

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN NÚMERO Nº 35103 DE 2016

(03 JUN 2016)

Radicación: 11-81018

*"Por la cual se archiva una investigación"***EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD HOC**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial, en las previstas en la Ley 1340 de 2009 y los Decretos 4886 de 2011 y 2153 de 1992, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 58378 del 28 de septiembre de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (la "Delegatura"), abrió una investigación y formuló pliego de cargos contra Vinos de la Corte S.A. en REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL ("Vinos de la Corte"); Bodegas Santa Lucía S.A.S. ("Bodegas Santa Lucía"); Casa la Viña LTDA. ("Casa la Viña"); Vinos y Aperitivos de la Costa Ltda. ("Vinos y Aperitivos de la Costa"); Embotelladora Capri LTDA. ("Embotelladora Capri"); Bodegas Vinzzana LTDA. ("Bodegas Vinzzana"); Industria Licorera de Sucre S.A.S. ("Licorera De Sucre"); Productos M Y M Ltda. ("Productos M Y M"); Licores y Aperitivos del Caribe S.A.S. ("Licores Y Aperitivos Del Caribe"); Licores Alfa LTDA. en Liquidación ("Licores Alfa"); Laboratorios Alfa S.A.S. ("Laboratorios Alfa") y C.I. Bodegas Alicante S.A.S ("Bodegas Alicante"), para determinar la posible infracción de lo dispuesto en los artículos 10, 15 y 18 de la Ley 256 de 1996, relacionados con actos de competencia desleal administrativa de confusión, explotación de la reputación ajena y violación de normas, respectivamente.

En la misma Resolución No. 58378, también se decidió la apertura de investigación formal y formulación de pliego de cargos contra Germán Carlos de Laire Forttes, representante legal de Vinos de la Corte; Ramón Antonio Castillo Castillo, representante legal de Bodegas Santa Lucía; Jorge Eduardo Nieto Martínez, representante legal de Casa la Viña; Marina Contreras Noriega, representante legal de Vinos y Aperitivos de la Costa; Luís Felipe Moreno Echavarría, representante legal de Embotelladora Capri; Bertha del Socorro Torres De Gallego, representante legal de Bodegas Vinzzana; Armida López Genez, representante legal de Licorera de Sucre; Javier Maldonado Maldonado, representante legal de Productos M Y M; Dilcia Edith Beltrán Zabaleta, representante legal de Licores y Aperitivos del Caribe; Jaime Luís Hernández Flórez, representante legal de Laboratorios Alfa; Medardo Hernández Bueno, representante legal de Licores Alfa (esta persona falleció el 13 de noviembre de 2011, según consta en folio 1974 del Cuaderno Público No. 10 del expediente) y María Elena Arango Gutiérrez, representante legal de Bodegas Alicante, por la presunta configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Posteriormente, mediante Resolución No. 46116 del 31 de julio de 2013, la Delegatura adicionó y modificó la Resolución No. 58378 del 28 de 2012, para vincular a la investigación y formular pliego de cargos a la Casa Licorera del Norte LTDA ("Licorera del Norte") y a Lucas Fernando Pérez Acosta propietario del establecimiento de comercio la Viña del Tonel, por la presunta infracción de lo dispuesto en los artículos 10, 15 y 18 de la Ley 256 de 1996.

Adicionalmente, se vinculó a Luís Alberto Forero Barbosa, por la presunta configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Luego, a través de la Resolución No. 48347 del 11 de agosto de 2014, la Delegatura desvinculó de la investigación a Lucas Fernando Pérez Acosta, propietario del establecimiento de comercio La Viña del Tonel, debido a que su vinculación a la actuación obedeció a la similitud en el nombre del establecimiento de su propiedad con el de Viña del Tonel, que fue un establecimiento denunciado en otra investigación.

SEGUNDO: Que la presente investigación tuvo como origen la denuncia presentada por Luz María Zapata Zapata, en su condición de Directora de la Asociación Colombiana de Industrias Licoreras (en adelante "ACIL") mediante comunicación radicada con el No. 11-81018-1 del 29 de junio de 2011.

Dos años después, se amplió la denuncia formulada, mediante comunicación radicada con el No. 11-81018-103 del 15 de abril de 2013, en la que se le informó a la Delegatura, que algunas compañías productoras de aperitivos utilizaron indebidamente envases de vidrio que contenían signos distintivos debidamente protegidos ante las autoridades competentes, consistentes en símbolos y marcas gravadas de compañías licoreras tales como la Fábrica de Licores de Antioquia, la Industria de Licores del Valle y la Industria Licorera del Cauca. Según la denuncia, la utilización de dichos envases, correspondió a un acto de competencia desleal por inducir a error al consumidor sobre el verdadero origen del licor contenido en los recipientes.

TERCERO: Que, transcurrido el término para solicitar y aportar pruebas conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, surtida la notificación de la resolución de apertura de investigación y del pliego de cargos a los investigados, la Delegatura mediante Resolución No. 33220 del 27 de mayo de 2014, modificada por la Resolución No. 48347 del 11 de agosto de 2014, decretó, la práctica de pruebas de oficio, que dicho despacho consideró conducentes, pertinentes y útiles, así como la práctica de las pruebas solicitadas por los investigados.

