

## INFORME MOTIVADO

**Radicación No. 10-75291**

**Referencia:** Investigación por Prácticas Comerciales Restrictivas.

**Conducta:** Presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

**Investigados:** FÁBRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA (en adelante FLA) y el señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, en calidad de Gerente General de esta empresa para la época de los hechos.

En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y el artículo 52 del Decreto 2152 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 19 de 2012, una vez instruida la investigación y desarrollada la audiencia verbal dónde los investigados dentro del trámite presentaron de manera verbal los argumentos que consideraron oportuno hacer valer respecto de la investigación, se presenta al Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia.

De acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto Ley 19 de 2012, de dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Para los anteriores efectos, se presenta informe sobre la investigación por prácticas comerciales restrictivas iniciada mediante Resolución No. 6074 del 11 de febrero de 2011, en contra de la empresa y persona natural anteriormente señaladas.

### 1 ACTUACIONES ADELANTADAS

#### 1.1 Averiguación preliminar

La actuación se inició con ocasión del traslado realizado por parte del coordinador de investigaciones activas de la Delegatura de Protección al Consumidor del oficio radicado con el número 09-145510- -00000-0000, del día 21 de diciembre de 2009<sup>1</sup>, por el Señor Mario Andrés Cristancho Bernal, Representante Legal para Asuntos Judiciales y Administrativos de BAVARIA S.A., quien presentó queja ante la Delegatura de Protección del Consumidor de esta Superintendencia, por publicidad comparativa en bebidas alcohólicas.

En dicho oficio, el quejoso entre otros aspectos, manifestaba lo siguiente:

*"En la revista Aló y Soho, entre otros medios, se ha publicado un aviso publicitario de Aguardiente Antioqueño el cual hace alusión, entre otros a las kilocalorías que aportan distintas bebidas alcohólicas, entre ellas, el aguardiente. (...)*

*De la tabla que compone la pieza publicitaria se permite inferir que la bebida alcohólica que, supuestamente, aporta menos kilocalorías es el aguardiente.*

<sup>1</sup> Folios 1 al 9 del cuaderno público No. 1

*La publicidad objeto de la presente queja, menciona adicionalmente las siguientes frases: ¿Quién dijo que el aguardiente es el trago que más sube de peso?*

*De otra parte, la medida seleccionada para realizar la comparación o determinar el aporte calórico de cada una de las bebidas alcohólicas, corresponde a una copa de 30 cm<sup>3</sup>, sin embargo, para la cerveza es una botella de 330 cm<sup>3</sup>.<sup>2</sup>.*

### **1.1.1 Pruebas recaudadas durante la etapa de averiguación preliminar**

Mediante oficio radicado con el número 10-75291-1-0<sup>3</sup>, el Grupo de Protección de la Competencia requirió a la FLA con el fin de que allegara con destino al expediente, información relacionada con: (i) el proceso publicitario, (ii) la forma como fue puesto en conocimiento del público, (iii) la forma en que esta publicidad fue elaborada, (iv) las fuentes de información consultadas para tal efecto, (v) estudio que sirvió de fundamento para dicha campaña publicitaria y (vi) período de difusión de la misma.

Mediante comunicación radicada con el número 10-075291- -00002-0000, del 14 de julio de 2010<sup>4</sup>, la FLA dio respuesta al requerimiento de información a esta Entidad.

En esta respuesta, la FLA manifestó que la publicidad tenía como fuente una publicación realizada por el diario "El Colombiano", en su revista "Nueva", correspondiente a la edición del 13 de junio de 2009. Por tanto, el grupo de Protección de la Competencia, mediante oficio con radicado No. 10-75291- -5-0<sup>5</sup>, procedió a requerir a dicho diario con el fin de que aportara al expediente copia de tal publicación, así como el estudio que le sirvió de fundamento.

En respuesta con radicado No. 10-75291- -00006-0000 de 29 de julio de 2010<sup>6</sup>, el diario "El Colombiano" informó que la revista "Nueva", era editada por Periódicos Asociados Ltda. Se procedió entonces, a solicitar entre otras, copia de la misma y del estudio que sirvió de fundamento para la publicidad en cuestión, a esta organización, ante lo cual, la firma Periódicos y Asociados manifestó mediante oficio con radicado No. 10-75291- -00009-0000<sup>7</sup>, que la fuente del artículo fue el Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín.

En virtud de lo anterior, el Grupo de Protección de la Competencia, requirió mediante oficio con radicado No. 10-75291- 8-0<sup>8</sup>, a la Clínica Medellín, copia del estudio realizado por el Grupo de Obesidad. En respuesta a dicho requerimiento<sup>9</sup>, la Clínica de Medellín manifestó que tal grupo está conformado por socios de la institución jurídicamente independientes de la misma, con plena autonomía técnica y científica. Por consiguiente, afirmaron no contar con la información solicitada.

Adicionalmente, mediante oficio radicado con el número 10-75291-13-0<sup>10</sup>, esta Entidad solicitó a la FLA, allegar copia del registro sanitario del Aguardiente

<sup>2</sup> Radicación No. 10-75291- -00000-0000 del 23 de diciembre de 2010, obrante a folios 2 al 9 del cuaderno público No. 1.

<sup>3</sup> Folios 10 y 11 del cuaderno público No. 1

<sup>4</sup> Folios 12 al 31 del cuaderno público No. 1

<sup>5</sup> Folio 33 del cuaderno público No. 1

<sup>6</sup> Folio 34 del cuaderno público No. 1

<sup>7</sup> Folios 43 al 45 del cuaderno público No. 1

<sup>8</sup> Folio 46 del cuaderno público No. 1

<sup>9</sup> Folios 47 y 49 del cuaderno público No. 1

<sup>10</sup> Folio 50 del cuaderno público No. 1

Antioqueño, el cual fue aportado a través de comunicación radicada con el número 10-75291- -00014-0000.<sup>11</sup>

### 1.1.2 Conclusión de la etapa de averiguación preliminar

Del cotejo de la información incluida en el registro sanitario y la publicidad desplegada por la FLA, en donde se relacionan las kilocalorías por trago de la cerveza, esta Delegatura encontró que no había congruencia entre la información que aparecía certificada en el registro sanitario y la publicidad, comoquiera que en aquel no se hace referencia a la cantidad de kilocalorías que tiene el aguardiente.

Con fundamento en el análisis de la información allegada al expediente, y de conformidad con las facultades otorgadas por la ley, esta Delegatura consideró que existía mérito suficiente para abrir investigación por presuntas conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas de la competencia, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

## 1.2 Investigación

### 1.2.1 Resolución de apertura

Mediante Resolución No. 6074 del 11 de febrero de 2011<sup>12</sup> se ordenó abrir investigación en contra de la FLA, y de su Gerente y representante legal, señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, por la presunta infracción del régimen sobre protección de la competencia, en especial respecto de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), y en el numeral 1º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, el cual advierte que se considera contraria a la libre competencia la infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor.

De igual manera, se abrió investigación para determinar si el señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, había incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

De acuerdo con lo anterior, la apertura de investigación fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, de la siguiente manera:

*" (...) Contrastando el registro sanitario aportado y la publicidad desplegada por la Fábrica de Licores de Antioquia que obra en el expediente, en la cual figura la frase "¿Quién dijo que el aguardiente es el trago que más sube de peso?", y en donde se relacionan las kilocalorías por trago de la cerveza, esta Delegatura no encuentra que al parecer exista congruencia entre la información que obra en el registro sanitario y la publicidad, comoquiera que en aquel no se hace referencia a la cantidad de kilocalorías que tiene el aguardiente.*

*Dentro de esta perspectiva, presuntamente se habría configurado una vulneración a las normas que protegen la libre competencia, como quiera que el Estatuto de Protección al consumidor exige, según las normas reseñadas, tratándose del aguardiente, "toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializadas, según el caso. (...)Se consideran contrarias a la realidad o que inducen a error, las marcas, las*

<sup>11</sup> Folios 51 al 56 del cuaderno público No. 1

<sup>12</sup> Folios 61 al 66 del cuaderno público No. 1

leyendas y la propaganda comercial que no correspondan, en todo o en parte, a las condiciones de calidad e idoneidad registradas o a las contenidas en las licencias expedidas." (...)

### **1.2.2 Escritos de contestación a la Resolución de Apertura y solicitud de pruebas de los investigados.**

Notificada la resolución de apertura de investigación, se dio la oportunidad procesal a los investigados, para que solicitaran y aportaran las pruebas que quisieran hacer valer en su defensa. Por tanto, mediante escrito radicado con el número 10-075291-00023-0001 del 17 de marzo de 2011<sup>13</sup>, la FLA, por intermedio de apoderado, rindió descargos, solicitó y aportó las pruebas que consideró necesarias para su defensa, dentro del término legal.

El señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, en su calidad de Gerente de FLA y como persona natural investigada, no solicitó ni aportó pruebas dentro del término legal para ello.<sup>14</sup>

### **1.2.3 Audiencia de Conciliación**

De conformidad con el artículo 33 de la Ley 640 de 2001, se citó a audiencia de conciliación, con el fin de que el quejoso y los investigados conciliaran los intereses particulares. Realizada la audiencia, se logró un acuerdo de conciliación respecto de los intereses particulares involucrados, como consta en el Acta que reposa en el expediente.<sup>15</sup>

Mediante Resolución No. 27314 del 26 de mayo de 2011, se aceptó el desistimiento de los intereses particulares involucrados en la queja que dio origen a la investigación, presentado por el Representante Legal para Asuntos Judiciales y Administrativos de BAVARIA S.A., mediante memorial radicado bajo el número 10-075291- -00033-0001<sup>16</sup>, y se ordenó continuar con la investigación que por la presunta infracción a las normas que protegen la libre competencia, se había iniciado contra de la FLA y el señor ANDRES ISAZA PÉREZ.

### **1.2.4 Etapa probatoria**

Esta Delegatura mediante Resolución No. 55078 del 5 de octubre de 2011<sup>17</sup>, ordenó practicar algunas de las pruebas solicitadas y tener como tales las aportadas por los investigados, al tiempo que decretó pruebas de oficio y rechazó otras solicitadas por el apoderado de la sociedad investigada.

Dicho acto fue posteriormente, modificado por medio de la Resolución No. 63554 del 10 de noviembre de 2011 y adicionado con la Resolución No. 17573 de 27 de marzo de 2012. Por ende, el expediente cuenta con el siguiente material probatorio:

<sup>13</sup> Folios 79 a 96 del cuaderno público No. 1

<sup>14</sup> El señor Andrés Isaza Pérez se notificó por edicto No. 4327 el 24 de febrero de 2011, quien no solicitó ni aportó pruebas.

<sup>15</sup> Folios 116, 117 del cuaderno público No. 1

<sup>16</sup> Folio 123 del Cuaderno Público No. 1.

<sup>17</sup> Folios 181 al 187 del Cuaderno Público No. 1.

