



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO ( 31434 ) DE 2011

07 JUN 2011

Radicación No. 07-002513

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN  
DE LA COMPETENCIA,**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en el Decreto 2153 de 1992 y en artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por artículo 4 el Decreto el 1687 de 2010, y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la libre competencia económica es un derecho de todos, e impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

**SEGUNDO:** Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención 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 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Única de Protección de la Competencia, *"[v]elar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales."*

**CUARTO:** Que según lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4 del Decreto 1687 de 2010, corresponde al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *"[t]ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia,"* así como *"[t]ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia"*.

**QUINTO:** Que mediante comunicación radicada con el número 07-002513 del 12 de Enero de 2007,<sup>1</sup> el señor ALEJANDRO BONILLA BONILLA, en calidad de coordinador de la organización *Veedores Voluntarios*, presentó una queja ante esta Entidad, de la cual se destaca el siguiente aparte:

*"De la manera mas atenta, hacemos uso del derecho constitucional de petición, para solicitar la intervención y apoyo de esa Superintendencia, que tanto bien le hace al ciudadano, a fin de*

<sup>1</sup> Cuaderno No 1, Folio 2 del expediente

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 2

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

*que las empresas productoras de bebidas gaseosas respeten al consumidor y permitan que en los establecimientos públicos se puedan expendir simultáneamente bebidas de diferentes marcas. Actualmente, en todo el país, la mayoría de restaurantes, tiendas y similares son obligadas por Postobón o por Coca Cola a vender sólo su marca y de esta manera el consumidor pierde el derecho fundamental de poder elegir y decidir. El comerciante expendedor se hace cómplice en estos casos, porque le facilitan la nevera, el aviso y, además, le dan precio especial.<sup>2</sup>*

Dentro de la actuación que dio lugar al análisis de la anterior queja, esta Delegatura consideró necesario citar al señor Alejandro Bonilla para que ampliara la queja y aportara pruebas e información adicionales, la diligencia se llevó a cabo el día 28 de Febrero de 2007.<sup>3</sup>

**SEXTO:** Que mediante memorando del 4 de Abril de 2009, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó dar inicio de una averiguación preliminar, para determinar si existía evidencia que determinara la necesidad de abrir una investigación por una presunta violación de las normas en materia de protección de la competencia por parte de la INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., en adelante INDEGA<sup>4</sup> y GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., en adelante POSTOBÓN.

En desarrollo de la averiguación preliminar esta Superintendencia realizó las siguientes actuaciones:

1. El día 16 de Octubre de 2008 se realizaron requerimientos de información a INDEGA y POSTOBÓN, para que aportaran información sobre canales de distribución de bebidas gaseosas, clientes, ventas, políticas de precios, contratos de suministro, procesos de monitoreo a establecimientos y datos de las personas encargadas de venta y distribución.<sup>5</sup>
2. El día 1 de Diciembre de 2008 se requirió a INDEGA, con el fin de reiterarle la solicitud de información efectuada, debido a la imposibilidad de leer los archivos magnéticos remitidos a esta entidad. También se solicitaron aclaraciones y explicaciones detalladas de la política comercial desarrollada por la empresa.<sup>6</sup>
3. En la misma fecha se requirió a POSTOBÓN, para que remitiera información sobre el funcionamiento del sistema de distribución de las bebidas gaseosas, e igualmente se solicitaron aclaraciones y explicaciones adicionales sobre la política comercial desarrollada por la empresa.<sup>7</sup>
4. El día 27 de Mayo de 2009 se recibió la declaración del señor ABDEL KARIM CHAHUD ARIAS, Gerente General de la empresa AJE COLOMBIA E.U., con el fin de obtener información respecto del comportamiento del mercado de bebidas gaseosas en el territorio nacional.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> Cuaderno No 1, Folio 2 del expediente

<sup>3</sup> Cuaderno No 1, del Folio 8 al Folio 11 del expediente

<sup>4</sup> En la presente resolución aparecerá indistintamente INDEGA o FEMSA.