CUARTO: Que mediante Decreto 2367 del 26 de noviembre de 2014, el Presidente de la República designó a Francisco Reyes Villamizar, Superintendente de Sociedades, como Superintendente de Industria y Comercio ad-hoc para conocer de todos los asuntos que deba atender en relación con la presente investigación, a la cual le corresponde el radicado No. 11-081018.

QUINTO: Que, concluida la etapa probatoria y celebrada la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, la Delegatura procedió a elaborar un informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado"), cuyo texto fue expedido el 11 de diciembre de 2015 y en el cual se recomendó archivar la investigación adelantada contra los investigados, al no encontrarse probados los actos de competencia desleal imputados.

De acuerdo con lo anterior, el Informe Motivado está dividido en dos partes. En primer lugar, se incluye un análisis del mercado, posteriormente se hace referencia al estudio del comportamiento de los investigados y en segundo lugar, se presentan las conclusiones respecto de las presuntas irregularidades procesales alegadas por los investigados.

5.1. Análisis de mercado

Con fundamento en la información de ventas por tipo de producto (aperitivos, licores, vinos y vinos de fruta) de cada una de las compañías investigadas, la Delegatura concluyó que seis de dichas compañías se dedican a la venta de aperitivos, vinos y licores, cinco a la venta de aperitivos y vinos y una a la venta de aperitivos y licores.

De acuerdo con la Delegatura y en los términos previstos en el Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012, en Colombia, las bebidas alcohólicas tienen una concentración no inferior a 2.5 grados alcoholimétricos, son productos aptos para consumo humano y carecen de indicaciones terapéuticas. Así las cosas, dichas bebidas, se clasifican en los siguientes grupos: (i) cervezas, (ii) licores (para denominar de manera genérica a las que tienen más de 20 grados alcoholimétricos) y (iii) otras bebidas alcohólicas, tales como aperitivos, vinos y vinos de fruta.

En cuanto a los procesos productivos de las distintas bebidas alcohólicas, se concluyó en el Informe Motivado que el proceso común es la fermentación, mientras que los insumos y procesos subsiguientes difieren para cada tipo de bebida alcohólica, como es el caso de la destilación, que es el procedimiento utilizado para la elaboración de licores.

Posteriormente, la Delegatura determinó que el mercado relevante objeto de la conducta investigada correspondió a: (i) la producción y venta de aperitivos de origen nacional en el territorio colombiano y (ii) la producción y venta de licores de gama baja de origen nacional en el territorio colombiano.

En el mismo sentido, dicho despacho señaló que el análisis se limitó a las bebidas alcohólicas antes mencionadas, en atención a que las pruebas allegadas en la etapa de queja y los hechos planteados en los escritos de denuncia, se relacionaron con este tipo de bebidas.

Es importante tener en cuenta que luego de un análisis de los procesos productivos, características (grados alcohólicos) y precios de las diferentes bebidas alcohólicas, la Delegatura precisó que ni los aperitivos de origen nacional, ni los licores de gama baja de origen nacional, tienen productos sustitutos y que dichas bebidas, no son considerados sustitutos entre sí.

Adicionalmente, la Delegatura tuvo en cuenta que en el mercado de licores puede presentarse una segmentación originada en la calidad de la bebida, razón por la que es posible encontrar diferentes categorías de licores que son demandados por distintos grupos de consumidores.

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura determinó que los licores objeto de análisis, se clasifican en: *esencias*, *secundarios* y *estándar*, debido al corto o incluso inexistente período de añejamiento y que su precio de venta promedio anual entre 2010 y 2013 oscilaba entre ocho mil y doce mil pesos colombianos por litro. Lo anterior tiene como consecuencia que los licores de alta calidad y precio, clasificados como "*Premium*" y "*Superpremium*", en su mayoría de origen extranjero, no puedan ser considerados como sustitutos de los licores fabricados por las investigadas.

Respecto del mercado geográfico, la Delegatura concluyó que este correspondía al territorio nacional, ya que a pesar de que las compañías se encontraban localizadas en las regiones andina, caribe y pacífico, las pruebas dejaron de presente que las ventas de los productos se realizaba a nivel nacional.

Para calcular la cuota de participación de las compañías investigadas en el mercado de aperitivos de origen nacional, la Delegatura tuvo en cuenta las cifras de la Encuesta Anual Manufacturera ("EAM") del Departamento Administrativo Nacional de Estadística ("DANE"), específicamente en lo referente a las ventas totales de aperitivos en el país y a las ventas totales de aperitivos reportadas por cada una de las compañías investigadas. Con base en dicha información, se concluyó en el Informe Motivado que la participación de las compañías investigadas durante los años 2010 a 2013 en el total de ventas de aperitivos en el país fue baja, con un promedio anual que en dicho período no excedió del 1,76%.

