, Giancarlo. *Leniency and whistleblowers in antitrust*, en *Handbook of antitrust economics*. The MIT Press. Cambridge, 2012. Nota al pie No. 23. También en: HARDING, Christopher. *Cartel deterrence: the search for evidence and argument*. The Antitrust Bulletin. Vol. 56. No. 2. Summer 2011. Págs. 345 a 376.

¹⁰⁷ WHISH, Richard y BAILEY, David. *COMPETITION LAW*. 7 ed. Oxford University Press. 2012. p. 119.

¹⁰⁸ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No.2. Folio 315 D.D. Carpeta: Estudio de mercado. Subcarpeta: ANEXO 12- ESTUDIOS DE MERCADO. Subcarpeta: COMPETIDORES. Subcarpeta: HEINEKEN. Archivo denominado: [REDACTED]. Diapositiva No 3.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Imagen No. 2. Archivo PowerPoint denominado “ [REDACTED] ”.PPT



Fuente: [REDACTED] ¹⁰⁹.

Se aprecia, entonces, que en la primera diapositiva expuesta (**Imagen No. 1**) el volumen de ventas de **C.C.C.** (197.730 hl) es igual a lo que **BAVARIA** denominó como “*volumen en peligro*”. Por su parte, en la segunda (**Imagen No. 2**) se presenta la distribución del “*volumen en peligro*” junto con las ventas de **C.C.C.** y, además, se afirmó expresamente que **BAVARIA** debía adoptar medidas para blindar determinados segmentos del mercado: “*Central es una región que debemos blindar seguido de oriente y Bogotá*”. En concepto de la Delegatura, este tipo de afirmaciones evidenciarían que la investigada tenía el propósito de impedir la expansión del producto de **C.C.C.** en el mercado.

La segunda presentación que debe referirse se denominó “**Informe Blind Test Celda Adicional**” y fue elaborada durante el año 2019. Su contenido se presenta a continuación:

Imagen No.3. Archivo PowerPoint denominado [REDACTED] PPT



Fuente: [REDACTED] ¹¹⁰.

Este documento corroboraría que, en concepto de **BAVARIA**, la marca Andina de **C.C.C.** podría llegar a ser una [REDACTED] en un sector del mercado.

En conclusión, los documentos expuestos evidenciarían que **BAVARIA** consideraba que **C.C.C.** podría ser un competidor relevante en el mercado y que, en consecuencia, decidió adoptar medidas orientadas a blindar el mercado con el propósito de impedir la expansión de ese competidor.

¹⁰⁹ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No.2. Folio 315 D.D. Carpeta: Estudio de mercado. Subcarpeta: ANEXO 12- ESTUDIOS DE MERCADO. Subcarpeta: COMPETIDORES. Subcarpeta: HEINEKEN. Archivo denominado: [REDACTED]. Diapositiva No 3.

¹¹⁰ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No.2. Folio 315 D.D. Carpeta: Estudio de mercado. Subcarpeta: ANEXO 12- ESTUDIOS DE MERCADO. Subcarpeta: COMPETIDORES. Subcarpeta: ANDINA. Archivo denominado: Informe Blind Test Celda Adicional. Diapositiva No. 31.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

B.2. Declaraciones de comercializadores de cerveza

La Delegatura accedió a unos documentos de contenido declarativo que contendrían las versiones de distintos propietarios de establecimientos de comercio destinados para la venta y consumo de cerveza. Esas personas habrían realizado afirmaciones que permitirían concluir que la política centrada en acuerdos de exclusividad que fue implementada por **BAVARIA** tenía como propósito impedir la entrada de **C.C.C.** al mercado y su expansión en ese escenario¹¹¹. Los documentos se refieren a continuación:

- En el Acta No. 17 del 22 de mayo de 2019 se encuentra la declaración de **JENNY PATRICIA RESTREPO ZAPATA**, quien sería la propietaria del establecimiento [REDACTED] ubicado en el municipio de [REDACTED]. La declarante manifestó que **CRISTIAN GERARDO TABARES**, jefe de la zona por parte de **BAVARIA**, se comunicó con ella por vía telefónica para ofrecerle pintar su establecimiento y brindarle mobiliario a cambio de que se convirtiera en un cliente exclusivo de **BAVARIA** y así “sacar a la competencia, que sería en ese caso *Andina, Heineken, Tecate, Sol (...)*”.

- En el acta No. 11685 del 7 de diciembre de 2017 se encuentra la declaración de **WILLIAM FERNANDO LÓPEZ QUINTERO**, propietario de un establecimiento dedicado a la comercialización de cerveza. El declarante afirmó que autorizó la instalación de publicidad de **BAVARIA** y que los representantes de esa empresa eliminaron la publicidad de **C.C.C.** en su establecimiento sin su autorización e incluso causando daños al inmueble.

- En el acta No. 496 del 6 de junio de 2019 se encuentra la declaración de **NATHALLY CONSUELO BARRERA MESA**, propietaria del establecimiento [REDACTED] ubicado [REDACTED]. La declarante afirmó que recibió cuatro visitas de empleados de **BAVARIA** que le ofrecieron, entre otras cosas, mobiliario, equipo de frío, productos y elementos de publicidad con la condición de que debía “sacar todo el producto de la competencia es decir, *Andina, Heineken, Tecate, Sol, Miller*”, así como retirar la publicidad de esas marcas y, además, firmar una exclusividad para la venta única de productos **BAVARIA**. La declarante agregó que un miembro del equipo de **BAVARIA** intentó retirar la publicidad de *Andina* y *Heineken* del establecimiento. Adicionalmente, afirmó que **C.C.C.** no le exigió exclusividad y que ha sido respetuosa con las marcas de **BAVARIA**.

- En el acta No. 725 del 26 de agosto de 2019 se encuentra la declaración de **MARLADY FAJARDO MORENO**, propietaria del establecimiento [REDACTED] ubicado [REDACTED]. La declarante afirmó que un representante de **BAVARIA** le ofreció pintar su establecimiento, renovar el mobiliario y arreglar un computador dañado con la condición de “sacar *Andina de mi negocio*”. Agregó que continuaría su relación con **C.C.C.** porque le entregó equipos de frío y nunca le solicitó atender a algún tipo de exclusividad o “sacar a la competencia”.

Así las cosas, estas declaraciones –que por supuesto en este punto de la actuación constituyen pruebas apenas sumarias– corroborarían efectivamente que la intención de **BAVARIA** al implementar su política comercial basada en exclusividades era obstruir y/o eliminar la competencia. Según esas pruebas, los funcionarios de **BAVARIA** manifestaban con claridad cuál era el propósito del incremento sustancial de las exclusividades al ofrecerlas a los titulares de los establecimientos de comercio y, además, realizaban diferentes actos para restringir, obstaculizar y/o eliminar a **C.C.C.** en el mercado relevante.

B.3. La estrategia de BAVARIA se implementó precisamente cuando C.C.C. anunció que entraría en el mercado relevante

Un elocuente elemento de juicio que evidencia la intención de **BAVARIA** corresponde al momento en que implementó la estrategia que se ha analizado. Como se pasa a exponer, **BAVARIA** habría incrementado de manera sustancial la utilización de acuerdos de exclusividad precisamente en el momento en que, de conformidad con los anuncios que se habían realizado, **C.C.C.** iba a entrar al mercado de producción y comercialización de cerveza.

¹¹¹ CUADERNO RESERVADO C.C.C. No. 1. Folios 272 a 281.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Las noticias publicadas en diversos medios de comunicación evidenciarían que en el año 2016 C.C.C. inició la construcción de su planta de producción de cerveza en Sesquilé, Cundinamarca¹¹²⁻¹¹³. Así mismo, que esa compañía habría anunciado que su planta entraría en funcionamiento en el año 2018¹¹⁴, aunque finalmente fue inaugurada en 2019¹¹⁵. Por su parte, la política comercial de **BAVARIA** que se centró en el incremento sustancial en la implementación de cláusulas de exclusividad, incluidas en las nuevas modalidades de contratos basados en los denominados “brochures”, inició a finales del año 2017 e inicios del 2018 como una directriz adoptada a raíz del ingreso de **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** (presidente y vicepresidente comercial de **BAVARIA**, 2017–2020). Este aspecto se encontraría acreditado mediante la información relacionada en el **CONSIDERANDO 12.4.** de esta Resolución y con la declaración que **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** (director Legal de **AB INBEV** de la zona **COPEC** –Colombia, Perú y Ecuador– para el momento de la declaración) rindió durante la etapa preliminar de esta actuación¹¹⁶.

Se aprecia, entonces, que el momento en que **BAVARIA** implementó su estrategia de incrementar los acuerdos de exclusividad coincidió con el momento en que se esperaba que la planta de **C.C.C.** empezaría a funcionar y, por lo tanto, con el momento en que se suponía que la cerveza de marca Andina ingresaría al mercado. Este es un factor que es coherente con la hipótesis de que **BAVARIA** tenía el propósito de impedir la entrada al mercado de un competidor relevante o, al menos, obstaculizar su expansión en ese escenario.

B.4. El criterio de BAVARIA para determinar los establecimientos en los que exigiría la obligación de exclusividad

Como se pasa a explicar, **BAVARIA** empleó un criterio principal para determinar sobre cuáles establecimientos de comercio recaería la estrategia de exclusividad.

Con el fin de sustentar la conclusión anotada, a continuación, se describirá el procedimiento que **BAVARIA** habría implementado para elegir los establecimientos de comercio destinatarios de su política comercial centrada en la utilización de cláusulas de exclusividad.

ANGULO¹¹⁸⁻¹¹⁹ (Gerente de Inteligencia de Mercado de **BAVARIA**) y **EDUARDO ENRIQUE**

¹¹² PORTAFOLIO. “La industria cervecera en Colombia es de alta intensidad competitiva”. En: PORTAFOLIO [en línea], mayo 30 de 2016. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/industria-cervecera-colombia-alta-intensidad-competitiva-496595>.

¹¹³ LA REPÚBLICA. “Central Cervecería inaugurará hoy su planta en Sesquilé”. En: LA REPÚBLICA [en línea], abril 30 de 2019. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace: <https://www.larepublica.co/empresas/el-viernes-central-cervecera-inaugurara-su-nueva-planta-en-sesquile-2857116>.

¹¹⁴ SEMANA. “¿Cómo va la construcción de la nueva planta de Heineken en Sesquilé?”. En: SEMANA [en línea]. 1 de febrero de 2017. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace: <https://www.semana.com/edicion-impresa/negocios/articulo/heineken-construira-nueva-planta-en-sesquile-en-2018/242491/>.

¹¹⁵ POSTOBÓN. “Se inaugura la cervecería de Central Cervecería de Colombia”. En: POSTOBÓN [en línea], sala de prensa, 3 de mayo de 2019. Obtenido el 2022-03-07 en el enlace: <https://www.postobon.com/sala-prensa/noticias/se-inaugura-la-cerveceria-central-cervecera-colombia>.

¹¹⁶ Declaración de SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN del 29 de agosto de 2018. CUADERNO RESERVADO BAVARIA No.1. Folio 259. Carpeta: 09-DEC_SALOMON_VAIE, Subcarpeta: GRABACIÓN, archivo denominado: “180829_1012.mp3”. Min: 25:22.

¹¹⁷ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, archivo denominado: “18216104--0020300002”.

¹¹⁸ Declaración de ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: DECLARACIONES, Subcarpeta 02-DEC-ESTEFANIA_MENESTREY, Subcarpeta GRABACION, archivo denominado: “220201_1325.mp3”.

¹¹⁹ Explicación de ESTEFANÍA MENESTREY del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 01-PC-VIDEO_ESTEFANIA_MENESTREY, Subcarpeta DATOS, archivo denominado: “VID_20220201_150545.mp4”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

MANOTAS CASTAÑO¹²⁰⁻¹²¹ (Gerente de Analítica Comercial de BAVARIA).