<sup>5</sup> Cuaderno No 1, Folios 14 y 18 del expediente

<sup>6</sup> Cuaderno No 1, Folio 57 del expediente

<sup>7</sup> Cuaderno No 1, Folio 61 del expediente

<sup>8</sup> Cuaderno No 1, Folio 167 del expediente

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 3

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

---

5. El día 23 de Junio de 2009 se requirió al señor ABDEL KARIM CHAHUD ARIAS para que aportara información relacionada con el mercado de gaseosas en Colombia, la cual había sido solicitada dentro de la diligencia de testimonio referida en el numeral anterior.<sup>9</sup>
6. El 20 de Noviembre de 2009 se llevó a cabo una visita administrativa a la empresa POSTOBÓN.<sup>10</sup>
7. El día 26 de Noviembre de 2009 se practicó una visita administrativa a la empresa INDEGA.<sup>11</sup>
8. El día 18 de Junio de 2010 se realizó un requerimiento de información a POSTOBÓN en el cual se solicitó información sobre el volumen de ventas (frecuencia mensual), marcas y presentaciones entre el 1º de Enero de 2009 y el 31 de Abril de 2010.<sup>12</sup>
9. El día 8 de Julio de 2010 se realizó un requerimiento de información a INDEGA en el cual se solicitó información sobre el volumen de ventas (frecuencia mensual), marcas y presentaciones entre el 1º de Enero de 2009 y el 31 de Abril de 2010.<sup>13</sup>
10. El día 18 de Junio de 2010 se requirió a la empresa AJE COLOMBIA EU., solicitando información sobre el volumen de ventas (frecuencia mensual), marcas y presentaciones entre el 1º de Enero de 2009 y el 31 de Abril de 2010.<sup>14</sup>
11. El día 22 de Julio de 2010 se practicó visita administrativa a las instalaciones de INDEGA, con el fin de obtener información adicional relacionada con el mercado de gaseosas y refrescos y sus canales de comercialización.<sup>15</sup>

**SÉPTIMO:** Que a efectos de evaluar la averiguación preliminar con el fin de determinar si existe mérito para iniciar investigación tendiente a determinar la presunta contravención de las normas sobre protección de la competencia, esta Delegatura realizará las siguientes precisiones:

#### 7.1 Las empresas

De conformidad con el escrito de la queja presentada ante esta Superintendencia, las empresas INDEGA y POSTOBÓN presuntamente estarían obligando a los diferentes establecimientos de comercio a vender sus productos en exclusiva, lo cual podría presuntamente constituir en un abuso de su posición de dominio en el mercado de las gaseosas.

<sup>9</sup> Cuaderno No 1, Folio 171 del expediente

<sup>10</sup> Cuaderno No 1, Folio 205 del expediente

<sup>11</sup> Cuaderno No 1, Folio 206 del expediente

<sup>12</sup> Cuaderno No 3, Folio 588 del expediente

<sup>13</sup> Cuaderno No 3, Folio 629 del expediente

<sup>14</sup> Cuaderno No 3, Folio 633 del expediente

<sup>15</sup> Cuaderno No 3, Folio 667 del expediente

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 4

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**7.1.1. INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A. - INDEGA S.A. (en adelante INDEGA)**

Sociedad propietaria y distribuidora de los productos de *The Coca Cola Company*, constituida mediante escritura pública No. 2273, en la Notaria 1 de Medellín, el 5 de Septiembre de 1940, con la denominación de: INDUSTRIAL DE GASEOSAS LTDA. Mediante escritura pública No. 0933 del 14 de Abril de 2008 cambió su denominación por la de INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A., pudiendo utilizar la sigla INDEGA S.A.<sup>16</sup>

El objeto de INDEGA es la producción, distribución y venta de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas y productos alimenticios de cualquier índole, así como la adquisición, negociación y cesión de toda clase de derechos de propiedad industrial o intelectual, franquicias, representaciones, agenciamiento o distribuciones.<sup>17</sup>

**7.1.2. GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. - POSTOBÓN S.A. (en adelante POSTOBÓN)**

Empresa constituida mediante escritura pública No. 2237 del 17 de Noviembre de 1933 con la denominación GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A. Mediante escritura pública No. 2265, del 19 de Mayo de 1987 cambió su denominación por GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A., pudiendo utilizar las siglas POSTOBÓN o POSTOBÓN S.A.<sup>18</sup>

Esta empresa tiene como objeto social la producción, envase y/o distribución por medios propios o ajenos en el país o en el exterior de bebidas, gaseosas, jugos de frutas, avenas, aguas minerales, jarabes, batidos, y otras bebidas alimenticias no alcohólicas.<sup>19</sup>

**7.2. El mercado de las gaseosas en Colombia**

La industria de gaseosas en Colombia está compuesta por dos grandes participantes, INDEGA y POSTOBÓN, quienes cuentan con una larga trayectoria dentro del mercado nacional. A este mercado se ha unido un tercer competidor que es la empresa AJE COLOMBIA E.U., propietaria y distribuidora en Colombia de la marca BIG COLA, en adelante BIG COLA, la cual desde el año 2007 ha incursionando en la producción y distribución de bebidas gaseosas.