#### 1.2.4.1 Testimonios

- Declaración del señor TOMAS CARDENAS, ejecutivo de cuenta de la agencia de publicidad EURO RSCG GOMEZ CHICA S.A., el cual fue practicado, el día 1 de noviembre de 2011.<sup>18</sup>
- Declaración del señor GUSTAVO ACOSTA, director de mercadeo de la FLA, el cual fue practicado, el día 2 de noviembre de 2011.<sup>19</sup>
- Declaración del doctor HÉCTOR VARGAS TAMAYO, Jefe del Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín, en la cual se preciso respecto del estudio que sirvió de base para elaborar el artículo denominado "*Licores ¡A contar calorías!*", que fue publicado en la Revista NUEVA del periódico El Colombiano, el día 13 de junio de 2009. Esta prueba fue practicada, el día 11 de noviembre de 2011.<sup>20</sup>

#### 1.2.4.2 Documentos

- Documento radicado con número 10-075291-00022-0001 del 7 de marzo de 2011<sup>21</sup>, que corresponde al original de la página 6 del diario la República edición de fecha jueves 3 de marzo de 2011 por parte de la FLA, mediante la cual se publica la Resolución de Apertura de Investigación.
- Documento radicado con número 10-075291-00023-0001 del 17 de marzo de 2011<sup>22</sup>, que contiene los descargos y solicitud de pruebas del apoderado de la FLA.
- Documento radicado con número 10-075291-00003-0000 del 15 de julio de 2010<sup>23</sup>, que contiene la respuesta de la FLA al requerimiento de esta Entidad para determinar aspectos de la campaña publicitaria objeto de esta investigación.
- Documento radicado con número 10-075291-00007-0000 del 2 de agosto de 2010<sup>24</sup>, que contiene información ofrecida por la FLA al requerimiento de información por parte de esta Entidad, respecto de los datos de ventas, participación en el mercado nacional y regional y competidores a nivel nacional del producto aguardiente Antioqueño entre enero de 2009 y junio de 2010.
- Documento radicado con número 10-075291-00012-0000 del 20 de octubre de 2010<sup>25</sup>, correspondiente a la respuesta dada por la Clínica de Medellín al requerimiento de información de esta Entidad, respecto del estudio realizado por el Grupo de Obesidad.
- Documento radicado con número 10-075291-00014-0000 del 14 de diciembre de 2010<sup>26</sup> correspondiente a la respuesta de la FLA al requerimiento de esta Entidad, respecto del Registro Sanitario del Aguardiente Antioqueño.

<sup>18</sup> Acta y Disco Compacto obrantes a folios 191 y 192 del cuaderno público No. 1

<sup>19</sup> Acta y Disco Compacto obrantes a folios 196 y 197 del cuaderno público No. 1

<sup>20</sup> Acta y Disco Compacto obrantes a folios 355 y 356 del cuaderno público No. 2

<sup>21</sup> Folios 77 y 78 del cuaderno No. 1

<sup>22</sup> Folios 79 a 96 del cuaderno No. 1

<sup>23</sup> Folios 22 a 31 del cuaderno No. 1

<sup>24</sup> Folios 35 a 40 del cuaderno No. 1

<sup>25</sup> Folio 49 del cuaderno No. 1

<sup>26</sup> Folios 55 a 56 del cuaderno público No. 1

- Documento radicado con número 10-075291-00000-0000 del 23 de junio de 2010<sup>27</sup> correspondiente a la fotocopia de la queja radicada inicialmente en la Delegatura de Protección al Consumidor y que fue enviada a esta Delegatura para su trámite, donde se ponen de presente los hechos denunciados.
- Documentos aportados por la empresa Periódicos Asociados Ltda. radicado con número 10-075291-00009-0000 del 7 de septiembre de 2010<sup>28</sup>,
- Documento emitido por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA, con número 10-075291-00036-0001 del 7 de junio de 2011<sup>29</sup> correspondiente al pronunciamiento de esa entidad sobre la publicidad que motivó la presente investigación.
- Documentos que hacían parte del expediente con radicado No. 09-145510, el cual fue tramitado ante la Delegatura de Protección al Consumidor, los cuales fueron trasladados a la presente actuación y es parte del presente expediente como prueba trasladada por esa Delegatura.
- Documento radicado con número 10-075291-00036-0001 por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – INVIMA.
- Respuesta a los requerimientos realizados a la sociedad BAVARIA S.A.

#### **1.2.4.3 Visita Administrativa**

- Realizada el 11 de noviembre de 2011, en las oficinas administrativas de la FLA, ubicadas en la Carrera 50 No. 12 Sur 149 de la ciudad de Medellín. En el curso de dicha visita se recaudaron documentos aportados por la investigada relacionados con estudios económicos, financieros o de mercado elaborados directamente o por intermedio de asesores o consultores externos desde el año 2009 en adelante, soportes contables de los gastos por publicidad, información relacionada con el comportamiento de las ventas de aguardiente y demás licores producidos y/o comercializados por la FLA y demás documentos discriminados en el acta levantada en el curso de dicha visita.

#### **1.2.4.4 Interrogatorio**

- Interrogatorio del señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, en su en su calidad de Gerente de la FLA y como persona natural investigada, practicado el día 3 de noviembre de 2011.<sup>30</sup>

#### **1.2.4.5 Periciales**

- Dictamen Pericial elaborado por la doctora MARITZHA SANDOVAL ESCOBAR, Especialista en Psicología del Consumidor, cuyo objeto permitió evaluar el efecto de la publicidad realizada por la FLA, en la decisión de compra del consumidor de bebidas alcohólicas.

<sup>27</sup> Folios 2 a 9 del cuaderno No. 1

<sup>28</sup> Folios 43 y 45 del cuaderno No. 1

<sup>29</sup> Folios 128 a 129 del cuaderno No. 1

<sup>30</sup> Acta y Disco Compacto obrantes a folios 198 y 199 del cuaderno público No. 1

### 1.3 Audiencia del Decreto 19 de 2012

Conforme el procedimiento señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 (Decreto Anti trámites), el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citó a los investigados, así como a sus respectivos apoderados, el día 26 de julio de 2012 a las 9:00 A.M., a fin de que presentaran de manera verbal, los argumentos que pretendieran hacer valer respecto de la investigación.

Llegado el día y la hora e instalada la audiencia, compareció la apoderada de la FLA, doctora MARCELA CASTILLO TORRES y el señor ANDRES ISAZA PEREZ en calidad de persona natural investigada.

La apoderada MARCELA CASTILLO TORRES presentó sus argumentos. Los cuales se resumen a continuación:

*"(...)Los anuncios publicitarios de la FLA se fundamentan en principios de decencia, honestidad y veracidad, que siempre ha cumplido con la responsabilidad social que determina la publicidad y nunca ha inducido al consumidor a actividades ilegales, ni ha atentado contra los valores morales de estos. (...)*

*(...)La frase '¿Quién dijo que el aguardiente es el trago que más sube de peso?' fue diseñada por la agencia de publicidad Gómez Chica, agencia que trabaja con la FLA que sigue unos lineamientos publicitarios, agencia que jamás ha tenido una sanción o una denuncia por cualquier publicidad que haya hecho la Fábrica.(...)*

En consecuencia, la apoderada de la **FLA**, solicita al Despacho el cierre y archivo de la investigación, haciéndola extensiva al doctor Andrés Isaza Pérez, quien manifestó que también actuó de acuerdo a sus funciones y actuó totalmente de buena fe.

El señor Andrés Isaza Pérez presentó sus argumentos. Los cuales se resumen a continuación:

*"[...] En ningún momento la FLA quiso comparar particularmente con un producto en este caso llámese cerveza, whiskys, se compararon vinos, se compararon aguardientes, se compararon rones, en ningún momento se señaló un producto en particular. En ningún momento la FLA dice que el producto es el que menos engorda de todos. Basados en la investigación de la Clínica Medellín por medio de su Centro de la obesidad.*

*El anuncio viene del centro de obesidad, que básicamente está intentando resaltar que el aguardiente no es el producto que más engorda, por lo tanto, la FLA y sus directivos entienden que ahí hay una ventaja competitiva frente a la categoría de licores y cervezas y bebidas alcohólicas y como tal la fábrica ve que se hace una publicación masiva de carácter nacional como lo es el periódico el colombiano y toma como referencia primero de acto de buena fe, de acto de confianza por estos grandes reconocidos como lo es el periódico el colombiano, segundo la dirección del periódico el colombiano, la dirección de la revista NUEVA luego viene la clínica Medellín y luego viene el centro de obesidad o como se llame su nombre técnico exacto. Entonces tenemos cuatro filtros importantes y una vez se entendieron estos filtros la FLA dice vamos a poner una publicación [...], frente a los cuales hizo su referencia. [...]*

*[...] Hay un punto adicional: Quién es el quejoso? En este caso, BAVARIA o SAB MILLER, no se jurídicamente como se deba reconocer ante esta audiencia. El quejoso en una audiencia que tuvimos de conciliación previa, una*

vez se le mostraron los insumos de dónde provino el aviso, retiró por completo la demanda. Y eso creo que es el acto más importante a considerar acá, puesto que quien se sintió afectado en su momento, en una audiencia nos dice ah... ya entiendo cómo lo sacaron, de donde salió, yo hago públicamente aquí y lo dejó en un documento radicado, entregado ante la Super, que ellos desisten de la denuncia que hacen, siendo esto entonces el entendimiento principal, situación que ya veo que se ha dilatado la decisión [...].

[...] entonces mi solicitud ante esta audiencia es que la denuncia fue retirada, el quejoso entendió los argumentos, están bastante bien sustentados, esto no salió del sombrero, esto tiene un tema técnico importante y no vemos que haya otro quejoso en el resto de la categoría. Básicamente pudo haber sido que BAVARIA mal entendió y luego que se le explicó, lo corrigió y por eso entonces, es mi interés solicitar el cierre de la investigación, adicional que esto acarrea para mí unos costos altísimos en transporte, yo tengo que viajar desde Medellín, tengo que tener asistencia legal, tengo que retirarme de mi puesto de trabajo, bueno innumerables gastos fuera de lo que la Superintendencia me ha solicitado que debo de pagar por peritos expertos donde yo creo que la documentación claramente muestra el caso en cuestión".

#### **1.4 Resultados de la investigación**

De acuerdo con la investigación adelantada se encuentran los siguientes hechos probados:

- La existencia de una publicidad realizada por parte de la FLA, en diferentes medios de publicidad, en la cual sostenía: "¿Quién dijo que el aguardiente es el trago que más sube de peso?".
- Que dicho acto fue sancionado por incumplir las normas de publicidad previstas en el estatuto de protección al consumidor por parte de la Delegatura de Protección al Consumidor mediante resolución 55595 de 2010.
- Igualmente, se corroboro por parte de de este Despacho, que la actuación de la FLA no produjo ningún tipo de distorsión en el mercado en el cual se llevo a cabo la publicidad en mención, tal y como se explicara a continuación.