De otra parte, para el cálculo de la participación de las compañías investigadas en el mercado de licores de gama baja de origen nacional, la Delegatura tomó de la EAM, las cifras de las ventas totales de licores producidos en el país, así como las ventas totales de licores reportadas a esta Superintendencia por las siete compañías investigadas que producen licores de gama baja. De dicha información, se concluyó que en este mercado, la participación de las compañías investigadas entre 2010 y 2013 fue significativamente baja, con un promedio anual del 0,03% del total de ventas de licores.

Con base en los cálculos realizados, la Delegatura determinó que durante el periodo 2010 a 2013 la participación individual de las compañías investigadas no fue significativa en los mercados de aperitivos y licores.

Ahora bien, respecto del análisis de barreras a la entrada de competidores, específicamente respecto de las posibles barreras legales, el análisis es diferente en el caso de los aperitivos, que en el de los licores. Lo anterior, debido a que en la Ley 14 de 1983, se establece que los aperitivos son

03 JUN 2016

de libre producción y distribución, mientras que en el caso de los licores se ha determinado un régimen para la introducción y venta de licores destilados, sobre los cuales cada departamento ejerce el monopolio como arbitrio rentístico, el cual puede interpretarse como una barrera para la entrada de productos fabricados por compañías externas a cada uno de los departamentos.

De otro lado, aquellas compañías que tengan la intención de producir y vender tanto aperitivos como licores, así como aquellas que desarrollan dicha actividad, deberán cumplir el reglamento técnico sobre requisitos sanitarios para la fabricación, elaboración, hidratación, envase, almacenamiento, distribución, transporte, comercialización, expendio, exportación e importación de bebidas alcohólicas destinadas al consumo humano previsto en el Decreto 1686 del 2012. En relación con esta situación, la Delegatura concluyó que dicho requisito no corresponde a una barrera legal que limite de manera significativa, las actividades arriba mencionadas.

En cuanto a las barreras técnicas la Delegatura concluyó en la página 55 del Informe Motivado que *"el mercado nacional de aperitivos y licores no presenta barreras técnicas significativas que impidan la entrada a nuevos competidores (...)"*.

Respecto del análisis de costos, la Delegatura pudo establecer que en promedio, el costo de los envases representa el 19% de los costos de producción de las compañías investigadas, mientras que en la compra de envases para sus productos, dichas entidades utilizaban el 12% de sus ingresos por ventas.

5.2. Consideraciones sobre las conductas investigadas

En relación con este asunto, la Delegatura señaló que para examinar la comisión de presuntos actos de competencia desleal, debe establecerse que la afectación por dichos actos tenga como efecto una distorsión de un mercado específico (interés general) y que el comportamiento analizado corresponda al ámbito objetivo, subjetivo y territorial de aplicación de la Ley 256 de 1996 y si éste corresponde a las descripciones normativas previstas en los artículos 7 a 19 de dicha ley.

(i) Actos de competencia desleal imputados

En primer lugar, la Delegatura indicó que según el artículo 269 de la Ley 9 de 1979, fue posible constatar que la reutilización de envases estaba permitida para la época de los hechos denunciados, siempre y cuando dichos envases no hubieran sido utilizados para sustancias peligrosas y no ofrecieran peligro de contaminación para alimentos o bebidas, una vez lavados, desinfectados o esterilizados. Adicionalmente, el mencionado despacho señaló que el artículo 270 de dicha ley añadió un precepto según el cual, los recipientes de los productos comercializados no podían exhibir marcas o leyendas que correspondieran a otros fabricantes o productos.

La Delegatura determinó que la conducta desarrollada por los investigados estuvo permitida hasta la entrada en vigencia del párrafo del artículo 31 del Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012, que estableció la prohibición de comercializar bebidas alcohólicas, que estuvieran contenidas en recipientes cuyas marcas o leyendas correspondieran a otros fabricantes o productos, así como utilizar mecanismos que simularan u ocultaran las características del envase con el fin de ser reutilizado por otro fabricante distinto al original.

De acuerdo con lo anterior, dicho despacho precisó que la prohibición establecida fue comunicada mediante Circular Externa DAB-400-789-2013 del 22 de marzo de 2013 expedida por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA y que para la entrada en vigencia de dicha prohibición, se contó con un periodo de transición de 12 meses.

Adicionalmente, la Delegatura señaló en el Informe Motivado que dicho reglamento técnico (Decreto 1686 del 9 de agosto de 2012) tuvo por objeto establecer los requisitos y procedimientos para la certificación de Buenas Prácticas de Manufactura (BPM).

Posteriormente, la misma dependencia indicó que el material fotográfico con el que se aportaron pruebas respecto de la existencia de botellas de los productos objeto de investigación, no permitió

03 JUN 2016

apreciar, en la mayoría de los casos, la legibilidad de los sellos en alto relieve y, en algunos casos, se evidencia que los mismos estaban cubiertos con etiquetas que al parecer tenían el propósito de ocultarlos, tal y como lo permitían las normas señaladas. Agregó que, de acuerdo con el acta de relación de pruebas, que las marcas en alto relieve de los envases, en muchos casos fueron borradas de forma artesanal o incluso fueron cubiertas con la etiqueta de la entidad que los reutilizaba.