Si bien estas empresas tienen un portafolio de productos diversificado, tal como lo expresa su objeto social, las gaseosas son el segmento más representativo dentro de su actividad productiva y comercial. La variedad de marcas, entre las que se diferencian las colas negras y las bebidas carbonatadas de otros sabores, se ha traducido en que la elección del consumidor se determine por el tipo de gaseosa, discriminada por colas negras o bebidas de diferentes sabores, así como presentación (contenido) y el precio.

Las compañías de gaseosas implementan diferentes estrategias de marketing a través de promociones, publicidad y precios, con el fin de lograr fidelización y posicionamiento de la empresa y sus marcas, buscando llegar al mayor número de consumidores. El mercado de

<sup>16</sup> Cuaderno No 1, entre los folios 34 y 39 del expediente

<sup>17</sup> Cuaderno No 1, Folio 35 del expediente

<sup>18</sup> Cuaderno No 1, Folio 213 del expediente

<sup>19</sup> Cuaderno No 1, Folio 213 del expediente

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 5

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

gaseosas en Colombia sugiere una estructura particular, tendiente a constituir un ordenamiento del mercado diferente a la competencia perfecta, lo cual, sin embargo, no constituye *per se* una estructura de mercado anticompetitiva.

Según un estudio de mercado realizado por la firma NIELSEN DE COLOMBIA S.A., aportado a la presente actuación,<sup>20</sup> el mercado de bebidas gaseosas en Colombia ha sido abastecido por los dos más grandes fabricantes de estos productos, es decir, INDEGA y POSTOBÓN. Sin embargo, esto no ha impedido la entrada de BIG COLA al mercado, la cual ha ido ganando posicionamiento a través de una cuota de participación que si bien aún es discreta, es representativa dado el escaso tiempo que lleva la empresa dentro del mercado nacional.

### 7.3 Análisis sobre la posible posición de dominio de INDEGA y POSTOBÓN

Según lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, existe posición de dominio cuando se tiene "*la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.*"

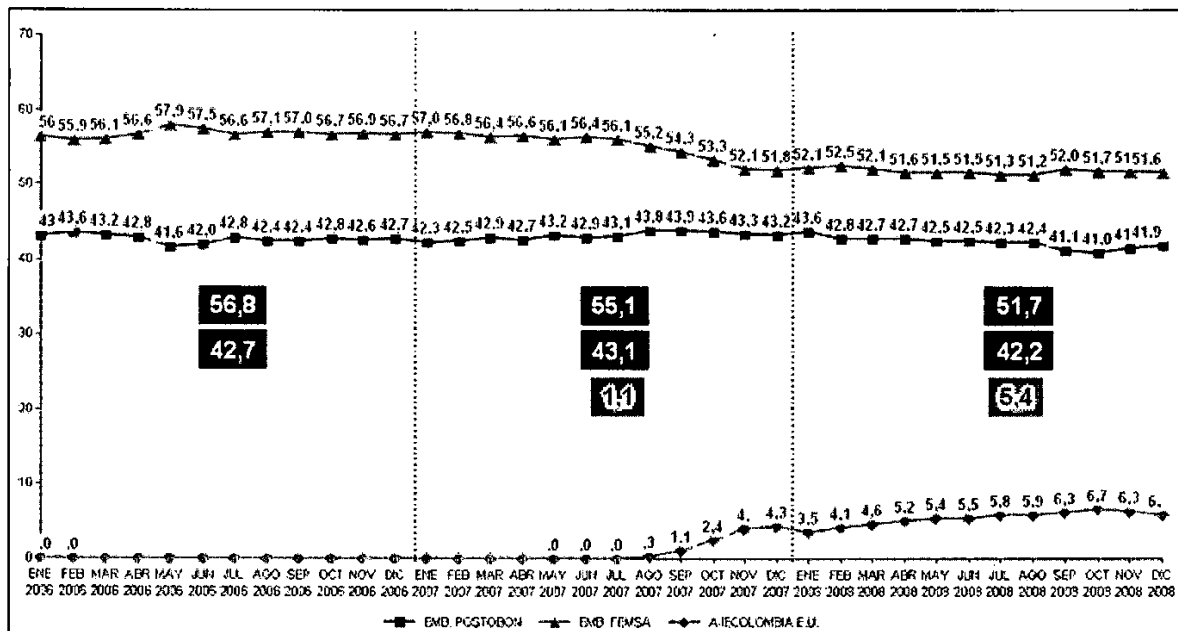
Un agente económico tiene posición dominante cuando tiene la capacidad de modificar con independencia el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable significativa para la competencia en un mercado determinado y, además, puede mantener dicha modificación en el tiempo, porque la reacción de sus competidores, consumidores y demás agentes en el mercado no es suficiente para contrarrestar la conducta. Asimismo, se tiene que la posición de dominio puede ser ostentada por un agente económico individualmente, o por dos o más agentes de manera conjunta, como se explicará más adelante.