¹²². Con fundamento en ese material probatorio la Delegatura concluyó que el procedimiento en cuestión es el siguiente:

En primer lugar,

¹²⁴. Ahora bien, de conformidad con los documentos recaudados durante la visita administrativa¹²⁵,

En tercer lugar,

En cuarto lugar,

¹²⁶.

¹²⁰ Declaración de EDUARDO ENRIQUE MANOTAS CASTAÑO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 03-DEC-EDUARDO_MANOTAS_CASTAÑO, Subcarpeta GRABACION, archivo denominado: “220201_1526.mp3”.

¹²¹ Explicación de EDUARDO MANOTAS CASTAÑO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 02-VIDEO-ANDRES_OSPINA_RODRIGUEZ, Subcarpeta DATOS, archivo denominado: “VID_20220201_171019.mp4”.

¹²² CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, carpeta denominada: “18216104--0021400002”.

¹²³ Declaración de EDUARDO ENRIQUE MANOTAS CASTAÑO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 03-DEC-EDUARDO_MANOTAS_CASTAÑO, Subcarpeta GRABACION, archivo denominado: “220201_1526.mp3”; y Explicación de EDUARDO MANOTAS CASTAÑO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 02-VIDEO-ANDRES_OSPINA_RODRIGUEZ, Subcarpeta DATOS, archivo denominado: “VID_20220201_171019.mp4”.

¹²⁴ Respuesta de BAVARIA a requerimiento de información. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA, carpeta: 18216104--0021400003, archivo denominado: “Anexo 6_Definiciones Columnas Archivo Excel Propension de clientes.PDF”.

¹²⁵ CUADERNO RESERVADO BAVARIA, carpeta: 18216104--0021400002, subcarpeta: Anexos requerimiento 11 de febrero 2022, archivo: “Anexo 4_Prop_CrecimientoCodigo en R, variables y fuentes”.

¹²⁶ Declaración de ESTEFANIA MENESTREY ANGULO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: DECLARACIONES, Subcarpeta 02-DEC-ESTEFANIA_MENESTREY, Subcarpeta GRABACION, archivo denominado: “220201_1325.mp3”; y Explicación de ESTEFANIA MENESTREY del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 01-PC-VIDEO_ESTEFANIA_MENESTREY, Subcarpeta DATOS, archivo denominado: “VID_20220201_150545.mp4”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Es relevante resaltar un aspecto en relación con este último paso del procedimiento. [REDACTED]

Sobre el procedimiento descrito, **ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO** (Gerente de Inteligencia de Mercado de **BAVARIA**) y **EDUARDO ENRIQUE MANOTAS CASTAÑO** (Gerente de Analítica Comercial de **BAVARIA**) afirmaron lo siguiente:

DELEGATURA: [REDACTED]

EDUARDO ENRIQUE MANOTAS CASTAÑO: *Así es*¹²⁷.

En cuanto a la medición de la isócrona y los criterios para definirla indicaron:

DELEGATURA: *“¿Qué es lo que tú revisas específicamente ahí? ¿Qué se cumple o no se cumple para poder suscribir?”.*

ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO: [REDACTED]

DELEGATURA: [REDACTED]

ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO: [REDACTED]

Así las cosas, el procedimiento establecido y los filtros aplicados a las bases de datos de **BAVARIA** evidenciarían que la celebración de contratos para la comercialización de cerveza en Colombia con cláusulas de exclusividad es ofrecida únicamente a aquellos establecimientos [REDACTED]. De esto se seguiría, entonces, que mediante la implementación de los acuerdos de exclusividad **BAVARIA** podría estarse reservando un conjunto relevante de los establecimientos que, al menos desde la perspectiva [REDACTED], tendrían las condiciones más adecuadas para promover la penetración de nuevos productos en el mercado. Esta circunstancia, considerada en conjunto con las que se han presentado hasta este punto, es coherente con la hipótesis de que **BAVARIA** realizó la conducta analizada con el fin de impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado o de al menos limitar su posibilidad de expansión en ese escenario. Esto es así porque el criterio principal para vincular establecimientos en condiciones de exclusividad implica que los más adecuados para promover la entrada de competidores quedarán fuera del alcance de los entrantes.

¹²⁷ Declaración de EDUARDO ENRIQUE MANOTAS CASTAÑO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 03-DEC-EDUARDO_MANOTAS_CASTAÑO, Subcarpeta GRABACION, archivo denominado: "220201_1526.mp3", Min: 00:19:44.

¹²⁸ Declaración de ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: DECLARACIONES, Subcarpeta 02-DEC-ESTEFANIA_MENESTREY, Subcarpeta GRABACION, archivo denominado: "220201_1325.mp3", Min: 00:17:24.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

B.5. Las medidas que habría adoptado BAVARIA para impedir el cierre del mercado no habrían resultado idóneas para ese propósito

Existen elementos de prueba que sugieren que **BAVARIA** habría tenido consciencia de su capacidad para cerrar el mercado a través de la implementación de acuerdos de exclusividad y que, a pesar de eso, la herramienta que habría utilizado para impedir ese resultado no habría sido idónea para ese propósito.

a. La Delegatura encontró elementos de prueba que apuntan a considerar que **BAVARIA** habría sido consciente de su capacidad de cerrar el mercado a través de la implementación de acuerdos de exclusividad. Al respecto, estaría demostrado que el área jurídica de **BAVARIA** advirtió al área de ventas sobre los posibles efectos restrictivos de la competencia derivados de la implementación de cláusulas de exclusividad. Para el efecto, habría recomendado que esa política estuviera basada en [REDACTED]. Así mismo, que la cantidad de establecimientos vinculados en condiciones de exclusividad no superara los niveles que tenían para ese momento. En efecto, **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** (director Legal de AB INBEV de la zona COPEC – Colombia, Perú y Ecuador– para el momento de la declaración), al rendir declaración durante la etapa preliminar de esta actuación, indicó lo siguiente:

DELEGATURA: “(...) ¿Quién define a qué puntos de venta se les ofrecen los contratos de preferencias y exclusividades?”

SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN: El área de ventas.

DELEGATURA: ¿Y quién es el encargado?

SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN: El equipo de JOSÉ LUIS, SANTIAGO AMBROGGIO. ¿Sí? Con unos lineamientos que en Jurídica les dimos, ¿sí?

Entonces nosotros eh... cuando empezaron a utilizar los contratos, este modelo de contratos que nosotros revisamos, le dijimos: ‘mire, nosotros tenemos un compromiso derivado de los condicionamientos’, ¿sí? Que yo no estaba, pero lo que me transmitió FERNANDO JARAMILLO es: nos comprometimos con la Super a que no podemos utilizar estas exclusividades para bloquear el acceso de competidores al mercado. Entonces nosotros advertimos esto al área de ventas ¿sí? Y les dijimos: ‘mire, en Colombia las exclusividades per se, ni las de publicidad ni las de venta están prohibidas por la ley, ¿sí?. Lo que está prohibido es utilizarlas de forma prohibitiva para (...) bloquear la entrada de un competidor al mercado.’

Entonces les dijimos: ‘tienen que tener en cuenta varios criterios al momento de salir al mercado a celebrar contratos de exclusividad o preferencia. [REDACTED]

Entonces les explicamos mire... entonces ellos nos decían: ‘¿okey, y cuál es el porcentaje? ¿hasta cuánto podemos llegar?’ Entonces nosotros le dijimos: ‘mire, no hay un número mágico, ¿sí? En esto no hay un número mágico’. En otros países y hay doctrina que hablan de un 30%, nosotros le dijimos: ‘mire, 30% teniendo en cuenta la posición que tenemos nosotros en el mercado de cerveza nos parece un número alto, entonces tratemos de estar bastante por debajo de ese número ¿sí?’.

Entonces es por eso que en la actualidad hemos llegado, a nivel nacional, al [REDACTED] ¿sí? Y nosotros, pues lo que le hemos transmitido al área de ventas es: ‘mantengamos ya los números en ese orden, porque nos preocupa la lectura que la Superintendencia pueda hacer del número de exclusividades que tenemos. ¿sí? Pero tengan siempre en cuenta el tema [REDACTED] como primer criterio, y como segundo [REDACTED] ¿sí?’ Lo mismo que dijimos para el tema [REDACTED], es decir, las exclusividades que celebremos en cada [REDACTED] tienen que permitir el acceso de competidores a ese [REDACTED].

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Entonces, la decisión de quien firmaba esos contratos es del área de ventas, de las personas que ya les dije, con los lineamientos que nosotros les dimos desde el área jurídica”¹²⁹.

De otra parte, la consciencia de **BAVARIA** respecto de su capacidad para cerrar el mercado se evidencia en las dos políticas de competencia que la empresa ha empleado (2015–2017 y 2017–actualidad¹³⁰). En esos documentos reconoció que [REDACTED]

[REDACTED] ...”).

b. **BAVARIA**, consciente de la posibilidad de que la implementación de acuerdos de exclusividad impidiera el acceso o expansión de competidores en el mercado, empleó una herramienta para, entre otras actividades, seleccionar los establecimientos que vincularía en condiciones de exclusividad. Se trata del software denominado “Tableau” que, en concepto de la empresa, [REDACTED]

[REDACTED]¹³¹, **BAVARIA** describió el software en cuestión de la siguiente manera:

“(…) [REDACTED]

[REDACTED] . (Destacado de la Delegatura)

Al respecto, **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** (director Legal de AB INBEV de la zona COPEC – Colombia, Perú y Ecuador– para el momento de la declaración) señaló que, si bien el programa “Tableau” existía con anterioridad a la implementación de las exclusividades, esta herramienta [REDACTED]

DELEGATURA: [REDACTED]

SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN: [REDACTED]

[REDACTED]¹³².

¹²⁹ Declaración de SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN del 29 de agosto de 2018. CUADERNO RESERVADO BAVARIA No.1. Folio 259. Carpeta: 09-DEC_SALOMON_VAIE, Subcarpeta: GRABACIÓN, archivo denominado: “180829_1012.mp3”. Min: 20:44.

¹³⁰ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA. CARPETA: “18216104--0155000012 (Anexo 4). Manuales y Políticas de Competencia”, archivos denominados: “Competir con Confianza Bavaria.pdf” y “Política de Competencia Bavaria.pdf”.

¹³¹ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, archivo denominado: “18216104--0011200009 (anexo 1) - 1. Tableau.pdf”.

¹³² Declaración de SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN del 29 de agosto de 2018. CUADERNO RESERVADO BAVARIA No.1. Folio 259. Carpeta: 09-DEC_SALOMON_VAIE, Subcarpeta: GRABACIÓN, archivo denominado: “180829_1012.mp3”. Min: 24:00.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Por su parte, **SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO** (exdirector de inteligencia de mercado de **BAVARIA**), al preguntársele por la funcionalidad de “Tableau” para el rastreo [REDACTED] indicó que el software sirve para [REDACTED]:

DELEGATURA: “(...) si lo conoce, [REDACTED]

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: [REDACTED]

(...)

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: [REDACTED]

DELEGATURA: [REDACTED]

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: [REDACTED]

(...)

DELEGATURA: (...) nos dice usted que, pues van muy de la mano y con la política de competencia ¿cierto?

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: Sí.

DELEGATURA: En ese sentido, ¿ustedes han mantenido las exclusivas por debajo de un umbral?

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: Sí.

DELEGATURA: Pero también, o, si le entendí así, [REDACTED]

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: A ver voy a... ¿cuál es el proceso digamos?

DELEGATURA: Sí, por favor.

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: [REDACTED]

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

[REDACTED] 133.

En adición a lo anterior, la herramienta mencionada también permitiría conocer [REDACTED] En ese sentido, **SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO** (exdirector de inteligencia de mercado de **BAVARIA**) sostuvo que:

DELEGATURA: [REDACTED]

SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO: [REDACTED]

[REDACTED] 134.

