



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 33361 DE 2011
(22 JUN 2011)

Radicación No. 07-2435

Por la cual se cierra una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 3523 de 2009, 1687 de 2010, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante memorando radicado con el número 07-002435 de 2007, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó al Jefe de Prácticas restrictivas de la competencia iniciar una averiguación preliminar para determinar si, de acuerdo con la queja presentada por el Sr. Benjamin Bartley gerente general de Heineken International de Colombia, la sociedad Bavaria S.A., y su presidente, el Sr. Karl Lippert, realizaron prácticas contrarias a las normas sobre libre competencia. Como parte de la investigación preliminar, prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, esta Entidad realizó diversas visitas administrativas y tomó varios testimonios.

SEGUNDO: Que mediante la Resolución No. 011304 de 2007, la Delegatura para la Protección de la Competencia abrió formalmente una investigación para determinar si la sociedad Bavaria S.A. actuó en contravención de lo señalado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. De igual manera, ordenó abrir investigación contra el Sr. Karl Lippert que, en la época de los hechos, se desempeñaba como representante legal de Bavaria S.A., para determinar si autorizó, ejecutó o toleró conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas antes indicadas, incurriendo así en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

TERCERO: Que notificada la Resolución de apertura de investigación, se dio oportunidad a los investigados para solicitar pruebas y aportar aquellas que consideraran pertinentes. Mediante la Resolución No. 005306 de 2008, la mencionada Delegatura ordenó practicar algunas de las pruebas solicitadas y tener como tales algunas de las aportadas por los

"Por la cual se cierra una investigación"

investigados, al tiempo que decretó otras de oficio. Esta Resolución fue adicionada en tres oportunidades¹.

CUARTO: Que mediante memorando radicado el 23 de julio de 2010, con el número 07-2435-602-2, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia presentó ante el despacho del Superintendente de Industria y Comercio su Informe Motivado sobre la conducta investigada.

En dicho informe señala que, a partir de las pruebas que constan en el expediente, existen elementos de juicio necesarios para demostrar que Bavaria desplegó una conducta estratégica para fortalecer su posición dominante en el mercado de cervezas por medio de la obstrucción del canal de distribución *on premise* en perjuicio de los competidores y del mercado en general.

Afirmó que dicha conducta (i) fue puesta en marcha valiéndose de un vehículo denominado "contratos de patrocinio", por medio de los cuales Bavaria entregó recursos económicos a los establecimientos "patrocinados" a cambio de lo cual éstos adquirieron la obligación de (ii) realizar acuerdos de publicidad exclusiva de algunas de las marcas de Bavaria, particularmente la marca Peroni, (iii) adquirir y vender de manera exclusiva productos de dicha sociedad, lo cual fue subrepticamente disimulado mediante el uso de la expresión "preferencia" en lugar de exclusividad, y (iv) comprar cantidades mínimas de productos de dicha la sociedad investigada. Esta estrategia estuvo acompañada de acciones de monitoreo en los puntos de venta, y de un conocimiento en cuanto a la ilegalidad de la conducta y de esfuerzos tendientes a ocultar la misma del escrutinio público².

A partir de las pruebas que obran en el expediente, la Delegatura encontró probado que (i) la publicidad es un elemento indispensable para el desarrollo y posicionamiento de una marca de cerveza determinada y, por consiguiente, el consumo del producto en el canal *on premise* está influenciado por la presencia o exposición de una marca dentro del establecimiento, la cual se hace visible a través de la misma publicidad. (ii) Que las cláusulas de exclusividad publicitaria presentes en los contratos que ha celebrado la investigada con numerosos establecimientos pertenecientes al canal *on premise* se traducen en la creación de una barrera estratégica favorable para Bavaria, consistente en la inversión de importantes recursos de una política de marketing, lo cual genera un costo hundido para un nuevo entrante o actual competidor en el mercado afectado. Esta circunstancia retrasa o disuade la decisión de un competidor potencial de incursionar en el mercado, y dificulta la permanencia de los competidores actuales.

De esta manera, los contratos de patrocinio que incluyen cláusulas de exclusividad en materia de venta y de publicidad, que imponen un volumen mínimo de compras para generar fidelidad, que otorgan incentivos económicos, su respectivo monitoreo y el encubrimiento de la conducta por parte de Bavaria S.A., restringen de manera indebida la competencia en el mercado relevante. Por ello, a juicio del Delegado "(...) los hechos probados durante la presente actuación se traducen en el levantamiento de una barrera

¹ Mediante las Resoluciones No. 029831 de 2009, No. 62920 de 2009, y No. 33528 de 2010.

² Informe Motivado, pg. 37.

“Por la cual se cierra una investigación”

estratégica que tiene la potencialidad de excluir a los actores concurrentes en el canal afectado, esto es, el canal on premise de alta categoría³.

A partir de lo anterior, concluye sugiriendo que se condene tanto a Bavaria S.A. como a su representante Karl Lippert por la conducta investigada, teniendo en cuenta además, sus esfuerzos por ocultar la conducta objeto de la investigación de la luz pública⁴.

QUINTO: Que mediante documento radicado el 17 de agosto de 2010 con el número 07-002435-00619-0002, el Apoderado de la empresa Bavaria S.A. y de su representante legal, el Sr. Karl Lippert, presentó una serie de objeciones al Informe Motivado mencionado en el considerando anterior.

La primera objeción presentada por el Apoderado consiste en señalar que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria de la Entidad en lo que se refiere a los hechos que conforman la conducta investigada, pues éstos ocurrieron hace más de tres años. Esta objeción, que ha sido reiterada en otros documentos, será analizada en la siguiente sección.

La segunda objeción tiene que ver con la caracterización del mercado relevante. De acuerdo con el Apoderado, la fundamentación de éste carece de un soporte técnico adecuado, las cervezas Premium constituyen un mercado producto en sí mismas (y no hacen parte de otro mercado, como sugiere el Informe Motivado), y Bavaria no participa en la distribución y comercialización de sus productos.

La tercera objeción tiene que ver con la relación de causalidad entre las cláusulas de exclusividad presentes en los contratos y su supuesto efecto frente a competidores entrantes al mercado. Señala el Apoderado que las pruebas mencionadas en el Informe Motivado son solo aquellas que permiten sostener la posición adoptada, mientras que hay otra evidencia que sugiere lo contrario.

De igual manera, señala que el Informe Motivado cambia la conducta objeto de la investigación como aparece en la Resolución de Apertura, y que los cargos relacionados con la publicidad carecen de fundamento. Lo anterior, debido a que (i) la doctrina (extranjera) reconoce que las cláusulas de exclusividad son de la naturaleza del contrato, (ii), las cláusulas de exclusividad no impidieron que Heineken desarrollara sus estrategias de comercialización, (iii) ni tienen el alcance que sugiere el Informe Motivado, pues el número de locales comerciales sobre los que se tiene información es poco representativo, y las cláusulas mismas se refieren sólo a eventos específicos y lugares detallados en los locales comerciales. Así mismo, la realización de un sondeo para supuestamente monitorear el cumplimiento de las exclusividades muestra en realidad que no había tales exclusividades, ya que locales que habían recibido aportes de la Empresa Investigada también vendían productos de los competidores rivales. Finalmente, el supuesto encubrimiento de la conducta que señala el Informe Motivado no es tal, pues Bavaria S.A. presentó toda la información que le fue requerida y no se pretendió exclusividad.

³ Informe Motivado, pg. 75. (Subrayado por fuera del original)

⁴ Informe Motivado, pg. 75 y ss.

“Por la cual se cierra una investigación”

La cuarta objeción del Apoderado de Bavaria al Informe Motivado considera que existe un concurso aparente de conductas entre la violación al artículo 50 del Decreto 2153 y la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Dicho concurso aparente tiene lugar porque se trata de una única conducta investigada que está sometida a una única norma, y no de varias conductas que están cobijadas por varios artículos. Por ello, sugiere que hay una indebida identificación de las normas que serían aplicables a la conducta investigada.

La quinta objeción señala que existe una indebida identificación de las personas jurídicas objeto de sanción. Muchos de los contratos que se toman en el Informe Motivado para fundamentar el análisis fueron celebrados por Cervecería Unión S.A. y no por la empresa Bavaria S.A. Así mismo, muchos de dichos contratos están relacionados con la cerveza Club Colombia y no con la cerveza Peroni, cuando originalmente la investigación tuvo lugar con actos relacionados con el lanzamiento de esta última y no de la marca Club Colombia.

Finalmente, la sexta objeción señala que el Sr. Karl Lippert no es responsable por la eventual conducta investigada a pesar de ser el representante legal de Bavaria S.A., como lo sugiere el Informe Motivado. En efecto, los correos y el cuadro que este informe presenta se toman fuera de contexto, ya que en realidad el Sr. Lippert solo conocía generalidades relacionadas con las estrategias de promoción y mercadeo de los diferentes productos de Bavaria S.A. y no sus aspectos puntuales.

A partir de las objeciones presentadas al Informe Motivado, el Apoderado presentó tres solicitudes, a saber: (i) que se declare la caducidad de la facultad sancionatoria de la SIC, (ii) que no sean aceptadas las conclusiones del Informe Motivado y, en consecuencia, se declare que no han existido conductas de abuso de la posición dominante ni violación del numeral 16 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, y, finalmente, (iii) que se declare que ni Bavaria S.A. ni el Sr. Karl Lippert incurrieron en las conductas restrictivas de la competencia investigadas, y por ende se ordene el cierre y archivo de la investigación adelantada sin sanciones para las personas investigadas.

SEXTO: Que a continuación procede este Despacho a analizar la conducta objeto de investigación a partir de los diferentes elementos que constan en el expediente, de la siguiente manera:

6.1 Sobre la competencia de la SIC

La Superintendencia de Industria y Comercio es competente para investigar y sancionar conductas que restringen la libre competencia, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.⁵ El texto de estas normas es el siguiente:

“ARTICULO 2o. FUNCIONES. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

⁵ El numeral 1º fue modificado por la ley 1340 de 2009, la cual fue promulgada posterior a los hechos investigados.

“Por la cual se cierra una investigación”

1. *Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, los siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional: que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios que los empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exima variedad de precios y calidades de bienes y servicios.*

2. *Imponer las sanciones pertinentes por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia, así como por la inobservancia de las instrucciones que, en desarrollo de sus funciones, imparta la Superintendencia”.*

6.2 Sobre la normatividad aplicable

De acuerdo con el Informe Motivado, la presunta conducta anticompetitiva en la que incurrió Bavaria S.A. y su representante legal, el Sr. Karl Lippert, corresponde a la violación de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y a la violación de los numerales 3y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Estas son las normas que supuestamente fueron violadas por los investigados, y las cuales serán objeto de análisis en esta Resolución posteriormente.

Con respecto a la prohibición general, el texto del artículo 1 de la ley 155 de 1959 dice lo siguiente:

“Artículo 1º. 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 y a mantener o determinar precios inequitativos.”⁶

Con respecto al abuso de la posición dominante objeto de esta investigación, los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 señalan lo siguiente:

“ARTICULO 50. ABUSO DE POSICION 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:

3. *Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.*

⁶ Este texto fue modificado por el artículo 1º del Decreto 3307 de 1963.

“Por la cual se cierra una investigación”

(...)

6. *Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”⁷*

La presente investigación se adelanta por la presunta vulneración de las disposiciones citadas.

6.3. Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria

Mediante escrito radicado el 13 de agosto de 2010, el Apoderado de los Investigados solicitó declarar la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia respecto de las conductas identificadas en la Resolución No. 11304 de 2007. Asimismo, por medio de escrito radicado con el número 07-002435-00619-002 del 17 de agosto de 2010, el Apoderado reiteró la solicitud en tal sentido.

Para sustentar su solicitud, el Apoderado realiza un razonamiento basado en tres argumentos. Primero, señala que la definición de un mercado relevante tiene un marco temporal de carácter imprescindible. Segundo, indica que la caducidad de la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones depende de dicho marco temporal, y, tercero, que en el caso concreto, la caducidad ya tuvo lugar debido a la definición del marco temporal. En este orden de ideas, procede el Despacho a pronunciarse sobre la petición elevada según los argumentos puestos de presente por los Investigados.

6.3.1. De la competencia temporal

Argumenta el Apoderado que la competencia de las Autoridades Administrativas está determinada por factores materiales, territoriales y temporales, siendo la caducidad de la facultad sancionatoria aquel fenómeno jurídico que opera cuando la Administración ha perdido su competencia temporal para aplicar sanciones. En sustento de su argumento, trae a colación el pronunciamiento citado a continuación del Consejo de Estado, con el cual se sugiere a esta Superintendencia que no sólo el acto sancionatorio debe ser expedido dentro de término de caducidad, sino que, adicionalmente, los recursos en la vía gubernativa deben también ser resueltos dentro del mismo.

“Lo aquí a establecer es si dentro del término previsto en el artículo 6 del Decreto 1746 de 1991, para efectos de imponer una sanción por una infracción cambiaria, debe proferirse únicamente el acto definitivo sancionatorio o si, por el contrario, dentro de dicho término deben también proferirse los actos que resuelven los recursos interpuestos contra la decisión. Para la Sala es lógico que dentro del término en cuestión se deben proferir, no sólo el acto que pone fin a la actuación administrativa sino que, además, se deben expedir los actos que ponen fin a la vía gubernativa, los cuales, adicionalmente, deben ser notificados al interesado, ya que, de no ser así, ello generaría inseguridad jurídica para el administrado, en cuanto a

⁷ Este numeral fue adicionado por el artículo 16 de la Ley 590 de 2000.

“Por la cual se cierra una investigación”

mismo no sabría a ciencia cierta cuándo se le definirá su situación jurídica respecto de la sanción impuesta, cuestión que sólo se logra cuando queda en firme el acto con el cual se agotó la vía gubernativa. Al haber sido impuesta extemporáneamente la sanción al actor, la Sala confirmará, por este aspecto, la sentencia apelada, pues no cabe duda que la entidad demandada carecía de competencia temporal para la fecha en expidió el acto que resolvió el recurso de reposición”⁸.

El Apoderado de los Investigados pasa por alto mencionar que el aparte jurisprudencial que trae en su defensa se produce en el contexto de la caducidad de la acción por infracciones cambiarias, de las que trata el artículo 6 del Decreto 1746 de 1991, la cual ha sido objeto de interpretaciones particulares que no guardan relación con la presente actuación, y cuya discusión no resulta pertinente para la cuestión que por medio del presente acto administrativo se decide. No es, pues, aplicable al caso concreto.

En este escenario, es importante señalar que en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia que adelanta esta Entidad, es suficiente con que la resolución que decide la situación jurídica de los investigados sea notificada adecuadamente para agotar la ocurrencia del fenómeno de caducidad. Por lo tanto, no es necesario incluir los términos para interponer y resolver los recursos en vía gubernativa en el término de la caducidad. Ello es así comoquiera que la interposición del recurso de reposición, único precedente, es facultativo para los administrados, quienes, en ejercicio de su autonomía, pueden hacer o no uso del mismo.