Por último, la Delegatura precisó que si hubiera sido posible concluir que todos los productos objeto de la investigación habían sido comercializados con el sello en alto relieve al descubierto, dicho acto por sí solo no violaría el régimen de competencia desleal administrativa, toda vez que existen otros elementos característicos que permiten la individualización de cada producto con su respectivo origen empresarial, tales como la etiqueta en el cuello de la botella, que identifica el producto reenvasado y cubre el nombre del producto originario sin que este sea visible para el consumidor, la etiqueta de la parte frontal de la botella que tiene la misma indicación de la marca del producto y la inclusión de otra etiqueta en aquellos lugares de los envases, que tengan sellos en alto relieve.

En segundo lugar, la Delegatura, se refirió a los actos específicos de competencia desleal, en los términos que se describe a continuación:

a. Actos de confusión (artículo 10 Ley 256 de 1996)

Respecto de los actos de confusión, dicho despacho señaló que de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina en materia de derecho de la competencia, el acto de confusión consiste en inducir a los consumidores a error sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios, y se configura, tanto en los casos en los que el consumidor, cuando adquiere un producto, piensa que adquirió otro (confusión directa), así como en aquellos casos en los que el consumidor reconoce la diferencia entre los productos o servicios de que se trate, pero les atribuye un mismo origen empresarial (confusión indirecta).

Adicionalmente, la Delegatura resaltó que además de las similitudes en características como signos distintivos o aspectos de diseño, es necesario analizar la existencia de elementos diferenciadores suficientes para diluir el riesgo de confusión.

De acuerdo con lo anterior, la dependencia antes mencionada indicó que existen numerosos elementos diferenciadores en los envases de cada uno de los productos objeto de la investigación (etiquetas en cuello, parte frontal y lugares que presentan sellos en alto relieve), lo que impide que se genere en los consumidores, la idea de que los aperitivos y licores de los investigados correspondan a los licores fabricados por la Fábrica de Licores de Antioquia, la Industria Licorera del Valle y la Industria de Licores de Cundinamarca.

Aunque las pruebas que obran en el expediente indican que no todos los envases tienen la totalidad de los sellos en alto relieve esmerilados, en el Informe Motivado se precisó que no por ello se puede concluir que dicha omisión genere confusión, pues los elementos característicos en cuello y etiquetas son suficientes para individualizar los productos de los investigados, por lo que la Delegatura concluyó que no existió confusión directa como se afirmó por parte de la entidad denunciante.

Por otra parte, respecto de la posibilidad que la conducta de los investigados se configure en confusión indirecta, el despacho antes mencionado llegó a una conclusión similar, la cual se fundamenta en parte, en la presencia de los elementos diferenciadores señalados en el párrafo anterior.

Así mismo, dicha conclusión también se fundamenta en aspectos relacionados con la comercialización (diferencia de precios o la distinta naturaleza de las bebidas) de los productos, los cuales no aportan elementos de juicio que le hayan permitido a dicha Delegatura determinar que la presencia de un sello en alto relieve deficientemente borrado se considere como un elemento suficiente para determinar el origen empresarial de un producto, más aún cuando existen los

elementos diferenciadores antes mencionados, relacionados con la inclusión de marcas y etiquetas en la parte frontal de las botellas.

Finalmente, la Delegatura determinó que el riesgo de confusión indirecta no es atribuible al comportamiento de los investigados, sino a normas como la Ley 9 de 1979, que permitían que un fabricante de bebidas alcohólicas pudiera utilizar envases de otros participantes en el mercado.

b. Actos de explotación de la reputación ajena (artículo 15 Ley 256 de 1996)

En relación con este asunto, la Delegatura señaló que la explotación de la reputación ajena se encuentra definida en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, según el cual uno de los elementos de configuración del acto desleal en estudio consiste en que la reputación de un producto se atribuya de manera indebida a otro.

La Delegatura agregó que la posibilidad de que esta circunstancia se presente, parte del supuesto que los consumidores tengan la posibilidad real de percibir algún tipo de vinculación entre el producto que goza de reputación y aquel que se aprovecha de dicho reconocimiento. Por lo anterior, si el consumidor no puede descubrir una relación entre un producto y otro, tampoco podrá atribuir la reputación de uno al otro.

De acuerdo con lo anterior, la Delegatura concluyó que no existen elementos que le hayan permitido determinar que era posible que se generara una percepción de vinculación entre los envases de los productos de los investigados y cualquier referencia a las fábricas de licores presuntamente afectadas, lo que a su vez, impide que la reputación de estos últimos productos o de sus fabricantes pueda vincularse a los aperitivos o licores objeto de la denuncia. Por lo anterior, la Delegatura precisó que no se configuró un acto desleal de explotación de la reputación ajena como lo afirmó el denunciante.

c. Los actos de violación de normas (artículo 18 Ley 256 de 1996)

De acuerdo con el artículo 18 de la Ley 256 de 1996, y como se indicó en el Informe Motivado, la configuración de los actos de violación de normas exige tanto la violación de una norma jurídica, como la obtención de una ventaja competitiva significativa derivada de aquella infracción.

