

SECCIÓN II

DEBATES



RESOLUCIÓN 79716 DE 2015

En octubre del presente año, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) autorizó la cesión de los contratos de franquicia por parte de Pepsi Cola Colombia Ltda. (en adelante, Pepsi) a Postobón S.A. (en adelante, Postobón) de los productos *Gatorade* y *Lipton Ice Tea*. El primer intento de estas dos empresas por integrar sus operaciones con respecto al producto *Gatorade* se dio en el año 2004, cuando la sociedad Quaker –subsidiaria de la matriz de Pepsi– propuso a Postobón, quien ya distribuía el producto, asumir la producción y venta del mismo. El problema que dicha operación representaba era que Postobón producía y distribuía *Squash*, bebida isotónica disponible en el mercado colombiano.

Por lo anterior, las empresas acudieron a la SIC para obtener su aprobación. Sin embargo, la operación fue objetada mediante Resolución 16453 de 2004. Para la entidad, el mercado producto relevante de la operación propuesta era el de las bebidas isotónicas en razón de las características de los mismos. Siendo este el mercado identificado por la Autoridad, se concluyó que *Gatorade* y *Squash* competían en el mismo y entre ambos consolidaban el 100 % de la oferta en este; en consecuencia, la operación propuesta fue rechazada dado que consolidaba la producción, distribución y venta de la totalidad del mercado de las bebidas isotónicas en un mismo agente –Postobón.

La anterior definición del mercado producto relevante no estuvo libre de controversias, y los apoderados de las sociedades interesadas repusieron la decisión y acudieron luego a la jurisdicción contencioso administrativa por considerar que definir el mercado con base en las características únicamente –ignorando el precio y los usos de los productos– era errado. Este proceso llegó hasta el Consejo de Estado, y allí la decisión de la SIC fue confirmada.

A pesar de lo anterior, las compañías comenzaron a manejar la producción de *Gatorade* de manera conjunta, razón por la cual la SIC inició una investigación administrativa en el año 2005. Esta fue terminada puesto que las empresas ofrecieron como garantía, mantener separados los negocios de *Gatorade* y *Squash* –aquel comenzó a ser producido en la planta de Colbesa S.A.– y la celebración de un contrato de mandato comercial con Postobón para la comercialización, en nombre y por cuenta de Pepsi, del producto.

En el año 2006, Pepsi introdujo al país las bebidas a base de té *Lipton Ice Tea*. En aquel momento, en el mercado colombiano ya existían bebidas a base de té, cuya marca líder era *Mr. Tea*, bebida producida por Postobón. Para la producción, venta y distribución de *Lipton Ice Tea* en Colombia se adoptó, en 2008, un modelo similar al aceptado por la SIC con relación a la producción de *Gatorade* (aún cuando no exactamente igual); así, la nueva bebida comenzó a producirse en la planta de Colbesa y era luego vendida a Postobón para su distribución.

La idea de consolidar la producción, venta y distribución de los productos de Pepsi en cabeza de Postobón continuó. Por esta razón, en mayo de 2014, las sociedades informaron a la SIC su interés en ceder los contratos de franquicia sobre los productos *Gatorade* y *Lipton Ice Tea* a Postobón. Lo anterior supuso una serie de problemas, teniendo en cuenta la decisión tomada en el año 2004:

- i. Para comenzar, había que determinar si la decisión tomada por la SIC en 2004 hacía tránsito a cosa juzgada. En este punto, se le hizo a saber a la autoridad que frente a la Resolución 16453 de 2004 había operado el fenómeno del decaimiento del acto administrativo, puesto que las circunstancias que habían llevado a su expedición habían cambiado. En concreto, el mercado de las bebidas isotónicas ya no se encontraba compuesto por *Gatorade* y *Squash*, exclusivamente, pues The Coca-Cola Company y Aje Colombia habían introducido *Powerade* y *Sporade*, respectivamente, y, consecuentemente, el poder de mercado de las marcas de Pepsi y Postobón era inferior con respecto al ostentado en el año 2004.
- ii. Seguidamente, en la definición del mercado relevante, se hizo énfasis en que el mercado en el que las intervinientes coinciden es el de las bebidas refrescantes, el cual está compuesto, según la SIC, por ocho clases de bebidas: 1) gaseosas; 2) refrescos de aguas saborizadas; 3) aguas en botella; 4) jugos; 5) maltas; 6i) bebidas a base de té; 7) bebidas energizantes y 8) bebidas isotónicas.