## **2 CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA EN RELACIÓN CON LA CONDUCTA INVESTIGADA.**

Una vez establecidos los hechos probados de la investigación<sup>31</sup>, procede esta Delegatura a efectuar sus consideraciones respecto de las conductas objeto de estudio, de acuerdo con el acervo probatorio que obra en el expediente<sup>32</sup>.

Así, teniendo en cuenta la actuación administrativa adelantada en contra de la FLA en la Delegatura de Protección al Consumidor<sup>33</sup> y que se trasladó a esta Delegatura, se analizará si de acuerdo con la disposición establecida en el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, se presentó con dicha conducta un efecto en el mercado.

En tal virtud, el presente estudio se divide en cuatro acápites a través de los cuales se analizara si la conducta denunciada, en efecto, conllevó una distorsión

<sup>31</sup> Ver numeral 1.3

<sup>32</sup> Ver numeral 1.2.4

<sup>33</sup> Ver folios 497 a 594 del cuaderno 2 del expediente.



en el mercado en el que participaban las empresas que se consideran competidores de la FLA.

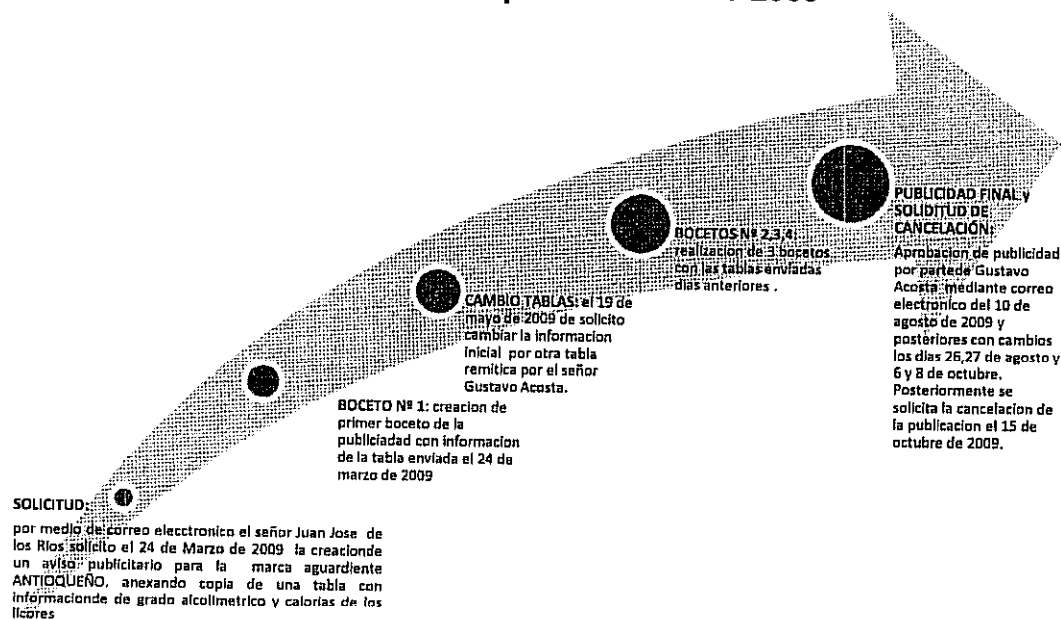
1. Implementación de la campaña publicitaria.
2. Determinación de información no veraz.
3. Análisis y evaluación del comportamiento de los productos que participan en el mercado.
4. Efecto de la conducta (evaluada en este caso en la doble perspectiva del efecto sobre el consumidor y del impacto de la campaña publicitaria en las ventas de la empresa que se consideraba afectada con la publicidad)

## 2.1 Implementación de la Campaña Publicitaria por parte de la Empresa Denunciada

En este capítulo se describen las etapas que se adelantaron para implementar la campaña publicitaria adoptada por la FABRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA y que fue encargada a la empresa EURO RSCG GOMEZ CHICA. Este proceso, según información entregada por la empresa GOMEZ CHICA, tuvo una duración aproximada de 5 meses contados a partir de la solicitud por parte de la FLA y su posterior aprobación en octubre de 2009.

En el diagrama N° 2, se describen cada una de las etapas que siguió la FLA para llevar a cabo la publicidad referida anteriormente.

### Diagrama N° 2 Proceso publicitario de la realizado por la FLA y EURO RSCG GOMEZ CHICA para octubre de 2009



Fuente folios 442 a 471 del cuaderno 2 del expediente: DISEÑO SIC

Tal y como se ilustra en el esquema anterior, resultó acreditado dentro de la investigación, lo siguiente:

- Que la FLA, envió a la agencia de publicidad, la información que sirvió de base para la campaña publicitaria.
- Que de conformidad con la correspondencia cruzada entre la empresa EURO RSCG GOMEZ CHICA y la FLA, la publicidad sólo apareció en las revistas Soho y Alo del mes de octubre del año 2009.

- Que la publicidad fue cancelada por instrucción del directivo de la FLA, señor Juan José de los Ríos, el día 15 de octubre de 2009<sup>34</sup>.

## 2.2 Determinación de información no veraz

Hacen parte del acervo probatorio, los documentos trasladados por parte de la Delegatura de Protección del Consumidor que contenían las piezas probatorias a través de las cuales se demostró que la publicidad realizada por la FLA vulneraba lo preceptuado en el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, por cuanto no era comprobable, incumpliendo de esta forma el requisito de veracidad<sup>35</sup>.

No obstante lo anterior, este Despacho en aras de determinar la infracción al régimen de la libre competencia, llevó a cabo un análisis de la campaña en conjunto con otros medios de prueba, entre ellos: (i) El registro sanitario del aguardiente, (ii) el testimonio del jefe del grupo de obesidad de la Clínica Medellín, (iii) el antecedente de la Delegatura de Protección al Consumidor y (iv) la comunicación recibida por parte del INVIMA.

El resultado del citado análisis, permitió a este Despacho establecer que la publicidad no resultaba veraz, ni comprobable, pues las pruebas llevaban a concluir:

- Que al confrontar el registro sanitario del Aguardiente Antioqueño con la publicidad desplegada en dichas revistas, **no se encontró correspondencia entre la información que obra en el registro sanitario y la publicidad realizada, comoquiera que en aquel no se hace referencia a la cantidad de kilocalorías que tiene el aguardiente**<sup>36</sup>. (Negrillas nuestras)
- Que no existía ningún estudio que soportara las afirmaciones hechas en la publicidad. Al respecto, el Jefe de Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín, doctor HECTOR VARGAS TAMAYO, manifestó a las preguntas formuladas por la Delegatura<sup>37</sup> que:

***Preguntado:** Usted sabe si el grupo de obesidad ha publicado algún tipo de estudio en algún medio de comunicación impreso, ustedes han realizado estudios? **Respondió:** Nosotros no hemos realizado ningún estudio. **Preguntado:** Ningún tipo de estudio que refiera el tema de la obesidad?, **Respondió:** No. **Preguntado:** Y en cuanto a artículos o boletines que tengan que ver con el tema de la obesidad, se ha publicado algún documento de los tipos que ya relacione, en algún medio de comunicación? **Respondió:** “ (...) le explico de que se trata, porque más o menos entiendo que es la cosa, me permite se lo explico van del COLOMBIANO y de la revista NUEVA, al Grupo y se acercan a pedir que si le dábamos algo del tema de la obesidad. Dentro de las cosas que nosotros utilizamos para los pacientes es un tabla que yo ahorita se la muestro, que no es una tabla realizada, sino es un estudio realizado por nosotros ni nosotros nunca le dimos la autoría de esta tabla simplemente nosotros la compartimos con los pacientes como se comparte toda la información de nutrición para eso están diseñadas estas tablas. La revista NUEVA hace una publicación con respecto a nosotros en la cual nosotros no participamos en ninguno de los textos que ellos escribieron, solo utilizaron incluso las imágenes que utiliza la REVISTA NUEVA no se la dimos, nosotros simplemente les facilitamos la tabla y no solo esa tabla, les dimos información de nutrición de obesidad y*

<sup>34</sup> Folio 471 del cuaderno público No. 2 del expediente.

<sup>35</sup> Folios 498 al 594 del cuaderno público No. 2

<sup>36</sup> Véase folio 86 del cuaderno público N° 1

<sup>37</sup> Véase folio 356 del cuaderno público N° 2 del expediente (Disco Compacto)

*nos pareció interesante que dentro de eso tuvieran la información si lo querían mirar cómo y aprovechar la información del conteo calórico de las bebidas que tienen alcohol no más, pero la tabla nosotros no la elaboramos la elaboró otra persona ahí está escrita publicada y esa tabla la elaboran para que la nutricionista y los grupo de obesidad la compartan con sus paciente y les enseñen a los paciente el contenido calórico que tienen los tragos que contienen alcohol”.*

Por lo tanto, la referencia a la fuente de información que apareció en la publicidad desplegada en las revistas SOHO y ALO, no correspondió con la realidad, como se desprende de la versión entregada por el Jefe del Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín, lo que permite concluir que ésta no cumplió con el requisito de veracidad de que trata el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982.<sup>38</sup>

- Que la publicidad objeto de estudio no había sido autorizada por el INVIMA y que no contenía la leyenda obligatoria a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley 124 de 1994.

## **2.3 Análisis y evaluación del comportamiento de los productos que participan en el mercado**

### **2.3.1 Productos involucrados**

Dado que la conducta objeto de estudio tiene relación con las bebidas alcohólicas, para efectos del presente informe se hace necesario precisar los siguientes aspectos:

- El contenido de estos productos, es el etanol (C<sub>2</sub>H<sub>6</sub>OH). Dicho compuesto se caracteriza por ser un líquido incoloro, de baja masa molecular y de olor característico, menos denso que el agua, aunque soluble en ella.
- De acuerdo a su elaboración podemos distinguir dos tipos principales de bebidas alcohólicas: (i) Las producidas por fermentación, como el vino o la cerveza en las que el contenido en alcohol no suele superar los 18-20 grados- y (ii) las producidas por destilación<sup>39</sup> (generalmente a partir de un producto de fermentación<sup>40</sup>) como el whisky, la ginebra, el brandy, aguardientes, vodka, el mezcal y el tequila y otros licores que suelen

---

<sup>38</sup> Artículo 14. Marcas, leyendas y propagandas: Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos. (...) (subrayas fuera de texto).

<sup>39</sup> Destilación: Es el resultado de enfriar los vapores que se han generado tras hervir un líquido con contenido alcohólico. A este proceso de enfriamiento se le denomina condensación y su efecto es la obtención de una nueva sustancia en forma líquida. Pero el objetivo principal de la destilación es extraer selectivamente los constituyentes volátiles o arrastables del líquido y el alcohol, lo que se consigue gracias a sus diferentes puntos de ebullición.

