

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 33361 DE
2011 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

***Caso BAVARIA PERONI
Discriminación***

Investigados:
La sociedad Bavaria S.A., y su presidente, el Sr. Kari Lippert

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	3
2.	AVERIGUACIÓN PRELIMINAR	3
3.	CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	3
4.	CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA.....	4
4.	DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	6
5.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	6

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 33361 DE 2011 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso BAVARIA PERONI

Discriminación

Investigados:

La sociedad Bavaria S.A., y su presidente, el Sr. Kari Lippert

1. Introducción

Que mediante memorando radicado con el número 07-002435 de 2007, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó al Jefe de Prácticas restrictivas de la competencia iniciar una averiguación preliminar para determinar si, de acuerdo con la queja presentada por el Sr. Benjamin Bartley gerente general de Heineken International de Colombia, la sociedad Bavaria S.A., y su presidente, el Sr. Kari Lippert, realizaron prácticas contrarias a las normas sobre libre competencia.

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución No. 011304 de 2007, la Delegatura para la Protección de la Competencia abrió formalmente una investigación para determinar si la sociedad Bavaria S.A. actuó en contravención de lo señalado en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

De igual manera, ordenó abrir investigación contra el Sr. Karl Lippert que, en la época de los hechos, se desempeñaba como representante legal de Bavaria S.A., para determinar si autorizó, ejecutó o toleró conductas contrarias a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas antes indicadas, incurriendo así en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

3. Consideraciones de la Delegatura

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

Afirmó que dicha conducta:

(i) fue puesta en marcha valiéndose de un vehículo denominado "contratos de patrocinio", por medio de los cuales Bavaria entregó recursos económicos a los establecimientos "patrocinados" a cambio de lo cual éstos adquirieron la obligación de

(ii) realizar acuerdos de publicidad exclusiva de algunas de las marcas de Bavaria, particularmente la marca Peroni,

(iii) adquirir y vender de manera exclusiva productos de dicha sociedad, lo cual fue subrepticamente disimulado mediante el uso de la expresión "preferencia" en lugar de exclusividad, y

(iv) comprar cantidades mínimas de productos de dicha la sociedad investigada. Esta estrategia estuvo acompañada de acciones de monitoreo en los puntos de venta, y de un conocimiento en cuanto a la ilegalidad de la conducta y de esfuerzos tendientes a ocultar la misma del escrutinio público².

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

4. Consideraciones de la Superintendencia

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

Que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, en lo que se refiere a la conducta investigada, no ha caducado. Lo anterior, debido al carácter continuado de dicha conducta y debido a que la caducidad se estima a partir de la vigencia del último contrato que hace parte del material probatorio evaluado que consta en el expediente.

Que el ámbito temporal del mercado relevante para efectos de analizar la conducta investigada no está determinado por las pruebas recogidas durante la investigación preliminar, sino que está determinado por los distintos elementos que se señalan en el Informe Motivado. Lo anterior, debido a que la Resolución de Apertura no puede determinar el alcance de las pruebas que fueron recogidas con posterioridad.

Que el mercado relevante, para efectos de la conducta investigada, consiste en la distribución y comercialización de la cerveza Premium, tanto nacional como importada, que se ofrece por medio del canal HORECA para el consumo *on premise*. Dicho mercado incluye las marcas Club Colombia y Peroni de la empresa Bavaria S.A.

Que las normas aplicables frente a la conducta investigada comprenden la Ley 155 de 1959, artículo 1o, y el Decreto 2153 de 1992, artículo 50 numeral 6o. La ley 1340 de 2009,

que también haría parte de este conjunto, no es aplicable, por haber sido expedida posteriormente al periodo en el que transcurrió la conducta investigada.

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

Que para aplicar las normas sobre impedir u obstruir a terceros la entrada al mercado o a la cadena de comercialización como una forma de abuso de la posición dominante, este Despacho considera pertinente determinar (i) si la parte investigada tiene una posición dominante en el mercado relevante previamente definido, y de tener dicha posición; (ii) si la conducta estudiada tiene la extensión suficiente en el mercado correspondiente como para excluir a competidores actuales y potenciales; y de ser así (iii) cuales pueden ser los beneficios para el consumidor esperados que justifican su realización; adicionalmente, es necesario determinar (iv) si, dadas las características particulares del mercado, hay otros medios menos lesivos para la competencia, que permitan alcanzar el fin o propósito que se busca con la conducta investigada.

Al aplicar estos criterios al caso concreto, se encontró (i) que la empresa Bavaria S.A. tiene posición dominante en el mercado relevante, y (ii) que Bavaria aplicó una estrategia de comercialización que podía ser idónea para excluir a sus competidores del mercado; (iii) que no está probado en el expediente que la estrategia de Bavaria hubiera sido lo suficientemente extensa en el mercado o canal de comercialización como para afirmar, más allá de la duda razonable, que ésta impidió el acceso u obstruyó la entrada de competidores. Por esto, no se hace necesario para este Despacho estudiar si existieron beneficios para los consumidores derivados de la conducta o si no existían, conforme con la estructura del mercado, otros medios menos lesivos para la competencia.

Que respecto de las conductas relacionadas con la subordinación de suministro al cumplimiento de obligaciones adicionales, el Despacho concluye que, tal como se dijo atrás, Bavaria efectivamente cuenta con posición de dominio en el mercado.

Que del análisis de las pruebas que obran en el expediente, no es posible concluir categóricamente que existiera un factor por virtud del cual los propietarios de los establecimientos de comercio se vieran forzados y cohibidos a firmar contratos de patrocinio a cambio de la venta exclusiva. Así, conforme con las pruebas obrantes en el expediente, dichos contratos aparentemente generaron beneficios para las dos partes, la parte dominante, de la promoción y publicidad de sus productos, y los bares y restaurantes

de las contraprestaciones que recibieron a cambio.

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

5. Decisión de la Superintendencia

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

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

ARTÍCULO TERCERO: Archivar la presente investigación.

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

6. Análisis y conclusiones

Puede concluirse del caso bajo estudio;

(i) la publicidad es un elemento indispensable para el desarrollo y posicionamiento de una marca de cerveza determinada y, por consiguiente, el consumo del producto en el canal *on premise* está influenciado por la presencia o exposición de una marca dentro del establecimiento, la cual se hace visible a través de la misma publicidad.

(ii) Que las cláusulas de exclusividad publicitaria presentes en los contratos que ha celebrado la investigada con numerosos establecimientos pertenecientes al canal *on premise* se traducen en la creación de una barrera estratégica favorable para Bavaria, consistente en la inversión de importantes recursos de una política de marketing, lo cual genera un costo hundido para un nuevo entrante o actual competidor en el mercado afectado. Esta circunstancia retrasa o disuade la decisión de un competidor potencial de incursionar en el mercado, y dificulta la permanencia de los competidores actuales.

De esta manera, los contratos de patrocinio que incluyen cláusulas de exclusividad en materia de venta y de publicidad, que imponen un volumen mínimo de compras para generar fidelidad, que otorgan incentivos económicos, su respectivo monitoreo y el encubrimiento de la conducta por parte de Bavaria S.A., restringen de manera indebida la competencia en el mercado relevante.

Proyectado por: Diego Guarín