En consecuencia, la Delegatura señaló que las normas jurídicas presuntamente violadas se referían a los artículos 266 a 270 de la Ley 9 de 1979 y al artículo 5 del Decreto 3192 de 1983. Sin embargo, salvo por el artículo 270 de la ley mencionada, las normas comentadas hacen referencia a comportamientos diferentes de la conducta que se le imputó a los investigados. Así las cosas, dicho artículo, 270 prohibía la comercialización de alimentos o bebidas que se encontraran en recipientes cuyas marcas o leyendas correspondieran a otros fabricantes o productos.

Posteriormente, la Delegatura afirmó que aunque se hubiera acreditado la violación del mencionado artículo, lo cierto es que el supuesto sello en alto relieve no es un elemento que tuviera un factor distintivo para los consumidores frente a los demás elementos diferenciadores contenidos en los productos analizados, por lo que tampoco resultó ser un aspecto relevante para la decisión de compra correspondiente por parte de un consumidor.

De acuerdo con lo anterior, el despacho antes mencionado concluyó que la inclusión de un sello deficientemente visible no generó una ventaja competitiva, por lo tanto tampoco es posible afirmar que el acto desleal de violación de normas se configuró en este caso.

(ii) Significatividad

Sobre este aspecto, la Delegatura consideró, con base en las participaciones promedio anual estimadas previamente, que la baja participación de las compañías investigadas implica que su comportamiento carece del potencial para generar efectos nocivos en el mercado relevante definido, y en consecuencia, se califica como insignificante para los efectos de la investigación.

En resumen, la Delegatura recomendó archivar la presente actuación administrativa en favor de las compañías y personas naturales investigadas que se mencionaron al inicio del presente acto administrativo.

SEXTO: Que, en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y dentro del término legal establecido en dicha norma, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, de los cuales únicamente presentaron observaciones, Vinos y Aperitivos de la Costa y Marina Contreras Noriega.

Casa la Viña y Jorge Eduardo Nieto Martínez, presentaron sus observaciones de manera extemporánea, por lo que no se tuvieron en cuenta para esta actuación.

En sus observaciones, Vinos y Aperitivos de la Costa y Marina Contreras Noriega manifestaron que aceptaban la recomendación formulada dentro del Informe Motivado en el sentido de archivar la investigación en su contra respecto de las conductas imputadas en el pliego de cargos contenido en la resolución de apertura de investigación, previstas en los artículos 10, 15 y 18 de la Ley 256 de 1996.

SÉPTIMO: Que, concluidas de manera adecuada todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de investigaciones y conforme lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, este Despacho resolverá el presente caso en los siguientes términos:

7.1. Competencia y marco normativo

7.1.1. Competencia desleal administrativa

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica."*

De manera concordante, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 hace referencia expresa a las facultades administrativas de la Entidad frente a las conductas de competencia desleal, como a continuación se transcribe:

"Artículo 6. Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal.

(...)"

En cuanto a las funciones del Superintendente de Industria y Comercio en este tipo de trámites, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, dispone que una de ellas es la de *"Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacional, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Así mismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 1º del Decreto en mención, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta en desarrollo de sus funciones.

7.2. Consideraciones del Despacho

Este Despacho comparte la conclusión a la que llegó la Delegatura en el Informe Motivado respecto de que los investigados no incurrieron en las conductas imputadas en la resolución de apertura de investigación. En consecuencia, en virtud del principio de economía procesal, el Despacho acoge la recomendación de archivar la presente actuación administrativa en favor de los investigados.

No obstante lo anterior, a pesar de acoger la recomendación contenida en el Informe Motivado, este Despacho realizará algunas consideraciones respecto del análisis del mercado y de la significatividad de la conducta conforme al estudio realizado por la Delegatura.

En efecto, si bien el Informe Motivado contiene un análisis detallado del mercado presuntamente afectado con las conductas investigadas, este Despacho considera importante hacer algunas precisiones sobre ciertos aspectos metodológicos de dicho ejercicio, en especial, respecto de la relevancia de realizar un estudio de mercado detallado cuando se investiga la posible responsabilidad por actos de competencia desleal administrativa. En todo caso, las precisiones arriba mencionadas no afectan la decisión de este Despacho de acoger la recomendación de la Delegatura y su análisis general sobre las conductas investigadas.

En primer lugar, considera el Despacho relevante mencionar que ha sido reconocido por la teoría económica y acogido por numerosas autoridades de competencia, que la definición de mercado relevante no siempre resulta ser necesaria o incluso adecuada para evaluar posibles restricciones de competencia¹. Así las cosas, en ocasiones dicho análisis puede resultar innecesario, o incluso llevar a conclusiones imprecisas.

Por lo anterior, este Despacho considera pertinente evaluar la procedencia de la definición del mercado relevante para el análisis de la conducta en una investigación administrativa por posibles actos de competencia desleal, como lo ha hecho en recientes decisiones relacionadas con prácticas restrictivas de la competencia. En este sentido, para el caso particular, esta Superintendencia concluye que la determinación de las presuntas conductas de competencia desleal investigadas, previstas en los artículos 10, 15 y 18 de la Ley 256 de 1996, no depende de la demostración de la posición del infractor en el mercado (por ejemplo, una posición de dominio), ni tiene ninguna injerencia en el resultado final de la actuación o si se acredita una relación de sustituibilidad entre el producto utilizado para la comisión de la conducta con otra clase de productos. Por esta razón, para este tipo de actuaciones administrativas resulta irrelevante delimitar el mercado en el cual participan unos competidores en particular.