Sobre el particular, una posición de dominio individual por parte de INDEGA o POSTOBÓN se puede descartar preliminarmente al apreciar la Gráfica No. 1, en la que se expresan las cuotas de mercado desde Enero de 2006 hasta Diciembre de 2008. Esta información es relevante por cuanto se observa que existe una regularidad en la participación que ostentan estas dos empresas en el mercado de bebidas gaseosas. Durante el 2006, INDEGA sostuvo una participación en promedio del 56.8% y POSTOBÓN del 42.7%. En principio esto podría desvirtuar la posición de dominio de cualquiera de estos agentes y, por consiguiente, la distorsión que alguno de ellos pudiera generar en el mercado.

<sup>20</sup> Cuaderno No 1, Folio 42.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Gráfica No. 1. Participación en volumen en el mercado de gaseosas Enero 2006 a Diciembre 2008.



Fuente: Nielsen-2008

Aunado a lo anterior, el ingreso de BIG COLA al mercado colombiano desvirtúa en principio una posición dominante por parte de cualquiera de sus competidores por cuanto, de la gráfica se puede evidenciar que dicha empresa, desde su ingreso, ha tenido un rápido crecimiento en su cuota de participación. Así, en el mes de Agosto de 2007, mes en que BIG COLA ingresó al mercado, obtuvo una participación del 0.3%, llegando hasta un porcentaje del 6% a finales de 2008. Correlativamente, en el mismo período, es decir de Agosto de 2007 a Diciembre de 2008, la participación de INDEGA se redujo del 55.2% al 51.6%, lo que representa una reducción del 3.6%. Asimismo, la participación de POSTOBÓN se redujo de 43.8% a 41.9%, lo que representa una reducción del 1.9%.

Estas dos circunstancias desvirtúan en principio la existencia de una posición dominante individual por cuanto, por una parte, existen dos empresas con un alto porcentaje de participación en el mercado, ambos por encima del cuarenta por ciento, lo que dificultaría que alguno de ellos tuviera el poder que le brindara la posibilidad de determinar las condiciones del mercado.

Otra evidencia de la inexistencia de la posición de dominio por parte de alguno de los competidores preexistentes es que para ambos son cruciales los efectos que un cambio en el precio podría tener sobre la demanda por sus productos. Es decir, tanto POSTOBÓN como INDEGA son conscientes de la alta sustituibilidad que sus productos pueden tener por precio, ante una inusual alza en cualquiera de ellos, o, en caso contrario, un descenso en los precios por parte del competidor.

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 7

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

---

#### 7.4 De la conducta presuntamente abusiva

##### 7.4.1. De las exclusividades y descuentos en venta de gaseosa

No obstante se ha determinado previamente la ausencia en el presente caso de una posición de dominio por parte de INDEGA y POSTOBÓN, y que, por lo tanto, no es posible afirmar que podría presentarse un abuso de dicha posición, esta Delegatura considera conveniente analizar la figura de la presencia de exclusividades en un mercado particular, con el fin de establecer que, de acuerdo con el régimen de la libre competencia en Colombia, las cláusulas de exclusividad no se consideran restrictivas *per-se*, aunque ello no signifique que su aplicación bajo supuestos de hecho concretos generen efectos anticompetitivos que merezcan el reproche de la autoridad de competencia.

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, ó 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 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. La clave de este análisis es que la conducta puede exitosamente incrementar los costos de los competidores rivales solo como una consecuencia no intencional de la reducción de costos que obtiene la empresa investigada.