La utilización del software “*Tableau*” para la elección de los establecimientos de comercio con mayor propensión al crecimiento en ventas en aras de vincularlos en condiciones de exclusividad también se acredita con la declaración de **ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO** (Gerente de Inteligencia de Mercado de **BAVARIA**). La funcionaria indicó:

DELEGATURA: “¿Y para qué sirve *Tableau*?”

ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO: [REDACTED]

(...)

DELEGATURA: ¿Tú tienes escrito eso en algún manual, está escrito en algún manual, en algún procedimiento interno?

ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO: [REDACTED]

DELEGATURA: [REDACTED]

ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO: [REDACTED]

[REDACTED] 35.

Adicionalmente, cuando se le solicitó a la declarante brindar una explicación sobre el procedimiento anteriormente descrito, señaló:

DELEGATURA: [REDACTED]

ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO: [REDACTED]

¹³³ Declaración de SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO del 12 de febrero de 2021. CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, Archivo denominado “18216104--0010500004.mp4”. Min: 30:06.

¹³⁴ Declaración de SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO del 12 de febrero de 2021. CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, Archivo denominado “18216104--0010500004.mp4”. Min: 48:48.

¹³⁵ Declaración de ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: DECLARACIONES, Subcarpeta 02-DEC-ESTEFANIA_MENESTREY, Subcarpeta GRABACION, archivo denominado: “220201_1325.mp3”, Min: 00:15:57.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

136

Así las cosas, “Tableau” habría sido presentada como una herramienta adecuada para el seguimiento de la implementación de la política comercial de **BAVARIA** en condiciones que impidieran el cierre del mercado para sus competidores.

c. A pesar de la función que **BAVARIA** le atribuyó al software “Tableau”, existen elementos de juicio que apuntan a considerar que esa herramienta en realidad no era idónea para impedir que el crecimiento sustancial de acuerdos de exclusividad generara un cierre del mercado relevante para esta actuación. De un lado, los criterios que **BAVARIA** empleó para establecer los elementos que determinan el análisis que se realiza mediante la utilización de “Tableau” no parecen ser lo suficientemente objetivos. En efecto, aunque es razonable que se atienda a los criterios de

tienen un relevante componente subjetivo. En consecuencia, son susceptibles de manipulación para que simplemente generen una apariencia de objetividad aunque, en realidad, están basados en supuestos que no ofrecen información confiable sobre el impacto de la política de exclusividades en el mercado. De otro lado, no puede perderse de vista que **BAVARIA** habría desatendido la recomendación que su área jurídica realizó en el sentido de que no se superara el porcentaje de establecimientos vinculados en condiciones de exclusividad. Como habría quedado claro con la declaración de **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** (director Legal de AB INBEV de la zona COPEC – Colombia, Perú y Ecuador– para el momento de la declaración), el área jurídica de la empresa recomendó que no se superara el porcentaje vigente para el momento de la recomendación, que para entonces estaba en el de los establecimientos. Sin embargo, como se aprecia mediante las declaraciones de **SANTIAGO DANIEL AMBROGGIO** (exdirector de inteligencia de mercado de **BAVARIA**) y **ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO** (Gerente de Inteligencia de Mercado de **BAVARIA**), **BAVARIA** estaría aplicando el límite de. En consecuencia, incrementó el porcentaje de establecimientos en condiciones de exclusividad, aunque existía una recomendación que en contrario.

C. Conclusión sobre la intención de BAVARIA

Lo expuesto en este aparte evidenciaría que **BAVARIA**, aun conociendo su capacidad de cerrar el mercado en virtud de las advertencias de su área legal y las políticas de competencia adoptadas desde el 2015, decidió hacer uso de un sistema con la potencialidad de restringir la competencia que, además, habría carecido de criterios objetivos de selección. En adición, estaría demostrado que ejecutó esa estrategia comercial consistente en el incremento sustancial de acuerdos de exclusividad con el propósito de impedir la entrada al mercado de nuevos competidores, en particular de **C.C.C.**, o al menos con el fin de impedir que ese agente expandiera su participación en ese escenario. Esa intención permite inferir que la conducta realizada por **BAVARIA** era idónea para lograr ese propósito de cerrar el mercado.

12.5.1.2. Los posibles efectos del aumento de contratos con cláusulas de exclusividad implementados por BAVARIA en el mercado relevante y, especialmente, frente a su competidor más cercano

El aumento desproporcionado de contratos para la comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad a partir de 2017 habría tenido un efecto negativo en el mercado relevante, particularmente en relación con la participación en ventas de **C.C.C.** durante los años 2017 a 2020. Para soportar esta conclusión la Delegatura analizará i) el incremento de acuerdos de exclusividad por parte de **BAVARIA** y ii) el impacto que la implementación de esta estrategia habría generado sobre el crecimiento de la participación en ventas de **C.C.C.** –como competidor directo– en las categorías presentadas.

A. El crecimiento sustancial de exclusividades en las categorías de clientes identificadas por la Delegatura

¹³⁶ Explicación de ESTEFANÍA MENESTREY del 01 de febrero de 2022. CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO BAVARIA. Carpeta: 18216104--002030000. Info Visita Administrativa, Subcarpeta: 01-PC-VIDEO_ESTEFANIA_MENESTREY, Subcarpeta DATOS, archivo denominado: “VID_20220201_150545.mp4” Min: 00:09:22.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Con el fin de establecer el impacto que la estrategia analizada generó sobre el crecimiento de las ventas de **C.C.C.**, la Delegatura propondrá, en primer lugar, una clasificación de los canales de distribución que emplea **BAVARIA** para la comercialización de sus productos. La clasificación que propondrá la Delegatura pretende superar los defectos metodológicos de la distinción tradicional de los canales de distribución en las categorías *on premise* y *off premise*, así como los que se aprecian en la clasificación que emplea **BAVARIA** para distinguir los tipos de establecimientos a través de los cuales comercializa cerveza en Colombia. Esto permitirá realizar un mejor estudio sobre el posible cierre u obstrucción al mercado relevante por parte de **BAVARIA**, pues la clasificación propuesta por la Delegatura es homogénea y consistente respecto de los clientes y/o establecimientos destinatarios de los acuerdos de exclusividad. En segundo lugar, se presentarán los elementos de prueba que demostrarían el crecimiento de las ventas de **BAVARIA** a través de contratos de comercialización de cerveza con exclusividades dentro de las categorías identificadas por la Delegatura.

A.1. Tradicionalmente los canales mediante los cuales se realiza la comercialización de cerveza en Colombia se han clasificado mediante las categorías *on premise* y *off premise*¹³⁷. Así, el canal **on premise** se refiere a aquellos establecimientos en los cuales la cerveza se consume en el punto de venta. El canal **off premise**, por su parte, está compuesto por establecimientos en donde los productos no se consumen en el punto de venta¹³⁸. Pese a lo anterior, **BAVARIA** y **C.C.C.** cuentan con clasificaciones propias de los canales mediante los cuales comercializan cerveza. **BAVARIA** tiene los siguientes canales de comercialización:

[REDACTED]. **C.C.C.** tiene los siguientes:

Sobre la base de lo expuesto, para el análisis de los hechos objeto de esta actuación la Delegatura no empleará la clasificación de canales de comercialización determinada por las categorías *on premise* y *off premise* ni las clasificaciones específicas que utilizan **BAVARIA** y **C.C.C.** La primera clasificación no será empleada porque no tiene en cuenta las diferencias sustanciales que existen entre los establecimientos que se incluyen en cada una de esas categorías –*on premise* y *off premise*–, a pesar de que esas diferencias son relevantes para el análisis que este caso exige. A manera de ejemplo, la categoría *on premise* incluye establecimientos como panaderías y bares, los cuales tienen marcadas diferencias frente a su objeto y/o finalidad que permitirían concluir que al menos uno de los dos no sería un lugar destinado principalmente para el consumo de cerveza (panadería). Por lo tanto, si esos dos tipos de establecimientos se incluyen dentro de una misma categoría, sería posible que un agente vinculara con exclusividad a todos los bares de la zona y, sin embargo, que debiera concluirse que esa estrategia no cierra la categoría porque existen más panaderías en las que se podría comercializar el producto. Evidentemente la clasificación subestimaría el impacto de la estrategia de la exclusividad porque el nivel de ventas de cerveza que podría lograrse en un bar podría no ser equiparable al que sería factible en una panadería. En consecuencia, esa determinación tan amplia de las categorías *on premise* y *off premise* impide valorar con precisión el impacto que una política basada en acuerdos de exclusividad podría tener en los canales de comercialización, pues implica que se subestime el cierre del canal que ese tipo de estrategias podrían generar. Se justifica, entonces, el planteamiento de una clasificación que capture las diferencias relevantes entre los diversos establecimientos y que, por esa razón, sea más coherente con las dinámicas de comercialización. De otra parte, la Delegatura tampoco empleará las clasificaciones específicas de **BAVARIA** y **C.C.C.** porque no permiten precisar en qué lugares realmente se realiza el consumo del producto. Por ejemplo,

¹³⁷ Superintendencia de Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23169 de 2021, por la cual se objetó una operación de integración entre **BAVARIA** y **COCA-COLA**, principalmente.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, CARPETA: 18216104--0155000010 (Anexo 2). Volumen Ventas Cerveza. Subcarpeta: 2. Ventas Cerveza - Archivos Originales. Construida a partir de los archivos denominados: “CO_Vol_Municipio_2017.txt”, “CO_Vol_Municipio_2014.txt”, “CO_Vol_Municipio_2015.txt”, “CO_Vol_Municipio_2016.txt”, “CO_Vol_Municipio_2018.txt”, “CO_Vol_Municipio_2019.txt”, “CO_Vol_Municipio_2020.txt”.

¹⁴⁰ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C. Construida a partir del archivo denominado: “18216104--0011100012 (anexo 7) - Nivel de Ventas CCC - Requerimiento 18-216104 (Punto 5).xlsx”.

¹⁴¹ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, CARPETA: 18216104--0155000010 (Anexo 2). Volumen Ventas Cerveza. Subcarpeta: 2. Ventas Cerveza - Archivos Originales. Construida a partir de los archivos denominados: “CO_Vol_Municipio_2017.txt”, “CO_Vol_Municipio_2014.txt”, “CO_Vol_Municipio_2015.txt”, “CO_Vol_Municipio_2016.txt”, “CO_Vol_Municipio_2018.txt”, “CO_Vol_Municipio_2019.txt”, “CO_Vol_Municipio_2020.txt”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Para efectos de proponer la clasificación que será empleada en este acto, la Delegatura tuvo en cuenta que el objeto de esta actuación está relacionado con los posibles efectos de los acuerdos de comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad que celebra **BAVARIA** con algunos de sus clientes. Por lo tanto, la clasificación estará constituida por los establecimientos mediante los cuales se comercializa cerveza y que son susceptibles de la inclusión de las referidas exclusividades, entre los que se encuentran, por ejemplo, establecimientos típicos de consumo como bares, discotecas, cigarrerías, restaurantes, billares, tejos, ferias y eventos.

La necesidad de proponer una clasificación se sustenta adicionalmente en que **BAVARIA** y **C.C.C.** – los principales agentes que participan en el mercado– tienen distintas formas de clasificar los establecimientos a través de los que comercializan cerveza. Esta diferencia de criterios resulta en que **BAVARIA** divide a sus clientes [REDACTED]¹⁴² y **C.C.C.** los divide en [REDACTED]¹⁴³. Por lo tanto, la disparidad de clasificaciones entre los dos agentes imposibilita llevar a cabo el ejercicio de comparación propuesto en forma consistente. Así, con el fin de homogenizar estas clasificaciones y poder establecer los posibles efectos restrictivos del aumento de las exclusividades en el mercado y frente a **C.C.C.** –como el competidor más cercano de **BAVARIA**–, la Delegatura identificó distintas categorías bajo las cuales agrupó a los tipos clientes de **BAVARIA** y **C.C.C.** Para el efecto, se tuvo en cuenta el objeto principal del establecimiento en donde se consume o comercializa la cerveza.