Esta situación no es exclusiva de los casos de competencia desleal administrativa, puesto que esta Superintendencia ha indicado que, por ejemplo para los casos en los que se investigan prácticas restrictivas de la competencia de cartelización (acuerdos entre dos o más empresarios, por ejemplo, para definir precios, cantidades o distribuirse geográficamente el mercado), el mercado presuntamente afectado está determinado por el alcance mismo de la conducta² y este no necesariamente concuerda con el mercado relevante que se delimitaría en caso de abuso de posición de dominio o en una integración empresarial.

¹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OECD). Policy Round Tables: "Market Definition" (2012). Pág. 21.

² Por ejemplo, en la Resolución No. 80847 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio dijo que:

"Este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores que el mercado relevante, en casos de acuerdos o carteles anticompetitivos, se define en relación con los bienes y servicios respecto de los cuales recae la restricción de la competencia [Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 6839 del 9 de febrero de 2010. Versión Pública Hoja No 7.]. Esta definición no es ajena a la práctica internacional, la cual acepta que en los casos de carteles empresariales se justifica el uso de una definición amplia del mercado afectado, referida al grupo de productos sobre los cuales las compañías cartelizadas han acordado desarrollar la práctica anticompetitiva [Unión Europea, Caso T-111/2008, MasterCard Inc, MasterCard Europe SPRL v. Commission, 24 de mayo de 2012], lo que en definitiva significa que los mercados relevantes en casos de carteles empresariales están definidos por los bienes y/o servicios afectados por el propio acuerdo anticompetitivo."

03 JUN 2016

En consecuencia, la definición del mercado relevante para los casos en los que se investigan posibles conductas de competencia desleal, no solo no es un prerrequisito para abordar el análisis de los efectos económicos de las conductas analizadas, sino que puede incluso llegar a ser improcedente, cuando no irrelevante. Por lo anterior, considera este Despacho que para el análisis de las conductas investigadas, bien puede prescindirse de una definición de mercado relevante, sin que ello signifique que no sea importante realizar una caracterización del mercado en el cual participan los agentes investigados para analizar las condiciones del mismo y la significatividad que pudo haber tenido la conducta realizada.

Ahora bien, respecto de la forma en que fue clasificado el mercado en el Informe Motivado, en particular respecto de la precisión final realizada por la Delegatura en el sentido de que el mercado analizado solamente incluiría la producción y venta de licores nacionales de gama baja, lo que implicaría excluir del mercado a los licores de gama baja importados, este Despacho no encontró evidencia en el expediente que soportará dicha exclusión.

De otro lado, este Despacho también se aparta parcialmente de las conclusiones de la Delegatura respecta de la cuota de participación de las compañías investigadas en el mercado de producción y venta de aperitivos en el territorio nacional durante el periodo comprendido entre 2010 y 2013.

En efecto, se observó que en la medida en que la Delegatura calculó la participación de las investigadas como un promedio anual, el porcentaje de participación obtenido resultó ser de solo 1.76%, lo que da a entender que la participación en valor de cada empresa es poco significativa. Sin embargo, este Despacho considera que esta metodología no tiene en cuenta que las conductas investigadas, que de llegar a configurarse, habrían afectado al mercado y al interés general en su conjunto.

De acuerdo con lo anterior, en atención a que los posibles actos desleales de cada investigado conformarían una misma conducta que podría afectar el interés general, su participación debe sumarse y no promediarse, como lo hizo la Delegatura. El ejercicio aritmético de sumar las participaciones, arrojaría una participación de las investigadas en la producción y venta de aperitivos en el territorio nacional en el periodo analizado mayor al 20%. Así las cosas, la participación conjunta que alcanzaron las investigadas durante los años comprendidos en los años 2010, 2011, 2012 y 2013, fue aproximadamente del 23%, 21%, 15% y 27%, respectivamente, lo cual es indicativo de que en conjunto, la participación de las investigadas no fue tan baja como lo estimó la Delegatura.

Ahora bien, respecto del cálculo de la cuota de participación de las compañías investigadas en el mercado de producción y venta de licores nacionales de gama baja en el territorio nacional, este Despacho considera que las cifras que se tuvieron en cuenta para realizar dicha estimación no permiten obtener la verdadera participación de las investigadas en el mercado mencionado, lo que a su vez implica que no es posible concluir que la participación de las investigadas en el mercado analizado es significativamente baja como se afirmó por la Delegatura.

Por lo anterior, este Despacho entiende que para el análisis del mercado de producción y venta de licores nacionales de gama baja en el territorio nacional, la Delegatura tomó las ventas totales de licores producidos en el país y las ventas que por concepto de licores habían reportado las compañías investigadas, lo que implica el aumento del tamaño total del mercado y por ende la subestimación de la participación de las investigadas. Lo anterior, en atención a que el cálculo de la participación de las investigadas estaría incluyendo no solo licores de gama baja nacionales que producen las investigadas, sino todos los demás licores nacionales que pertenecen a otras categorías y que no pueden considerarse como de gama baja.