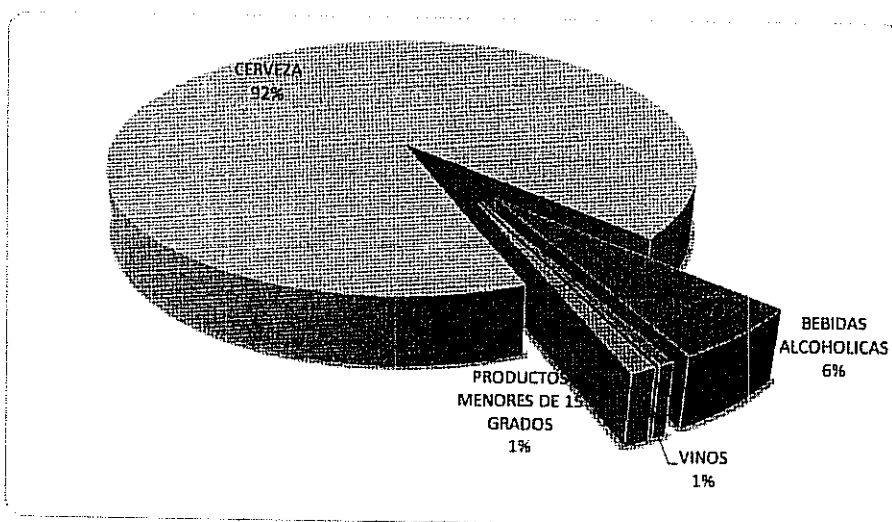
<sup>40</sup> Fermentación: Es el proceso mediante el cual los azúcares se convierten en alcohol y dióxido de carbono por acción de las levaduras. Los fermentadores se enfrían a temperaturas óptimas para las levaduras, pues las reacciones que tienen lugar son de naturaleza exotérmica.

superar los 40° grados alcoholimétricos<sup>41</sup>. Así las cosas, existen dos grandes grupos de bebidas alcohólicas: las que tienen un grado de alcohol superior a los 20 grados alcoholimétricos y las que tienen un grado inferior a los 20 grados alcoholimétricos.

### 2.3.2 Descripción general del mercado de licores en Colombia

El mercado de las bebidas alcohólicas en Colombia, se caracteriza por la existencia de: (i) una empresa con poder de mercado respecto de la producción y comercialización de cerveza, (ii) monopolios de licores departamentales y (iii) importadores de licores. Tal estructura se muestra a continuación:

**Gráfica N° 1. Mercado de bebidas alcohólicas nacionales e importadas 2010 unidades de 750 c.c.**



Fuente: Empresa de Licores de Cundinamarca Gerencia General Dr. Hernán Valdivieso Laverde Informe De Gestión Año 2010

Como se observa, en la Gráfica N° 1, la industria licorera Colombiana se concentra principalmente en la producción de cerveza<sup>42</sup> con un 92% del mercado seguido de las bebidas alcohólicas, como el aguardiente y el ron con un 6%, y los vinos y otras bebidas(aperitivos y similares con menos de 15 grados de alcohol).

### 2.3.3 Estructura del mercado de licores en Colombia

Tal y como se expuso anteriormente, la estructura del mercado nacional de licores se caracteriza por la existencia de monopolios rentistas sobre la producción, introducción, distribución y comercialización de licores destilados, además de la cerveza y otros productos. Es así como en los 32 departamentos de Colombia, se encuentran diferentes productos que se pueden clasificar en los siguientes grupos.

<sup>41</sup> Definidos en el Decreto 3192 de 1983, Capítulo VII, Artículo 49, Numeral 1, **Grados Alcoholimétricos**: Porcentaje en volumen de alcohol a 20° C.

<sup>42</sup> Decreto 761 de 1993 "Por la cual se modifica parcialmente el Decreto 3192 del 21 de noviembre de 1983". artículo primero, define la Cerveza. Es 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".

Diagrama N° 1. Mercado de licores en Colombia



Diseño: SIC

**2.3.3.1 Monopolios Departamentales:** El artículo 336 de la Constitución Política contempla expresamente que el mercado de los licores será un monopolio rentístico de cada uno de los departamentos, recursos que deberán ser destinados de manera preferente a los servicios de salud y educación.

**2.3.3.2 Cervezas:** En la producción de cerveza, la industria se caracteriza por un nivel elevado de concentración industrial, diferenciación de productos y explotación de economías de escala. En Colombia, la industria cervecera representa el 2.8% del PIB y su relevancia se ve plasmada en el nivel de tributos que representa para el Estado, los cuales ascendieron durante el año 2008, a más de 9 mil millones de dólares.<sup>43</sup>

Por muchos años, el mercado cervecero nacional se caracteriza por la total posición de dominio de BAVARÍA (SABMiller), dicha empresa posee una participación del 99.91% del mercado representado por la empresa BAVARIA S.A., Cervecería del Valle y Cervecería Unión. El mínimo restante de participación, es decir, el 0.09% lo tienen empresas productoras de cerveza artesanal como: CERVECERIA BBC S.A., ARTESANA BEER COMPANY, INDUCERV S.A.S, CERVESERIA COLON S.A. y TRIANGULO EMPRESARIAL<sup>44</sup>.

**2.3.3.3 Productores privados de licores, vinos, aperitivos y similares:** En este segmento, se encuentran ubicadas todas las empresas dedicadas a la fabricación de licores y aperitivos de diferentes sabores y denominaciones además de vinos. Según la Superintendencia de Salud, existen más de 116 empresas privadas registradas a nivel nacional dedicadas a la producción distribución y comercialización licores, vinos, aperitivos y similares<sup>45</sup>.

#### 2.3.4 Características generales del mercado investigado

Las bebidas alcohólicas fermentadas y destiladas difieren en los siguientes aspectos:

- Los licores fermentados como la cerveza, tienen diferencias en cuanto a las características físicas, técnicas de producción, precio, hábitos, preferencia y ocasiones de consumo respecto de los licores destilados.

<sup>43</sup> Superintendencia Nacional de Salud Situación Financiera Empresas Productoras de Cervezas y Sifones Vigencia 2010.

<sup>44</sup> Ibidem 44

<sup>45</sup> Ibidem 44

- Al hablar de las características físicas y técnicas de producción, la cerveza y el aguardiente, como lo vimos en apartes anteriores son totalmente diferentes y diferenciados.
- En cuanto al precio es evidente la gran diferencia, basando principalmente en el contenido de alcohol, la presentación y el proceso de producción.
- No obstante lo anterior, cuando hablamos de las preferencias, hábitos y ocasiones de consumo, para el caso colombiano, el aguardiente y la cerveza, serían sustitutos ya que las ocasiones de consumo son diversas, pero en la mayoría de los casos coinciden con la ingesta de cerveza. La fuerte competencia ha llevado a las empresas licoreras a realizar importantes inversiones en innovación buscando acercar a nuevos consumidores o aumentando las ocasiones de consumo. Como ejemplo de esto, podemos mencionar el ingreso al mercado de nuevas presentaciones como la tetra pack de 250 c.c.<sup>46</sup>.

## 2.4 Efectos de la publicidad en el mercado

La presente investigación tuvo como objetivo principal observar la influencia de la publicidad realizada por la FLA, en el consumo de bebidas alcohólicas, en especial respecto de la cerveza producida por BAVARIA S.A. dentro del entorno nacional ya que la publicidad objeto de análisis fue publicada en revistas de amplia circulación a nivel nacional, y por otro lado la FLA, distribuye sus productos en todo el país.

Dicho análisis, como se ilustró, se realizó desde dos puntos de vista: el primero del consumidor y el segundo del mercado.

### 2.4.1 Efectos generales de la publicidad sobre el consumidor

Desde el punto de vista del consumidor los mensajes publicitarios o las acciones promocionales pueden generar un efecto mayor o menor sobre sus decisiones de consumo. Este efecto es propio de mercados con información asimétrica, esto es, aquellos mercados donde una de las partes no conoce la totalidad de la información necesaria para tomar una decisión racional<sup>47</sup>.

En este sentido, los distintos tipos de mensajes recibidos por el consumidor pueden afectar las cantidades demandadas del producto publicitado ya sea porque: a) La publicidad modifica sus preferencias o b) Por que le informa sobre la características adicionales de un producto que conocía o de la existencia de un producto no conocido que le permite satisfacer mejor su necesidad, cabe anotar que los mensajes pueden ser: descriptivos o que hagan énfasis en características del producto ofertado (lo que en la literatura se considera como publicidad informativa), o simplemente, la transmisión de una imagen para identificar al consumidor con el producto (es decir publicidad persuasiva)<sup>48</sup>.

El efecto de la publicidad (que tenga éxito) consiste en que se desplaza la curva de la demanda del producto esto puede ser: a) Al generar la percepción en el consumidor que dos productos anteriormente sustitutos dejen de serlo para efectos del consumidor o b) Al introducir en la percepción del usuario una característica adicional al producto ofrecido que cambie la preferencia por el

<sup>46</sup> Estudio de mercado de la cerveza en Colombia abril de 2011, documento elaborado por la oficina de Comercial de Prochile en Colombia

<sup>47</sup> Stiglitz Joseph, Microeconomía, Ariel Economía y Empresa, 2008, Página 370.

<sup>48</sup> Ibid, Página 383

mismo, las consecuencias de este efecto son a) El productor puede aumentar el precio del producto por la misma cantidad vendida o b) Puede vender más del producto al atraer nuevos consumidores<sup>49</sup>.

Estos efectos generan beneficios para el productor del bien o servicio, y fomentan en principio la competencia entre las empresas de un mercado, esto en la medida que pueden incentivar la entrada de nuevos consumidores al mercado en disputa.

Sin embargo, si la información no es suficiente o el grado de manipulación de la información es tal que fomente comportamientos no deseados en el consumidor, es cuando la autoridad de competencia evalúa si esta ante un caso de actos anticompetitivos en la medida que esa influencia en la decisión del consumidor puede llegar a desplazar la demanda en favor de uno u otro producto y el comportamiento que dio origen a ese desplazamiento es ilegítimo.

Este escenario es más crítico si se introduce un análisis del comportamiento del consumidor, mediante las herramientas denominadas como economía del comportamiento, en estos análisis se parte de la idea que el consumidor tiene dificultades para actuar de la manera prevista en los modelos tradicionales económicos, es decir, como consumidor racional, esto en la medida que para que un consumidor pueda decidir de manera racional requiere que en el mercado existan los siguiente elementos:

1. Acceso a la información sobre varios oferentes dentro del Mercado
2. Acceder a las ofertas del Mercado de una manera sistemática y lógica y;
3. Que el Consumidor actúe con dicha información de una forma analítica comprando el bien que ofrezca el mayor valor agregado para él<sup>50</sup>:

Sin embargo, el consumidor de acuerdo con los estudios relacionados con la economía del comportamiento<sup>51</sup> tiene tres clases de prejuicios que reducen su capacidad de tomar una decisión racional a la hora de adquirir un producto:

1. Tienden a pagar más por un producto independientemente de su calidad.
2. Los consumidores no encuentran los mejores bienes en la medida que sus criterios de búsqueda no son racionales.
3. Los consumidores compran productos que satisfacen sus necesidades o que tiene baja calidad.