La Delegatura identificó las siguientes categorías de clientes y/o establecimientos destinados a la comercialización de cerveza al consumidor final:

- **Bebidas:** lugares que, principalmente, se encuentran diseñados y dispuestos para el consumo de cerveza. Ejemplo: bares, tiendas sociales, etc.
- **Comidas:** lugares cuyo objetivo principal es brindar alimentos para su consumo, los cuales pueden ser acompañados de cerveza. Ejemplo: restaurantes, cafeterías, etc.
- **Entretenimiento:** lugares que tienen por finalidad brindar servicios de entretenimiento, los cuales pueden tratarse de un espacio dispuesto para realizar actividades de esparcimiento, diversión, baile o juego, en donde se pueden acompañar con el consumo de cerveza. Ejemplo: eventos, conciertos, billares, tejo, discoteca, etc.
- **Pequeños establecimientos:** lugares que tienen por objeto el abastecimiento de productos básicos (frutas, confites, alimentos, aseo, etc.) en donde se puede adquirir cerveza para su consumo en el lugar o por fuera de él. Ejemplo: tiendas de barrio, minimercados, cigarrerías, etc.
- **Otros:** lugares que no tienen por objeto la venta de cerveza para el consumo en el lugar, pero que se encuentran clasificados por las empresas y reportan ventas del producto. Ejemplo: gimnasios, oficinas administrativas, farmacias, hoteles, concesionarios, etc.
- **Mayoristas y ventas directas:** casos en los que la comercialización de cerveza es realizada i) a un mayorista o una gran superficie (cadenas regionales o nacionales) o ii) de forma directa al consumidor final (hogares).

Sobre la base de la clasificación propuesta, a continuación, se presenta la asignación de las tipologías de establecimientos creadas por **BAVARIA** y **C.C.C.** a las categorías identificadas por la Delegatura.

Para el caso de **BAVARIA** se realizó la siguiente clasificación:

ESPACIO EN BLANCO

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C. Información extraída del archivo denominado: “18216104--0011100012 (anexo 7) - Nivel de Ventas CCC - Requerimiento 18-216104 (Punto 5).xlsx”.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Tabla No. 10. Asignación de los tipos de clientes y/o establecimientos de BAVARIA a las categorías propuestas por la Delegatura

Bebidas	Comidas	Entretenimiento	Pequeño establecimiento	Otros	Mayorista y venta directa
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Elaboración Superintendencia¹⁴⁴.

¹⁴⁴ CUADERNO RESERVADO BAVARIA No. 1. Folio 262. Carpeta: 10. MANUALES PROGRAMAS BAVARIA, archivo denominado: “Segmentacion de Canales CO - Capacitacion (090718).pdf”, y CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA. Información extraída del archivo denominado: “18216104--0011200014 (anexo 6) 6. Ventas Cerveza.xlsb”. A partir del archivo denominado “18216104--0011200014 (anexo 6) 6. Ventas Cerveza.xlsb” se extrajeron los tipos de

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

A manera de ejemplo, y con el fin de entender la clasificación realizada por la Delegatura, establecimientos como [REDACTED] de **BAVARIA** y **C.C.C.** fueron clasificados en la categoría de “*Entretenimiento*”. En ese sentido, la homogenización propuesta por la Delegatura resulta idónea para el estudio que se pretende realizar.

A.2. Una vez explicadas las categorías propuestas por la Delegatura, a continuación se presenta el crecimiento en la utilización de acuerdos de exclusividad por parte de **BAVARIA** en cada una de las categorías definidas.

Como se vio en el **CONSIDERANDO 12.1.** de esta resolución, el objeto de los acuerdos para la comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad implica la mejora y adecuación del establecimiento para el aumento de venta del producto. Por lo tanto, las categorías que se tendrán en cuenta en el análisis serán aquellas en las que sea factible ejecutar la exclusividad con las contraprestaciones referidas para el titular del establecimiento. Sobre esa base, las categorías en las que la Delegatura centrará su análisis son: “*Bebidas*”, “*Comidas*”, “*Entretenimiento*” y “*Pequeños Establecimientos*”. A continuación se presenta la evolución de la utilización de acuerdos de exclusividad por parte de **BAVARIA** (discriminando por cada una de las cuatro categorías).

Tabla No. 12. Participación de las ventas a través de las exclusividades dentro de las ventas totales de BAVARIA

AÑO	BEBIDAS	COMIDAS	ENTRETENIMIENTO	PEQUEÑO ESTABLECIMIENTO
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Elaboración Superintendencia¹⁴⁶.

En la tabla anterior se muestra, expresado en porcentajes, el porcentaje de las ventas de **BAVARIA** que se realiza a través de contratos de exclusividad, discriminada dentro de las categorías analizadas. La Delegatura resalta que en el periodo de 2017 hasta 2018 la participación en ventas a través de acuerdos de exclusividad dentro de las ventas totales en las categorías de “*Bebidas*”, “*Entretenimiento*” y “*Pequeños Establecimientos*” variaron [REDACTED], respectivamente¹⁴⁷. Por el contrario, la categoría de “*Comidas*” resalta por su bajo crecimiento en la participación de las ventas de **BAVARIA** a través de exclusividades dentro del total vendido en dicha categoría. Lo anterior, además, evidenciaría las categorías de establecimientos en las cuales **BAVARIA** habría enfocado la implementación de su política comercial basada en la inclusión de exclusividades.

B. El posible impacto del incremento de los acuerdos de exclusividad de BAVARIA sobre el crecimiento de la participación en ventas de C.C.C.

del archivo denominado “18216104--0011100012 (anexo 7) - Nivel de Ventas CCC - Requerimiento 18-216104 (Punto 5).xlsx” se extrajeron los tipos de establecimientos a los cuales C.C.C vendió cerveza y, posteriormente, se asignó la categoría correspondiente a cada tipo de establecimiento.

¹⁴⁶ A partir de la información correspondiente a los clientes de **BAVARIA** (CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, Archivo denominado “18216104--0011200013 (anexo 5) 5. Clientes Cerveza.csv”), se agregó a la base de datos que contiene las ventas a través de exclusividades o preferencias (CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, Archivo denominado “18216104--0015000009 (anexo 7). Ventas Exclusividad Preferencia.xlsx”) la variable tipo de establecimiento correspondiente con cada código de cliente. Una vez realizado lo anterior, se le asignó a cada tipo de establecimiento la categoría correspondiente. Así, se calculó el valor total de ventas a través de exclusividades (entendidas como que aparezca alguna exclusividad –ventas o publicidad–) para cada año y cada categoría. Por otra parte, a partir de la base de datos de ventas de **BAVARIA** utilizada para la elaboración de la **Tabla No. 5**, se agregó a cada tipo de establecimiento la categoría correspondiente con el fin de calcular el valor total de ventas para cada año y cada categoría. Finalmente, se calculó la participación de las ventas a través de exclusividades dentro de las ventas totales, en atención a los dos cálculos hechos anteriormente.

¹⁴⁷ Entiéndase que dichos resultados obedecen a la diferencia entre el porcentaje de exclusividades suscritas por categoría analizada entre el año 2017 y 2018.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

B.1. Una vez presentado el incremento en la utilización de acuerdos de exclusividad por parte de **BAVARIA** en las categorías identificadas, se pasa ahora a presentar el comportamiento de la participación en ventas de **C.C.C.** dentro de tales categorías.

Tabla No. 13. Participación en ventas de C.C.C. discriminado por las categorías de análisis.

AÑO	BEBIDAS	COMIDAS	ENTRETENIMIENTO	PEQUEÑOS ESTABLECIMIENTOS

Fuente: elaboración Superintendencia¹⁴⁸.

La **Tabla No. 13** evidenciaría que las ventas de **C.C.C.** crecieron en mayor medida en la categoría de “Comidas”, pues alcanzó [REDACTED] al finalizar el año 2019 y el [REDACTED] al finalizar el año 2020. Por el contrario, en las categorías de “Bebidas”, “Entretenimiento” y “Pequeños Establecimientos” (categorías en las que **BAVARIA** habría incrementado significativamente sus ventas a través de contratos con cláusulas de exclusividad, ver **Tabla No. 12**), **C.C.C.** tuvo un escaso crecimiento.

En conclusión, los aspectos expuestos evidenciarían que **C.C.C.** creció en forma importante en la categoría de ‘Comidas’, que fue precisamente la categoría en la que **BAVARIA** no tuvo un incremento significativo en ventas a través de la utilización de acuerdos de exclusividad. Por otro lado, **C.C.C.** tuvo un crecimiento reducido en las categorías ‘Bebidas’, ‘Entretenimiento’ y ‘Establecimientos Pequeños’, precisamente las categorías en las que **BAVARIA** tuvo los mayores crecimientos a través de la implementación de su estrategia comercial.

B.2. Sobre la posible causa del menor crecimiento de las ventas de C.C.C. ante el mayor crecimiento en las ventas de BAVARIA a través de exclusividades

Con base en todo lo anterior, esta Delegatura pudo concluir preliminarmente que el propósito descrito para la implementación de los acuerdos de exclusividad por parte de **BAVARIA** y su efectiva materialización habría sido la causa de un menor crecimiento en la participación en ventas de **C.C.C.** Como se evidenció en la **Tabla No. 12**, las ventas a través de los establecimientos con exclusividad con **BAVARIA** en las categorías de “Bebidas”, “Entretenimiento” y “Pequeños Establecimientos” aumentaron hasta [REDACTED], respectivamente. Dicha situación reflejaría que la estrategia comercial de **BAVARIA** se centró en el [REDACTED] de los clientes y/o establecimientos más representativos dentro de su nivel de ventas de cerveza. Lo anterior se puede deducir debido a que, a pesar de que más del 60% de las ventas de **BAVARIA** se hacen en establecimientos sin exclusividad, la participación de **C.C.C.** no se habría incrementado de manera significativa en las categorías referidas¹⁴⁹.

Por el contrario, en la categoría de “Comidas”, en donde se presentó un menor porcentaje de ventas a través de acuerdos de exclusividad por parte de **BAVARIA**, **C.C.C.** reportó un mayor aumento en la participación en ventas. Esto último podría entenderse desde la óptica bajo la cual el volumen vendido por **BAVARIA** a través de exclusividades en la categoría de “Comidas” no habría alcanzado un nivel crítico suficiente para bloquear de manera efectiva el ingreso y expansión en términos de ventas de **C.C.C.**

¹⁴⁸ Dada la información obrante en el expediente y el tamaño de las ventas de las empresas **BAVARIA** y **C.C.C.**, la Delegatura aproximó la participación de las ventas de **C.C.C.** dentro las ventas de cerveza a nivel nacional correspondientes a determinada categoría analizada por cociente entre las ventas de **C.C.C.** a través de determinada categoría y la suma de las ventas de **BAVARIA** y **C.C.C.** correspondientes a la categoría determinada. Para lo anterior, se partió de los documentos que contienen los datos de ventas de **BAVARIA** y **C.C.C.** utilizados en la elaboración de la **Tabla No. 5**. Posteriormente se asignó a cada tipo de establecimiento la categoría analizada a la que pertenece con el fin de calcular el valor total de ventas en pesos colombianos correspondiente a cada año y cada categoría. Finalmente, para cada año se calculó el porcentaje de participación en ventas de **C.C.C.** correspondiente a determinada categoría como el cociente ya mencionado.