Con todo, aunque la presencia de tales elementos puede ser indicador del potencial discriminatorio de una conducta, existen múltiples factores que pueden desvirtuar el carácter anticompetitivo de la misma. Como se manifestó al comienzo, una conducta es discriminatoria si no tiene otra justificación económica distinta a erosionar la competencia en el mercado. Así, mediante la adecuada justificación económica de la conducta, se puede desvirtuar su carácter presuntamente anticompetitivo. Todo contrato de exclusividad vertical puede ser justificable si los beneficios provenientes de reducir los costos propios de la relación vertical, o de un incremento en la calidad del producto final, son mayores que los costos asociados con su negociación. Del mismo modo, la existencia de economías de escala en la distribución, o el posicionamiento de una marca, también constituyen justificaciones adecuadas.

Sin embargo, aunque los tratos de exclusividad pueden llegar a tener efectos anticompetitivos, también pueden producir eficiencias, lo cual ayuda a explicar por qué son tan ampliamente usados por las empresas. Las eficiencias producidas por las exclusividades pueden incluir la reducción de los costos de inventario y los costos provenientes de la prevención de riesgos provocados por la incertidumbre sobre ventas futuras, otorgándoles a las empresas los compromisos contractuales necesarios para invertir en la expansión de su capacidad logrando economías de escala. En este sentido, también se producen eficiencias para el minorista, el cual se beneficia de los descuentos, facilidades e implementos otorgados por el fabricante mediante la inversión que realiza éste para promover su producto.

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 8

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

En el mismo sentido, los tratos de exclusividad y de descuentos también pueden ser necesarios para evitar fenómenos como el del "free rider", mediante el cual los competidores toman ventaja de las grandes inversiones que realiza el fabricante para promover sus productos. Por ejemplo, a un fabricante que provea a minoristas con elementos para promocionar sus productos, tales como neveras, mostradores, etc, podría preocuparle que sus rivales utilicen estos elementos para promover sus productos y aumenten sus ventas tomando ventaja de las inversiones del fabricante. Adicionalmente, incluso cuando la inversión no puede ser utilizada para promover los productos rivales, la exclusividad podría ser una manera para evitar que un minorista explote inapropiadamente las inversiones específicas de un fabricante.

Con respecto a su alcance jurídico, 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 competidores y relacionados con su actividad en la cadena de valor. En el caso en que dichos contratos sean de suministro, las cláusulas de exclusividad se encuentran prohibidas por el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios<sup>21</sup>.

El alcance jurídico de las cláusulas de exclusividad en las relaciones comerciales ha sido objeto de algunos pronunciamientos judiciales. En la sentencia C-535 de 1997, (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional se refirió al alcance de las cláusulas de exclusividad en términos de la libertad de empresa consagrada en el artículo 333 de la Constitución Política, y señaló lo siguiente:

*"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." (Subrayado por fuera del texto original).*

De igual manera, el Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre estas cláusulas. En el curso de una acción popular sobre los efectos de las cláusulas de exclusividad en el mercado de bebidas gaseosas en colegios en el departamento de Santander, manifestó lo siguiente:

*"Tampoco se puede considerar vulnerado el derecho a la libre competencia económica por la inclusión de las cláusulas de exclusividad en los contratos de*

<sup>21</sup> Ley 256 de 1996, artículo 19. Ésta ley derogó los artículos 975 y 976 del Código de Comercio.



RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 9

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

suministro de gaseosas que algunos colegios han celebrado con (las embotelladoras), pues para ello es necesario que con estas se restrinja el acceso de los competidores al mercado o se monopolice la distribución de productos o servicios.<sup>22</sup> (Subrayado por fuera del texto original).

Como podrá notarse, el análisis jurídico de la legalidad de la inclusión de las cláusulas de exclusividad en los contratos se remite necesariamente a los efectos que dichas cláusulas puedan causar. En particular, tanto la decisión de la Corte Constitucional como la de la Sala Quinta del Consejo de Estado, sugieren el derecho a la libre competencia se ve violado cuando dichas cláusulas llevan a restringir el acceso de los competidores al mercado.

A pesar de lo anterior, constatar que se realizó una conducta que implicó la celebración de contratos con cláusulas de exclusividad, no implica necesariamente que dicha conducta ha sido idónea, tiene el potencial o produjo efectos anticompetitivos, y en particular, la exclusión de competidores al mercado. Como ya se señaló, el análisis de las conductas abusivas de la posición de dominio en general, y de las restricciones verticales<sup>23</sup>, 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 competidores, sino que también resulta necesario determinar su alcance, del cual depende, finalmente, su capacidad para producir efectos anticompetitivos.