Los efectos comunes en el comportamiento del consumidor que son consecuencia de estos prejuicios son los siguientes:

- 1. Tendencia al Pago y Efectos de Punto de Referencia:** La valoración del consumidor sobre un producto obedece más al contexto en donde se entrega la información, su experiencia pasada con el producto, o expectativas sobre el producto, los puntos de referencia (es decir, la tendencia a usar un producto por la experiencia anterior), son una circunstancias que se relaciona con la aversión al riesgo de las personas, esto tiene como consecuencia que fidelidades a marcas o productos

<sup>49</sup> Ibid, Página 384

<sup>50</sup> Office of Fair Trading, Document OFT 1224: "What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?" March 2010, Página 10-11.

<sup>51</sup> Combina ideas de otras disciplinas (fundamentalmente la psicología, la etnografía y los estudios culturales), para estudiar principalmente la forma cómo los seres humanos adquieren bienes y servicios, toman decisiones, ahorran, compran, se endeudan, y pagan o evaden sus impuestos. La Economía Conductual y el Análisis Experimental Del Comportamiento De Consumo. Vease Behavioral economics and the experimental analysis of costume behavior William Montgomery U. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Peru.

obedecen mas a el miedo a equivocarse que a una decisión racional relacionada con la calidad real del producto<sup>52</sup>.

2. **Tendencia al Pago y Errores de percepción de cantidades deseadas a futuro:** Los consumidores tienden a equivocarse al estimar su necesidad respecto a un producto, esto tiene como antecedentes la tendencia a creer que la necesidad es la misma para el momento de la compra que después, sobreestimación de las necesidad reales, subestimar el costo real de un bien o apreciar descuentos de manera excesiva como ganancia inmediata frente a consecuencias o pagos posteriores.
3. **Inercia:** Los prejuicios o la idiosincrasia del consumidor limita su búsqueda a la hora de seleccionar un producto, aumentando de manera artificial sus costos de búsqueda de mejores ofertas.
4. **Falta de Criterio para evaluar Costos o Precio:** Si los precios de un producto son complejos (como las tasas de interés en tarjetas de crédito), o son presentados de manera compleja, los consumidores incurrn en el riesgo de no poder valorar de manera efectiva el precio a pesar que hagan una búsqueda exhaustiva de oferentes.
5. **Errores de Percepción de Atributos Deseable en un producto:** Los consumidores tienden a tener dificultades para determinar las características que realmente debe tener un producto para satisfacer sus necesidades
6. **Errores de Percepción en comparación de calidades (verticales):** Los consumidores no logran identificar patrones adecuados para comparar calidades de productos similares, por lo cual pueden terminar comprando productos con vicios ocultos o de mala calidad.

Ahora, estos errores de percepción o prejuicios del consumidor pueden ser explotados por parte de los productores de bienes o servicios. Ejemplos de manipulación de estos prejuicios del consumidor para mantener clientela analizados en otras autoridades de competencia<sup>53</sup> son: a) El ocultamiento de información relacionada con el precio o establecimiento de sistema de precios complejos; b) La utilización de promociones "por tiempo limitado" o "hasta agotar existencias" que eviten el cambio de proveedor en condiciones normales de competencia.

La publicidad en este orden ideas, puede considerar en una posible forma de manipulación del consumidor con el propósito de mantener la posición en el mercado. Esto en la medida que la publicidad puede crear información que: a) fortalece los prejuicios del consumidor respecto a la escogencia de una marca; b) Induce a decisiones erróneas al generar información que confunde sobre las características fundamentales de un producto o sobre la satisfacción que espera obtenerse sobre tal, y; c) reduce la percepción objetiva del consumidor sobre las actividad afectando su decisión racional.

<sup>52</sup> United Kingdom's Office of Fair Trading, Document OFT1324: Final Report "Consumer Behavioural Biases in Competition. A Survey", May 2011, P11

<sup>53</sup> What does Behavioural Economics mean for Competition Policy, Office of Fair Trading. Marzo 2010 pág 16



En este orden de ideas, un consumidor mal informado puede llegar a puede ser una fuente de generación de rentas a un competidor no eficiente y generar mayores distorsiones en el mercado<sup>54</sup>.

Por ejemplo, en algunos mercados hay una proporción importante de consumidores que conocen sus prejuicios y toman medida correctivas (denominados sofisticados en la literatura) , y una proporción de lo que no lo son (denominado "miopes"), En esos mercados, las firmas tiene incentivos de explotar a los clientes "miopes", Si bien la competencia les exige hacer mejoras, la forma en que expongan las variables de competencia (precio/calidad) tendrían como objetivo obtener una mayor proporción de clientes "miopes", los consumidores sofisticados son los únicos que reciben los beneficios de la competencia, los consumidores "miopes" son quienes subsidian a los consumidores informados<sup>55</sup>.

De este modo una publicidad engañosa, en un cliente mal informado o con prejuicios, lo que lograría es que este se mantenga fiel a un producto, o tome una decisión por aspectos no racionales en términos económicos, trasladando el beneficio del consumidor sea a otro consumidor más sofisticado o a la empresa.

Así las cosas, en el caso objeto de estudio se buscara determinar si quedó demostrado que la publicidad implementada por la FLA tenía como objetivo, crear respecto del consumidor de bebidas alcohólicas un parámetro de evaluación del producto, el cual se fundamentó en que el consumo de aguardiente no afectaba la imagen corporal de las personas que lo consumen, y si el mismo genera información que es suficiente para cambiar las personas o afectar la decisión de un consumidor.

Es decir, que la pieza publicitaria apuntaba a que el consumidor examinara a la hora de tomar la decisión de escoger una bebida alcohólica, si la misma afectaba su salud corporal, y por lo tanto, modificaría su comportamiento, afectando de esta forma el consumo de los productos afectados por esta publicidad, es decir, principalmente la cerveza y el aguardiente.

Es en este contexto en el que se analizará el peritaje solicitado por esta dependencia.

#### **2.4.1.1 Desarrollo del estudio pericial**

Después de seleccionar, el tipo de estudio a desarrollar, el análisis pericial<sup>56</sup>, se dividió en tres fases:

<sup>54</sup> What does Behavioural Economics mean for Competition Policy, Office of Fair Trading. Marzo 2010 pág. 18

<sup>55</sup> ibid o traducción SIC

<sup>56</sup> Con el fin de probar la influencia de la comunicación sobre diferentes elementos asociados con el proceso de decisión de los consumidores, así como con las actitudes frente a las marcas en virtud de la exposición a avisos centrados en argumentos de salud y estética, se realizó un estudio que combina técnicas cuantitativas y cualitativas tanto en el desarrollo de la metodología como en el análisis de resultados, con el fin de contrastar información y profundizar en las razones de las personas para calificar las propiedades de la publicidad objeto del presente proceso. La investigación realizada partió de las siguientes condiciones:

1. Se seleccionaron 80 participantes de manera intencional y no probabilística, de acuerdo con los objetivos del estudio. Para esto se diseñó un perfil de muestra con proporciones equilibradas a nivel de género, estrato socioeconómico y frecuencia de consumo de alcohol. Esto fueron los filtros empleados para el reclutamiento de los participantes. Debe recordarse que cuando se trata de estudios pre-experimentales o experimentales, el tamaño de la muestra no es un criterio de representatividad. Por esta razón la muestra fue intencional y con sujetos tipo.

2. El estudio se desarrolló durante dos días continuos en un espacio contratado para tal fin y el procedimiento fue aplicado por dos psicólogos expertos tanto en metodología experimental, como en entrevistas a consumidores.

1. En la primera fase se aplicó un cuestionario a las personas seleccionadas en el experimento cuya finalidad fue establecer los patrones generales de consumo, así como las actitudes y creencias hacia las bebidas alcohólicas. Igualmente, se establecieron las principales variables que afectan el proceso de decisión y elección de los consumidores.
2. En la segunda fase del estudio y con el fin de comprobar la incidencia de contenidos publicitarios asociados con la salud y la estética, se diseñaron 6 avisos para tres marcas ficticias de bebidas alcohólicas. Se muestran dos avisos para aguardiente, dos para una marca de whisky y dos para cerveza (Aguardiente Típico, Whisky Original y Cerveza Mía, respectivamente). El primer aviso para cada bebida resaltaba propiedades saludables del consumo de esa marca, mientras que el segundo hacía énfasis en el contenido calórico.

**Gráfica N° 2**  
**Avisos diseñados para la fase N°2**



Fuente: folios 649 a 654 del cuaderno 2 del expediente

3. En la Fase 3 del estudio se presentó a los consumidores una copia impresa ampliada, con alta resolución y de un octavo, del aviso original publicado en las revistas *Soho* y *Alo* del mes de octubre del año 2009. Se permitió a los participantes examinar el aviso durante 45 segundos y posteriormente se retiró el aviso para que los sujetos verbalizaran los aspectos que más recordaron y les llamó la atención del aviso.

3. Para responder a los objetivos del peritaje fue necesario asegurar que las personas respondieran de manera espontánea a una serie de preguntas dirigidas a evaluar sus creencias, actitudes y valoraciones asociadas con las bebidas alcohólicas, sin sesgos relacionados a la exposición publicitaria a corto plazo. Por esto, se diseñaron fases secuenciales que finalizaron con la exposición al aviso objeto del proceso.

**Gráfica N° 3**  
**Aviso realizado por la FLA en octubre de 2009**



Fuente: folio 656 del cuaderno 2 del expediente

**2.4.1.2 Conclusiones del estudio**

El estudio permitió definir las características de los consumidores de licores y su percepción acerca de variables como: (i) los grados alcoholímetricos, (ii) el contenido calórico de las bebidas alcohólicas, (iii) además de la influencia de otros medios de comunicación, y por último, (iv) la reacción del consumidor frente a la publicidad relacionada con esta investigación.