¹⁴⁹ Se resalta que en la **Tabla No. 12**, ninguno de los porcentajes supera el 40%. En consecuencia, al menos el 60% de las ventas de **BAVARIA** en las categorías de “Bebidas”, “Entretenimiento” y “Pequeños Establecimientos” no se encuentran protegidas por un contrato para la comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Así, sobre este retraso o bloqueo efectuado por **BAVARIA** mediante la implementación de contratos de comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad en el mercado, en declaración del 28 de mayo de 2021 **ELISEO HERRERA LÓPEZ** (director de ventas de C.C.C.) señaló:

DELEGATURA: *“De acuerdo, pues digamos que ya hay una situación pues manifiesta que es el incremento de estas... o bueno se ha denunciado la existencia de estas exclusividades y demás. Adicionalmente, antes usted ya nos mencionó su participación o la participación de **CENTRAL CERVECERA** de mercado. Pero entonces, ¿Cómo cree que han influido (...) estas restricciones en esa participación de mercado? Nos dijo que tenían más o menos un estimado entre 15 y 20, pero ese 15 y 20 era, por ejemplo, ¿a largo plazo, mediano plazo? ¿Cómo impacta en estas restricciones a esas expectativas que ustedes tenían?”*

ELISEO HERRERA LÓPEZ: *“Pues mira, yo debería estar... sí, teóricamente yo llego y voy entre un 10 y un 15% que lo que debería tener de (...) participación. Y este, si estoy pensando un poco en voz alta, sé que estamos grabando, pero te estaba haciendo un cálculo muy muy matemático rápido. Si yo estoy, yo me siento que estoy restringido en casi el 30% del volumen, eso es como 5'700.000 hectolitros, y yo debería tener entre el 10 el 15% de eso.*

Entonces empieza a ser 'fair' o justo el trabajo que nosotros hacemos en Colombia. Entonces pues ahí está, ahí está la práctica y te estoy diciendo por los temas bajitos, porque estoy seguro que... que nosotros podemos hacer un mejor trabajo porque tenemos a la gente. Pero no lo podemos hacer, pues con la parte de restricciones.

Entonces te estoy hablando que yo pueda mejorar mucho los resultados de la compañía, muchos resultados de ventas, incluso contratar más gente si no tuviera esta restricción. Sobre todo empleo en el que queremos dar y que tenemos aprobado cuando lleguemos a los volúmenes”¹⁵⁰.

Sobre la extensión geográfica de las conductas desplegadas por **BAVARIA**, el citado declarante indicó:

DELEGATURA: *“De acuerdo, no sé de pronto si quisiera comentarnos algo más sobre, pues los hechos de la denuncia. Algún hecho nuevo que hayan conocido, pues en el transcurso, porque digamos ya (...) la denuncia es del año 2018, más o menos o los hechos que ustedes nos comentaron son del año 2018 y pues, de pronto sí han tenido un conocimiento nuevo, si hay un comportamiento de pronto que ha sido más insistente. De pronto, incluso, como hablábamos ahorita por cuestión de la competencia a nivel geográfico, ¿si de pronto ustedes sienten o conocen que este tipo de exclusividades, por ejemplo, se enfoquen más en unas áreas geográficas específicas o en una de las regiones en las que ustedes desempeñan sus labores comerciales?”*

ELISEO HERRERA LÓPEZ: *“Sí, habíamos... (...) te menciono de nuevo. Mira, ellos obviamente todo lo que es ciudades principales, pues (...) son (...) su primer gran foco. Todo lo que pues obviamente, Bogotá. Todo lo que es de esta zona Tunja, Duitama, Ibagué, el Neiva, todo lo que es Cali, Medellín, Pereira, Manizales. Todo lo que es, eh... nos vamos hacia la costa, todo lo que es Santa Marta, Cartagena, Barranquilla. Te vas a Valledupar. Entonces digamos, (...) tienen claro como primera (...) línea de ataque. Después se van a ciertos municipios que vos los mencionabas mucho, y es ciertos municipios que también te empiezan a, a marcar los clientes más importantes y de mayor o volumen o (...) de imagen. Eh... entonces digamos lo van haciendo a, a nivel de arriba hacia abajo, entonces. Pero pues yo te digo una cosa, énfasis en las ciudades principales, pero en general es, es una, es una práctica de mercado. Es una práctica en, en todos los clientes, en todos los mercados. Y donde tenemos y empezamos a recuperar algo, inmediatamente lanzan su trabajo, su ataque”¹⁵¹.*

La declaración citada corresponde con la denuncia realizada por C.C.C. y que fue reseñada en el **CONSIDERANDO QUINTO** del presente acto administrativo, la cual evidenciaría la hipótesis que hasta el momento se ha sostenido. En esa oportunidad C.C.C. afirmó que la implementación de cláusulas de exclusividad por parte de **BAVARIA** habría sido lesiva de sus intereses en el mercado porque, desde el inicio de su operación comercial, esta política comercial habría retrasado o

¹⁵⁰ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C., archivo denominado “18216104--0017800002.mp4”. Min: 01:48:05.

¹⁵¹ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO C.C.C., archivo denominado “18216104--0017800002.mp4”. Tiempo en la declaración: 01:55:21.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

impedido un mayor crecimiento de **C.C.C.** en el mercado relevante. Sobre el particular, la denunciante indicó:

“(…) 16. En suma, la conducta de Bavaria de suscribir contratos de patrocinio con los propietarios de los establecimientos de comercio de mayor recordación en los principales municipios del país, que implica para estos la obligación de realizar publicidad y venta exclusiva de cervezas identificadas con marcas de Bavaria, genera un nefasto efecto sobre la libre competencia, pues mi representada no pueda acceder a estos para comercializar sus productos y lograr competir con quien ostenta posición de dominio. (...)”¹⁵².

La anterior situación sería corroborada por **JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE** (representante legal de **C.C.C.**)¹⁵³ en audiencia del 30 de marzo de 2021, quien al preguntársele por los efectos nocivos de los acuerdos de exclusividad implementados por **BAVARIA** frente a la actividad de **C.C.C.** señaló:

“DELEGATURA: *¿En qué momento Central Cervecera comienza a sentir que esas exclusividades le afectan su participación en el mercado?*

JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE: *Desde el inicio, desde el mismo inicio de la compañía.*

DELEGATURA: *¿Cómo se enteraron ustedes de que BAVARIA suscribía este tipo de acuerdos?*

JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE: *Cuando nosotros vamos a los clientes y empezamos a comenzar nuestra operación comercial, nosotros comenzamos a entrar a los clientes y los mismos clientes nos lo expresaron: ‘no puedo vender CENTRAL CERVECERA porque tengo un acuerdo con BAVARIA’, y ahí comienza desde el mismo comienzo de CENTRAL CERVECERA.*

DELEGATURA: *¿O sea, ustedes se enteran por lo que le dicen los clientes?”*

JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE: *Sí, señor.*

DELEGATURA: *¿Y eso cuándo les pasó por primera vez?*

JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE: *Desde el comienzo de la operación nuestra, señor juez.*

DELEGATURA: *¿Y eso fue en qué mes en qué año?*

JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE: *Eso es, déjeme hago memoria... 2017, 2018 que comenzamos nosotros la operación.*

DELEGATURA: *¿Recuerda con precisión si es 2017 o 2018?*

JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE: *Con precisión no lo puedo decir, señor juez, seguramente 2017”.*

Así las cosas, lo expuesto en este aparte confirmaría los posibles efectos restrictivos derivados de la política comercial de **BAVARIA** que se centró en la implementación de contratos de comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad. Como quedó claro, el aumento de acuerdos de ese tipo por parte de **BAVARIA** a partir del año 2017 y al menos hasta el año 2020 habría sido la causa del menor rendimiento de **C.C.C.** –su competidor más cercano– en las categorías, así como de la posible constitución de una nueva barrera (estratégica) de ingreso al mercado por parte del agente con posición de dominio.

12.5.1.3. Los argumentos presentados por BAVARIA serían insuficientes para desvirtuar la hipótesis de la Delegatura y que justifica el inicio de una investigación administrativa

Como se refirió al inicio de este numeral **12.5**, **BAVARIA** solicitó el archivo de esta actuación administrativa con base en un conjunto de argumentos orientados a demostrar que su política basada en la implementación de acuerdos de exclusividad no es anticompetitiva. A continuación se

¹⁵² CUADERNO PÚBLICO CERVECERÍAS No. 1. Folio 7.

¹⁵³ Declaración de JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE del 30 de marzo de 2021. CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO ASUNTOS JURISDICCIONALES. Archivo denominado: “18216104--0017400003 (anexo 2) Audiencia inicial 30 marzo CCC vs Bavaria acta 692”, Min 39:00.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

presentarán los argumentos que formuló **BAVARIA** para sostener que esa política no es idónea para cerrar el acceso al mercado y, seguido de cada uno, se presentarán las consideraciones de la Delegatura que de manera preliminar desvirtuarían cada argumento.

A. Las ventas de BAVARIA a través de exclusividades no habrían superado el 20% del mercado relevante

A1. El argumento de BAVARIA

La investigada realizó un análisis sobre la extensión de su estrategia de comercialización mediante la implementación de acuerdos de exclusividad de forma nacional, regional y por canal, tanto en términos de volumen (HL) como en ventas (COP). Sobre esa base, afirmó que –salvo por unas pocas excepciones– la cuota de mercado que cubrió con esa estrategia no sobrepasó el [REDACTED] con ninguno de los criterios que podrían tenerse en cuenta para realizar esa medición. En concepto de **BAVARIA**, entonces, no es posible sostener que su estrategia es idónea para cerrar los canales de comercialización de cerveza debido a que sus competidores tienen la posibilidad de llegar al [REDACTED] restante del mercado.

A2. Consideraciones de la Delegatura

El argumento de **BAVARIA** está basado en un análisis de la extensión y el impacto que habría generado en el mercado su política de implementación de acuerdos de exclusividad. Sin embargo, en ese análisis la investigada se limitó a considerar los canales de comercialización denominados *on premise* y *off premise*. Como ya está claro, esa clasificación no puede hacer parte de una metodología adecuada para comprender la real dimensión y el impacto de la política analizada debido a dos circunstancias. De un lado, no es realmente efectiva para el objeto de esta actuación porque existen establecimientos que por sus características pueden ser clasificados en ambas categorías simultáneamente. Del otro, la clasificación genera que cada una de sus categorías constitutivas termine incluyendo un conjunto de establecimientos entre los que existen diferencias relevantes entre sí que justificarían un trato distinto para esos establecimientos dentro del análisis. Estos dos problemas ocasionan que la clasificación que cada agente decida dar a cada establecimiento pueda ser disímil y no atienda a las condiciones reales del mercado.

En consecuencia, dado que la medición de **BAVARIA** –que constituye el punto central de su argumento– está fundada en la clasificación de los establecimientos en los canales de comercialización *on premise* y *off premise*, los resultados que ofrece la investigada no reflejarían necesariamente la realidad del mercado, sus condiciones de competencia y la potencial extensión de la política comercial centrada en el aumento significativo de los contratos con cláusulas de exclusividad.

B. Un porcentaje significativo de los clientes de BAVARIA vinculados mediante acuerdos de exclusividad comercializan productos de los competidores de BAVARIA

B1. El argumento de BAVARIA

La investigada afirmó que más de un [REDACTED] de sus clientes con quienes celebró acuerdos de exclusividad comercializan productos de sus competidores y, a pesar de ello, **BAVARIA** “nunca ha iniciado un proceso de reparación de perjuicios por incumplimiento del contrato”.

B2. Consideraciones de la Delegatura

Existen varias razones para concluir que el argumento de defensa descrito es insuficiente para desvirtuar la hipótesis que la Delegatura ha dejado planteada en este acto.