Ahora bien, para contestar a los señalamientos relatados en la queja, se puede indicar que el mercado de bebidas gaseosas en Colombia sugiere una fuerte competencia entre los productores, lo que implica que si bien un consumidor al acudir a un establecimiento podría no encontrar la bebida gaseosa de su preferencia, esto no lo impide para desplazarse a otro establecimiento y encontrar el producto deseado, lo cual se traduce en que su derecho de elección no resulta restringido, al tiempo que el derecho del expendedor de gaseosas de vender el producto que considere más conveniente para su negocio tampoco se ve limitado.

Así las cosas, se encuentra que los tratos que impliquen exclusividades no son *per se* ilegales ni nocivos para la libre competencia siendo que podrían incluso generar eficiencias pro-competitivas. En este orden de ideas, se debe decir que de acuerdo a la información obrante en el expediente, no existen indicios para determinar que de los tratos de exclusividad en que posiblemente podrían haber incurrido INDEGA y POSTOBÓN al convenir con determinados establecimientos la venta exclusiva de sus productos a cambio

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección quinta, Sentencia de Sala civil, 24 de Agosto de 2001 (Radicación 54001-23-31-000-2000-1749-01(ap-124)). M.P. Dr. Dario Quiñones Pinilla.

<sup>23</sup> Por restricciones verticales se entienden aquellos derechos y obligaciones de naturaleza accesoria a los contratos entre dos o más actores que, haciendo parte de una misma cadena de valor, estipulan lo que pueden hacer y exigir de manera reciproca frente a terceros. Así, por ejemplo, la exclusividad en el suministro de un bien constituye una restricción vertical pactada entre el productor de dicho bien y su comercializador, ya que limita lo que una o ambas partes pueden hacer frente a otros productores u otros comercializadores. En el caso bajo estudio, la obligación de exclusividad recae solamente sobre el comercializador, sin que exista una obligación de exclusividad sobre el productor. Sin embargo, sí implica un derecho correlativo en poder del productor, que gracias a esta restricción puede exigirle al comercializador que ofrezca de manera exclusiva los bienes que el produce, y por lo tanto, que no celebre negocios con productores con los que compite.

## RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 10

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

de descuentos, neveras, mesas, obsequios, entre otros, se generaron restricciones a la competencia.

### 7.4.2. De la posible obstrucción del acceso al mercado a BIG COLA

En este respecto, cuando se aprecia el comportamiento del mercado por cuotas de participación para cada una de las firmas, es claro el mensaje que transmitió la entrada de BIG COLA al mercado en el año 2007, pues pasó de ser un competidor potencial en el segundo trimestre, para convertirse en un competidor real en el mes de agosto. Así, en poco tiempo y durante períodos consecutivos desde su entrada, tuvo un crecimiento constante, logrando consolidar al final del año una cuota de participación del 4.3%.

Ello es indicativo de que BIG COLA tuvo una entrada libre al mercado y se convirtió en el agente con tercera cuota de participación en el mismo.

Tabla No. 1. Comparación precios INDEGA (Femsa), POSTOBÓN y BIG COLA Junio 2007 a Diciembre

PRESENTACIONES	JUNIO 2007	SEP 2007	MAY 2008	OCT 2008	DIC 2008
POST. NO Ret. 1.25	\$ 1.958	\$ 1.990	\$ 2.015	\$ 2.042	\$ 2.139
FEMSA NO Ret. 1.25	\$ 1.969	\$ 1.989	\$ 2.024	\$ 1.990	\$ 2.044
POST NO RET. 1.65	\$ 2.504	\$ 2.581	\$ 1.970	\$ 1.887	\$ 2.034
FEMSA NO RET. 1.365	\$ 0	\$ 2.048	\$ 1.919	\$ 1.980	\$ 2.125
AJECOLOMBIA NO RET. 1.7	\$ 0	\$ 1.517	\$ 1.513	\$ 1.528	\$ 1.604
FEMSA NO Ret. 2	\$ 2.971	\$ 2.961	\$ 2.894	\$ 2.835	\$ 2.999
FEMSA FAM. RET. 1.25	\$ 1.529	\$ 1.526	\$ 1.563	\$ 1.540	\$ 1.630
POST FAM RET. 1.25	\$ 1.527	\$ 1.540	\$ 1.545	\$ 1.494	\$ 1.607
POST NO Ret. 1.65 VS AJE 1.7	-	70%	30%	23%	27%
FEMSA NO Ret. 2 VS AJE 1.7	-	95%	91%	86%	87%
FEMSA NO RET. 1.365 VS AJE1.7	-	35%	27%	30%	32%

2008.