En cualquier caso, desconoce también el Apoderado que la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado es clara y uniforme en el sentido de que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración se agota cuando se profiere y notifica adecuadamente al administrado la decisión sobre su situación jurídica. Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

“En tratándose de la facultad sancionatoria de la Administración y para los efectos de la aplicación de la caducidad, la Sala en algunos pronunciamientos ha precisado que siendo la interposición de los recursos una circunstancia que depende enteramente de la voluntad del administrado, el cual, a su arbitrio, decide si debe acometerla o no, no debe ser tenida en cuenta para establecer tal fenómeno; por ende, lo que debe exigírsele a la Administración se reduce a que resuelva sobre la situación del investigado y notifique su decisión dentro del lapso que le confiere la norma, sin que se requiera la firmeza o ejecutoria de ese acto (sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente 6283, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo). Así también lo ha venido interpretando la Sección Cuarta de esta Corporación desde 1994, conforme se reitera en sentencia de 8 de septiembre de 2000 (Exp. 5976-02-10056, Actores: Inmobiliaria El Rosal S.A. y otros, Consejero ponente doctor Julio Enrique Correa Restrepo), que al efecto expresó: “... Esta tesis intermedia, que considera válido el ejercicio de la acción contravencional con la

⁸ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Sentencia del 13 de abril de 2005. Radicación 6035.

“Por la cual se cierra una investigación”

expedición y notificación del acto principal, esto es el que impone la sanción, es la vigente.”⁹

En sentido semejante, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta¹⁰, reiteró en sentencia del 4 de septiembre de 2008 lo siguiente:

“La caducidad del artículo 38 citado, se empieza a contar desde la fecha en la cual se produzca el hecho sancionable, conforme a la definición legal de la infracción y, finaliza con la notificación del acto sancionatorio, por lo que es este momento el que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos, pues “al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionadora”^{11[4]}. Subraya fuera del texto.

Sobre el particular, la Sala reitera el criterio expuesto en anteriores oportunidades, en el sentido de que, es la notificación del acto sancionatorio lo que permite establecer si la administración obró oportunamente, independientemente de la interposición de los recursos correspondientes, puesto que lo que hace la autoridad administrativa al dar respuesta a los recursos, es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos o errores, que ella tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionatoria”. (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, dentro del término de caducidad con el que cuenta la Entidad para ejercer la facultad sancionatoria, está obligada a notificar de manera adecuada el acto sancionatorio, pero dentro de tal término no se encuentra en la obligación de resolver los recursos que se presenten en vía gubernativa.

6.3.2. De la caducidad de la facultad sancionatoria que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones

Sostiene el Apoderado de los Investigados que – de conformidad con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo – la caducidad de la facultad sancionatoria de la administración se produce después de tres (3) años de producido el acto que pudiera dar lugar a una eventual sanción. Así mismo, pone de relieve que la Ley 1340 de 2009 no había entrado en vigencia cuando ocurrieron los hechos que trata la presente investigación, por lo que el término de caducidad previsto en el artículo 27 de dicha ley no resulta aplicable en esta actuación, comoquiera que, en su criterio, “las normas de derecho procesal civil jamás pueden ser retroactivas.”

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Sentencia del 20 de octubre de 2005. Radicación 25000-23-24-000-2001-00314-01.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 2008 radicación número 25000-23-24-000-2003-00228-01 (1516-06) Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz.

“Por la cual se cierra una investigación”

Al margen de interpretaciones sobre la aplicabilidad de las normas procesales en el tiempo, en la presente actuación el Despacho tendrá en cuenta la normatividad vigente durante la ocurrencia de las conductas investigadas para evaluar la eventual caducidad de su facultad sancionatoria. Por lo tanto, se aplicará el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo¹², por remisión expresa del inciso final del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992¹³.

En la presente actuación, el Apoderado presenta tres argumentos con respecto a la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia. Primero, argumenta que esta Entidad no tiene competencia para investigar hechos ocurridos con posterioridad al 25 de abril de 2007, fecha en la cual se profirió la Resolución No. 11304 de 2007 por medio de la cual se abrió la presente investigación. Sostiene que el acto de apertura habría delimitado temporalmente el período a investigar, pues la conducta constitutiva de abuso de posición de dominio habría consistido, según asevera, *“en haber obstruido el acceso al mercado durante el período comprendido entre septiembre 2006, época en la que fue lanzada al mercado la cerveza Peroni, y febrero de 2007”*.

Segundo, argumenta que la determinación del mercado relevante y de la posición de dominio deben circunscribirse a un ámbito temporal, y que esta Entidad no puede definir un mercado relevante sin acotar el tiempo en el que detenta su posición de dominio. Al respecto, trae a colación algunas decisiones anteriores¹⁴ en las cuales destaca que *“la comprobación de la posición de dominio es relativa al mercado que se examine y siempre temporal”*.

Finalmente, en tercer lugar, sostiene que investigar hechos ocurridos con posterioridad a la Resolución No. 11304 del 25 de abril de 2007 implicaría *“que no existía una imputación definida y que por lo tanto los investigados no tendrían claridad sobre los hechos y cargos que eran objeto de investigación, cuestión que evidentemente resulta contraria al derecho de defensa y al debido proceso”*.

Frente a estos argumentos, considera este Despacho que las averiguaciones preliminares que esta Entidad adelanta en investigaciones sobre prácticas comerciales restrictivas están dirigidas a esclarecer las circunstancias de hecho y de derecho necesarias para determinar si una conducta particular corresponde o no con un comportamiento anticompetitivo. Así, las averiguaciones preliminares buscan principalmente esclarecer dudas sobre quién lleva a cabo la conducta, los agentes en el mercado, y la posible ocurrencia de la conducta reprochable.

Habiendo agotado esta etapa, en presencia de algunas pruebas que sugieran que una conducta anticompetitiva ha tenido lugar, se expide la resolución de apertura de investigación correspondiente. Dicha apertura, sin embargo, no es el escenario para

¹² Código Contencioso Administrativo. Artículo 38. *“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”*.

¹³ Decreto 2153 de 1992. Artículo 52. *“(…) En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo”*.

¹⁴ Caso Induga - Resolución No. 15653; Caso Satena - Resolución No. 42852002; Caso E.E.P.M. - Resolución No. 8328 de 2003; Caso Chicles Adams - Resolución No. 22624 de 2005.

"Por la cual se cierra una investigación"

establecer de manera rígida y exhaustiva un mercado relevante determinado, ni mucho menos la existencia de una conducta anticompetitiva. Serán los elementos recaudados durante la investigación los que permiten delimitar los contornos del mercado relevante y, tratándose de casos de abuso de posición de dominio, verificar la existencia de esta última. De esta manera, si bien el análisis del mercado relevante y la posición de dominio deben tener lugar en un marco temporal determinado, la oportunidad para un análisis de esta naturaleza es el informe motivado y no la Resolución de apertura de la investigación.

En el presente caso, en la Resolución No. 11304 del 25 de abril de 2005 se delimitó de manera preliminar la posición de dominio de la Empresa Investigada. En efecto, en el folio 6 del acto de apertura de investigación figura consignado: *"En el estado actual de la investigación, los hechos anteriormente señalados indican la existencia de una posible posición de dominio de Bavaria S.A. en el mercado nacional de cerveza en Colombia y en el segmento de cerveza Premium."* Posteriormente, instruida la investigación, en el Informe Motivado presentado, la Delegatura determinó el mercado relevante y la posición de dominio con datos actualizados que corresponden con el período investigado, 2006 - junio 2010, en los siguientes términos:

"La actividad principal de la investigada es la producción y comercialización de cervezas y bebidas de malta,¹⁵ y en esta actividad la empresa es el "el más importante conglomerado industrial de bebidas del país."¹⁶

"La participación de Bavaria en el mercado de la cerveza en el período 2006-junio 2010 fue en promedio del 98.7%, como se expuso líneas arriba(...). En esta medida, si bien la cuota de mercado no es el único factor a tomar en consideración para determinar la posición de dominio en un mercado relevante, teniendo en cuenta lo expuesto en el presente acápite, identificado un mercado altamente concentrado como el que se analiza, y en el que se identifican importantes barreras a la entrada, esta Delegatura concluye que la investigada tiene la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones del mercado de cervezas."

Así las cosas, la definición de la posición de dominio de la Empresa Investigada se encuentra efectivamente circunscrita a un plano temporal determinado, que coincide con el período investigado. Por lo tanto, este Despacho no acoge el argumento del Apoderado según el cual la posición de dominio objeto de investigación se habría determinado "ad infinitum".

En este sentido, el argumento del Apoderado pasa por alto que las conductas investigadas son conductas de ejecución continuada. Esta Entidad ha considerado que las conductas que la Delegatura determinó como contrarias a la libre competencia son de ejecución continuada, lo cual supone "pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable"¹⁷. Por tal motivo, el término de caducidad de la facultad sancionatoria deberá contarse a partir de la ocurrencia del último acto constitutivo de la conducta reprochable.

¹⁵ Información obrante a folio 726, cuaderno público 2.

¹⁶ Consultado en <http://www.bavaria.com.co/espanol/queesbavaria/queesbavaria.php>, el 14-04-2010.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999 proferida por la, Rdo. 20019384. Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán.

“Por la cual se cierra una investigación”

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en sentencia de enero de 2003, expediente No. 7909, Magistrado Ponente Dr. Manuel Urueta Ayola:

*“[...] La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto **se trató de una conducta permanente o continuada**, de suerte que **los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado (...)**” (Negrilla fuera del texto)*

En este mismo sentido se pronunció el 20 de marzo de 2003, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

*“El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C. C. A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una **conducta continuada**, de donde **se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación...**”¹⁸. (Negrilla fuera del texto)*

De la misma forma, el 9 de diciembre de 2004 la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta puntualizó:

*“Contrario a lo señalado por el Tribunal, el acto que fue sancionado no fue la suscripción de contratos para la administración de tales recursos, sino la administración en sí misma, que es su objeto y que fue la actividad desarrollada por la Administradora de pensiones, lo que implica que se trata de una **conducta permanente o continuada**, toda vez que comprende todas las actividades y operaciones para ese fin. Por tanto, **la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta y no la de su iniciación**”¹⁹ (Negrilla fuera del texto).*

Así, como la estrategia de la Empresa Investigada que la Delegatura consideró anticompetitiva se basa en los denominados contratos de patrocinio, para el Despacho resulta pertinente resaltar que en el expediente obran numerosos contratos cuya fecha de vigencia permite establecer que la facultad sancionatoria de esta Entidad en la presente actuación aún no ha caducado.

Tabla no. 1. Contratos de patrocinio celebrados por Bavaria

Parte contractual	Establecimiento Patrocinado	Tipo de contrato	Vigencia del contrato	Producto que promociona
Bavaria-Cervecería	Ancas de Rana (restaurante, Café, Bar)	Contrato de patrocinio	de No. 12 de Junio de 2007 al 11 de	Promoción de Peroni Nastro

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Providencia del 20 de marzo de 2003, Expediente 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340).

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Providencia del 9 de diciembre de 2004, Expediente 25000-23-24-000-2001-90129-01(14062).

"Por la cual se cierra una investigación"

Águila	Ltda.	BAQ010	Diciembre de 2008	Azzurro
Bavaria-Cervecería Águila	María Mulata S.A.	Contrato de Patrocinio No. PROM CTGENA-001	22 de Marzo de 2007 al 21 de Marzo de 2009.	Promoción de cervezas y aguas marca Bavaria
Bavaria	Inversiones Chacha S.A.	Contrato No. 2006-01193 modificado	10 septiembre 2006 y al 31 diciembre de 2007	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	Sayaka Deluxe S.A.	Contrato No. 2007-00044	15 diciembre 2006 y al 14 diciembre 2007	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	Fish Market La Fragata S.A.	Contrato No. 2007-00227	22 marzo 2007 y al 21 marzo 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	Dar Papaya LTDA	Contrato No. 2007-00228	20 marzo 2007 y al 19 marzo 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	China Fun LTDA	Contrato No. 2007-00226	20 marzo 2007 y al 19 marzo 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	China Fun LTDA	Contrato No. 2007-00225	20 marzo 2007 y al 19 marzo 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria-Cervecería Unión	Andres Peroni Gomez-Tramezzini Deli	Contrato de patrocinio No. 2930-2006(concede opción proroga a favor de la empresa)	15 septiembre 2006 y al 14 septiembre de 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria-Cervecería Unión	La Provincia LTDA	Contrato de patrocinio No. 2927-2006(concede opción proroga a favor de la empresa)	15 septiembre 2006 al 14 septiembre 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	DLK S.A.	Contrato de patrocinio No. 2008-00907	18 julio 2008 al 17 julio 2009	Promoción de Águila Light, Club Colombia, Redd's y Peroni.
Bavaria-Cervecería Unión	Comercializadora Gonzales Varón Ltda.	Contrato de patrocinio No. 20097-00895	1 julio de 2007 al 30 junio 2008	Promoción de cerveza BRAVA
Bavaria	Congelados Nena Lela Limitada	Contrato de patrocinio No. 066-07 C	16 Junio 2007 al 15 mayo 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	LINA'S CAFÉ	Contrato de Patrocinio No.2007-00961	7 Septiembre de 2007 al 6 Septiembre 2009.	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	La Hamburguesería	Contrato de Patrocinio No.061-07C	1 Julio de 2007 al 30 Junio de 2008	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	"B2B"	Contrato de patrocinio No.2007-	11 Septiembre de 2007 al 11	Promoción de cerveza Club

"Por la cual se cierra una investigación"