Lo primero por decir es que la afirmación de **BAVARIA** –rectamente interpretada– tiene un carácter limitado. Existen diversas formas en las que esa compañía podría promover el cumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de sus acuerdos de exclusividad: podría exigir extrajudicialmente el cumplimiento, advertir que suspenderá los beneficios que constituyen la contraprestación para la exclusividad (cancelar el patrocinio o incrementar los precios de los productos, por ejemplo) o exigir el cumplimiento en el marco de un proceso judicial, entre otras muy diversas opciones. Lo único que en su argumento de defensa está afirmando **BAVARIA** es que se abstuvo de exigir el cumplimiento de las obligaciones de exclusividad que asumieron algunos de sus clientes a través de una sola de las múltiples y variadas formas en las que podría plantear esa

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

exigencia. **BAVARIA**, entonces, ni siquiera está afirmando que no exija el cumplimiento de las obligaciones de exclusividad. Se limitó a afirmar que no ha planteado esa exigencia por la vía judicial orientada a la obtención de una indemnización. Esta circunstancia –valorada de manera preliminar y con fundamento en las pautas establecidas en los artículos 176 y 241 del Código General del Proceso– constituye un elemento de juicio que sugiere que **BAVARIA** sí habría exigido el cumplimiento de las obligaciones de exclusividad de sus clientes a través de formas diferentes a la formulación de una demanda orientada a obtener una indemnización de perjuicios.

En segundo lugar, es pertinente valorar el argumento de **BAVARIA** en la mayor extensión que es posible atribuirle. Desde esta perspectiva la investigada habría afirmado que celebró acuerdos de exclusividad con algunos de sus clientes pero que no exige su cumplimiento. Si esto fuera así, la conclusión evidente sería que **BAVARIA** habría decidido asumir todos los costos asociados al diseño e implementación de los acuerdos de exclusividad –la determinación de los clientes admisibles mediante los procedimientos que expuso y la realización de las inversiones propias del patrocinio– aunque en realidad no está interesada en que las contraprestaciones a su favor se materialicen. Esta afirmación, por supuesto, parece inverosímil y privaría de sentido la estrategia de **BAVARIA** que constituye el objeto de esta investigación. Si esa afirmación fuera cierta, sería factible concluir que las exclusividades no tendrían una función económica legítima dentro de la operación de **BAVARIA**. Esto, a su vez, haría viables dos conclusiones. De un lado, que no existirían eficiencias atribuibles a unos acuerdos de exclusividad que ni siquiera **BAVARIA** estaría interesada en implementar. Del otro, que, en los términos de lo expuesto en el numeral 11.2.3.4. de este acto administrativo, existiría un elemento de juicio adicional para calificar la estrategia basada en esos acuerdos como restrictiva de la competencia.

En tercer lugar, no puede perderse de vista que el hecho mismo de que **BAVARIA** imponga unas condiciones de exclusividad a sus clientes es un factor suficiente para limitar el margen de acción que esos clientes tienen en el mercado, incluso a pesar de que la investigada decidiera no reclamar el cumplimiento de esas obligaciones por la vía judicial. Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta la significativa diferencia que existe en las siguientes dos situaciones: (i) la del comerciante que en ejercicio legítimo de su libertad de competencia decide comercializar productos que compiten con los de su principal proveedor frente a (ii) la situación del comerciante que decide emprender esa labor de comercialización en claro incumplimiento de una obligación contractual que adquirió con su principal proveedor, que además tiene la potestad de determinar las condiciones del establecimiento del comerciante mediante la suspensión de las prestaciones de patrocinio. Aunque **BAVARIA** no promueva procesos judiciales para la indemnización de perjuicios contra sus clientes, esos comerciantes están expuestos a una situación de riesgo sustancial que limitaría su disposición para comercializar productos de los competidores de **BAVARIA** frente a las condiciones que permitiría un escenario de verdadera libertad.

Finalmente, la Delegatura realizó un ejercicio de medición para determinar si sus conclusiones sobre el impacto de la estrategia de **BAVARIA** se afectarían de manera sustancial teniendo en consideración los establecimientos en los que se comercializan productos de **C.C.C.** aunque sus titulares están vinculados en condiciones de exclusividad con la investigada. Para el efecto, calculó nuevamente la participación de las ventas de **BAVARIA** a través de las exclusividades –referida en la **Tabla 12**–, esta vez sin tener en cuenta las ventas realizadas por establecimientos que, aun teniendo un acuerdo de exclusividad vigente con **BAVARIA**, también comercializaron cerveza de **C.C.C.** El resultado se aprecia a continuación:

Tabla No. 14. Participación de las ventas a través de establecimientos con exclusividad –que no reportaron ventas de productos de C.C.C.– dentro de las ventas totales de BAVARIA

AÑO	BEBIDAS	COMIDAS	ENTRETENIMIENTO	PEQUEÑOS ESTABLECIMIENTOS
■	■	■	■	■
■	■	■	■	■
■	■	■	■	■
■	■	■	■	■
■	■	■	■	■
■	■	■	■	■

Fuente: Elaboración Superintendencia¹⁵⁴.

¹⁵⁴ A partir de los valores totales de ventas a través de exclusividades y ventas totales de **BAVARIA** para cada año y cada categoría que soportan los resultados presentados en **Tabla No. 12** y el archivo denominado “CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO C.C.C., 18216104--0018500002” se realizó el siguiente procedimiento con el fin de hallar

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Como se puede apreciar, incluso si –en gracia de discusión– se excluyeran del cálculo los establecimientos que comercializan productos de **C.C.C.** aunque están afectados por la política de exclusividad de **BAVARIA**, el impacto que esa estrategia estaría generando en el mercado es sustancialmente similar al que se evidenció mediante el ejercicio original (Tablas 12 y 13). En la hipótesis más limitada también se aprecia que para el periodo de 2017 hasta 2018 la participación en ventas a través de acuerdos de exclusividad dentro de las ventas totales en las categorías de “*Bebidas*”, “*Entretenimiento*” y “*Pequeños Establecimientos*” fue creciente, toda vez que variaron: [REDACTED], respectivamente. Así mismo, estos resultados son consistentes con los que se aprecian en las categorías en las que los competidores de **BAVARIA** tuvieron menor crecimiento (Tabla 13). En conclusión, el argumento de defensa de **BAVARIA**, aunque fuera, no plantea una diferencia relevante en lo relacionado con el impacto que su estrategia habría generado en el mercado.

C. Los competidores de BAVARIA incrementaron de manera significativa su participación en el mercado

C1. El argumento de BAVARIA

La investigada argumentó que sus competidores, en particular **C.C.C.**, incrementaron de manera significativa su participación en el mercado dentro del periodo comprendido entre los años 2018 y 2021. Agregó, sobre la base de un estudio, que el crecimiento en el volumen de ventas de **C.C.C.** en los establecimientos susceptibles de suscripción de contratos con cláusulas de exclusividad no se redujo como consecuencia del incremento de las exclusividades de **BAVARIA**. Por último, **BAVARIA** afirmó que **C.C.C.** y **C.C.U.** –como accionista del [REDACTED] de la primera– reportaron a sus accionistas que su actividad comercial en Colombia estaba teniendo buenos resultados y que tenía un EBITDA positivo.

C2. Consideraciones de la Delegatura

El argumento de **BAVARIA** está basado en mediciones que, como ya está claro, tomaron como punto de partida una clasificación de los canales de comercialización que subestima el impacto de la estrategia de exclusividades de la investigada en el mercado. En consecuencia, el ejercicio que propuso **BAVARIA** en realidad no permite realizar la focalización de los establecimientos destinatarios de los contratos con cláusulas de exclusividad y, por lo tanto, tampoco permite medir sus verdaderos efectos sobre el rendimiento comercial de los competidores. Ese ejercicio disminuye la real extensión de la conducta desplegada por **BAVARIA** como agente dominante y, por lo tanto, subestima su impacto en el mercado. Un análisis basado en clasificaciones que capturen las diferencias relevantes entre los establecimientos, como el que presentó la Delegatura en este acto administrativo, evidencia que **C.C.C.** sí tuvo un crecimiento de participación de mercado, pero que ese incremento sí se vio limitado por la expansión de la política comercial de **BAVARIA** centrada en la utilización de acuerdos de exclusividad exclusivos.

el valor de las ventas realizadas a través de establecimientos con contratos exclusivos con **BAVARIA** en los cuales se llevaron a cabo ventas de cerveza de la compañía **C.C.C.**:

1. A partir de la información contenida en el archivo denominado: “18216104--0018500002” ubicado en el CUADERNO ELECTRONICO RESERVADO C.C.C., se totalizó por año y por NIT el valor de las ventas realizadas, a esta base datos se le excluyeron los registros en los cuales para determinado NIT y determinado año se reportaron ventas iguales o menores que cero. En resumen, lo anterior arrojó como resultado una base de datos en la cual se registran las ventas en pesos y volumen para cada año de los NIT que a su vez pertenecían a la base de datos de clientes de **C.C.C.** y eran establecimientos con contratos de exclusividad de **BAVARIA**.
2. A partir de la base de datos de ventas a través de exclusividad de **BAVARIA** que se construyó para el cálculo correspondiente a la **Tabla No. 12**, para cada año y para NIT se verificó si este también pertenecía a la base de datos creada en el numeral anterior. Con el procedimiento anterior, se identificaron los establecimientos que, teniendo un contrato de exclusividad con **BAVARIA** en determinado año, presentaron ventas positivas para dicho año de las cervezas comercializadas por **C.C.C.**
3. A partir de la identificación de los anteriores establecimientos, se calculó la suma de ventas de productos de **BAVARIA** realizadas por estos establecimientos para cada año y categoría con el objetivo de sustraer estas ventas realizadas por establecimientos que, teniendo vigente un contrato de exclusividad con **BAVARIA**, comercializaron productos de **C.C.C.** a las ventas a través de exclusividades de **BAVARIA** para cada año y categoría, respectivamente, que se hallaron en el cálculo de los resultados contenidos en la **Tabla No. 12**. El resultado de este numeral es una base de datos en la cual, para cada categoría, se registra el valor de las ventas de **BAVARIA** a través de exclusividades que no realizaron algún tipo de comercialización de productos de la competencia.
4. Finalmente, para cada año y para cada categoría se realizó el correspondiente cociente entre el valor de ventas calculado en el numeral anterior y el valor total de las ventas de **BAVARIA** calculado en el proceso de construcción de la **Tabla No. 12**.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

Adicionalmente, debe destacarse que el estudio aportado por **BAVARIA** presenta algunos defectos metodológicos. En primer lugar, el documento simplemente corresponde a una presentación que contiene resultados preliminares del año 2019 y, por lo tanto, no permite conocer las conclusiones definitivas a que haya llegado realmente la empresa. En segundo lugar, **BAVARIA** no adjuntó las bases de datos ni el código mediante el cual se llevó a cabo la estimación del modelo allí presentado. Esto impide comprobar o replicar los resultados, cálculos y conclusiones preliminares del documento. En tercer lugar, la presentación contiene afirmaciones imprecisas o generales que impiden determinar si se verificaron los supuestos necesarios para la rigurosa implementación de la metodología denominada como “diferencias en diferencias”. Finalmente, que **C.C.C.** hubiera afirmado a sus accionistas que su operación está presentando resultados positivos no es un factor suficiente para desvirtuar los demás elementos de juicio que permiten concluir preliminarmente que la conducta de **BAVARIA** sí habría tenido un impacto en el crecimiento de **C.C.C.** Recuérdese, sobre este aspecto, que la principal afectación para los competidores de **BAVARIA** consistió en que se habría limitado de manera ilegítima su crecimiento en el mercado, no en que se hubiera impedido de manera completa su entrada a ese escenario. Por lo tanto, es factible que la afirmación de **C.C.C.** pretendiera indicar que sus resultados han sido positivos en el contexto específico que ofrece el mercado colombiano con la presencia de comportamientos que podrían resultar anticompetitivos y limitar las posibilidades de crecimiento de la compañía.