Fuente: Nielsen-2008, construcción SIC

En la tabla anterior se observa como el precio en la presentación de 1.65 litros de POSTOBÓN en el año 2007 es un 70% más alto que el precio ofrecido por BIG COLA y, a medida que la competencia se intensifica, POSTOBÓN reduce ese diferencial hasta llegar a un 27% de diferencia respecto del precio ofrecido por BIG COLA.

Esta situación es similar con INDEGA en la presentación de 2 litros, donde la competencia más inmediata es BIG COLA con su presentación de 1.7 litros. Si bien INDEGA ofrece 0.3 litros más de contenido, el precio es significativamente más alto con respecto del precio que ofrece BIG COLA. Esta diferencia si bien para el año 2007 es de 95%, se reduce a medida que BIG COLA llega a más consumidores en el mercado, siendo la diferencia en el precio a finales de 2008 de un 87%, ocho puntos porcentuales menos que en la segunda mitad de 2007.

Adicionalmente, BIG COLA ofrece con su presentación de 1.7 litros un contenido adicional de 0.335 litros en comparación con la presentación de 1.365 litros producida y distribuida por INDEGA, la cual mantiene también un diferencial de precio relativo al de BIG COLA en 35% para 2007, pero que, al igual que con su presentación de 2 litros, esa diferencia también presenta una reducción, en este caso, de dos puntos porcentuales para finales del 2008.

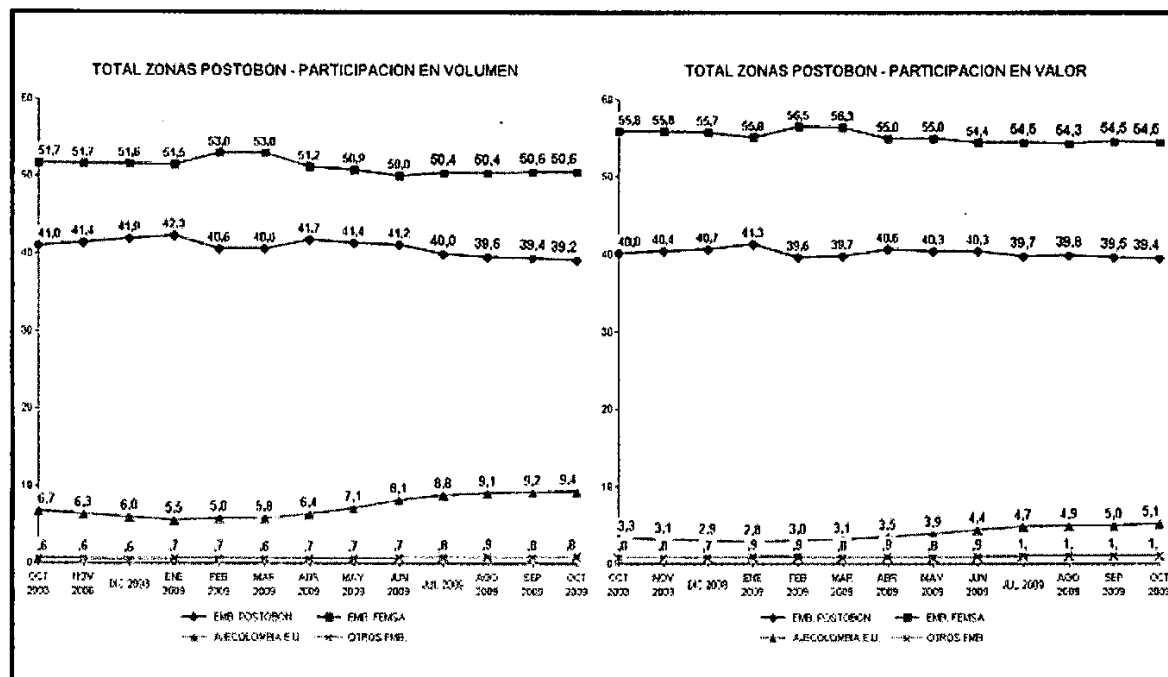
## RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 11

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Esto significa una clara ventaja para los consumidores, los cuales con la entrada de la nueva empresa al mercado pudieron elegir entre una más amplia gama de productos para satisfacer sus necesidades, a precios más favorables, por cuanto no solo los precios de la nueva empresa eran más bajos que los del mercado, sino que esto impulsó los precios de los preexistentes competidores a la baja.