Tras analizar las características de los productos en cuestión, las intervinientes plantearon que tanto las bebidas isotónicas, como las bebidas a base de té, son refrescantes, lo cual, desde el punto de vista de su uso, las hace competidoras con todas las demás bebidas líquidas no alcohólicas. Sin embargo, la SIC concluyó que las demás bebidas no son sustitutas de las isotónicas, dado que, más allá de servir para calmar la sed, estas cumplen unos usos específicos por parte de consumidores con hábitos determinados y en circunstancias especiales. De hecho, la SIC llegó a considerar que por las características propias de las isotónicas (entre ellas las sales y minerales que contienen), ni siquiera el agua cumple con unas funciones similares de hidratación en los consumidores.

Contrario a la conclusión anterior, respecto al análisis que se hizo de bebidas a base de té, la SIC concluyó que dichas bebidas pueden ser sustituidas por el consumidor por otras categorías de bebidas refrescantes, por lo que necesariamente se ampliaría el mercado relevante y se diluiría la cuota de mercado de las primeras. Para efectos del análisis de la resolución, la SIC comparó únicamente la relación entre las bebidas a base de té y los jugos de fruta, pues esto era suficiente para ampliar el mercado relevante, lo cual no descarta la sustituibilidad entre las bebidas a base de té y las demás bebidas refrescantes.

- iii. Dado que la delimitación del mercado de las bebidas isotónicas podía resultar problemático por la posible integración horizontal de las marcas *Gatorade* y *Squash* en cabeza de Postobón, la autoridad realizó un examen cualitativo y cuantitativo detallado para determinar el grado de sustituibilidad entre las bebidas que componen el mercado de las bebidas isotónicas.

Al hacerlo, se encontró que el precio de *Gatorade* era independiente frente a las variaciones en las demás bebidas isotónicas. De la misma manera, no se encontró que las fluctuaciones de precios de *Squash*, *Powerade* y *Sporade* afectase el comportamiento en los precios de *Gatorade*. Así, la SIC concluyó que *Gatorade* está dirigido a un segmento *premium* de consumidores, quienes consumen el producto con independencia del precio de las demás bebidas, mientras que las restantes se encuentran en un segmento de bebidas isotónicas “regulares”.

- iv. Tras estudiar los mercados producto relevantes, la SIC procedió a estudiar las posibles restricciones verticales que la operación pudiera plantear. En particular, la entidad se concentró en el posible efecto restrictivo sobre el suministro de materias primas e insumos al percatarse que el grupo empresarial al que pertenece Postobón –la Organización Ardila Lülle– es

dueño, entre otros, de ingenios azucareros y empresas de envases. Tras el estudio, la autoridad determinó que Postobón, eventualmente, podría tener el poder de mercado necesario para restringir algunos eslabones de la cadena de valor de las bebidas isotónicas, pues sería el principal agente comprador de materias primas e insumos.

- v. Finalmente, la entidad concluyó que los mercados analizados tenían unas altas barreras de entrada para los nuevos competidores, en especial por los costos hundidos en el mercado de bebidas isotónicas, dado el posicionamiento de la marca *Gatorade* y la capacidad ociosa de las empresas productoras.

Tras el análisis de los puntos señalados, la SIC concluyó que la cesión de los contratos de franquicia de los productos *Gatorade* y *Lipton Ice Tea* no afecta los mercados relevantes ni el poder de mercado de Postobón.

En todo caso, la SIC acogió los siguientes condicionamientos en cabeza de Postobón, por un plazo de tres años, teniendo en cuenta las propuestas de los intervinientes:

- i. Postobón no puede oponerse ni interferir en los pedidos de materias primas e insumos, ni en las condiciones de los mismos, que los demás productores de bebidas isotónicas y a base de té formulen a sociedades de la Organización Ardila Lülle.
- ii. Postobón deberá vender de manera desempaquetada los productos que hacen parte de su portafolio.
- iii. Postobón deberá establecer e implementar un programa de cumplimiento de las normas de competencia.

La decisión anteriormente señalada es muy importante, dado que es la primera decisión en la que la SIC acepta la teoría del decaimiento del acto administrativo y adicionalmente porque es la primera en abordar para el segmento de las bebidas no alcohólicas, una definición de mercado que además de tener en cuenta las características de estas, considera el “precio” como un factor determinante a la hora de definir el mercado relevante producto.