D. Los acuerdos de exclusividad de **BAVARIA** no imponen restricciones a los titulares de establecimientos

D1. El argumento de **BAVARIA**

BAVARIA sostuvo que no [REDACTED], en tanto que “en desarrollo de sus programas de cumplimiento normativo y en reacción a los fallos recientes de la SIC” ajustó dichos acuerdos de forma que: [REDACTED]

D2. Consideraciones de la Delegatura

BAVARIA tiene posición de dominio en el mercado relevante y es el principal proveedor de los comercializadores con quienes celebró acuerdos de exclusividad. Sobre esa base, que no incluya cláusulas que impidan la terminación de los contratos, renovaciones automáticas ni cláusulas penales, o que no emplee las vías judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones correspondientes, no son factores suficientes para desvirtuar que su estrategia sería idónea para cerrar determinados canales de comercialización. Teniendo en cuenta la relevancia de **BAVARIA** en el mercado, es razonable considerar –de manera preliminar– que esa posición hace innecesaria la formulación de restricciones expresas como las referidas por la investigada. Con o sin esas disposiciones, lo cierto es que los titulares de los establecimientos tienen los incentivos para mantener su relación con **BAVARIA** en las condiciones que establezca la empresa, sobre todo si la estrategia analizada impide el crecimiento de un competidor que podría generar las presiones necesarias para que los titulares de los establecimientos tuvieran opciones reales para reemplazar los productos de **BAVARIA**.

12.5.2. La falta de eficiencias que justifiquen la estrategia comercial de **BAVARIA**

La Delegatura recuerda que la inclusión de cláusulas de exclusividad en los acuerdos comerciales entre compañías puede generar eficiencias económicas que beneficiarían a las empresas firmantes de los contratos y a los consumidores finales. En este caso la política comercial centrada en la firma de contratos con cláusulas de exclusividad implementada por **BAVARIA** lleva a esta compañía a realizar inversiones (por ejemplo: sillas, mesas, iluminación, pintura, neveras, etc.) para mejorar las condiciones de los establecimientos seleccionados y, con ello, incrementar sus ventas de cerveza.

Por lo anterior, se esperaría que la implementación de la estrategia por parte de **BAVARIA** generara un crecimiento en las ventas de cerveza de la compañía y que así se manifestara, al menos desde su perspectiva, la eficiencia derivada de la suscripción de contratos con acuerdos de exclusividad. Para verificar lo anterior, la Delegatura presenta las variaciones porcentuales del monto de inversión

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

en términos reales realizado por **BAVARIA** en el marco de la implementación de la política comercial enunciada y las ventas en términos reales de cerveza de esta compañía.

Tabla No. 15. Inversión realizada por BAVARIA en el marco de la implementación de la política comercial centrada en la firma de contratos con cláusulas de exclusividad.

Año	Inversión en términos reales (a precios de diciembre de 2020)	Variación porcentual
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████

Fuente: elaboración Superintendencia¹⁵⁵.

La tabla evidenciaría que la inversión en la política comercial centrada en la firma de contratos con cláusulas de exclusividad implementada por **BAVARIA** presentó un comportamiento creciente en el periodo de 2015 a 2019, toda vez que la suma de los valores de los contratos medidos en precios de diciembre de 2020 tuvo una variación porcentual positiva en dicho periodo. En especial, el crecimiento porcentual de esta suma en los años 2017 y 2018 es cercano al █████ y █████, respectivamente. Esto, al igual que la información que se presentó en la **Tabla No. 9**, reflejaría el enfoque que **BAVARIA** habría dado a partir del año 2017 a la implementación de dicha política comercial.

Por el contrario, las ventas totales de cerveza de **BAVARIA** medidas en precios de diciembre de 2020 no muestran un comportamiento creciente. De hecho, la variación porcentual de dichas ventas es negativa para los años 2017, 2019 y 2020. Particularmente, llama la atención de la Delegatura que justamente en el año en el cual **BAVARIA** habría enfocado sus mayores esfuerzos en la implementación de la política comercial centrada en la firma de contratos con cláusulas de exclusividad (con un incremento de 285% en la inversión en dicha política), las ventas de cervezas en términos reales decrecieron 2%. Estos son resultados completamente opuestos a la finalidad de esta política (ver **Tabla No. 16**).

Tabla No. 16. Ventas de cerveza de BAVARIA en Colombia.

Año	Ventas totales a precios de 2020	Variación porcentual
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████
████	████████████████████	████

Fuente: elaboración Superintendencia¹⁵⁶.

¹⁵⁵ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA. Construido a partir del archivo denominado: “18216104--001500009 (anexo) 7. Ventas Exclusividad Preferencia”. Este cálculo se realizó de la siguiente forma: para cada año, se filtró por el tipo de cláusula (eligiendo solo exclusividades); posteriormente se eliminaron los códigos y valor de contrato repetidos y no se tuvieron en cuenta los valores de contrato que no fuera variables numéricas. Con la base de datos resultante del paso anterior, para cada año, se lleva a cabo la sumatoria del valor de contrato correspondiente a cada código de cliente. Finalmente, la sumatoria correspondiente a cada año se lleva a términos reales (precios de diciembre de 2020) a partir de la información contenida en el archivo denominado “1.2.5.IPC_Serie_variaciones” descargado de la sección de estadísticas sobre el índice de precios al consumidor de la página del Banco de la República (<https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/indice-precios-consumidor-ipc>) y el cual está disponible en el enlace: https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Download&Format=excel2007&Extension=.xls&BypassCache=true&lang=es&NQUser=publico&NQPassword=publico123&path=%2Fshared%2FSeries%20Estad%20C3%ADstic%20T%20IPC%20base%202018%20F1.2.%20Por%20a%C3%B1o%20F1.2.5.IPC_Serie_variaciones consultado el 20 de marzo de 2022.

¹⁵⁶ CUADERNO ELECTRÓNICO RESERVADO BAVARIA, CARPETA: 18216104--0155000010 (Anexo 2). Volumen Ventas Cerveza. Subcarpeta: 2. Ventas Cerveza - Archivos Originales. Construida a partir de los archivos denominados: “CO_Vol_Municipio_2017.txt”, “CO_Vol_Municipio_2014.txt”, “CO_Vol_Municipio_2015.txt”, “CO_Vol_Municipio_2016.txt”, “CO_Vol_Municipio_2018.txt”, “CO_Vol_Municipio_2019.txt”, “CO_Vol_Municipio_2020.txt”. A partir de la información contenida en estos archivos, se totaliza para cada año el nivel de

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

De igual manera, estos resultados contrarios a los objetivos de la política comercial implementada por **BAVARIA** también se materializan para el año 2019, toda vez que la variación porcentual en la suma de los valores de los contratos medidos en precios de diciembre de 2020 es positiva, pero las ventas en términos reales decrecen cerca del [REDACTED].

BAVARIA también formuló argumentos en relación con este aspecto en el documento mediante el cual solicitó el archivo de esta actuación. Afirmó que esta Superintendencia ha reconocido que los acuerdos de exclusividad pueden generar eficiencias, como beneficios para el comercializador –por los descuentos, facilidades e implementos otorgados por el fabricante en atención a la inversión que este realiza– y evitar el fenómeno del *free rider*. El punto llamativo de este argumento –y suficiente para desvirtuarlo de manera preliminar en esta etapa de la actuación– es que **BAVARIA** ni siquiera afirmó que su estrategia estuviera generando alguna eficiencia. Se limitó a afirmar que un acuerdo de exclusividad podría generar eficiencias como las que refirió, pero no sostuvo que su política en particular las estuviera generando, no precisó cómo las generaría, no indicó qué eficiencias en particular estaría garantizando y, sobre todo, ni siquiera mencionó cómo esas eficiencias podrían trasladarse a los compradores de los productos y los consumidores.

DÉCIMO TERCERO: Una vez realizada la descripción de los hechos que estarían demostrados en este caso con fundamento en el material probatorio recaudado hasta ahora, la Delegatura realizará la valoración jurídica de los comportamientos descritos para demostrar que la conducta de **BAVARIA** habría reunido los elementos de configuración del comportamiento restrictivo de la libre competencia económica descrito en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por la posible obstrucción al ingreso de terceros al mercado de la producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia.

La Delegatura evidenció que según la información que obra en el expediente y que se ha expuesto a lo largo del presente acto administrativo, **BAVARIA** habría utilizado su posición dominante en el mercado de la producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia para obstruir el ingreso de nuevos competidores mediante una política comercial consistente en el aumento significativo y desproporcionado de la suscripción de contratos de comercialización de cerveza con cláusulas de exclusividad (en venta y/o en publicidad) con establecimientos de comercio que i) tuvieran mayor posibilidad a crecer en el volumen de la venta de cerveza y ii) fuesen destinados para la venta y consumo *in situ* del producto.

Tal y como se ha expuesto, los contratos de comercialización referidos se habrían implementado en todo el territorio nacional y, como consecuencia, los titulares de los establecimientos de comercio habrían quedado obligados a comercializar y/o publicitar únicamente productos del portafolio de **BAVARIA**.

Aunado a lo anterior, la Delegatura encontró que el incremento significativo de los contratos de comercialización sujetos a cláusulas de exclusividad se habría ejecutado de manera concomitante con la entrada en funcionamiento de la planta de producción de cerveza de **C.C.C.** en Colombia, como directo competidor en el mercado relevante. Dicha circunstancia habría sido el motor para que **BAVARIA** contrarrestara la posible presión competitiva y la penetración en el mercado por parte de **C.C.C.**

Así las cosas, la Delegatura procedió a realizar un análisis sobre el impacto que la conducta de **BAVARIA** habría generado en el mercado de la producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia y encontró que, para el periodo comprendido entre el año 2016 a 2020, la participación en ventas de **C.C.C.** habría presentado un menor crecimiento en las categorías de ‘Bebidas’, ‘Entretenimiento’ y ‘Pequeños Establecimientos’ (Tabla No. 13), precisamente aquellas categorías en las que **BAVARIA** concentró e incrementó las ventas de cerveza a través de exclusividades (Tabla No. 12). En ese sentido, **C.C.C.** logró una importante penetración en la

ventas de cerveza de la compañía **BAVARIA**. Finalmente, la sumatoria correspondiente a cada año se lleva a términos reales (precios de diciembre de 2020) a partir de la información contenida en el archivo denominado “1.2.5.IPC_Serie_variaciones” descargado de la sección de estadísticas sobre el índice de precios al consumidor de la página del Banco de la República (<https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/indice-precios-consumidor-ipc>) y el cual está disponible en el enlace: https://totoro.banrep.gov.co/analytics/saw.dll?Download&Format=excel2007&Extension=.xls&BypassCache=true&lang=es&NQUser=publico&NQPassword=publico123&path=%2Fshared%2FSeries%20Estad%20C3%ADsticas_T%2F1.%20IPC%20base%202018%2F1.2.%20Por%20a%20C3%B1o%2F1.2.5.IPC_Serie_variaciones consultado el 20 de marzo de 2022.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

categoría de ‘Comidas’ (■■■■■, aproximadamente, para 2020), siendo esta la categoría en la que se presentó la menor participación de ventas de **BAVARIA** a través de exclusividades.

Por todo lo expuesto, la Delegatura pudo concluir en forma preliminar que la conducta ejecutada por **BAVARIA** tendría la potencialidad de cerrar el mercado de la producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia a nuevos agentes y, además, que habría generado ese resultado. En conclusión, existe mérito suficiente para iniciar una investigación administrativa de carácter sancionatorio para fines de determinar si **BAVARIA** incurrió en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

DÉCIMO CUARTO: Que teniendo en cuenta la evidencia descrita a lo largo de esta resolución, a continuación se presentarán los argumentos a partir de los cuales la Delegatura pudo concluir, en forma preliminar, que **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** (presidente y vicepresidente comercial de **BAVARIA**, 2017–2020) habría incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado las conductas anticompetitivas antes descritas.