**2.4.1.2.1 Fase 1**

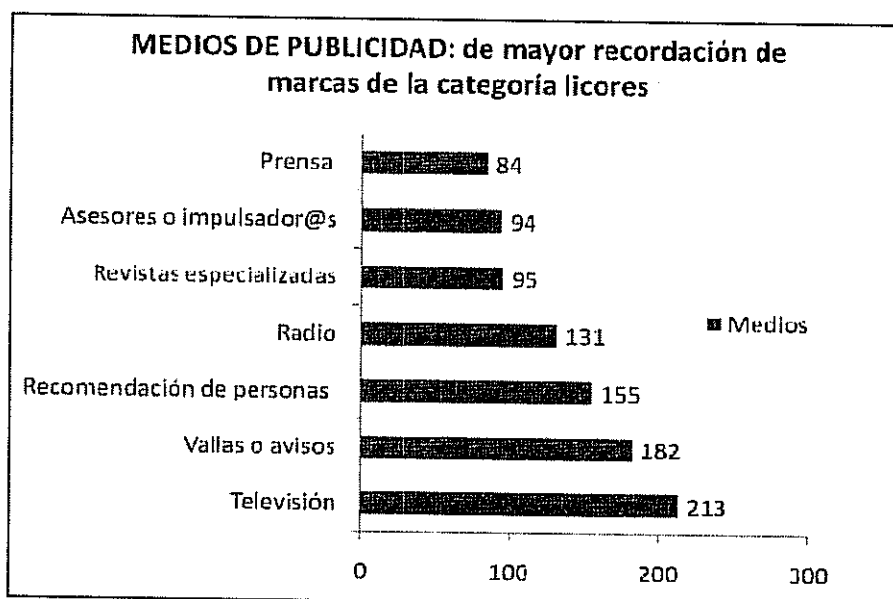
La primera parte fase del estudio arrojó las siguientes tendencias:

- i. Que la cerveza, es la bebida alcohólica que frecuentemente mas se consume, le siguen el aguardiente, el whisky y el ron. Dichos productos son los más populares por parte de los consumidores a la hora de elegir bebidas alcohólicas.
- ii. Que las personas subestiman los grados alcoholímetricos de la mayoría de bebidas fuertes. En general, el consumidor piensa que el whisky posee la mayor cantidad de grado alcoholímetrico, seguido del ron y el aguardiente.
- iii. Que la cerveza y el vino se clasifica como bebidas suaves.
- iv. Las personas encuestadas concluyeron que el consumo de cerveza contribuye al aumento de peso. Sin embargo, un porcentaje reducido sostuvo que el aguardiente contribuye al aumento de peso. No obstante lo

anterior, este prejuicio no influye en el consumidor de bebidas alcohólicas al momento de elegir determinado producto (Cerveza o Aguardiente).

- v. Respecto de la influencia sobre el proceso de decisión de compra de una bebida alcohólica junto a la valoración que hacen las personas respecto a las características de la bebida alcohólica y sus propiedades a nivel de mercado-publicidad, al momento de decidir qué tipo de bebida adquiere se pudo determinar que la recomendación personal incide de manera importante sobre la decisión de compra, especialmente a nivel de amigos y familiares.
- vi. De otra parte, tal y como se observa en la Gráfica N° 4, al momento de la decisión de compra de bebidas alcohólicas, por parte del consumidor, este decide con base en la publicidad realizada en medios de comunicación entre los cuales prevalece la televisión y las vallas o avisos.

**Gráfica N° 4**



Fuente: Folio 614 del cuaderno 2 del expediente

#### 2.4.1.2.2 Fase 2

La segunda fase del peritazgo nos permitió concluir que aun tratándose de marcas diseñadas, para los propósitos del estudio, con un diseño limpio y una plataforma publicitaria no logro impactar en las preferencias de los participantes ni en el caso de las marcas ni en la evaluación de la pieza como tal.

La publicidad, asociada con temas calóricos y de salud no contribuyen de manera importante a mejorar la imagen de marca y que la confianza que estos temas provocan en el consumidor es baja al menos en el caso de nuevas marcas no conocidas

#### 2.4.1.2.3 Fase 3

De acuerdo con la fase tres del estudio, este despacho resalta los siguientes aspectos:

- i. Para la muestra tomada, el aspecto que más les llamó la atención del presente aviso publicitario, es que lo consideran como un aviso de carácter informativo y educativo, debido a que maneja estadísticas en la tabla

comparativa de calorías de los diferentes licores e identifican "que el aguardiente no sube de peso" y "que no engorda".

- ii. Ahora bien, se preguntó si el aviso había cambiado de alguna manera sus creencias e intenciones de compra, tanto de la marca publicitada como de otros tipos de bebidas alcohólicas. Al respecto, en la Tabla N° 1 se puede observar que el 83.5% de las personas están en desacuerdo con la idea de que la exposición al aviso incrementa su intención de comprar más aguardiente que antes.

**Tabla N° 1**

ACUERDO	Frecuencia	Porcentaje Válido
Totalmente desacuerdo	32	40.5%
Desacuerdo	34	43.0%
De acuerdo	9	11.4%
Totalmente De acuerdo	4	5.1%
Total	79	100.0%

Fuente folios 625 y 626 del cuaderno 2 del expediente

- iii. Por otro lado, al preguntarles si la publicidad afecto su posible decisión de compra de otros licores en beneficio del aguardiente. En la Tabla N° 2 se ilustra que el 76.9% de las personas encuestadas estan en desacuerdo con esta idea.

**Tabla N°2**

ACUERDO	Frecuencia	Porcentaje Válido
Totalmente en desacuerdo	23	29.5%
Desacuerdo	37	47.4%
De acuerdo	14	17.9%
Totalmente de acuerdo	4	5.1%
Total	78	100.0%

Fuente folios 625 y 626 del cuaderno 2 del expediente

- iv. Por último, al indagar a los encuestados, si el aviso cambio su intención de tomar cerveza. En la Tabla N° 3, se puede observar que el 74.7% de las personas encuestadas no está de acuerdo con dicha afirmación.

**Tabla N° 3**

ACUERDO	Frecuencia	Porcentaje Válido
Totalmente en desacuerdo	23	29.1%
Desacuerdo	36	45.6%
De acuerdo	17	21.5%
Totalmente de acuerdo	3	3.8%
Total	79	100.0%

Fuente folios 625 y 626 del cuaderno 2 del expediente

#### 2.4.1.2.4 Valoración del informe pericial

Atendiendo la conclusión del informe pericial, este Despacho, al llevar a cabo el análisis de la conducta objeto de estudio pudo observar que:

- i. Si bien los consumidores de bebidas alcohólicas tienen una serie de conceptos o creencias sobre los factores que posiblemente influirían en su decisión de compra, finalmente y una vez se encuentran expuestos a una publicidad real su comportamiento cambia.
- ii. El contenido de calorías de una bebida alcohólica, no tiene injerencia en la decisión del comprar del consumidor de este tipo de productos.

No obstante lo expuesto anteriormente, debe tener en cuenta que (un mínimo porcentaje frente a la muestra) vieron modificado su comportamiento en dos sentidos: a) comenzaron a considerar la posibilidad de evaluar a las bebidas alcohólicas desde el punto de vista de los argumentos de salud y estética; y b) fortalecieron el prejuicio de que la cerveza engorda y el aguardiente no. Situación que no modifica de manera decisiva la conclusión a que nos referimos en el ítem ii de este aparte.

En este orden de ideas, y siguiendo con el lineamiento propuesto en este informe, evaluaremos si la publicidad analizada tuvo un efecto en el mercado, en grado suficiente para ser considerado una conducta anticompetitiva.

## **2.4.2 Desde la perspectiva del mercado**

### **2.4.2.1 Efectos de la publicidad dentro del mercado estudiado**

Después de analizar los posibles efectos de la publicidad y su influencia en la decisión de compra del consumidor se procede a analizar como fue el comportamiento del mercado para la época de los hechos investigados (en este caso referida a la implementación de la campaña publicitaria) y determinar si dicha publicidad traería como consecuencia una afectación.

Bajo este contexto, el primer aspecto relevante se centra en la fecha en la cual se llevo a cabo la publicidad objeto de estudio en las revistas ALO<sup>57</sup> y SOHO<sup>58</sup> y cómo fue difundida. Así las cosas la publicidad se realiza durante el mes de octubre de 2009<sup>59</sup> y la misma fue cancelada, tal situación se evidencia en el siguiente correo:

(...)  
De: Gustavo.Acosta@fla.com.co  
Enviado el Jueves, 15 de octubre de 2009 08:00 a.m  
Para: Tomas Cárdenas; Tatiana Correa  
C.c gacostal@fla.com.co  
Asunto: AVISO DE CALORIAS urgente  
Buenos días Tomas  
En el día de ayer nos demandaron por el aviso de calorías. Por instrucción de Juan José debemos parar este aviso para toda publicación.  
OJO ESTO ES URGENTE!!!!!!!!!!!!!! (...)

Ahora bien, teniendo como referencia el tiempo en el que se llevó a cabo la publicación, se podría presumir, desde el punto de vista económico, que de haberse producido un efecto en el mercado, las ventas de aguardiente Antioqueño habrían tenido una tendencia aumentar y por el contrario, los consumos de cerveza debían disminuir.

Con el fin de comprobar la premisa planteada anteriormente, se tuvieron en cuenta al aguardiente y a la cerveza como los dos productos más importantes en el segmento de bebidas alcohólicas y se llevó a cabo una comparación entre las ventas de unidades de un producto versus el otro durante el periodo de tiempo comprendido entre los años 2009 a 2010.

En efecto, en la Gráfica N° 5, se puede observar como antes de la publicación de la FLA las ventas de aguardiente Antioqueño tienen un pico en el mes de junio de 2009, de igual manera el consumo de aguardiente de otras marcas tiene una

<sup>57</sup> Publicación del 16 al 29 de octubre de 2009 edición 541.

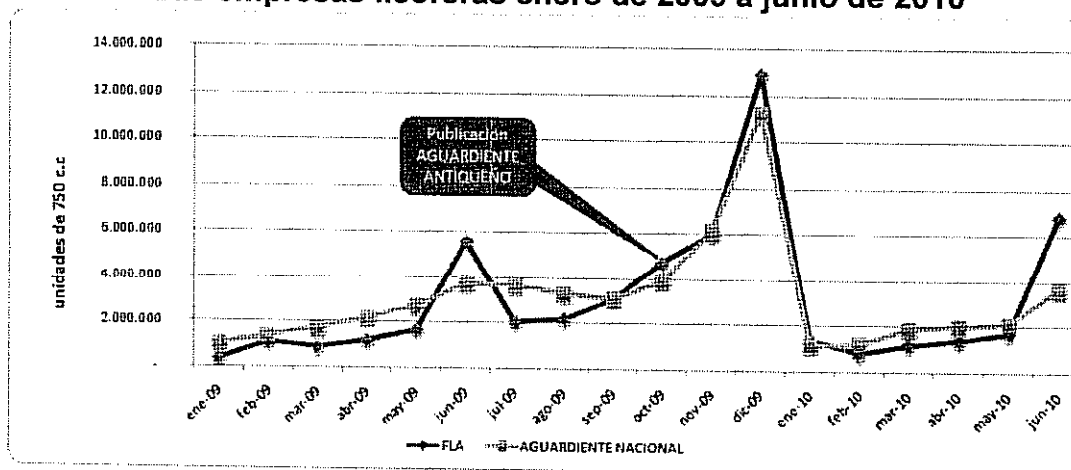
<sup>58</sup> Edición 114 de octubre de 2009

<sup>59</sup> Folios 443 al 471 del cuaderno 2 del expediente

tendencia creciente. Ahora bien, después de la publicación, las ventas de aguardiente nacional y de la FLA tuvieron un incremento importante, hasta el mes de diciembre de 2009, después de esta fecha las ventas disminuyen drásticamente, esto explicado principalmente por la reducción del consumo después de las fiestas de fin de año. El análisis también demostró, que los meses siguientes a febrero de 2010 las empresas tienen ventas constantes.