		01130	Septiembre 2009.	Colombia
Bavaria	Trattoria la divina comedia	Contrato de patrocinio No.103-07 C	12 Septiembre de 2007 al 11 Septiembre de 2009	Promoción de cerveza Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	Club privado la sala	Contrato de patrocinio No.2007-01408	1 Octubre de 2007 al 30 Septiembre de 2008	Promoción de cerveza Brava
Bavaria	Chiringuito Beach Club Ltda.	Contrato de patrocinio No.2007-00897	15 Junio de 2007 al 14 Junio de 2008	Promoción de cerveza Barena
Bavaria	Restaurante La Vaca	Contrato de patrocinio No.116-07c	2 de Octubre de 2007 al 1 de Octubre de 2009.	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	Bar Santa	Contrato de patrocinio No.2007-01393	19 de Noviembre de 2007 al 18 de Noviembre de 2008.	Promoción de cerveza Brava
Bavaria	Yaira liquor Store	Contrato de patrocinio publicitario No.C.C 113-07c	9 de Octubre de 2007 al 8 de Octubre de 2009	Promoción de cerveza Brava
Bavaria	En obra Restaurante	Contrato de patrocinio publicitario No.115-07C	2 de Noviembre de 2007 al 1 de Noviembre de 2008.	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	La Hamburguesería(5 establecimientos de HAMBURGUESERÍAS)	Contrato de patrocinio No.2007-01120	1 Julio de 2007 al 31 Diciembre de 2007	Promoción de cerveza Brava
Bavaria	"Oz triada" y "Woka"	Contrato de patrocinio No.2008-00642	1 Mayo 2008-30 Abril 2010	Promoción de cerveza Redd's y Peroni
Bavaria	Harry's Bar	Contrato de Patrocinio No.2008-427	1 Abril de 2008 al 31 Marzo de 2009	C Promoción de cerveza Club Colombia y Peroni
Bavaria	Rescate OMA 12 establecimientos tipo restaurante y 112 establecimientos tipo barra de café	Contrato de Patrocinio No.2007-00987	10 Agosto 2007 al 9 Agosto 2008	Promoción de cerveza Club Colombia y Costeña
Bavaria	Harry's Bar	Contrato de Patrocinio No.2008-495	1 Abril de 2008 al 31 Marzo de 2009	Promoción de cerveza Redd's
Bavaria	Club Hato Grande	Contrato de patrocinio publicitario No.2007-00028	1 Enero de 2007 al 31 Diciembre de 2007	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	Archives en las sedes de: Andino, Pepe Sierra, C1139, Cedritos, Quinta Camacho, Rosales, Zona Rosa, parque de	Contrato de patrocinio No.2007-01072	18 Octubre de 2007 al 16 Diciembre de 2007	Promoción de cerveza Club Colombia

"Por la cual se cierra una investigación"

	la 93, Centro Chía, Centro Internacional, Centenario, Chico , Express, Gran estación, San Rafael, Santa fe y Usaquén DE Bogotá. Archie's express Pinar, Oviedo, Tesoro y parque Lleras de Medellín. Archie's Ciudad Jardín, Granada, Roosevelt, parque del perro y chipichape de Cali. Archie's Victoria de Pereira y Archie's Bucaramanga de Bucaramanga.			
Bavaria	Discoteca Palmahia	Modificación Contrato de patrocinio No.2006-00368	19 Julio de 2006 al 31 Mayo de 2008	Promoción de cerveza Águila
Bavaria	Danzatoria	Contrato de PatrocinioNo.2007-01006	16 de Agosto de 2007 al 16 de Agosto de 2008.	Promoción de cerveza Barena
Bavaria	Festa	Contrato de PatrocinioNo.2007-00092	1 Abril de 2007 al 31 Marzo de 2008	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	Invitro	Contrato de PatrocinioNo.2007-01558	10 Diciembre de 2007al 10 Diciembre de 2008.	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	THE BEER LOUNG (2 establecimientos)	Contrato de PatrocinioNo.2008-00293	1 Marzo de 2008 al 28 Febrero de 2009	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	Balzac/ Club Colombia	Contrato de PatrocinioNo.2007-01635	3 Enero de 2008 - 31 Octubre de 2008	Peroni y Peroni etiqueta color, Club Colombia y Redd's.
Bavaria	CHA CHA	Contrato de PatrocinioNo.2008-0071	1 de Enero de 2008 al 31 de Diciembre de 2008.	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	Inverleoka S.A./Comercializadora K y K/ Katkas Ltda.	Contrato de PatrocinioNo.2007-01634	11 de Enero al 31 Octubre de 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	Internacional Foods Bogotá S.A	Contrato de PatrocinioNo.2008-00077	1 Febrero de 2008-31 Enero de 2011	Promoción de cerveza Águila
Bavaria	Corporación Club El Nogal	Contrato de PatrocinioNo.2008-0070	1 Agosto de 2007 al 31 Julio de 2008	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	Sicada Ltda.	Contrato de PatrocinioNo.2007-01392	7 de Diciembre de 2007 al 6 de Diciembre de 2008.	Promoción de cerveza Club Colombia
Bavaria	Kata Ltda.	Contrato de	11 de Enero de	Promoción de

"Por la cual se cierra una investigación"

		Patrocinio No. 2007-01631	2008 al 31 de Octubre de 2008	cerveza Peroni
Bavaria	Babar	Contrato de patrocinio publicitario No. Prom CTGNA-008	9 de Enero de 2007 al 8 de Marzo de 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria-Cervecería Unión	Melodie Lounge	Contrato de Patrocinio No. 2926-2006	20 Septiembre de 2006 al 19 Septiembre de 2008.	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria-Cervecería Unión	El Herbario	Contrato de Patrocinio No. 2928-2006	15 Septiembre de 2006 al 14 Septiembre de 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria-Cervecería Unión	Basílica	Contrato de Patrocinio No. 2945-2007	8 de Febrero de 2007 al 8 de Febrero de 2009.	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria-Cervecería Unión	La Provincia Restaurante.	Contrato de Patrocinio No. 2927-2006	15 Septiembre de 2006 al 14 Septiembre de 2008	Promoción de Peroni Nastro Azzurro
Bavaria	12 establecimientos tipo restaurante y 112 establecimientos tipo barras café	Contrato de Patrocinio No. 2007-00987	10 de Agosto de 2007 al 10 de Agosto de 2008.	Promoción de cerveza Club Colombia y Costeña
Bavaria-Cervecería Unión	"OZ TRIADA" Y "WOKA"	Contrato de Patrocinio No. 2008-00642	2 de junio de 2008 al 1 junio de 2010.	Promoción de cerveza Peroni y Redd's

A partir de lo anterior, dado que la conducta investigada es una conducta continuada, en la cual los contratos de patrocinio son uno de los elementos de la estrategia investigada por la Delegatura, su vigencia constituye la fecha que se debe tener en cuenta para establecer el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Entidad. Comoquiera que la vigencia de algunos de estos contratos se prolonga en el tiempo, incluso hasta el 2010, es claro que en el presente caso no ha operado el fenómeno de la caducidad.

6.4. Sobre la definición del mercado relevante

En concordancia con el Informe Motivado, este Despacho ha podido verificar que la supuesta restricción anticompetitiva de la que trata la presente investigación se habría dado en la comercialización de cervezas en los establecimientos de venta minorista. En este mercado, las puntas serían de un lado Bavaria y otros proveedores de cervezas (bien sea que la fabriquen o la importen), y de otro, los consumidores de cerveza. La siguiente tabla permite ilustrar, de acuerdo con la información obrante en el expediente, los diferentes productores / importadores de cerveza en Colombia:

Tabla No 2. Participantes principales en el mercado de la cerveza

“Por la cual se cierra una investigación”

Productor/importador	Marca	Origen
Bavaria 	Águila, Águila Light, Costeña, Poker, Pilsen, Club Colombia, Redds, Barena, Brava	Nacional
	Peroni	Importada
Heineken 	Heineken, Buckler, Amstel Light, Murphy's Red, Birra Moretti	Importadas
Dicermex 	Corona	
	Negra Modelo	
	Modelo Especial	
	Coronita	
Temaq	Erdinger	
Cervecerías Cintra	Cintra-brasil	
Inbev	Becks, 3 horses	
Heineken brouwerijen	Heineken, murphys, amstel light, buckler	
Anheuser busch companies	Budweiser EU	
Cia de Cervezas Unidas	Aysen-chile	
International Brewery Business	Ancla	
Pivovvar Zubr	ZUBR	
Gilde Brauerei AG	Lindener	
Grolsche Bierbrowerij	Grolsch	
Grupo Bemberg	Quilmas	
Carlsberg Breweries, Erdinger Weibrau, The Asahi Company, Femsa	Carlsberg, Erdinger, Asahi	

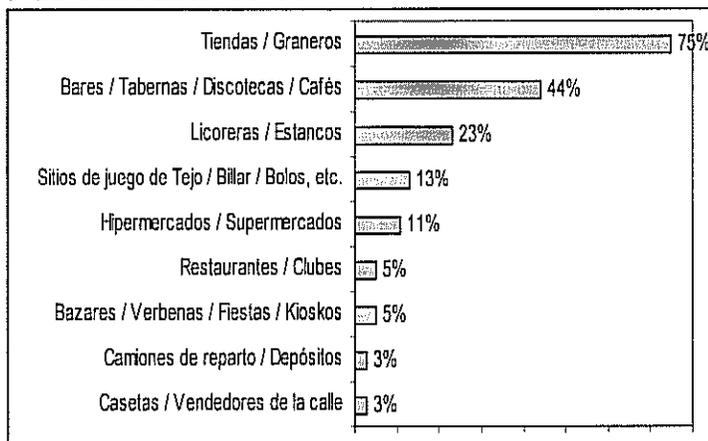
Fuente: Documento de radicación no. 05083695-0, folio 188

Resulta importante enfatizar que los establecimientos que venden cerveza pueden clasificarse en dos grupos, en función del canal de comercialización: por una parte aquellos establecimientos en los que se realiza el consumo in situ (*on-premise*) y por otra, aquellos almacenes en los que se adquiere la cerveza y se proyecta consumir en otro lugar distinto al del establecimiento (*off-premise*). Esta clasificación resulta coincidente con

"Por la cual se cierra una investigación"

lo expresado por diversas autoridades de la competencia extranjeras²⁰. En cualquier caso, resulta importante destacar que en el mercado de cerveza colombiano, ambos canales de comercialización señalados está presente de una manera importante y significativa el portafolio marcario de productos de Bavaria, aunque la variedad y el número de marcas varía según el canal.

Gráfico No. 1. Sitios de consumo de cervezas en Colombia



Fuente: Integración SABMiller Bavaria²¹

Es importante recalcar que si bien es cierto que existen terceras partes intermediarias que transportan la cerveza desde las fábricas de Bavaria a los establecimientos de venta, las ofertas de servicios de distribución indican que Bavaria tiene control efectivo de los precios y las condiciones de la venta a los establecimientos. Sobre este tema particular, este Despacho encontró que las mencionadas ofertas de servicios, si bien han sido redactadas como si hubieran sido ofrecidas por los distribuidores, no varían dependiendo de la capacidad del distribuidor o de la zona del país en la que se encuentra. De hecho, hay un grupo de ofertas de servicios que tienen la misma fecha y, a pesar de que corresponden a distribuidores ubicados en diferentes partes del país, tienen el mismo articulado²².

Adicionalmente, de acuerdo con la información que obra en el expediente, los contratos de publicidad entre Bavaria y los establecimientos de venta al consumidor final muestran que

²⁰ Conseil de la Concurrence français. Avis n° 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish&Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR. "La Cour de Justice des Communautés Européennes a précisé dans l'arrêt *Delimitis/Heiniger Brau* du 28 février 1991" TL. "Desde el punto de vista del consumidor, el sector de los establecimientos que expenden bebidas alcohólicas, el cual comprende particularmente los cafés y restaurantes, se distingue del correspondiente al comercio detallista, toda vez que la venta dentro de aquel está asociada no solamente a la simple compra de una mercancía sino también a la prestación de un servicio, a la vez que el consumo de cerveza dentro de dichos establecimientos no depende esencialmente de consideraciones de orden económico. Como lo precisa esta decisión, el consumo de cerveza en los establecimientos que expenden bebidas alcohólicas satisface no solamente el placer del consumidor de una cerveza, sino también el hecho de consumirla dentro de un establecimiento de comidas. El consumo de cerveza en establecimientos de comidas se distingue entonces claramente del consumo de cerveza en el propio domicilio, razón por la cual el consentimiento del consumidor no dependerá exclusivamente de las calidades del producto."

²¹ Obra a folios 2838-2858, cuaderno reservado de Bavaria.

²² Ver folios 5623 – 5625 (oferta en Sogamoso), 5642 – 5644, (oferta en Puerto Asís), 5655 – 5657 (oferta en Yopal), 5668 – 5670 (oferta en Girardot), y 5690 – 5692 (oferta en Bogotá).

“Por la cual se cierra una investigación”

Bavaria establece directamente condiciones de la comercialización de la cerveza. Es decir, los distribuidores intermediarios no son puntas activas en el mercado para efectos de la presente investigación.

6.4.1. Delimitación geográfica

En cuanto a la definición de aspectos relacionados con la localización del mercado relevante, de acuerdo con el Informe Motivado, y a partir de la revisión de la información que obra en el expediente de la presente investigación, esta Superintendencia logró establecer que la cobertura de las redes de distribución y comercialización de Bavaria y sus competidores comprende todo el territorio nacional, teniendo en cuenta los siguientes argumentos.

(i) Que esta Entidad pudo establecer que en la comercialización de la cerveza, uno de los elementos más importantes en lo que se refiere a las estrategias de negociación en materia de precios corresponde precisamente a la homogeneidad en las políticas de fijación de precios a lo largo de todas las áreas de cobertura. (ii) Que Bavaria, a través de las diferentes marcas que conforman su portafolio logra llevar el producto a puntos de venta ubicados a lo largo del territorio nacional. Por lo anterior, es posible establecer que el ámbito geográfico del mercado relevante es nacional.

6.4.2. Identificación de aquellas cervezas que son productos sustitutos según sus características intrínsecas**6.4.2.1. Características objetivas de las cervezas**

El artículo 1 del Decreto 761 de 1993 define la cerveza como *"la bebida obtenida por fermentación alcohólica de un mosto elaborado con cebada germinada y otros cereales o azúcares, adicionado de lúpulo o su extracto natural, levaduras y agua potable, tendrá una graduación alcohólica entre 2.5° y 12° grados alcoholimétricos"*. Esta definición concuerda con la doctrina extranjera²³ y la literatura económica sobre mercados de bebidas alcohólicas²⁴ en considerar la cerveza un producto diferente y no sustituto de otras bebidas alcohólicas como vinos y licores, y de examinar tales mercados por separado en virtud de sus diferencias en sabor, proceso de fabricación y patrones de consumo.

La definición del Decreto 761 de 1993 admite sin embargo, una variación importante en características objetivas de la cerveza (grado de alcohol, color, proceso de fermentación) y no habla de calidades de cervezas (por ejemplo, si cumplen el lineamiento de pureza alemán, que es un requisito sobre los ingredientes y el proceso de fabricación). En Colombia se venden cervezas rubias, rojas y oscuras. Según fermentación, la gran mayoría de cervezas vendidas en Colombia son lagers de tipo Pilsen, pero hay también varios tipos de ales y otros tipos de lager.

²³ Comisión Nacional de la Competencia de España, Expediente: N-07069 (Concentraciones) HEINEKEN / KRUSOVICE. Consultado en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=N-07069&ambito=Concentraciones>. Visitado el 21-06-2010.

²⁴ Véase por ejemplo K. Clemens y L. Johnson (1983): *Demand for Beer, Wine and Spirits*. Journal of Business 56(3).