Como se pudo observar en la Gráfica No. 1, para los años 2007 y 2008 se ve una mayor correspondencia entre el aumento de participación de BIG COLA y la disminución de INDEGA. Ahora bien, para los años 2008 y 2009 el estudio de mercado arroja que la mayor correspondencia entre el incremento de BIG COLA y la disminución de participación de uno de sus competidores fue con POSTOBÓN, como pasaremos a analizar.

**Gráfica No. 2. Participación en volumen y valor en el mercado de gaseosas octubre de 2008 a octubre de 2009.**



En este escenario, se observa cómo a lo largo del año 2009 se consolida el aumento de la participación en volumen de BIG COLA en el mercado de bebidas gaseosas en Colombia, la cual ascendió hasta 9.4%. De otra parte, aunque su participación en valor no obtuvo el mismo crecimiento, se consolidó en un 5% a finales de 2009, mientras que para la misma época en 2008 el nivel de participación era menor, alrededor del 3% lo cual evidencia un claro aumento en la participación durante ese año.

En ese mismo contexto, desde el mes de abril de 2009 hasta el mes de octubre del mismo año, se puede observar una disminución cercana de 2.5 puntos porcentuales de la participación de POSTOBÓN en volumen, con un claro aumento en la participación de BIG COLA de 3 puntos porcentuales. También vale la pena resaltar la variación en volúmenes que se observó en el mercado de bebidas gaseosas en Colombia desde enero hasta

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 12

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

---

octubre de 2009. Para el mes de enero la participación en volumen de INDEGA era del 51.5%, la de POSTOBÓN era del 42.3%, mientras que la de BIG COLA era del 5.5%. Para octubre la participación de INDEGA disminuyó al 50.6%, es decir 0.9%, la de POSTOBÓN disminuyó al 39.2%, es decir un 1.9%, mientras que la de BIG COLA aumentó al 9.4%, es decir un incremento del 3.9%.

Lo que se puede concluir del análisis de los datos anteriormente expuestos es que BIG COLA logró entrar al mercado de bebidas gaseosas ganando participación de los competidores preexistentes en el mercado y llegando a nuevos consumidores. Esto sugiere en principio que las barreras de entrada inherentes al mercado son bajas, pues permitieron en poco tiempo el ingreso de un nuevo agente al mercado, lo que dificulta el desarrollo de conductas restrictivas de la competencia.

Conforme a lo anterior, se puede concluir preliminarmente y para este caso en particular que, aunque la estructura del mercado de bebidas gaseosas en Colombia no refleja un escenario de competencia perfecta, no constituye tampoco un mercado donde sea clara la posición de dominio de uno de sus participantes o que ostenten una posición de dominio conjunta. Por el contrario, la entrada de BIG COLA al mercado impulsó la creación de efectos competitivos en un escenario en donde las barreras a la entrada no parecen ser determinantes para impedir o disuadir a un competidor potencial de entrar al mercado.

De esta manera, una vez analizada la posibilidad de existencia de una posición de dominio por parte de uno de los competidores o de ambos conjuntamente, y estableciendo que no existe evidencia de que tal circunstancia exista en el mercado particular, se debe concluir que no existe mérito suficiente para abrir una investigación formal en contra de las empresas INDEGA o POSTOBÓN por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia.

Asimismo, como se pudo establecer preliminarmente, las conductas denunciadas por el quejoso sobre posibles cláusulas de exclusividad anticompetitivas, tampoco prestan el mérito suficiente para ser investigadas por cuanto dentro de la etapa de averiguación preliminar no se encontró evidencia alguna de que las empresas involucradas hayan incurrido en prácticas que distorsionen el mercado y generen efectos anticompetitivos mediante la imposición de exclusividades a establecimientos expendedores de bebidas gaseosas.

En mérito de lo expuesto, esta Delegatura,

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO:** ORDENAR el archivo de la averiguación preliminar abierta con el No. 07-002513, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto.

RESOLUCIÓN 31434 DE 2011 Hoja N°. 13

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** el contenido del presente acto al señor ALEJANDRO BONILLA BONILLA, entregándole copia de la misma e informándole que contra este acto procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, el cual puede interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D. C., a los 07 JUN 2011

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,



**PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR**

**Notificar:**

Señor  
**ALEJANDRO BONILLA BONILLA**  
Coordinador  
VEEDORES VOLUNTARIOS  
Carrera 7 No. 24-89. Torre Colpatria. Oficina 3501  
Teléfono: 2410487  
Bogotá

Elaboraron: Sergio Murillo y Andrés Pérez  
Revisó: Julio Castañeda *J.C.*  
Aprobó: Pablo Márquez