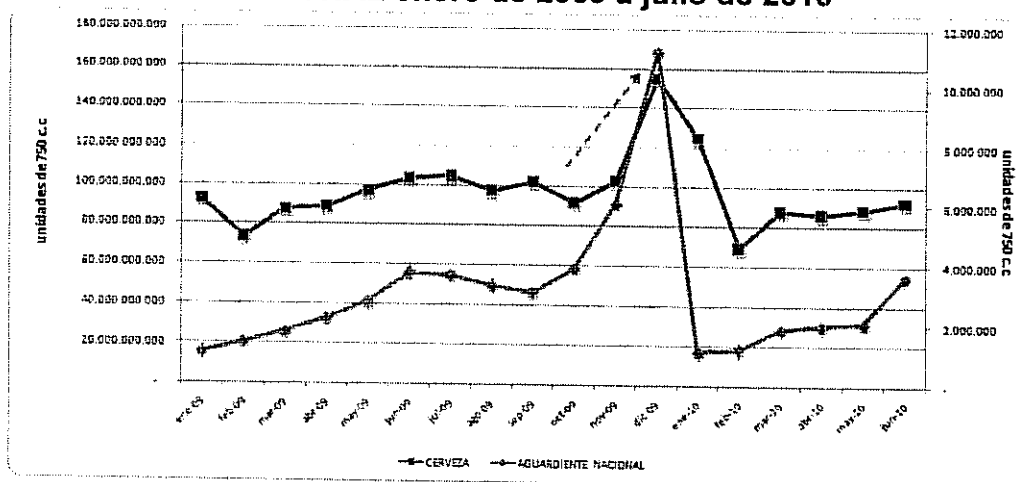
Por otro lado, al observar el comportamiento de las ventas de cerveza BAVARIA versus las ventas de aguardiente nacional (Gráfica N° 6 ), se registra también un aumento del consumo de CERVEZA BAVARIA similar al observado en la Gráfica N° 5 (para el aguardiente) en los meses de noviembre y diciembre seguida de una marcada disminución en los meses de enero y febrero de 2010.

**Gráfica N° 5. Ventas de AGUARDIENTE ANTIOQUEÑO vs Ventas aguardiente otras empresas licoreras enero de 2009 a junio de 2010**



Fuente: folios 37 y 38 del cuaderno 1 del expediente

**Gráfica N° 6. Ventas de CERVEZA BAVARIA vs Ventas AGUARDIENTE NACIONAL enero de 2009 a julio de 2010**



Fuente: folios 37 y 38 del cuaderno 1 del expediente y folios 1136 del cuaderno 4 del expediente.

Es decir, que en cuanto a los mercados de cerveza BAVARIA y aguardiente nacional, la tendencia después de la publicación es similar. De otra parte, en la Gráfica N° 7 se muestra el comportamiento de las ventas de CERVEZA BAVARIA<sup>60</sup> y las de AGUARDIENTE ANTIOQUEÑO para los años 2009 y 2010, donde podemos observar, los picos de consumo de los meses de junio y diciembre de 2009 y 2010, así como el aumento de las ventas de los dos productos después de la publicidad en el mes de agosto de 2009.

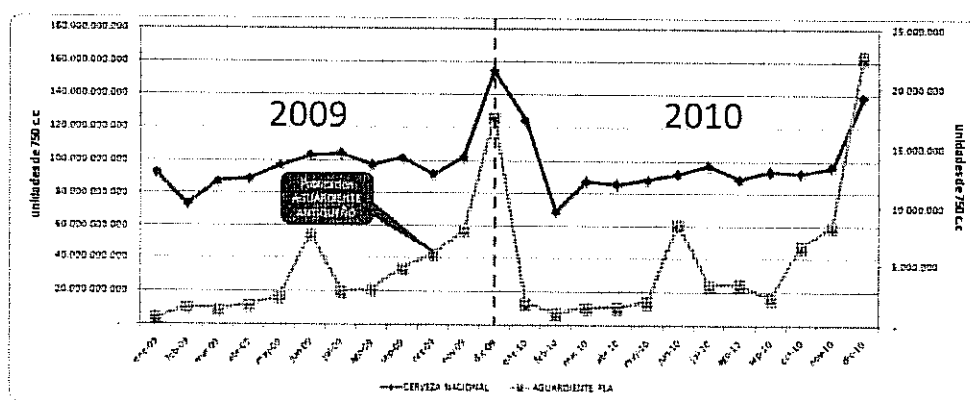
<sup>60</sup> Se procedió convertir los hectolitros (HL) de CERVEZA a Unidades equivalentes de 750 cc por botella para poder comparar el mercado.

Bajo este contexto, es posible concluir que la publicidad objeto de análisis no influyó en el consumo de cerveza, es decir, no trajo como consecuencia, un desplazamiento de clientes de dicho producto a las bebidas producidas por la FLA.

Igualmente, se puede establecer que el mercado de bebidas alcohólicas es estacional, ya que como se ilustra en la Gráfica N° 7, al comparar el año 2009 y 2010, se presenta la misma tendencia y los mismos picos de consumo tanto para la CERVEZA como para el AGUARDIENTE. Esta tendencia, es similar a la que se presenta en la Gráfica N° 8 pues<sup>61</sup> las ventas de aguardiente Antioqueño para los años 2009 a 2011, tienen picos importantes en los meses de junio y diciembre, además de aumento similar en los meses de septiembre, octubre y diciembre (marcados con óvalos en los años 2009-2011), reforzando la idea principal de que al parecer no existió una afectación al mercado de licores en especial el de la cerveza, por causa de la publicidad elaborada por la FLA.

Dichos cambios obedecen a otras variables del mercado diferentes a la publicidad objeto de investigación, como por ejemplo los picos de consumo y las posteriores reducciones de consumo efecto de las diferentes épocas del año.

**Gráfica N° 7 Venta CERVEZA BAVARIA vs Ventas AGUARDIENTE ANTIOQUEÑO para los años 2009-2010**



Fuente: folios 37 y 38 del cuaderno 1 del expediente y folios 1136 del cuaderno 4 del expediente.

<sup>61</sup> Una serie de tiempo es un conjunto de mediciones sucesivas o seriadas acerca de una variable de serie de tiempo, uno de los enfoques de mayor aceptación es considerar una serie de tiempo como una combinación de cuatro elementos:

Tendencia a largo plazo o secular es la tendencia de una serie de tiempo de aumentar o decrecer gradualmente en una línea recta o en una curva gradual en el tiempo por ejemplo, una serie de tiempo de los precios de las casas de habitación podrán variar hacia arriba o hacia abajo sobre pequeños intervalos de tiempo; pero debido a la inflación a alargo plazo, tendrá una tendencia gradualmente ascendente.

**Componentes cíclicos** de una serie de tiempo tienden a subir y bajar según un patrón cíclico alrededor de la curva o recta secular. Por ejemplo una serie de tiempo de los precios de las casas tendrán una fluctuación cíclica alrededor de la curva de tendencia a largo plazo debido a la fluctuación cíclica de suministros, tasas de interés.

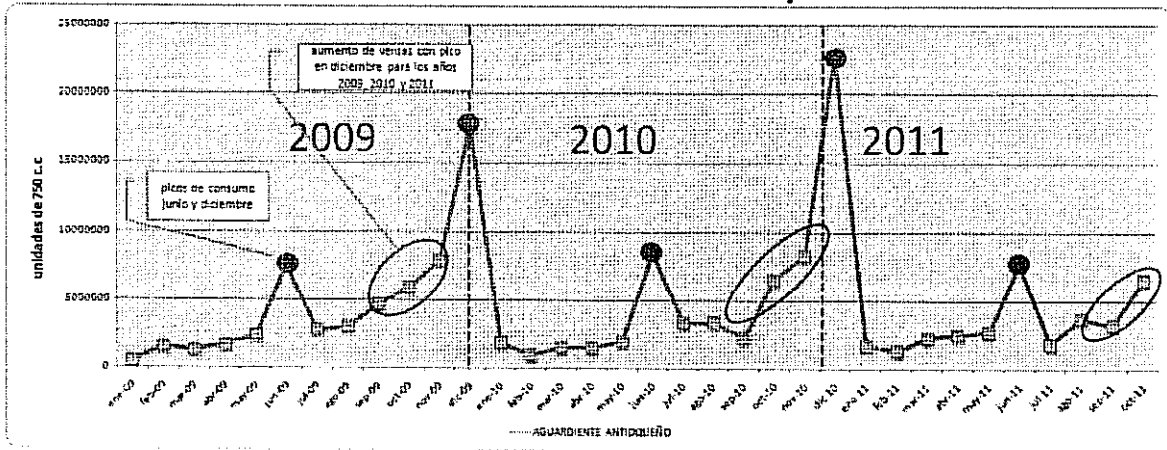
**Componentes estacionales** representan la tendencia de las series de tiempo a variar hacia arriba y hacia abajo durante estaciones específicas del año. Por ejemplo los precios, de verduras frescas tienden a caer durante las estaciones de la cosecha y subir durante el invierno o la estación de crecimiento.

**Variación aleatoria inexplicable** que existe en todas las series de tiempo económicas y de negocios. Estas variaciones aleatorias que se añaden a los tres componentes anteriores de series de tiempo, se mueven de manera casual y a su vez están correlacionadas, debido a los efectos cíclicos inaplicados que no se han tomado en el modelo.

7



**Gráfica N° 8 Ventas AGUARDIENTE ANTIOQUEÑO para los años 2009-2011**



Fuente: folio 440 del cuaderno 2 reservado

En adición a lo expuesto, vale la pena mencionar que según el informe de gestión de Bavaria del segundo semestre de 2009, las ventas de cerveza aumentaron en un 20,1% con un total de 8,7 millones de hectolitros en el semestre, lo que refleja la estacionalidad de las ventas en el segundo semestre del 2009, el aumento del comercio debido al buen clima en todo el país, la estabilización del entorno económico y una mejor ejecución operativa y actividades de mercadeo<sup>62</sup>.

**Tabla N° 4  
Volumen de ventas en hectolitros**

Descripción	Dic. 09	Jun. 09	Dic. 08	% Var. dic. 09 jun. 09	% Var. dic. 09 dic. 08
Cerveza	8,733,401	7,272,188	8,638,161	20.1%	1.1%
Malta	956,730	1,029,594	1,059,518	(7.1%)	(9.7%)
Agua	0	922,900	1,125,220	(100.0%)	(100.0%)
<b>Total</b>	<b>9,690,131</b>	<b>9,224,682</b>	<b>10,822,899</b>	<b>5.0%</b>	<b>(10.5%)</b>

Fuente: Informe a la asamblea general ordinaria de accionistas sobre la gestión adelantada por los administradores de Bavaria, S. A. durante el segundo semestre del 2009.