“Por la cual se cierra una investigación”**6.4.2.2. Percepción del cliente**

De acuerdo con el estudio de la integración de SabMiller con Bavaria S.A., citado en el Informe Motivado, la cerveza se consume en situaciones sociales:

“(...) la cerveza es una bebida refrescante, de bajo contenido alcohólico, que se consume socialmente en diversas situaciones como almuerzos, comidas, aperitivos, fiestas y otras reuniones sociales. (...)”

A pesar de la variedad de características objetivas de las cervezas disponibles para la compra en Colombia, y aunque internacionalmente hay evidencia de que los consumidores de cerveza tienen preferencias fuertes con respecto a estas características²⁵, la información presentada a esta Superintendencia²⁶ no permite establecer que existan en Colombia patrones de preferencias diferenciados según color, grado de alcohol o proceso de fermentación. De acuerdo con la evidencia que obra en el expediente, los consumidores agrupan las cervezas en diversas “calidades”, pero estas calidades no corresponden a las características objetivas de los procesos de fabricación.

La diferenciación por “calidades”, sin embargo, sí se refleja en los precios observados para distintas cervezas y por lo tanto en qué segmentos de consumidores las demandan, según se desprende de los estudios de mercado presentados a esta Superintendencia.

La pregunta a considerar sería entonces, si esos segmentos de consumidores consideran todas las variedades de cerveza como sustitutos, o si demandan grupos específicos de marcas de cervezas –y de ser así, con base en qué criterios lo hacen. Es decir, hay que establecer si esos segmentos constituyen mercados diferentes para efectos de esta investigación.

Para resolver el interrogante planteado, un primer paso consiste en identificar (i) las cervezas que serían de alta “calidad” y (ii) el segmento de consumidores que las consume. Una observación pertinente en este sentido se desprende de las estrategias de comercialización observadas en el mercado. De acuerdo con la información recolectada, existe una segregación de las marcas de cervezas vendidas según canal de venta al consumidor final. Los canales off-premise, como supermercados, comercializan una gama amplia de cervezas. En contraste, los establecimientos on-premise tienden a ofrecer subconjuntos particulares de la variedad de marcas de cerveza disponibles. Específicamente, los establecimientos on-premise HORECA (hoteles, bares, restaurantes) comercializan un grupo de cervezas a las que los distintos testimonios coinciden en denominar “Premium”. Estas cervezas Premium suelen encontrarse en establecimientos HORECA pero no en otros locales on-premise²⁷.

Esta evidencia es pertinente en dos sentidos en la presente investigación. De un lado, la segregación es informativa sobre la percepción de la “calidad” de cada marca de cerveza,

²⁵ WJ Adams (2006). *Markets: Beer in Germany and the US*. Journal of Economic Perspectives 20(1).

²⁶ Encuesta AC Nielsen (Cuaderno Reservado de Bavaria N°1 Visible a folio: 925) y testimonios de administradores HORECA.

²⁷ Obra a folios 3762 - 4160 del Cuadernos Públicos 11 y 12.

“Por la cual se cierra una investigación”

y sugiere qué marcas de cerveza podrían eventualmente considerarse Premium. A juzgar por la evidencia de menús de locales HORECA en poder de la Superintendencia, y de acuerdo con los testimonios consignados en el archivo de la investigación, estas cervezas Premium, incluyen cervezas importadas (entre ellas Peroni) y un subconjunto de las cervezas nacionales (entre las que se encuentra comúnmente Club Colombia).

De otro lado, en cuanto a la definición del mercado relevante, la segregación es sugestiva más no definitiva: el canal de comercialización no es en sí mismo un criterio para delimitar el mercado relevante, pero una segregación de marcas por canales podría ser el resultado de mercados diferenciados a los que se debe llegar por vías diferentes. De ser así, tales mercados diferenciados sí podrían ayudar en la definición de mercado relevante.

En efecto, la segregación de productos ofrecidos en los canales on-premise coincide con la segmentación de los consumidores por disposición a pagar: el cliente de HORECA, de acuerdo con los testimonios de actores del sector, pertenece primariamente a un segmento de consumidores con una disposición a pagar elevada. Es decir, la estrategia de segregar productos según canales de comercialización responde a una segmentación correspondiente de los consumidores de cerveza por canales. El cliente típico de los establecimientos HORECA, según testimonios de los administradores de tales locales, está dispuesto a pagar un mayor precio por una cerveza que asocia con mejor “calidad”. Más aún, de acuerdo con los mismos testimonios, cuando un consumidor escoge entre marcas de cervezas ya estando en un local HORECA, las diferencias de precios entre las marcas influyen poco su decisión²⁸.

Estos testimonios concuerdan con la variación relativamente alta, entre establecimientos HORECA, de los precios promedio de las cervezas que se venden en tales locales, y con las percepciones de sustitutibilidad entre marcas de cerveza reportadas por los consumidores en sondeos de mercado²⁹. En otras palabras, la estrategia de utilizar canales diferenciados refleja que (i) los canales atienden públicos diferentes, y que (ii) el público considera que hay diferencias en las características de las cervezas que se ofrecen por los diferentes canales. La pregunta es entonces si ese segmento de consumidores considera que las cervezas de marcas que no se ofrecen en los HORECA serían eventualmente marcas sustitutas de las que sí se ofrecen allí³⁰.

El presente análisis de mercado relevante establece a continuación si, para la presente investigación, las cervezas Premium y las “populares” son mercados separados.

²⁸ Este comportamiento del consumidor en los canales HORECA se presenta también en otros países, según se desprende de la doctrina regulatoria pertinente. Véase por ejemplo: Tribunal de Defensa de la Competencia, Expediente de Concentración Económica, C 44/99 HEINEKEN-CRUZCAMPO, Madrid (España), 2 de diciembre de 1999.

²⁹ AC Nielsen.

³⁰ Como se aprecia en la lista de cervezas ofrecidas, la variación en las marcas específicas que ofrece cada establecimiento HORECA indica que un establecimiento dado puede optar por distintas combinaciones de cervezas en su menú, siempre y cuando se mantenga dentro de un cierto grupo de marcas. Sin embargo, no necesariamente el establecimiento debe ofrecer todo el abanico de marcas de cerveza del grupo: un subconjunto basta. Es decir, las cervezas en el grupo de marcas son sustitutas entre sí. De aquí se desprende que, si bien puede haber un segmento de cerveza Premium, no existe una segmentación más fina a considerar.

6.4.2.3. Análisis de precios

A pesar de que en el caso concreto no es posible estimar econométricamente las elasticidades precios cruzadas de las diferentes marcas de cerveza al interior y entre cada segmento, en el expediente se encuentra probado que existe un diferencial de precios importante (mayor del 30%³¹) entre las cervezas Premium y las populares en los establecimientos on-premise. La sola magnitud del diferencial es tal, que permite inferir que el consumidor de las cervezas Premium pertenece a un segmento de la demanda distinto al de las otras cervezas en virtud de su ingreso y disponibilidad a pagar. Este diferencial, sumado a las encuestas de percepción de calidad de las cervezas³², permite a esta Superintendencia afirmar que existe un segmento de cervezas Premium segmento al que pertenece la cerveza Peroni³³ entre otros, diferente al de cervezas populares.

Partiendo de que existe un mercado separado de cervezas Premium, y con vista a establecer si Bavaria tiene posición dominante en el mismo, se torna crucial determinar si Club Colombia forma parte de las cervezas consideradas Premium. Si Club Colombia es parte del segmento, la participación de mercado de Bavaria sería superior al 70% y ostentaría de esta manera posición dominante. En caso contrario, dicha participación sería del 7.6% y no sería posible hablar de posición dominante.

Siguiendo el análisis del diferencial de precios con el que se estableció la existencia de un segmento Premium, es posible tratar de determinar si, estadísticamente hablando, el precio de la cerveza Club Colombia en los establecimientos HORECA difiere del de las demás cervezas ofrecidas.

Dentro de cada establecimiento HORECA existen diferencias de precios entre las cervezas que se venden, y hay además marcadas diferencias entre los distintos locales que pertenecen a la cadena HORECA en cuanto al tipo de cervezas que venden y sus precios. Sin embargo, las diferencias en precios no delimitan en sí mismas el mercado relevante; es sólo en la medida en que reflejen factores subyacentes de demanda que es posible establecer segmentos de mercado. Por lo anterior, el ejercicio a realizar consiste en depurar los precios de las cervezas vendidas en establecimientos HORECA de los factores de oferta asociados al establecimiento mismo. Posteriormente se obliga mediante análisis de conglomerados una separación de los precios depurados en dos conglomerados, uno de precios altos y otro de precios bajos. A continuación se estima econométricamente un indicador de la propensión de cada marca de cerveza a pertenecer al conglomerado de precios altos. Finalmente, se ordenan las marcas de acuerdo al indicador de propensión.

³¹ IM y respuesta de Bavaria al IM, p.33.

³² AC Nielsen, citado además es la respuesta de Bavaria al IM, p. 33.

³³ En rigor, los diferenciales de precios no son argumento suficiente para argumentar que hay una segmentación de mercado. La razón es que tal segmentación debe provenir de características del lado de la demanda, y los diferenciales de precios pueden estar reflejando características de la oferta. Sin embargo, en este caso particular, la Superintendencia estima que la significativa magnitud de los diferenciales, aunada a los testimonios y encuestas de percepción, permiten inferir la segmentación del mercado en ausencia del análisis econométrico.

"Por la cual se cierra una investigación"

El ejercicio descrito fue realizado para una muestra de menús de locales HORECA. La Tabla No. 3 presenta el indicador de propensión señalado para cada una de las marcas consideradas (valores en blanco implican un indicador de 1, que corresponde a una marca cuyos precios siempre son del conglomerado alto):

Tabla No. 3 Distribución de precios medios por marca de cerveza³⁴

Marca Cerveza	mean(probcl~r)
amstel	.999999
amstel light	
bahia	.1666591
barena	.2000013
becks	
buckler	.7499979
buckler sin alcohol	
budweiser	
club colombia	.4084711
corona	.9090729
heineken	.8000072
negra modelo	.6666575
peroni	.8378495
redds	.5000075
redds cold	

Fuente: Cálculos SIC.

De la tabla presentada se puede resaltar la existencia de al menos dos marcas importadas, Bahía y Barena, cuyo indicador de propensión es inferior al de Club Colombia, lo que implica que antes de excluir a Club Colombia del grupo de cervezas de alto precio, se debería excluir estas dos marcas. Dado que los testimonios coinciden en afirmar que Bahía y Barena son parte del grupo de cervezas Premium, se infiere que excluir a Club Colombia del grupo de cervezas Premium en virtud de su precio no sería consistente con la percepción de los administradores de locales HORECA ni la del público consumidor.

De lo anterior, se puede concluir que la empresa Bavaria S.A. tiene una posición dominante en el mercado relevante estudiado, el cual incluye las cervezas premium nacionales e importadas.

6.4.3. Barreras a la entrada

De acuerdo con el Informe Motivado, esta Superintendencia considera que

"En el caso particular de la cerveza, el reconocimiento que efectúa un consumidor sobre una marca en especial constituye un factor que puede retrasar la entrada de nuevos competidores al mercado y se encuentra muy relacionado con los niveles de inversión requeridos para lograr dicho posicionamiento. Los potenciales entrantes tendrían que incurrir en inversión publicitaria, con costos que pueden o no ser recuperados, dependiendo de si se logra captar o no la atención de los consumidores que actualmente tienen reconocimiento por las marcas posicionadas en el mercado."

³⁴ Tabla construida por el despacho a partir del programa econométrico STATA versión 11 a partir de la información de precios contenida en el expediente.

“Por la cual se cierra una investigación”

Por lo tanto,

“(…) la gran inversión en publicidad para lograr posicionar una marca en el mercado relevante genera un costo hundido (no recuperable) para un nuevo entrante al mercado relevante, circunstancia que retrasaría su decisión de incursionar en el mismo, lo cual dadas las características del mercado cervecero Colombiano la erigen como una barrera natural.”

De acuerdo con lo expuesto, esta Superintendencia considera que el mercado relevante para la presente investigación es el mercado nacional de comercialización de cervezas Premium en Colombia, mercado que incluye cervezas nacionales e importadas de elevado precio. En particular, dicho mercado incluye la marca Club Colombia, de la empresa Bavaria S.A.

6.5. Sobre el concurso aparente de conductas con respecto a la violación al artículo 50 del Decreto 2153 y la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Como ya se mencionó, el Apoderado de Bavaria señala que el Informe Motivado da muestra de un concurso aparente de conductas entre la violación al artículo 50 del Decreto 2153 y la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Dicho concurso aparente tiene lugar, a su juicio, porque se trata de una única conducta investigada que está sometida a una única norma, y no de varias conductas que están cobijadas por varios artículos. Por ello, sugiere que hay una indebida identificación de las normas que serían aplicables a la conducta investigada.

Considera este Despacho que este argumento no es procedente porque está basado en una premisa sobre cómo interpretar las normas de competencia que no es aplicable al derecho de la competencia colombiano. Dicha premisa, tomada de la dogmática del derecho administrativo sancionador, supone que las normas administrativas que imponen sanciones – como serían las normas en materia de competencia – deben interpretarse siguiendo el análisis de la dogmática penal. Dicha forma de interpretar estas normas buscaría, en principio, proteger los derechos de los ciudadanos frente a ejercicios arbitrarios del poder público³⁵.

Esta manera de concebir la interpretación de las normas de competencia no resulta adecuada por dos razones. En primer lugar, porque el interés que se protege en materia penal es diferente al interés que se protege con el ejercicio de las facultades de policía administrativa. Ello se debe precisamente al carácter fundamental de los derechos que se pueden ver indebidamente afectados por una actuación arbitraria en materia penal, en oposición a los derechos y libertades que se ven afectados por las decisiones administrativas. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-853 de 2005 señaló lo siguiente:

“En ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el Estado está habilitado para imponer sanciones disciplinarias y correctivas. Las primeras destinadas a

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-853 de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

"Por la cual se cierra una investigación"

reprimir las conductas desplegadas por los funcionarios y empleados por la violación de deberes, obligaciones y prohibiciones; y las segundas orientadas a sancionar las infracciones cometidas por particulares frente al desconocimiento de regulaciones, mandatos, obligaciones y limitaciones establecidas para reglar determinadas materias. En consecuencia, la inobservancia, por parte de los administrados, de ciertos mandatos, prescripciones y reglas establecidas para garantizar el buen funcionamiento de la administración y lograr una eficiente prestación del servicio, genera una actuación positiva por parte del Estado que se traduce en el ejercicio de su poder sancionador.