El sentido de la regla indicada es vincular la responsabilidad de todas las personas que hubieran contribuido al desarrollo de la práctica restrictiva de la competencia adelantada por el agente del mercado, ya sea por las acciones que esas personas naturales hubieran llevado a cabo o por sus omisiones, esto es, por haber conocido el comportamiento ilegal y no haber tomado ninguna medida para impedirlo, estando en las condiciones de hacerlo. La omisión que genera responsabilidad también podría constituirse en los casos en los que la persona natural involucrada en la investigación, con fundamento en la función que desempeñara en el agente de mercado que cometió la infracción y en virtud de las especiales responsabilidades que puedan tener dentro de la estructura empresarial, debió conocer la existencia de la infracción.

Responsabilidad atribuible a JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ (presidente y vicepresidente comercial de BAVARIA, 2017–2020)

Esta Delegatura cuenta con elementos de prueba que permitirían atribuir responsabilidad administrativa a **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** (presidente y vicepresidente comercial de **BAVARIA** en el periodo 2017-2020) por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado los comportamientos violatorios del régimen de libre competencia económica antes descritos.

Lo anterior se sustentaría en el rol de **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** como presidente de **BAVARIA** y en su papel preponderante en la estrategia que permitió el incremento desmedido de los contratos con cláusulas de exclusividad. Sobre el primer punto, durante la visita administrativa de 2018 **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** (presidente y vicepresidente comercial de **BAVARIA**, 2017 – 2020) y **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** (director Legal de **AB INBEV** de la zona **COPEC** – Colombia, Perú y Ecuador– para el momento de la declaración) afirmaron que el primero, debido a las funciones que tenía asignadas dentro de la compañía, estaba a cargo de toda la operación comercial de **BAVARIA** en Colombia. **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** afirmó lo siguiente:

DELEGATURA: “***JOSÉ LUIS** indíquenos cuál es el cargo que tiene actualmente, y desde hace cuánto lo tiene”.*

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ: “*(...) Y soy el representante de **BAVARIA** para nuestra operación acá. O sea, el presidente de **BAVARIA**. ¿correcto?”*

DELEGATURA: “*¿Dentro de ese cargo cuáles son las funciones generales y específicas que tiene?”*

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ: “*Yo estoy encargado del área comercial para Colombia, específicamente. Nosotros tenemos acá la operación de tres países: Colombia, Perú y Ecuador; y yo soy el encargado de toda la operación de Colombia, operación comercial. Todo lo que se refiere a marketing, ventas, distribución, etc.”*

DELEGATURA: “*Por favor detálle nos cuáles son las funciones que ejerce en cada uno de esos segmentos o líneas de operación”.*

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ:

157.

De acuerdo con la anterior declaración, es evidente que **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ**, como presidente de **BAVARIA** y encargado de todos los aspectos del área comercial de la compañía, era el máximo responsable de las políticas comerciales implementadas por la empresa. Posteriormente, y al indagarse específicamente por la aplicación de la política comercial que habría culminado en el aumento significativo de los acuerdos de exclusividad, **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** (director Legal de **AB INBEV** de la zona **COPEC** –Colombia, Perú y Ecuador– para el momento de la declaración) expresó lo siguiente:

DELEGATURA: “¿Es decir que desde la llegada de **JOSÉ LUIS** los nuevos contratos que se están firmando son los que se añadieron en el último reporte?”

SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN: “Correcto, a ver, exacto entonces el formato anterior funcionó hasta, si no estoy mal, diciembre del 2017, en diciembre de 2017 llega **JOSÉ LUIS**, hace los cambios en los programas y a partir de ese momento empezamos a usar los brochures, que son el número de contratos que se celebran a partir de diciembre 2017, enero 2018”¹⁵⁸.

De esta declaración se desprende que **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** fue el artífice principal del crecimiento desmedido del número de contratos con cláusulas de exclusividad. Así, fue precisamente con la llegada de **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** que se implementó la estrategia comercial de los denominados *brochures* que, como se explicó en este documento, derivó en el aumento desproporcionado de los contratos con cláusulas de exclusividad que se suscribieron a partir de ese periodo. En este sentido, y de conformidad con lo expresado por **ESTEFANÍA MENESTREY ANGULO**, (Gerente de Inteligencia de Mercado de **BAVARIA**), **EDUARDO ENRIQUE MANOTAS CASTAÑO** (Gerente de Analítica Comercial de **BAVARIA**) y **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** (director Legal de **AB INBEV** de la zona **COPEC** –Colombia, Perú y Ecuador– para el momento de la declaración) en los **CONSIDERANDOS B.4.** y **B.5.** del presente acto, **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** dirigió el área de ventas –encargada de ofrecer los contratos con cláusulas de exclusividad a los establecimientos con mayor propensión al crecimiento en ventas– durante los años 2017 a 2020, periodo en el que se habrían aumentado de forma significativa los acuerdos de exclusividad (**CONSIDERANDO 12.4.**).

Así las cosas, de conformidad con las consideraciones expresadas en el presente acto administrativo, para esta Delegatura **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** (presidente y vicepresidente comercial de **BAVARIA**, 2017 – 2020) habría colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la realización de las conductas restrictivas de la libre competencia económica desplegadas por **BAVARIA** en el mercado de producción, importación y comercialización de cerveza en Colombia. En consecuencia, la Delegatura abrirá investigación en contra de **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** para determinar si incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

DÉCIMO QUINTO: Que de conformidad con el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a continuación, se indican las sanciones que serían procedentes en caso de encontrarse que los sujetos investigados efectivamente incurrieron en la conducta imputada, así como también las medidas que puede adoptar esta Superintendencia.

15.1. Posibles sanciones para el agente de mercado investigado

De acuerdo con lo establecido por el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, los agentes de mercado, en este caso **BAVARIA & CIA S.C.A.** (NIT. 860.005.224-6), a quienes se les demuestre la realización de conductas tendientes a

¹⁵⁷ Declaración de **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** del 28 de agosto de 2018. CUADERNO RESERVADO **BAVARIA** No.1. Folio 259. Carpeta: 06-DEC_JOSE_GONZALEZ, Subcarpeta: GRABACIÓN, archivo denominado: “180828_1624.mp3”. Min: 05:06.

¹⁵⁸ Declaración de **SALOMÓN VAIE LUSTGARDEN** del 29 de agosto de 2018. CUADERNO RESERVADO **BAVARIA** No.1. Folio 259. Carpeta: 09-DEC_SALOMON_VAIE, Subcarpeta: GRABACIÓN, archivo denominado: “180829_1012.mp3”. Min: 25:22.

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

limitar la libre competencia, podrán ser sancionados con multas hasta de **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

15.2. Posibles sanciones para JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ (presidente y vicepresidente comercial de BAVARIA, 2017–2020)

De conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** (expresidente y exvicepresidente comercial de **BAVARIA** hasta 2020), en su calidad de persona natural, podría ser sancionado con multas hasta por el equivalente a **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

Además de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio puede ordenar la cesación de la conducta sancionada, orden cuyo incumplimiento es a su vez sancionable con las mismas multas arriba descritas. En efecto, según el numeral 61 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Entidad podrá *“[i]mpartir instrucciones en materia de protección al consumidor, protección de la competencia, propiedad industrial, administración de datos personales y en las demás áreas propias de sus funciones, fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”*.

DÉCIMO SEXTO: Que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1614 de 2021, mientras permanezca vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución No. 385 de 2020, prorrogada a través de la Resolución No. 1913 de 2021, las actuaciones administrativas sancionatorias en materia de protección de la competencia se adelantarán mediante la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones habilitadas por la Superintendencia.

En ese sentido, la consulta de los expedientes deberá realizarse a través de los medios electrónicos dispuestos por la Superintendencia de Industria y Comercio. Para efectos de obtener las autorizaciones correspondientes, los investigados, terceros interesados y demás personas que puedan acceder a la información contenida en los expedientes deberán formular la solicitud al correo electrónico contactenos@sic.gov.co. En su solicitud deberán indicar el correo electrónico que utilizarán para acceder al expediente. Las personas que accedan a esa información deberán guardar la reserva correspondiente y utilizarla únicamente para el ejercicio de sus derechos en el marco de la actuación administrativa sancionatoria.

En mérito de lo anterior, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS en contra de **BAVARIA & CIA S.C.A.** (NIT. 860.005.224-6), para determinar si incurrió en la conducta prevista por el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, de conformidad con la parte considerativa de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ** (expresidente y exvicepresidente comercial de **BAVARIA** hasta 2020), identificado con cédula de extranjería No. [REDACTED], para determinar si incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, de conformidad con la parte considerativa de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a todos los investigados de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009. Esto con el fin de que, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto administrativo, lleven a cabo los actos procesales previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, en cuanto a la presentación de descargos frente a la apertura de investigación y la solicitud o aporte de las pruebas que pretendan hacer valer.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días de la remisión de la comunicación correspondiente, la notificación se llevará a cabo por medio de aviso

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

que se remitirá a la dirección o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR la publicación de la presente resolución de apertura de investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 y 19 de la Ley 1340 de 2009, modificados por los artículos 156 y 157 del Decreto 19 de 2012. Esto con el fin de que dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la fecha de publicación intervengan los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la investigación, aportando las consideraciones y pruebas que pretenda hacer valer.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a los investigados que, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente decisión, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, publiquen el siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

*“Se informa que la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante Resolución No. 23369 de 2022, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **BAVARIA & CIA S.C.A.** (860.005.224-6), por presuntamente haber incurrido en la conducta anticompetitiva prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.*

*A través de dicha Resolución también se abrió investigación y se formuló pliego de cargos en contra de **JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ**, con el fin de determinar si incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado el comportamiento referido en el párrafo anterior.*

Por lo tanto, en los términos previstos en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en la presente investigación, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrán intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer, al expediente radicado con el número 18-216104, el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio”.

ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR a **CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S.** y a **PABLO ANDRÉS TABARES ESTUPIÑÁN** en su condición de denunciantes el contenido del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Contra la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 y del artículo 75 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 27 días de abril de 2022

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,

JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

Proyectó: J.S.V.O./ M.E.B.C./ R.M.R.P./ P.A.J.C./ L.M.V.H./ J.A.S.C.
Revisó: C.A.B.G. y F.M.R.
Aprobó: J.P.H.S.

NOTIFICAR A:

“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”

PERSONAS JURÍDICAS:**BAVARIA & CIA S.C.A.**

NIT. 860.005.224-6.

Representante Legal para fines Legales, Judiciales y Administrativos: SERGIO HERNÁNDO VILLALOBOS RUBIO (Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED]), o quien haga sus veces.**Presidente: MARCEL MARTINS REGIS** (Cédula de Extranjería No. [REDACTED]), o quien haga sus veces.

Carrera 53 A No. 127 – 35, Bogotá D.C.

Correo electrónico autorizado para recibir notificaciones personales: notificaciones@ab-inbev.com**PERSONAS NATURALES****JOSÉ LUIS GONZÁLEZ QUIROZ**

Cédula de Extranjería No. [REDACTED]

Correo electrónico: [REDACTED]

COMUNICAR A:**PERSONAS JURÍDICAS:****CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S.**

NIT. 900.785.905-3.

Representante Legal: JUAN ROBERTO GARCÍA DUQUE (Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED]).Correo electrónico autorizado para recibir notificaciones personales:
notificacionjudicialcc@centralcervecera.com**PERSONAS NATURALES:****PABLO ANDRÉS TABARES ESTUPIÑÁN**

C.C. [REDACTED]

Carrera [REDACTED], Cali - Colombia.

Correo electrónico: [REDACTED]