Como complemento de lo anterior, al realizar una comparación de las ventas de cerveza de BAVARIA durante los años de 2008 y 2009, se observa que tuvieron un aumento del 1.1.%. Al respecto deben observarse los datos de la tabla N°4 y 5

**Tabla N° 5  
Volumen de ventas en hectolitros**

Descripción	Jun. 10	Dic. 09	Jun. 09	% Var. Jun. 10 Dic. 09	% Var. Jun. 10 Jun. 09
Cerveza	7,341,063	8,733,401	7,272,188	(15.9%)	0.9%
Malta	960,980	956,730	1,029,594	0.4%	(6.7%)
Agua	-	-	922,900	N/A	(100.0%)
<b>Total</b>	<b>8,302,043</b>	<b>9,690,131</b>	<b>9,224,682</b>	<b>(14.3%)</b>	<b>(10.0%)</b>

Fuente: Informe a la asamblea general ordinaria de accionistas sobre la gestión realizada por los Administradores de Bavaria, s. A. Durante el primer semestre del 2010.

<sup>62</sup> Informe a la asamblea general ordinaria de accionistas sobre la gestión adelantada por los administradores de Bavaria, S. A. durante el segundo semestre del 2009.

En línea con lo expuesto, en los Informe a la Asamblea General Ordinaria de accionistas de BAVARIA S.A, se explican las causas del comportamiento del mercado de la cerveza, y las razones dadas no establecen a la publicidad objeto de análisis o al mercado de los licores como influyentes en estas variaciones.

*"(...)Las ventas totales de cerveza de Bavaria y sus subsidiarias en Colombia presentaron un aumento del 2.6% durante el primer semestre de 2010, comparadas con el mismo periodo de 2009. Esto se debe fundamentalmente a las grandes ventas de enero, antes del aumento del IVA del 3% al 14 % en febrero 1 del 2010, que hizo declinar las ventas en un 4.3% en los cinco meses que van de febrero a junio del 2010. Es importante anotar que la cerveza tuvo una desventaja sustancial con el aumento del impuesto, puesto que las bebidas alcohólicas destiladas producidas por las fábricas de propiedad de los departamentos no se les impuso impuestos adicional alguno para contribuir a la disminución del déficit económico del sector de la salud<sup>63</sup>.*

*Otros factores que contribuyeron a la disminución de las ventas de cerveza desde febrero del 2010, fueron las leyes secas decretadas por las elecciones del Congreso en marzo del 2010, y las dos vueltas de la elección presidencial en mayo y junio del 2010, al igual que el aumento del contrabando desde Venezuela, debido las grandes diferencias en las tasas de impuestos y el bolívar devaluado, y la larga y fuerte temporada de lluvias debido al fenómeno de la Niña, que causo grandes inundaciones que afectaron a los consumidores y el transporte. (...)"*

En adición a lo expuesto anteriormente, esta Delegatura realizó un análisis estadístico simple<sup>64</sup> con el propósito de evaluar el efecto de la publicidad de la FLA en el periodo de octubre a diciembre de 2009, encontrando que la publicidad utilizada no es significativa y en esta medida no explica las variaciones en el volumen vendidos por parte de BAVARIA. Dichos cambios son atribuidos, como lo vimos anteriormente, a variables como el clima, el aumento de los impuestos y los diferentes procesos electorales que se llevaron a cabo en estos periodos.

### **3. LA AUSENCIA DE DISTORSIÓN EN EL MERCADO**

Teniendo en cuenta lo ilustrado en párrafos anteriores del presente informe Motivado, el objetivo se dirige ahora, a determinar, si con la violación a las normas de publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor, fueron infringidas las disposiciones sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Es importante observar, que la norma, debe interpretarse en el sentido de su finalidad (ratio legis) por lo que, para que la conducta contraria al régimen de la libre competencia se configure, el acto anticompetitivo debe tener por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y/o comercialización de bienes y servicios, y además, que la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés

<sup>63</sup> Informe a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas sobre la gestión realizada por los Administradores de Bavaria, S. A. Durante el primer semestre del 2010.

<sup>64</sup>El análisis estadístico tuvo como variable dependiente a las ventas de cerveza BAVARIA para el periodo 2009 y 2010, de forma mensual y como variable independiente una variable dicótoma que tomo como valor (1) la existencia de la campaña publicitaria y como variable (0) la no existencia de la publicación, los resultados arrojados muestran (BAV= 95646342696,4286+ 20910071528,5714PUB), esto quiere decir que las ventas de BAVARIA aumentaron independientemente de que hubiera publicidad por parte de la FLA con los siguientes estadísticos para el intercepto  $t(25,08)$   $p(1,11968472058033E-17)$  y  $t(1,93)$   $p(0,065)$  para la variable PUB, lo que significa que la variable PUB no es estadísticamente significativa.

tutelado por la ley, esto es la libre competencia, la eficiencia económica y/o el Bienestar del consumidor

Entonces, se tiene que para verificar la infracción a las normas de protección de la competencia, en casos como el presente, se debe demostrar, en primera medida, que con la conducta desplegada se hayan vulnerado las normas de publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor, y que como consecuencia de esta acción, el infractor haya obtenido ventaja competitiva que le permita obtener beneficios superiores representados en un mayor rendimiento en sus ingresos, derivado del mayor volumen de ventas y en detrimento de sus competidores, quienes hubieran resultado afectados por la disminución de sus ingresos con ocasión de la reducción de sus ventas, por el efecto del acto anticompetitivo.

Bajo este contexto, se pudo establecer:

- El estudio pericial en comportamiento del consumidor concluye de forma general que luego de la realización de la publicidad objeto de la presente actuación a las personas que participaron del dictamen pericial, éstas no cambiaron de manera importante su intención de compra de otros licores, como tampoco estimaron que consumirían más aguardiente de lo que consumen habitualmente.
- Respecto de las preguntas formuladas en desarrollo del estudio, para determinar si la publicidad afecta el proceso de decisión o la intención de consumir otras marcas, se concluye que no se cuenta con evidencia contundente que confirme estas hipótesis.
- Por otra parte, del análisis económico realizado por esta Delegatura, se concluyó, tal y como se expuso en líneas anteriores, que en cuanto a los mercados de cerveza BAVARIA y aguardiente nacional, el comportamiento de las ventas de CERVEZA BAVARIA<sup>65</sup> y de AGUARDIENTE ANTIOQUEÑO, en el periodo analizado, después de la aparición de la controvertida publicidad, no se pudo rechazar la hipótesis según la cual la aparición de la publicidad comparativa se pudo derivar un desplazamiento de clientes.

Según el análisis económico realizado por esta Delegatura, se evidencia que este es un mercado estacional, ya que, al comparar el año 2009 y 2010, se presenta la misma tendencia y unos mismos picos, en determinados periodos, tanto para la cerveza como para el aguardiente, reforzando la tesis de que no existió evidencia empírica que permita concluir que hubo una afectación al mercado de licores en especial el de la cerveza, por causa de la publicidad elaborada por la FLA.

- En el presente caso, a pesar de haberse comprobado la infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor, por parte de la FLA, no se logró acreditar con las pruebas allegadas al expediente, que dicha publicidad hubiera tenido un impacto significativo sobre el mercado, de modo tal que la empresa investigada hubiera logrado beneficiarse de forma sustancial y sus competidores se hubieran visto perjudicados con la misma.

<sup>65</sup>Se procedió a convertir los hectolitros (HL) de CERVEZA a Unidades equivalentes de 750 c.c. por botella para poder comparar el mercado.

- Desde el punto de vista económico, la publicidad de la FLA no tuvo efecto en los hábitos de consumo de quienes eligen este tipo de productos, en consecuencia tampoco implicó cambios de la demanda de cerveza, de tal manera que la inquietud que generó la campaña no se reflejó, de manera real en disminución de ventas, como se desprende de los resultados del estudio presentado.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL

Conforme con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009<sup>66</sup>, es función del Superintendente de Industria y Comercio el imponer a los representantes legales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta dos mil (2000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y personas naturales que representan a las empresas, por la infracción a las normas sobre libre competencia, debe haberse establecido previamente la responsabilidad de las sociedades o de las empresas de las que hacían parte.

En el caso particular, al no configurarse el acto anticompetitivo derivado de la infracción a las normas sobre publicidad señaladas en el Estatuto de Protección al Consumidor no resulta procedente imputar responsabilidad a la FLA por la ejecución de conductas anticompetitivas. En consecuencia, al no existir responsabilidad de parte de la empresa investigada, este Despacho encuentra que el señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, no estaría sujeto a la sanción prevista en el numeral 16 del artículo 4° del precitado Decreto y sus modificaciones, en el entendido que, para que haya responsabilidad de las personas naturales es menester que se haya establecido previamente la responsabilidad de la sociedad a la que pertenece, por la infracción a las normas sobre libre competencia.

Sobre dicho precepto, esta Superintendencia ha señalado que:

*"[p]ara que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen."*<sup>67</sup>

<sup>66</sup> Ley 1340 del 24 de julio de 2009. Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales. "El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así: (...) "Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio. (...) Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios: (...) 1. La persistencia en la conducta infractora. (...) 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. (...) 3. La reiteración de la conducta prohibida. (...) 4. La conducta procesal del investigado, y (...) 5. El grado de participación de la persona implicada. (...) Parágrafo. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella."

<sup>67</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 1774 del 30 de enero de 2004.

## 5. CONCLUSIONES

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y del análisis expuesto en líneas anteriores, esta Delegatura puede concluir, que en la presente investigación y pese a que se encontró acreditada la infracción a las normas de publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor por parte de la FLA, no se evidenció infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

- Para el caso que se investiga, la conducta adoptada por la empresa investigada referida a la adopción y publicación de la campaña publicitaria ampliamente ilustrada en el presente informe, no afectó de manera significativa el mercado de fabricación y comercialización de bebidas alcohólicas, porque como lo expuso el amplio análisis de la conducta, se pudo concluir :
- Desde el punto de vista del consumidor y frente al interés que el régimen de la libre competencia protege, referido a la libre escogencia de los consumidores, se logró concluir que la campaña de publicidad estudiada no había tenido un significativo efecto en la decisión de consumo de los ciudadanos que demandan este tipo de bebidas.
- Por otra parte, frente a libre participación de las empresas en el mercado analizado, se logró también evidenciar que la campaña de la FLA, no había representado una distorsión en la demanda de estos bienes, o una ventaja competitiva para la empresa que había implementado la campaña publicitaria en presunto perjuicio de sus competidores. La ausencia de distorsión se evidenció con base en el análisis de los niveles de ventas del grupo de bebidas alcohólicas analizadas.

## 6. RECOMENDACIÓN

Teniendo en cuenta lo expuesto en el presente informe, se considera procedente recomendar al Superintendente de Industria y Comercio archivar la presente investigación.

Atentamente,



**CARLOS PABLO MÁRQUEZ**

**Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia**

Elaboró: Jaime Tolosa y Blanca Castro  
Revisó: Julio Castañeda  
Aprobó: Pablo Márquez