(...) No obstante, las garantías que rigen el debido proceso si bien son aplicables al derecho sancionador correctivo, lo cierto es que ello no tiene lugar con la misma severidad que en el derecho penal. La rigurosidad en el derecho penal es mayor debido a que no solo su campo de aplicación es más amplio, pues está dirigido a todo el conglomerado social, sino que se compromete el derecho fundamental a la libertad de la persona. El derecho administrativo correccional, por su parte, va dirigido a un grupo determinado de personas y está orientado a sancionar el incumplimiento de determinadas reglas preestablecidas, dirigidas al mantenimiento de ciertas condiciones que hacen efectivo el servicio, pero que no restringen derechos fundamentales, en cuanto las sanciones consisten, en la generalidad de los casos, en multas, suspensiones y restricciones, que pueden ser operativas o de utilización de bienes y servicios".³⁶ (Subrayado por fuera del original)

En segundo lugar, esta forma de interpretación de las normas de competencia es inadecuada porque no hay tal postulado que señale que cada norma en esta materia corresponde a un "tipo" de conducta de manera unívoca. De hecho, una lectura cuidadosa de las normas de competencia muestra que, con respecto a una misma conducta, unos artículos son más amplios que otros. Tal es el caso del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual contiene varias expresiones de "textura abierta"³⁷, como lo son "(...) directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías (...)" y "(...) prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia (...)". El carácter de "textura abierta" de estas expresiones, las cuales están relacionadas con la conducta objeto de esta decisión, invita a una interpretación diferente de las normas jurídicas a la que sugiere el Apoderado³⁸.

³⁶ Ver Ossa Arbelaez, Jaime. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Legis (2000)

³⁷ Sobre el concepto de textura abierta, ver Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Editorial Abeledo Perrot (1992).

³⁸ En efecto, desde la promulgación de la ley Sherman en 1890, la interpretación de las normas de competencia ha sido un tema de intenso debate. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos decidió, en el célebre caso *Standard Oil Co. of N. J. v. United States*, (221 U.S. 1) de 1911, que no era el propósito de dicha ley restringir toda forma de agrupación empresarial, como lo sugería una interpretación literal del artículo 1º de dicha ley. Por el contrario, señala esta decisión, la interpretación de las normas de competencia debía hacerse teniendo en cuenta los efectos que produjeran en la competencia. A partir de esta decisión, la Corte creó una doctrina llamada "regla de la razón", de acuerdo con la cual lo reprochable de una conducta es si restringe de una manera indebida la competencia. Al respecto ver Miranda Londoño, Alfonso. *Anotaciones sobre el derecho antimonopolios en los Estados Unidos de Norteamérica*, en: CEDEC III, Colección Seminarios, 10, 2000, JAVERGRAF, Bogotá, D.C.

“Por la cual se cierra una investigación”

El carácter de “textura abierta” del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 permite que la conducta señalada en artículos más concretos que hacen parte de la normativa sobre competencia también sean objeto de esta norma. En efecto, el abuso de posición dominante que consista en obstaculizar el acceso a terceros, que es una conducta descrita por el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, también puede limitar la distribución y consumo de productos, y por ende prohibida por el artículo 1º de la ya mencionada ley. Como el abuso de la posición dominante impide que terceros competidores no puedan ofrecer sus productos a los consumidores, ni incrementa la eficiencia de quienes la llevan a cabo, es claro que constituye una limitación indebida a la distribución y consumo del bien o servicio que se tranza en el mercado objeto de análisis. Por lo tanto, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se pueden referir a una misma conducta, si bien la primera norma es más amplia que la segunda. Por lo tanto, nada en las normas excluye la posibilidad de que sean aplicadas de manera concurrente a una misma conducta. Esta, a su vez, constituye la interpretación más coherente del artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, la cual señala de manera expresa que “La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas.”

A partir de lo anterior, se concluye que el argumento del Apoderado, a partir del cual existe un “concurso aparente” de conductas, carece de fundamento.

6.5. Sobre la indebida identificación de las personas jurídicas objeto de sanción

De acuerdo con el Apoderado de Bavaria, existe una indebida identificación de las personas jurídicas objeto de sanción pues muchos de los contratos que se toman en el Informe Motivado para fundamentar el análisis fueron celebrados por Cervecería Unión S.A. y no por la empresa Bavaria S.A. Por lo tanto, no se le puede atribuir a esta empresa responsabilidad por comportamientos en los que incurrieron empleados de Cervecería Unión S.A.

Al respecto, este Despacho considera que el argumento carece de fundamento jurídico. De acuerdo con el certificado de existencia y representación de Bavaria S.A. existe una situación de control empresarial con la Cervecería Unión S.A., la cual es subordinada de aquella. Por lo tanto, para efectos de la conducta que se investiga, la conducta particular en la que haya incurrido Cervecería Unión S.A. es atribuible a Bavaria S.A., en virtud del artículo 260 del Código de Comercio y el artículo 28 de la Ley 222 de 1995.

6.6. Sobre la presunta conducta anticompetitiva de Bavaria S.A.**6.6.1. El presunto carácter anticompetitivo de los contratos celebrados por Bavaria con los comercializadores de sus productos**

De acuerdo con el Informe Motivado, la conducta investigada, que constituye un presunto abuso de la posición dominante a partir de lo señalado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153, (i) fue puesta en marcha valiéndose de un vehículo denominado “contratos de patrocinio”, por medio de los cuales Bavaria entregó recursos económicos a los establecimientos “patrocinados” a cambio de lo cual

“Por la cual se cierra una investigación”

éstos adquirieron la obligación de (ii) realizar acuerdos de publicidad exclusiva de algunas de las marcas de Bavaria, particularmente la marca Peroni, (iii) adquirir y vender de manera exclusiva productos de dicha sociedad, lo cual fue subrepticamente disimulado mediante el uso de la expresión “preferencia” en lugar de exclusividad, y (iv) comprar cantidades mínimas de productos de dicha la sociedad investigada. Esta estrategia (v) estuvo acompañada de acciones de monitoreo en los puntos de venta, (vi) y de un conocimiento en cuanto a la ilegalidad de la conducta y de esfuerzos tendientes a ocultar la misma del escrutinio público³⁹.

Estima este Despacho que los elementos centrales en esta conducta son dos:

En primer lugar, el uso de mecanismos contractuales para limitar la participación en el mercado de firmas competidoras como Heineken, y

En segundo lugar, el conocimiento y validación de dicha conducta por los directivos de la empresa Bavaria S.A., y en particular, por el Sr. Karl Lippert.

El primer elemento será analizado en esta sección, mientras que el segundo elemento será analizado a continuación.

A partir de lo anterior, es preciso determinar si haber pactado cláusulas con restricciones verticales⁴⁰, relacionadas con exclusividad en ventas, exclusividad en publicidad, y la compra de cantidades mínimas de productos de las marcas de Bavaria, a cambio de una contraprestación económica, constituye una conducta restrictiva de la competencia que debe ser sancionada de acuerdo con las normas vigentes en esta materia. Para responder a este problema, se presentará de manera breve la doctrina aplicable en esta materia, para luego exponer la manera en la que este Despacho considera pertinente analizar la conducta objeto de investigación.

Toda conducta de abuso de posición de dominio parte del supuesto según el cual la empresa investigada es dominante en el mercado relevante⁴¹. A su vez, se considera que hay un abuso de la posición de dominio en el mercado si frente a los competidores actuales, la actuación de la empresa dominante produce efectos excluyentes⁴². Para que la conducta de una empresa dominante sea considerada excluyente, es necesario que

³⁹ Informe Motivado, pg. 37.

⁴⁰ 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 recíproca 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.

⁴¹ Una empresa se considera dominante si, independientemente de sus competidores, tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado.

⁴² Posner, Richard. *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*. 43 Univ. of Chi. L. Rev. 506 (1974)

"Por la cual se cierra una investigación"

restringa, impida u obstaculice la entrada al mercado relevante de sus competidores en términos de los costos y beneficios asociados con dicha entrada.

Se suele distinguir entre dos tipos de abuso de la posición dominante que producen efectos exclusorios. En primer lugar, están aquellas conductas que vía precios buscan restringir la entrada de competidores al mercado. En segundo lugar, están aquellas conductas que, enfocadas en variables diferentes al precio, buscan cerrar la entrada de competidores al mercado. Dentro de las primeras normalmente se ubican los precios excesivos, los precios predatorios y la discriminación de precios. Dentro de los segundos se encuentran las ventas atadas, los contratos de exclusividad y la negativa a contratar y proveer, principalmente. Dado que la presunta conducta investigada está relacionada con el segundo tipo de abuso descrito, es decir con el de los contratos de exclusividad, las consideraciones que se realizan a continuación se limitan a estas hipótesis.

Según los efectos en el mercado, existen dos tipos de exclusividad contractual, la exclusividad vertical y la horizontal. Se entiende por exclusividad vertical aquel acuerdo que impone como obligación al comprador o distribuidor adquirir la totalidad de sus productos, o una gran parte de ellos, de un único productor o distribuidor⁴³. La anterior se distingue de la exclusividad horizontal, en la que el productor se compromete con el contratista a no entregar opciones de reventa a otros distribuidores⁴⁴.

En ambos casos, la exclusividad en sí misma restringe la entrada, total o parcialmente, de otros competidores. Sin embargo, este hecho, por sí sólo, no es condición suficiente para afirmar categóricamente que el agente dominante excluye o excluirá del mercado a sus competidores. En efecto, la exclusividad contractual con un comprador no impide, obstaculiza o excluye que los competidores contraten con otros compradores y, en general, tengan acceso al mercado. Tal hecho únicamente reduce el conjunto de oportunidades de contratación de los demás competidores en el mercado, pero no los excluye del mismo.

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 del mercado del agente dominante. El fin de la evaluación que se adelanta a partir de las normas de competencia consiste en determinar si la conducta investigada produce los efectos mencionados, o si es idónea para cerrar el mercado, en los términos antes mencionados⁴⁵.

⁴³ Véase: {Bishop, 2010 #997}, p. 249. Estos acuerdos implican siempre algún tipo de verticalidad o relación vertical entre las partes.

⁴⁴ Véase: {Coloma, 2003 #280}, capítulo 7.

⁴⁵ En este sentido, es necesario tener el convencimiento de que la conducta busca cerrar el mercado más allá de la duda razonable. Ver: *Exclusive dealing/single branding*. International Competition Network. (ICN) Pg. 15, 20-21. 2008. Disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/library.aspx?search=exclusive+dealing&group=0&type=0&workshop=0>. (visitado el 17 de noviembre de 2010).

“Por la cual se cierra una investigación”

Algunos hechos pueden permitir identificar la mayor o menor idoneidad que tiene una conducta para *cerrar el mercado*. Estos, entre otros, son: a) la extensión del dominio del agente dominante en términos del porcentaje de demanda cubierto por la estrategia de contratación con exclusividad; b) la inexistencia de fuentes alternativas de oferta (la disponibilidad de canales de distribución alternativos); c) altas barreras de entrada ajenas al comportamiento de agentes; d) bajas economías de escala derivadas de la exclusividad (provenientes por ejemplo de cláusula inglesa o cláusulas de nación más favorecida)⁴⁶; e) la posibilidad de cambiar de proveedor; f) la duración de los acuerdos de exclusividad y la existencia de cláusulas de renovación automática y; g) la situación específica de la relación entre las partes⁴⁷. A su vez, y siguiendo las mejores prácticas internacionales, la libertad probatoria permite el uso de pruebas tanto directas como indirectas para determinar la existencia de los efectos de la conducta investigada en el mercado relevante.⁴⁸

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. 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.

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

⁴⁶ La cláusula inglesa en el contrato impone al contratista reportar al contratante ofertas de precios más bajos por otras de las partes y no aceptarlas a menos que el contratante no iguale la oferta. Del mismo modo, la cláusula de nación más favorecida impone al contratista dar los mismos términos que le da al contratista con los mejores términos contractuales.

⁴⁷ Op.cit. *Exclusive dealing/single branding*. ICN. Pgs. 11 y ss.

⁴⁸ Op.cit. *Exclusive dealing/single branding*. ICN. Pg. 15.

“Por la cual se cierra una investigación”

empresa investigada no logra reducir sus costos en sus procesos de producción, transporte y venta al consumidor⁴⁹.

A la luz de estas consideraciones, 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.

6.6.2 Análisis de la conducta presuntamente anticompetitiva en el caso concreto**6.6.2.1. Posición dominante**

Como se señaló anteriormente, el análisis de una conducta que presuntamente sea violatoria de las normas sobre abuso de la posición dominante comienza por determinar si los investigados tienen posición dominante.

De acuerdo con lo sugerido en el Informe Motivado y la sección 3.2 de la presente Resolución, la empresa Bavaria S.A. tiene posición dominante en el mercado relevante definido. Dicha posición dominante se constata a partir de la participación de la marca Club Colombia en el volumen de ventas de cerveza en el país, y a partir de su capacidad para influenciar notablemente las condiciones del mercado relevante, en cuanto a la distribución y comercialización de sus productos.

Con respecto a la participación de la marca Club Colombia en el volumen de ventas de cerveza en el país, se encuentra en el expediente prueba de que esta marca fue la más vendida de las marcas consideradas Premium, o “worthmore”. En efecto, sus ventas constituyeron el 4.8% de las ventas del mercado total nacional de cerveza durante el 2006, y el 81.4% del segmento “worthmore”⁵⁰. De igual manera, de acuerdo con el informe aportado por AC Nielsen, la participación de Bavaria en el volumen total de cerveza para el año 2009 fue del 99.3%⁵¹. Esta información además coincide por el sitio en internet de Bavaria – SABMiller, de acuerdo con la cual dicha empresa tiene el 98% del mercado colombiano⁵².

Con respecto a su capacidad para influenciar las condiciones del mercado relevante, obran en el expediente pruebas que muestran que Bavaria determina tanto las condiciones bajo las cuales se distribuyen sus productos, como las condiciones en las que

⁴⁹ Elhaug Einer. *Defining Better Monopolization Standards*. 56 Stanford Law Review. 253, 256 (2003).

⁵⁰ Visible a folio: 7291, cuaderno reservado de Bavaria no. 9, presentación “Flash Cervezas RMS Diciembre 2006”, slide 5. Ver también Informe Motivado, Pg. 27.

⁵¹ Folios 8500 a 8505, Cuaderno público no. 17.

⁵² Ver <http://www.sabmiller.com/index.asp?pageid=919>. (Visitado el 1º de diciembre de 2010). Ver también el Informe Motivado, Pg. 29.

se comercializan en el canal HORECA con los consumidores finales. Con respecto a los distribuidores, consta en el expediente información que muestra que Bavaria determina las condiciones en las que los distribuidores llevan los productos de esta compañía a los comercializadores. Dicha información consiste en ofertas de contratos de distribución que tienen condiciones uniformes y que, a pesar de parecer redactados por los mismos distribuidores, tienen características comunes independientemente de las fechas y lugares en los que se registran⁵³.