Así las cosas, este Despacho concluye que para el análisis de la significatividad del impacto de la conducta en el mercado de producción y venta de licores nacionales de gama baja en el territorio nacional, la Delegatura nuevamente se fundamentó en la participación promedio de las investigadas, lo cual, como se dijo anteriormente, no permite realizar los cálculos adecuados para concluir que su comportamiento carezca del potencial para generar efectos nocivos en el mercado relevante, y en consecuencia, afirmar que sea poco significativo.

En conclusión, este Despacho acoge la recomendación de la Delegatura y su análisis sobre las conductas investigadas, pero, con las observaciones antes señaladas sobre el análisis realizado por dicha Delegatura, respecto del mercado y la significatividad de la conducta.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que Vinos de la Corte S.A. EN REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL identificada con NIT. 817.001.532-5, Bodegas Santa Lucía S.A.S. identificada con NIT. 800.156.023-1, Casa la Viña LTDA. identificada con NIT. 800.177.166-6, Vinos y Aperitivos de La Costa LTDA. identificada con NIT. 802.021.033-2, Embotelladora Capri LTDA. identificada con NIT. 800.032.071-2, Bodegas Vinzzana LTDA. identificada con NIT. 811.014.396-4, Industria Licorera de Sucre S.A.S. identificada con NIT. 900.007.763-8, Productos M Y M LTDA. identificada con NIT. 804.008.606-6, Licores y Aperitivos del Caribe S.A.S. identificada con NIT. 802.023.721-0, C.I. Bodegas Alicante S.A.S. identificada con NIT. 890.938.492-6, Laboratorios Alfa S.A.S. identificada con NIT. 890.210.461-2, Casa Licorera del Norte LTDA. identificada con NIT. 900.037.867-3 y Licores Alfa LTDA. identificada con NIT. 804.008.528-1, no incurrieron en las conductas imputadas en el pliego de cargos contenido en la Resolución No. 58378 de 2012 y previstas en los artículos 10, 15 y 18 de la Ley 256 de 1996.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que Germán Carlos De Laire Forttes identificado con cédula de extranjería No. 160.244, Ramón Antonio Castillo Castillo identificado con cédula de ciudadanía No. 5.409.674, Jorge Eduardo Nieto Martínez identificado con cédula de ciudadanía No. 19.444.359, Marina Contreras Noriega identificado con cédula de ciudadanía No. 37.323.232, Luís Felipe Moreno Echavarría identificado con cédula de ciudadanía No. 79.153.315, Bertha Del Socorro Torres De Gallego identificada con cédula de ciudadanía No. 43.017.189, Armida López Genez identificada con cédula de ciudadanía No. 45.515.981, Dilcia Edith Beltrán Zabaleta identificada con cédula de ciudadanía No. 32.755.870, Javier Maldonado Maldonado identificado con cédula de ciudadanía No. 88.140.493, Jaime Luís Hernández Flórez identificado con cédula de ciudadanía No. 1.098.666.722, María Elena Arango Gutiérrez identificada con cédula de ciudadanía No. 21.378.351, Luís Alberto Forero Barbosa identificado con cédula de ciudadanía No. 19.167.047, Medardo Hernández Bueno identificado con cédula de ciudadanía No. 13.920.767, no incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante la Resolución No. 58378 de 2012, contra Vinos de la Corte S.A. EN REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL, Bodegas Santa Lucía S.A.S., Casa la Viña LTDA., Vinos y Aperitivos de la Costa LTDA., Embotelladora Capri LTDA., Bodegas Vinzzana LTDA., Industria Licorera de Sucre S.A.S., PRODUCTOS M Y M LTDA., Licores y Aperitivos del Caribe S.A.S., C.I. Bodegas Alicante S.A.S., Laboratorios Alfa S.A.S., Casa Licorera del Norte LTDA., Licores Alfa LTDA., Germán Carlos De Laire Forttes, Ramón Antonio Castillo Castillo, Jorge Eduardo Nieto Martínez, Marina Contreras Noriega, Luís Felipe Moreno Echavarría, Bertha del Socorro Torres De Gallego, Armida López Genez, Dilcia Edith Beltrán Zabaleta, Javier Maldonado Maldonado, Jaime Luís Hernández Flórez, María Elena Arango Gutiérrez, Luís Alberto Forero Barbosa y Medardo Hernández Bueno.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a Vinos de la Corte S.A. EN REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL, Bodegas Santa Lucía S.A.S., Casa la Viña LTDA., Vinos y Aperitivos de la Costa LTDA., Embotelladora Capri LTDA., Bodegas Vinzzana LTDA., Industria Licorera de Sucre S.A.S., Productos M Y M LTDA., Licores y Aperitivos del Caribe S.A.S., C.I. Bodegas Alicante S.A.S., Laboratorios Alfa S.A.S., Casa Licorera del Norte LTDA., Licores Alfa LTDA., Germán Carlos de Laire Forttes, Ramón Antonio Castillo Castillo, Jorge Eduardo Nieto Martínez, Marina Contreras Noriega, Luís Felipe Moreno Echavarría, Bertha del Socorro Torres De Gallego, Armida López Genez, Dilcia Edith Beltrán Zabaleta, Javier Maldonado Maldonado, Jaime Luís Hernández Flórez, María Elena Arango Gutiérrez, Luís Alberto Forero Barbosa y Medardo Hernández Bueno, mediante entrega de copia de dicho proveído e informarles que en su contra