Con respecto a la influencia en los comercializadores, la tabla no. 2 que presenta esta Resolución titulada *Contratos de patrocinio celebrados por Bavaria* (ver sección 6.1.2) muestra una serie progresiva de contratos y ofertas de contratos que, si bien varían en el tiempo, presentan una serie de condiciones uniformes determinadas por la empresa Bavaria S.A. y aceptadas por los distintos comercializadores. A su vez, las condiciones uniformes de los contratos se aprecian en el hecho de que los contratos y las ofertas de los contratos tienen términos muy parecidos, a pesar de que varían la identidad del comercializador contratante.

Tanto las cifras sobre la participación en el mercado nacional como los contratos y ofertas de contratos con los distribuidores y comercializadores permiten concluir que la empresa Bavaria tiene una posición de dominio en el mercado relevante.

6.6.2.2 Exclusión de los competidores

Una vez constatada la posición de dominio de las partes investigadas, el siguiente paso para determinar si la conducta analizada constituye un abuso de la posición dominante consiste en establecer si ésta es idónea para excluir a los competidores incumbentes en el mercado y/o impide la entrada de competidores potenciales.

Como ya se mencionó, pactar exclusividades tiene por efecto restringir la entrada, total o parcialmente, de un competidor a un punto de venta en el mercado. Sin embargo, este hecho, por sí sólo, no es condición suficiente para afirmar categóricamente que el agente dominante excluye o excluirá del mercado a todos sus competidores. En efecto, la exclusividad contractual con un comprador no impide, obstaculiza o excluye que los competidores contraten con otros compradores y, en general, tengan acceso al mercado. Por ello, el estudio del carácter excluyente de la conducta como tal tiene dos partes. Una primera parte consiste en determinar el alcance jurídico de la conducta, mientras que la segunda parte consiste en determinar el alcance o extensión en el mercado relevante.

6.6.2.2.1. Alcance jurídico de la conducta investigada

⁵³ Ver folios 5623 – 5625 (oferta en Sogamoso), 5642 – 5644, (oferta en Puerto Asís), 5655 – 5657 (oferta en Yopal), 5668 – 5670 (oferta en Girardot), y 5690 – 5692 (oferta en Bogotá).

“Por la cual se cierra una investigación”

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 servicios⁵⁴.

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, la Corte 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 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.”⁵⁵ (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

⁵⁴ Ley 256 de 1996, artículo 19. Esta ley derogó los artículos 975 y 976 del Código de Comercio.

⁵⁵ 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. Darío Quiñones Pinilla.

"Por la cual se cierra una investigación"

violado cuando dichas cláusulas llevan a restringir el acceso de los competidores al mercado.

En el caso en cuestión, la estrategia de la empresa Bavaria consistió en aumentar el volumen de ventas en este segmento, enfocando su atención a los establecimientos de mayor estatus y reconocimiento a través de la intervención en el punto de venta, garantizando la visibilidad de sus marcas y mermando la participación de marcas competidoras.⁵⁶ Las cláusulas de exclusividad fueron instrumentales en tal propósito.

Karl Lippert, presidente de Bavaria, puntualizó al respecto:

*"La introducción de **Peroni** a Colombia no sólo refuerza nuestra presencia en el segmento Premium del mercado, junto a Club Colombia, sino que también nos ayudará en nuestros esfuerzos para volver más contemporánea la categoría de cervezas en el país. Este lanzamiento es un paso importante de Bavaria para mejorar y extender nuestro portafolio de marcas con el fin satisfacer las necesidades de todos los consumidores colombianos. Teniendo en cuenta la creciente sofisticación de algunos de nuestros consumidores, anticipamos un fuerte interés hacia una marca italiana con tanto estilo como lo es **Peroni**."*⁵⁷

Dentro de los principales ejes de la estrategia de Bavaria hace parte la gestión en el punto de venta como se da cuenta en el artículo siguiente:

"Los siete ejes estratégicos

*"Si bien la renovación en las estrategias de mercadeo y el portafolio de productos es lo más visible, el cambio que se ha dado en Bavaria tiene otros seis ejes estratégicos: mejoramiento del sistema de embotellamiento, mejoramiento de la calidad, perfeccionamiento de la gestión en punto de venta (trade marketing), capacidad de producción, capacidad organizacional y simplicidad de procesos."*⁵⁸

El cambio de estrategia también fue señalado por el señor Gabriel Jaime Correa Zapata, Director de Ventas de Cervecería Unión:

"Preguntado 26. Le quisiera preguntar, ¿Cuál ha sido la estrategia que usted trabaja con la compañía hace 27 años, cuál ha sido la estrategia de segmentación y mercadeo de la cerveza de Bavaria en los últimos 20 años?, díganos por favor que etapas usted percibe o que diferenciación ha habido en esa estrategia y cómo ha evolucionado?"

"Responde: En los 27 años por lo menos en la etapa inicial, fue bastante larga. Yo diría que 23, 24 años, no había una clara diferenciación en la comercialización del portafolio de marca nuestro, mas la estrategia era vender volumen, si

⁵⁶ Sobre el particular con el lanzamiento de la marca Premium se vislumbra dicho objetivo:

*" **Peroni** estará disponible inicialmente en restaurantes y bares exclusivos de Bogotá y Medellín y se tienen lanzamientos planeados para Cartagena, Barranquilla y Cali en los próximos meses. Este lanzamiento estará apoyado por una campaña integral de mercadeo que incluye actividades dirigidas al consumidor y a los puntos de venta, que transmiten el estilo único e italiano de **Peroni**.*

*" **Objetivo:** buscar el posicionamiento de las marcas prioritarias a través de la ejecución en los puntos de venta, ubicando mobiliario que permita extender las ocasiones de consumo y con equipos de frío que garanticen la visibilidad y disponibilidad de producto frío en los establecimientos*

⁵⁷ Documento, "Bavaria lanza Peroni Nastro Azurro en Colombia" obrante en el expediente.

⁵⁸ Fuente: Revista Dinero, Efecto Lippert, En: http://www.dinero.com/negocios/efecto-lippert_39053.aspx

“Por la cual se cierra una investigación”

independiente de la marca que fuese y esto me lleva a aclarar por lo menos que Club Colombia, nunca tuvo, que la única cerveza Premium que nosotros teníamos, nunca tuvo una estrategia de diferenciación; vuelvo y repito, nosotros éramos muy regidos por el volumen. Esa estrategia claramente empieza a cambiar hace tal vez unos dos años o tres, de pronto donde Bavaria, a partir de la entrada de SABMiller, ve que nosotros teníamos, hay un vacío importante, como una falta de tener un norte muy definido para cada marca; vuelvo y repito, porque nosotros éramos muy enfocados al volumen sí; entonces a partir de la llegada, ellos hacen todo un estudio de las marcas que tiene Bavaria y de los consumidores de las marcas y define claramente en que canales o en que segmentos o en que sub-canales debe trabajar cada marca si entonces define claramente unos segmentos para Águila, claramente unos segmentos para Pilsen, claramente unos segmentos para Póker, obviamente, claramente unos segmentos para Club Colombia y al momento de ingresar Peroni, igual también tenía claramente definido como un norte, como una estrategia de a qué tipo de consumidores queríamos llegar con cada una de las marcas, si?; ya dejamos de ser muy orientados al volumen; el volumen al final del día es importante, pero es poner cada marca en el sitio que realmente debe cumplir un papel importante en cada marca, si?; con base en esa segmentación de canales y esa misma segmentación inclusive de consumidores”(gris).

“Preguntado 32. ¿Se ha referido usted en su declaración a un cambio de estrategias de mercadeo para introducir cervezas Premium y otra variedad de cervezas porque no había Bavaria antes comercializado cervezas en el segmento de Premium?”

“Responde: *Porque no teníamos definido como ese horizonte claro a nosotros nos interesaba mucho vender litros, sí, pero no teníamos una diferenciación entre donde deberíamos desarrollar el segmento de las Premium donde deberíamos desarrollar el segmento de las populares, nuestro horizonte claramente estaba definido a unos volúmenes casi que sin importar mucho la marca, lo importante era pegarle a la meta de volumen sí.”*

Tal y como consta en los objetivos planteados en los estudios de segmentación de marcas realizados por Bavaria, en cuanto al punto de venta se refiere, esta compañía dirigió su estrategia a la firma de contratos de patrocinio con establecimientos líderes de opinión en las principales ciudades del país. La racionalidad de tales acuerdos está ligada a la visibilidad de las marcas Premium de Bavaria y el incremento en el volumen de sus ventas, lograda mediante el ofrecimiento de beneficios publicitarios y sumas de dinero a los establecimientos a cambio del compromiso por parte de éste último de tener preferencia en la venta de cervezas de la marca patrocinada, codificar las demás marcas de productos de Bavaria y realizar una compra mínima de productos,⁵⁹ lo que reduce las

⁵⁹ Sobre el punto en algunos **contratos de patrocinio** se establece claramente dicha obligación, es el caso del contrato con Congelados Nena Lela Ltda. para el patrocinio de Peroni: "(...) Se compromete a la compra de 20 cajas semanales entre las 2 sucursales" Visible a folio: 5657 CRB3. En el contrato de Basilica, cláusula 2da-contraprestaciones "(...) codificación de todas las marcas de cervezas fabricadas y/o comercializadas por la Empresa-preferencia en la adquisición y venta de los productos fabricados y/o distribuidos por la empresa o sus sociedades vinculadas garantizando un volumen mínimo de venta de descuentos (200) cajas mensuales de los mismos." Visible a folio: 3898 CRT 11.

En los correos electrónicos enviados entre funcionarios de Bavaria se da cuenta de dichos compromisos:

"Por la cual se cierra una investigación"

posibilidades de venta de cervezas Premium diferentes a las que son objeto del compromiso⁶⁰.

Con respecto a la exclusividad en las ventas y compras mínimas, de la lectura de los contratos de patrocinio que obran el expediente, se tiene que en los mencionados contratos de patrocinio se estipulaba lo siguiente:

- Correo electrónico de Jaime Andrés Rengifo Niño relacionado con la negociación con Parque 569 S.A.-zona VIP "(...) compromiso de ventas de 12 cajas semanales, ROMI del 18%".
- Correo electrónico de Jaime Andrés Rengifo Niño relacionado con la negociación de la cadena DLK y la Taquería. DLK: "Ventas: Compromiso de compra de 225 cajas mensuales de productos Bavaria. Facturación total por \$87.000.000". La Taquería: "Compromiso de compra de 200 cajas mensuales de productos Bavaria".
- Correo electrónico de Jaime A. Rengifo-negociación Leo Cocina y Cava. "Compromiso de compra de 60 cajas mensuales de productos Bavaria"-El bar de Leo: " Compromiso de compra de 60 cajas mensuales de productos Bavaria".
- Correo electrónico de Jaime A. Rengifo-Negociación chiquita-La Kasa-Cirkus: " En el contrato se establece un compromiso de compra mensual de 60 cajas por establecimiento (Alto teniendo en cuenta el ROS de Discotecas"- Visible a folio: 8430.
- Correo electrónico de Juan Carlos Molina-negociación Triada: " compra mínima de 280 cajas mensuales(todos los productos en los 3 establecimientos) para un total de 6.720 cajas durante la vigencia del contrato." Visible a folio: 7291.
- Correo electrónico de Maribel Gómez Maya-La Peña restaurante: "Existe un tope de venta mínimo de 40 cajas mensuales" Visible a folio: 8429.

⁶⁰ La **exclusividad en publicidad** establecida en los contratos de patrocinio va acompañada de exclusividad en las ventas, de hecho en las comunicaciones internas de Bavaria se observa la preocupación por la venta de otras marcas: "Exclusividad en venta de cervezas, aguas y jugos. cervezas venden actualmente Heineken y Corona(...)-correo electrónico de Mónica Gaviria a Maribel Gómez sobre la negociación a realizarse con IL FORNO. Visible a folio: 8429

"De igual forma RESTCAFE OMA S.A., se compromete a suspender la venta de Cerveza Heineken en nuestros restaurantes una vez se haya terminado con el stock que se encuentra actualmente en nuestras bodegas. De esta manera, garantizamos que las ventas de Cervezas de Bavaria, tendrán un incremento del 12% a partir del inicio de este acuerdo."- Documento del 23 de junio de 2005 relacionado con el plan de acción comercial 2005 entre Oma y Bavaria S.A.- Visible a folios 4213 a 4243.

Correo electrónico de Mónica Gaviria a Maribel Gómez sobre carta menú Café Moreno: " Mary: Después de esta costosa negociación: MESAS CON SOMBRILLA, PARASOL RETRACTIL, CASI UN AÑO SIN CARTA..PORQUE ESTAN 3 MARCAS IMPORTADAS? En qué condiciones se negoció? quién lo aceptó bajo estos parámetros? Visible a folio: 8429.

Correo de Mónica Gaviria para varios-estrategia de marcas-Peroni:" Defender su posición frente a las cervezas importadas en los sub-canales en donde Heineken hace fuerte presencia". Visible a folio: 7291.Véase: Testimonio de María Adelaida Moreno Caicedo, Representante Legal, Café Le Gris, La Rotonda y La Provincia.

"Pregunta 11: Señale si se ha vendido cerveza Heineken en los establecimientos mencionados atrás, en alguna época.

"Respondió: En Café Le Gris sí, en la Rotonda no, en La Provincia sí. A partir de la negociación con Peroni se dejó de vender Heineken, porque era un compromiso con los de Peroni.

"Pregunta 17: Puede usted indicarnos en que aparte del documento firmado por usted consta que está obligada a no vender cervezas importadas distintas a Peroni.

"Respondió: Eso no lo saqué yo del documento, el compromiso lo hice verbal con la persona de relaciones públicas de la empresa Peroni.

"Pregunta 40: Desea agregar, aclarar o modificar algo a la presente diligencia de testimonio?

Respondió: Sí, o sea, todo lo referente a la negociación de Peroni fue a través de Maribel Gómez, funcionaria de mercadeo de Peroni. Visible a folios 3965 y siguientes.

"Por la cual se cierra una investigación"

"PRIMERA: OBJETO: Por medio del presente contrato, la Empresa asume el patrocinio publicitario del Establecimiento de Comercio de propiedad del Patrocinado denominado Harry's Restaurante (en adelante "Establecimiento"), ubicado en la Calle 70 No. 5-57 de la ciudad de Bogotá D.C., con la cerveza de marca PERONI NASTRO AZZURRO."

"SEGUNDA: CONTRAPRESTACIONES: Como consecuencia de lo indicado en el objeto de este contrato el patrocinado le concederá a La Empresa, durante la vigencia del presente contrato, las siguientes contraprestaciones:

1) Lugar para la marca PERONI NASTRO AZZURRO (en adelante la "Marca"), en los espacios del Establecimiento relacionados a continuación:

a) Barra principal de licores, con un espacio mínimo de 2.20 Mts. y de 0.57 Mts., cuya posición podrá ser modificada cada mes, en todo caso se garantizará la exhibición frontal y lateral de la publicidad.

b) Exhibición de la marca a través de cajas de producto en la terraza interior del segundo piso, parte superior de la barra de comidas.

2) Ubicar en el establecimiento los elementos alusivos a la Marca, que se relacionan a continuación:

a) Portavasos y cristalería de la Marca.

3) Preferencia en la venta de los productos producidos y/o distribuidos por La Empresa o sus sociedades vinculadas, en especial los de la Marca.

4) Adquirir preferencialmente los productos producidos y/o distribuidos por La Empresa o sus sociedades vinculadas, en especial los de la Marca.

5) No suspender la venta de cerveza, durante el horario habitual de funcionamiento del Establecimiento. Se exceptúa de lo anterior los eventos privados o por disposición legal.

6) Permitir a la empresa la realización de actividades promocionales de la Marca previa autorización por escrito del Patrocinado.

7) Permitir a la Empresa la capacitación de los meseros y bartenders, en la comunicación e imagen de la Marca, buen uso y servicio del producto.

(...)

QUINTA: PRECIO. Como valor del patrocinio mencionado en la cláusula primera del presente contrato La Empresa pagará al Patrocinado la suma total de OCHENYA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (82.500.000.00)

(...)

SEPTIMA: VIGENCIA.- La vigencia del presente contrato iniciará a partir del primero de septiembre de 2006, hasta el treinta y uno de agosto de 2007.

(...)

NOVENA: EXCLUSIVIDAD.: El Patrocinado le concede por el presente contrato, a La Empresa la exclusividad para hacer publicidad y promociones en los eventos

"Por la cual se cierra una investigación"

especiales que se realicen en el Establecimiento, en relación con las cervezas que La Empresa produce o distribuye. En consecuencia se obliga a no celebrar ningún otro contrato que contenga objeto igual o similar al presente convenio o que de alguna manera perjudique los intereses de La Empresa." (Destacados fuera del texto)

Adicionalmente, en la visita de inspección llevada a cabo en las instalaciones de Bavaria, fueron encontrados en los computadores de funcionarios de la Empresa investigada, varios correos electrónicos en los que se discuten los términos y condiciones de los contratos de patrocinio, a través de los cuales se obligaban los Patrocinados a tener exclusividad en las ventas y en la publicidad de las cervezas de Bavaria, así como a la compra mínima de las mismas.

Mediante el correo electrónico de Mónica María Villa dirigido a Maribel Gómez, Brand Developer Peroni, Cervecería Union S.A., se remite una comunicación de FEDERICO JARAMILLO GÓMEZ, de La Receta y Cía. Ltda. dirigida al señor Sergio Rincón, relativa a la propuesta de Il Forno para el acuerdo de venta de productos Bavaria, en la cual se informa que los restaurantes de la sociedad se comprometen a vender únicamente las cervezas y aguas producidas por Bavaria. Adicionalmente, se comprometen a incrementar las compras totales de los productos Bavaria en un 30% comparadas con el mismo mes del año 2006, de lo contrario la duración del acuerdo se extenderá hasta cumplir con esa meta.

"De: Mónica María Villa para Maribel Gómez-viernes 11/01/2008 02:35 p.m.

"Medellín, Marzo 6 de 2007

Señor

SERGIO RINCÓN

BAVARIA S.A.

Medellín

Apreciado Sergio,

De acuerdo con lo hablado en la reunión de la semana pasada, te remito la propuesta de Il Forno para el acuerdo de venta de productos Bavaria.

Básicamente nuestra propuesta considera un precio de venta 100 pesos por encima del sugerido por ustedes en la reunión en las cervezas nacionales y unos juegos de sillas adicionales para el local de Palms Avenue. Es de anotar que este precio sigue siendo menor a los precios de venta de los restaurantes de la misma categoría en estas ciudades.

En mis anotaciones encuentro que la vigencia que teníamos establecida para el contrato que estuvimos a punto de firmar el año pasado era de un año e incluía la impresión de 3,000 baberos desechables por cuenta de Bavaria, por lo cual consideramos que esta propuesta es equilibrada y racional para ambas partes.

“Por la cual se cierra una investigación”

COMPROMISOS DE LOS RESTAURANTES IL FORNO - MAMASANTA

Los restaurantes de la sociedad se comprometen a vender únicamente las cervezas y aguas producidas por Bavaria.

Se comprometen a incrementar las compras totales de productos de Bavaria en un 30% comparadas con el mismo mes del año 2006, de lo contrario la duración del acuerdo se extenderá hasta cumplir con esa meta.

El precio de venta en el forno de Medellín, Manizales y Cali y en Mamasanta será de 2,800 pesos por cervezas populares, 3300 por cervezas Premium y 4000 por Peroni. En Pereira los precios serán 200 pesos más altos.

Cerveza	Compra	Venta
Club Colombia	1010	3300
Brava	1010	3300
Águila Light	768	2800
Águila	850	2800
Pilsen	850	2800
Peroni	1600	4000

En caso de darse incrementos de precio por parte de Bavaria, el incremento en el precio de venta será proporcional al incremento en el precio de compra del producto.

Se firma un contrato para cada razón social; uno para La Receta, uno para Pereira, uno para Manizales y uno para Mamasanta, para garantizar que cada uno quede obligado directamente con Bavaria a su cumplimiento.

COMPROMISOS DE BAVARIA

A los 30 días de firmado el contrato, Bavaria debe tener los siguientes juegos de sillas con la nueva imagen de Club Colombia en perfecto estado ubicados en los restaurantes:

Il forno Villa Grande	4 juegos de sillas y mesa con paraguas
Il forno Palms Avenue	4 juegos de sillas sin marcar y mesa con paraguas marcado. No nos permiten sillas marcadas.
Il forno Cali	8 juegos de sillas y mesa sin paraguas
Il forno Cali	3 juegos de sillas y mesa con paraguas
Il forno Manizales	4 juegos de sillas y mesa con paraguas
Mamasanta	10 juegos de sillas y mesa con paraguas

"Por la cual se cierra una investigación"

La carpa del local del Parque Lleras deberá ser renovada, ya que en la actualidad esta descocida.

Bavaria entrega como contraprestación a las empresas del grupo la suma de \$ 50'000,000 libras de retención y deducciones, los cuales serán repartidos a criterio de La Receta y Cía. Ltda. entre los restaurantes del grupo.

El dinero será entregado a La Receta y Cía. Ltda. 30 días después de la fecha de firma del contrato.

La duración del contrato es por un año y medio a partir de la fecha de la firma del mismo.

Saludos cordiales,

FEDERICO JARAMILLO GÓMEZ

La Receta y Cía. Ltda."

Asimismo, en el correo electrónico de Andrés Arteaga, House Entertainment Group Mercadeo, dirigido a Juan Carlos Gómez y Maribel Maya, se advierte que en los términos y condiciones de los contratos a suscribir con Circus y Lakasa, se establecía que Bavaria tendría exclusividad en sus productos y el Patrocinado se comprometía a compras mínimas de 50 cajas de cervezas producidas por Bavaria.

De: Andrés Arteaga

Para: Juan Carlos Gómez y Maribel Maya-miércoles 26/12/2007 11:

Juanchilas según lo que hablamos esta es la propuesta para Circus y Lakasa para el 2008.

La inversión para cada sitio sería de \$ 60.000.000 (sesenta millones de pesos) de los cuales \$ 10.000.000 serían para la aplicación de marca en cada sitio, uniformes, cristalería, p.o.p etc.

Para Circus la cerveza sería reeds y para LaKasa Brava estas dos tendrían un precio especial que lo definiríamos entre los dos.

Bavaria tendría derecho a imagen en todo lo que estos dos sitios saquen de publicidad, exclusividad en sus productos y un contrato por 2 años con unas compras mínimas de 50 cajas de sus cervezas.

"Por la cual se cierra una investigación"

Muchas

gracias,

-- Andres Arteaga I.

5-HouseEntertainmentGroup"

Mercadeo

2629166

316 876 48 39 "

A su vez, en el correo electrónico de Maribel Gómez Maya, Brand Developer Peroni, Cervecería Unión S.A. dirigido a Noel Rodríguez Lamus, relativo a la negociación de los términos y condiciones del contrato de patrocinio del Hotel Dann Carlton y Belfort Dann Carlton, se señaló expresamente la exclusividad en ventas que se pactaba en los contratos de patrocinio que suscribía Bavaria con sus clientes.

"De: Maribel GOMEZ Maya
Enviado el: Jueves, 05 de Julio de 2007 11:23 a.m.
Para: Noel Rodriguez Lamus
Asunto: Dann Carlton

"Buenos días!

"Espero que estés muy muy bien...

"Según la negociación que se había planteado desde ppios de año para la vinculación de Bavaria con el Hotel Dann Carlton y Belfort Dann Carlton, tenemos lo siguiente:

1) Mini bares:

-Venta exclusiva de Pdtos de nuestro portafolio:

-Peroni

-Club Colombia

-Águila Light

-Agua Brisa

Vinculación:

-200 unidades para primer surtido Peroni

-700 cartas minibar (cambio de Heineken a Peroni se deben reimprimir)

*Costo estimado \$1.320.000

2) El Puerto:

-Venta exclusiva de pdtos de nuestro portafolio

-Establecer Viernes Club Colombia (ellos cubren el grupo)

-Exhibición de marca

-Venta agua Brisa

Vinculación:

-24 uniformes Club Colombia Meseros

"Por la cual se cierra una investigación"

-11 mesas (diseño especial)
-54 sillas (diseño especial)
-4 juego mesa con parasoles (cambio nueva imagen)
-Desarrollo de carta menú cantidad 100 unidades
*Costo estimado \$17.000.000
El puerto fue preaprobado por Helber, en una reunión con Monica

3) Restaurante Spiga:
Plato del chef recomendado con Club Colombia
Tend card en cada mesa
Imagen publicitaria interna

Vinculación
-400 cartas menú para Dann y Belfort con imagen patrocinador
-300 cartas de licores para Dann y Belfort con precios regulados y segmentados
-Exclusividad en aguas
*Costo estimado:\$5.000.000

4) Room Service y fast food:
-Venta exclusiva de nuestras cervezas
Baby beff acompañado de Club Colombia

Vinculación
700 cartas menú Dann y Belfort
400 cartas fase food Dann y Belfort con imagen Brisa
Costo estimado:\$7.000.000

Inversión total Hotel Dann Carlton y Belfort Dann Carlton:
\$30.320.000
Espero tu respuesta

Maribel Gómez Maya
Brand Developer Peroni
Cervecería Unión S.A.
Tel:3722400 Ext:46468
Cel:315 3967655"

Por otra parte, en el correo electrónico de Fabio Andres Cano dirigido Juan Carlos Molina Londoño, se señaló lo que debería ser entregado por parte de Bavaria a varios de los establecimientos con los cuales celebraban contratos de patrocinio, los cuales en contraprestación se obligaban a tener exclusividad en el portafolio de cervezas.

"De: Fabio Andres Cano Solórzano
Enviado el: Viernes, 26 de Octubre de 2007 04:34 p.m.
Para: Juan Carlos Molina Londoño
CC: Monica Maria Gaviria Villa; Juan Carlos Vanegas Munera; Cesar Augusto

"Por la cual se cierra una investigación"

Vanegas Cardona

Asunto: Negociaciones sur

"Hola Juan, ¿cómo vas?"

Te cuento que en el día de ayer estuve visitando varios establecimientos de tu gerencia y quería contarte a grandes rasgos lo que se planteo en las visitas, ya el coordinador y/o el brand harán las solicitudes correspondientes formalmente como se deben hacer:

El Malecón de la Doctora (Sabaneta)

1. Les daremos dos sombrillas Monopata para el Deck, Club Colombia
2. Solicitaron 15 juegos de mesas y sillas de Club Colombia, al rechazarles esta propuesta, ellos preguntan qué posibilidad hay de que les suministremos 15 sombrillas solas para ellos ponerlas en sus propias mesas?..... tú crees que se puede?
3. como Coca cola, le hará las cartas, están hablando con ellos para tener algo especial en ellas, con Club Colombia, así tendríamos imagen y no gastaríamos en este ítem.
4. Tend Cards con combos de platos y cerveza (por definir los platos).
5. **Exclusividad en el portafolio de cervezas.**
6. Un botellero de 150 unidades Club Colombia.
7. Los uniformes, con costos muy económicos pues ellos mismos los harán, 12 delantales que cuestan \$200.000 (faltan en todo caso las cotizaciones.) y camisas manga corta, ambos con logo de Club Colombia.
8. Cristalería y posavasos de nuestras marcas, con ritual de servido.
9. Compra de Peroni y Redd's

Pomodoro (Bolívariana)

1. Tend card de Club Colombia, les haremos unos habladores con un combo (plato + Club Colombia)
2. Aviso luminoso de la marca en el frente de la entrada.
3. Nevera de 4" de Club Colombia, en lugar visible
4. **Solo venden Peroni y Club Colombia, se comprometen a vender además Redd's y Águila Light.**
5. El establecimiento es pequeño pero muy bien decorado y organizado, quisiera saber si hay alguna posibilidad de cambiarles una lona verde por lona de Club Colombia, la cotizo y te paso el dato a ver si nos puedes dar un OK. (no debe pasar de \$1'000.000)
6. Quitaran el aviso de menú ejecutivo, pues no va de la mano con nuestra marca, tendremos mejor la sugerencia del chef.
7. cristalería y posavasos de las marcas que ofrecen.
8. ritual de servido.
9. cambio de cartas en enero, pero podemos cambiar desde ya la página de las bebidas, para incluir Redd's y Águila Light.

"Por la cual se cierra una investigación"

10. *Jerarquía de precios según las marcas y menos venta de jugos.*

Pacha's arepas (Bolivariana)

Este cliente quería ser Club Colombia, pero por la infraestructura y las comidas que vende y por otros motivos, le propusimos Águila mientras hace unas remodelaciones, pues la carrera 70 va a cambiar para volverse similar a la 33, y el hará unos cambios en su negocio, por ahora nos comprometimos a apoyarlo con.

1. *tend cards en mesa con habladores donde publiquemos combos de los mejores platos, con Águila.*
2. *después de una encuesta que realizara el negocio, le haremos las cartas.*
3. *disminución de venta de jugos y aumento de precio de los mismos para que la gente prefiera cerveza.*
4. *pendón de hora feliz en ocasiones donde la gente este viendo partidos de fútbol (2X1)*
5. *Venderá Peroni y Redd's que no las tenía.*
6. *Entregaremos cristalería de las marcas con posavasos.*

Pietra Santa (Envigado)

Después de hablar con Carlos el administrador, quedo muy claro que por ahora no podemos invertir en este negocio, hasta que las ventas no pasen de 5 cajas a 17 cajas a la semana como minimo.