"Por la cual se archiva una investigación"

procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio ad-hoc, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes al mismo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

03 JUN 2016

El Superintendente de Industria y Comercio ad-hoc


Francisco Reyes Villamizar**NOTIFICACIONES**

**CASA LICORERA DEL NORTE LTDA.
LICORES Y APERITIVOS DEL CARIBE LTDA.
DILCIA EDITH BELTRÁN ZABALETA
LUÍS ALBERTO FORERO BARBOSA**

Apoderada

Doctora

MARTHA AMPARO FONSECA FIERRO

C.C. No. 51.794.299

T.P. No. 48.377 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 17-01, oficina 435

Bogotá D.C.

LABORATORIOS ALFA S.A.S.

Apoderado

Doctor:

JAIRO ANDRÉS SOTO BLANCO

C.C. No. 1.098.665.891

T.P. No. 228.505 del C.S. de la J.

Parque industrial de Bucaramanga, Manzana D, Calle E.

Bucaramanga.

PRODUCTOS M Y M LTDA.**JAVIER MALDONADO MALDONADO****C.I. BODEGAS ALICANTE S.A.S.**

Apoderado

Doctor

CARLOS FELIPE USECHE GARCÍA

C.C. No. 79.751.666

T.P. No. 95.490 del C.S. de la J.

Calle 93 No. 12-54, Oficina 205

Bogotá D.C.

VINOS Y APERITIVOS DE LA COSTA LTDA.**MARINA CONTRERAS NORIEGA**

Apoderado

Doctor

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

C.C. No. 79.316.786

T.P. No. 61.688 del C.S. de La J.

Calle 90 No. 19-41, oficina 301

Bogotá D.C.

03 JUN 2016

Tel: 2363995

**EMBOTELLADORA CAPRI LTDA.
LUÍS FELIPE MORENO ECHAVARRÍA**

Apoderado

Doctor

LUÍS FELIPE CASTILLO GIBSONE

C.C. No. 79.397.879

T.P. No. 68.995 del C.S. de La J.

Carrera 13 No. 37-43, piso 12

Bogotá D.C.

**BODEGAS SANTA LUCÍA S.A.S.
RAMÓN ANTONIO CASTILLO CASTILLO**

Apoderado

Doctor

ÁLVARO ANDRÉS CRUZ CALDERÓN

C.C. No. 1.032.399.299

T.P. No. 193.459 del C.S. de la J.

Carrera 5 No. 66-17

Bogotá D.C.

Tel: 7496888

**VINOS DE LA CORTE S.A.
GERMÁN DE LAIRE FORTTES**

Apoderado

Doctor

NESTOR EDUARDO ÁVILA ROBLES

C.C. No. 11.036.675

T.P. No. 133727 del C.S de la J.

Parque Industrial Paraíso MZ F

Santander de Quilichao – Cauca

Teléfono: 8290549

**CASA LA VIÑA LTDA.
JORGE EDUARDO NIETO MARTÍNEZ**

Apoderado

Doctor

MARCO ARCENIO SIERRA SILVA

C.C. No. 19.486.703

T.P. No. 92.631 del C.S. de la J.

Calle 70 Bis No. 79-59 Sur

Bogotá D.C.

BODEGAS VINZZANA LTDA.

Representante Legal

Señor

HUMBERTO SANTA RAMÍREZ

C.C. 70.031.059

Carrera 77 No. 23-26

Medellín – Antioquia

**INDUSTRIA LICORERA DE SUCRE S.A.S.
ARMIDA LÓPEZ GENES**

Apoderado

ALFREDO ÁNGEL SOTOMAYOR TAMARA

C.C. No. 19.334.842

T.P. No. 38.668 del C.S. de la J.

Calle 38 No. 5-10
Sincelejo – Sucre
Tel: 2750539|

LICORES ALFA LTDA

Nit: 804008528-1
Representante Legal
Señor

MEDARDO HERNÁNDEZ BUENO

C.C. 13.920.767
Calle 39 No. 23-27
Bucaramanga - Santander

BERTA DEL SOCORRO TORRES DE GALLEGO

C.C. No. 43.017.189
Carrera 77 No. 23-26
Medellín – Antioquia

MARIA ELENA ARANGO GUTIÉRREZ

C.C. No. 21.378.351
Calle 77 A No. 45A -134
Itagüí –Antioquia

JAIME LUIS HERNÁNDEZ FLÓREZ

C.C. No. 1.098.666.722
Parque industrial de Bucaramanga, Manzana D, Calle E.
Bucaramanga - Santander