Les ayudaremos por ahora con:

1. *Nevera de 18 pies de Club Colombia.*
2. *Vasos y posavasos de nuestras marcas.*
3. *tend cards y combos de los mejores platos con Club Colombia.*
4. *disminución de venta de jugos.*
5. *introducción de Redd's al establecimiento.*

Cuando estén aumentando las ventas considerablemente, volveremos a tocar el tema de la inversión, por ahora el quedo de hablar con los dueños para organizar algunos puntos que ayuden al aumento de la venta de cervezas.

La Doctora, necesitamos hacer cambio del aviso exterior, tiene imagen vieja de Club Colombia, el brand verificara si la solicitud está hecha y en caso de que no este, la pondrá en proceso.

Te cuento todo en este correo para que estés enterado ya que debemos seguir los procesos de solicitud de activos y elementos al pie de la letra, como podrás ver son negociaciones donde estamos exclusivos y no se realizaron inversiones gigantescas de dinero.

Cualquier inquietud me cuentas y voy a estar al tanto de todas las solicitudes para que le cumplamos a nuestros clientes.

Pd. Perdón por lo largo del correo

Saludos,"

Así pues, del conjunto de pruebas recabadas durante la investigación parece haber una inequívoca muestra de la intención de desarrollar una estrategia de posicionamiento de

“Por la cual se cierra una investigación”

marcas (sin la equiparable intención de alcanzar cuotas de ventas en términos de volumen), la cual implicó la exclusión de competidores de los puntos de venta con los que se contrató, y que las cláusulas de exclusividad fueron instrumentales para ese propósito. En efecto, se encontró que la exclusión de ciertos competidores se realizó mediante diferentes medios como contratos de exclusividad, contratos de patrocinio, ventas con prioridad, entre muchas otras, cuyo único objetivo fue posicionar a la marca Peroni en el mercado, usando el poder de dominio de la empresa Bavaria y su marca Club Colombia, también participante del mercado de cervezas Premium distribuidas en el canal HORECA.

6.6.2.2 Alcance o extensión de la conducta investigada

Definida la posición de dominio de la investigada y la idoneidad de la conducta para excluir a terceros, resta ahora determinar el alcance de la conducta conforme con las pruebas obrantes en el expediente, con el fin de determinar si en efecto, la conducta permitió obstruir o impedir el acceso al mercado o a los canales de comercialización. Lo anterior es necesario, en tanto que este Despacho considera que constatar que se realizó una conducta que implicó la celebración de contratos con cláusulas de exclusividad y patrocinio, no implica necesariamente que dicha conducta, tratándose de un supuesto abuso de posición dominante, produjo efectos anticompetitivos, y en particular, que permitió obstruir o impedir 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 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, conforme con el lenguaje usado por el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, también resulta necesario determinar su alcance, del cual depende, finalmente, la capacidad de la conducta para producir efectos anticompetitivos.

El análisis de la determinación del alcance es contextual, y por lo tanto, este Despacho se abstiene de presentar consideraciones generales que condenen toda exclusividad en ventas o en publicidad, considerando que una correcta interpretación de las normas de competencia, a la luz de sus propósitos y objetivos constitucionales, invita a hacer consideraciones según los hechos y las circunstancias de cada caso. En particular, es importante señalar que la valoración de una conducta presuntamente abusiva de la posición dominante es diferente según el alcance o la extensión que tenga en el mercado relevante que se investiga.

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

“Por la cual se cierra una investigación”

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.

Este Despacho concluye que la empresa investigada tuvo una estrategia eficaz en lograr capturar ciertos establecimientos de reconocida reputación en la mayoría de las ciudades visitadas. En efecto, constan en el expediente pruebas que muestran que, en algunos casos, los administradores de determinados locales comerciales que expendían la cerveza de marca Heineken cambiaron de proveedor a la empresa Bavaria, motivados por la falta de apoyo para la realización de eventos. Asimismo, y corroborando lo anterior, hay pruebas que acreditan que las expectativas generadas por los acuerdos de apoyo con Bavaria dificultaban arreglos menos onerosos para tener acceso a los establecimientos HORECA. Es decir que a menos que se aplicara una estrategia similar a la de Bavaria, el acceso resultaba efectivamente bloqueado⁶¹.

Esta Superintendencia, durante la investigación, visitó una muestra particular de establecimientos HORECA de particular significancia en el mercado relevante: se trata de una fracción importante de establecimientos en las principales ciudades del país, según establece el Informe Motivado⁶². Sin embargo, tan solo se logró recabar evidencias de contratos y acuerdos con 35 establecimientos en el canal HORECA visitados en Bogotá y Medellín, lo que, muy a pesar de la evidencia obtenida en correos y testimonios, no permite inferir más allá de la duda razonable que la conducta investigada tuvo una extensión idónea para restringir la entrada a terceros al mercado o al canal de comercialización.

En resumen, aunque la mayoría de la evidencia apunta a que existió una estrategia nacional de comercialización por parte de la empresa investigada, la misma no tuvo el alcance suficiente como para considerar que en efecto hubo una obstrucción de la entrada a potenciales o actuales competidores en el mercado relevante.

6.6.3. De las conductas cuyo objeto o efecto es subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, ajenas al objeto del negocio

Adicionalmente a los anteriores cargos, la Delegatura ordenó abrir investigación para determinar si BAVARIA S.A. había actuado en contravención a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Al respecto la resolución de apertura señaló que

“Para efectos de introducir la cerveza marca Peroni al mercado, supuestamente algunos bares y restaurantes se obligaron a recibir de Bavaria una contraprestación económica o de otra especie, a cambio de que ofrecieran solamente Peroni en el segmento de cervezas Premium”⁶³.

⁶¹ Visible a folios: 5420 y 5421, del cuaderno reservado terceros no. 20.

⁶² Informe Motivado, pág. 10-12 y pág. 40-46.

⁶³ Folios 934 a 943, cuaderno público 2.

“Por la cual se cierra una investigación”

Al tenor de la disposición supuestamente vulnerada, que proscribe las llamadas ventas atadas, se tiene que la subordinación del suministro de un bien o servicio a condiciones u obligaciones adicionales puede constituir una venta atada. Se dice que hay una atadura en la venta o prestación de un bien o servicio en aquellos contratos en los que el contratista es sometido a adquirir un bien o servicio. Estos actos pueden ser considerados como ilícitos y contrarios al artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Sin embargo, conforme con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, sólo aquellos actos que sean anticompetitivos o restrictivos de la competencia son ilícitos.

De esta manera, una venta es atada si concurren los siguientes hechos:

Primero, el vendedor tiene posición de dominio en el mercado del producto o servicio principal (atante). Segundo, el comprador de alguna manera, es forzado a adquirir el producto o servicio secundario (atado). Se podría decir que un contratista es forzado, entre otros, cuando no existe opción de adquirir el producto sin el atado, existe un incentivo financiero que impone la compra del bien atado, o existe un diseño que impide la adquisición de un producto sin el otro.

Ahora bien, la concurrencia de los hechos anteriores no necesariamente hace la venta anticompetitiva. Existen eventos en los que la subordinación provee y genera mayores eficiencias económicas, bienestar de los consumidores y libre concurrencia de competidores. Por ejemplo, existen eficiencias derivadas de la provisión conjunta de bienes, ya sean éstas resultado de la transacción o de eficiencias en la producción, que hacen al bien un producto único. Por lo anterior, aplicar un estándar fundado en meros requisitos, podría crear un alto riesgo de error, desincentivando conductas que incrementarían el bienestar del consumidor buscado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

En este escenario, este Despacho resalta que, según lo establecido anteriormente, Bavaria efectivamente cuenta con posición de dominio en el mercado de la producción de cervezas Premium a través del canal Horeca. Pese a lo anterior, y a partir del análisis de las pruebas que obran en el expediente, no es posible concluir que existiera un factor por virtud del cual los propietarios de los establecimientos de comercio se vieran forzados y cohibidos de manera tal que los coaccionara a vender exclusivamente cervezas del portafolio de Bavaria, atado a la consecución de un patrocinio publicitario. Contrario a lo observado en la Resolución de apertura, y corroborado por el Informe Motivado, las acciones de Bavaria parecen haberse enmarcado dentro del ámbito de la autonomía comercial, en tanto los propietarios de los establecimientos de comercio tenían plena potestad para negarse a acceder al patrocinio sin el apremio derivado de la venta exclusiva.

Lo anterior por cuanto los contratos fueron suscritos de común acuerdo, previo a negociaciones incentivadas principalmente por el apoyo económico ofrecido por Bavaria, beneficiándose por una parte ésta, de la promoción y publicidad de sus productos, y por otra, los bares y restaurantes con las contraprestaciones que recibieron a cambio.

Así las cosas, el Despacho no encuentra probado que Bavaria se rehusare a vender sus productos en el evento en que el propietario del establecimiento de comercio no aceptara los términos de los contratos de patrocinio.

6.7 Conclusiones

A partir de lo expuesto en los numerales anteriores se concluye lo siguiente:

- Que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo que se refiere a la conducta investigada, no ha caducado. Lo anterior, debido al carácter continuado de dicha conducta y debido a que la caducidad se estima a partir de la vigencia del último contrato que hace parte del material probatorio evaluado que consta en el expediente.
- Que el ámbito temporal del mercado relevante para efectos de analizar la conducta investigada no está determinado por las pruebas recogidas durante la investigación preliminar, sino que está determinado por los distintos elementos que se señalan en el Informe Motivado. Lo anterior, debido a que la Resolución de Apertura no puede determinar el alcance de las pruebas que fueron recogidas con posterioridad.
- Que el mercado relevante, para efectos de la conducta investigada, consiste en la distribución y comercialización de la cerveza Premium, tanto nacional como importada, que se ofrece por medio del canal HORECA para el consumo *on premise*. Dicho mercado incluye las marcas Club Colombia y Peroni de la empresa Bavaria S.A.
- Que las normas aplicables frente a la conducta investigada comprenden la Ley 155 de 1959, artículo 1º, y el Decreto 2153 de 1992, artículo 50 numeral 6º. La ley 1340 de 2009, que también haría parte de este conjunto, no es aplicable, por haber sido expedida posteriormente al periodo en el que transcurrió la conducta investigada.
- Que la conducta investigada, de acuerdo con el Informe Motivado, (i) fue puesta en marcha valiéndose de un vehículo denominado "contratos de patrocinio", por medio de los cuales Bavaria entregó recursos económicos a los establecimientos "patrocinados" a cambio de lo cual éstos adquirieron la obligación de (ii) realizar acuerdos de publicidad exclusiva de algunas de las marcas de Bavaria, particularmente la marca Peroni, (iii) adquirir y vender de manera exclusiva productos de dicha sociedad, lo cual fue subrepticamente disimulado mediante el uso de la expresión "preferencia" en lugar de exclusividad, y (iv) comprar cantidades mínimas de productos de dicha la sociedad investigada. Esta estrategia (v) estuvo acompañada de acciones de monitoreo en los puntos de venta, (vi) y de un conocimiento en cuanto a la ilegalidad de la conducta y de esfuerzos tendientes a ocultar la misma del escrutinio público⁶⁴.
- Que para aplicar las normas sobre impedir u obstruir a terceros la entrada al mercado o a la cadena de comercialización como una forma de abuso de la posición dominante, este Despacho considera pertinente determinar (i) si la parte investigada tiene una posición dominante en el mercado relevante previamente

⁶⁴ Informe Motivado, pg. 37.

“Por la cual se cierra una investigación”

definido, y de tener dicha posición; (ii) si la conducta estudiada tiene la extensión suficiente en el mercado correspondiente como para excluir a competidores actuales y potenciales; y de ser así (iii) cuales pueden ser los beneficios para el consumidor esperados que justifican su realización; adicionalmente, es necesario determinar (iv) si, dadas las características particulares del mercado, hay otros medios menos lesivos para la competencia, que permitan alcanzar el fin o propósito que se busca con la conducta investigada.

- Al aplicar estos criterios al caso concreto, se encontró (i) que la empresa Bavaria S.A. tiene posición dominante en el mercado relevante, y (ii) que Bavaria aplicó una estrategia de comercialización que podía ser idónea para excluir a sus competidores del mercado; (iii) que no está probado en el expediente que la estrategia de Bavaria hubiera sido lo suficientemente extensa en el mercado o canal de comercialización como para afirmar, más allá de la duda razonable, que ésta impidió el acceso u obstruyó la entrada de competidores. Por esto, no se hace necesario para este Despacho estudiar si existieron beneficios para los consumidores derivados de la conducta o si no existían, conforme con la estructura del mercado, otros medios menos lesivos para la competencia.
- Que respecto de las conductas relacionadas con la subordinación de suministro al cumplimiento de obligaciones adicionales, el Despacho concluye que, tal como se dijo atrás, Bavaria efectivamente cuenta con posición de dominio en el mercado.
- Que del análisis de las pruebas que obran en el expediente, no es posible concluir categóricamente que existiera un factor por virtud del cual los propietarios de los establecimientos de comercio se vieran forzados y cohibidos a firmar contratos de patrocinio a cambio de la venta exclusiva. Así, conforme con las pruebas obrantes en el expediente, dichos contratos aparentemente generaron beneficios para las dos partes, la parte dominante, de la promoción y publicidad de sus productos, y los bares y restaurantes de las contraprestaciones que recibieron a cambio.

Por lo anterior, no encuentra probado que Bavaria se rehusare a vender sus productos en el evento en que el propietario del establecimiento de comercio no aceptara los términos de los contratos de patrocinio.

Por lo anteriormente expuesto, el Superintendente de Industria y Comercio

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar la terminación de la investigación abierta mediante Resolución No. 11304 de abril de 2007, en contra de la sociedad BAVARIA S.A., con Nit: 860005224-6 de conformidad con lo expuesto en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordenar la terminación de la investigación abierta mediante Resolución No. 11304 de abril de 2007 en contra del señor KARL LIPPERT, con Pasaporte No. 3559069265.

“Por la cual se cierra una investigación”

ARTÍCULO TERCERO: Archivar la presente investigación.

ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, con cédula No. 19.489.933 en su calidad de apoderado de la empresa BAVARIA S.A y del señor KARL LIPERT y al señor MARTÍN CARRIZOSA CALLE, con cédula 79.281.089, en su calidad de apoderado de HAINEKEN INTERNATIONAL DE COLOMBIA S.A., sociedad reconocida como tercero interesado, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 22 JUN 2011

El Superintendente de Industria y Comercio,


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Juan Pablo Herrera/Pablo Márquez
Revisó: Pablo Márquez/Juan Pablo Herrera/Carolina Salazar

Notificaciones

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

Apoderado
BAVARIA S.A.
KARL LIPPERT
Calle 72 No. 6-30 Piso 12
Tel. 3122900
Bogotá

MARTIN CARRIZOSA CALLE

Apoderado
HEINEKEN INTERNATIONAL DE COLOMBIA S.A.
Carrera 9 No. 74 – 08 Of. 403
Tel 3268600
Bogotá