

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 79716 DE
2015 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso GASEOSAS
Se condiciona una operación de integración empresarial

Investigados:
PEPSI COLA COLOMBIA LTDA, POSTOBON, CARBE, OAL y COLBESA

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1.	ANTECEDENTES	3
2.	DEFINICIÓN DE MERCADO RELEVANTE	5
3.	BARRERAS DE ENTRADA	8
4.	EFFECTOS DE LA OPERACIÓN.....	8
5.	CONCLUSIONES DE SIC.....	9
6.	DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	10
7.	ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	10

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA
RESOLUCIÓN 79716 DE 2015 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Se condiciona una operación de integración empresarial

Intervinientes:

PEPSI COLA COLOMBIA LTDA., POSTOBÓN pertenece al grupo empresarial CARBE S.A. (en adelante, CARBE) el cual tiene domicilio en Bogotá y su actividad principal consiste en servir como soporte a inversiones financieras en distintas ramas de la economía. CARBE es la empresa matriz de la Organización Ardila Lülle (en adelante, OAL) y COLBESA S.A.

1. Antecedentes

El 14 de mayo del 2014 PEPSI COLA COLOMBIA LTDA. (en adelante, PEPSI) y POSTOBÓN S.A. (en adelante, POSTOBÓN), informaron sobre una operación consistente en la cesión por parte de PEPSI de los contratos de franquicia, (incluyendo los contratos de exclusividad, licenciamiento de marca y embotellamiento exclusivo) de los productos Gatorade y Lipton Ice Tea a POSTOBÓN, los cuales actualmente se producen en la planta de COLBESA S.A. (en adelante, COLBESA) en el municipio de Caloto, Cauca.

Actualmente PEPSI produce GATORADE y LIPTON TEA por su cuenta y riesgo. Para el efecto, PEPSI contrató a COLBESA para que de manera exclusiva le fabrique estos productos en su planta.

PEPSI ofrece GATORADE y LIPTON al mercado colombiano por medio de dos procesos independientes con el apoyo de dos aliados estratégicos: COLBESA con la fabricación del producto terminado y POSTOBÓN con la distribución y venta de los productos terminados en todas sus presentaciones y sabores.

Los activos objeto del negocio jurídico que hoy se informan, son explotados actualmente por PEPSI quién desea ceder los contratos de franquicia a POSTOBÓN para que éste último, continúe comercializando los productos mencionados en territorio nacional.

La operación de integración proyectada fue presentada a la SIC en el año 2004 únicamente para el mercado de bebidas isotónicas. Esta operación fue objetada mediante la Resolución No. 16453 de 2004, y fue además rechazado el recurso de reposición interpuesto por las INTERVINIENTES mediante la Resolución No. 27920 de 2004.

Al evidenciarse que POSTOBÓN habría asumido en el año 2002 la producción y comercialización de la bebida isotónica marca Gatorade, en Colombia, la SIC mediante Resolución No. 101 de 2005 dio inicio a una investigación para determinar si dichas empresas infringieron lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y establecer si el

acuerdo celebrado entre QUAKER y POSTOBÓN configuraba un acuerdo restrictivo de la competencia.

Esta investigación fue terminada anticipadamente mediante la aceptación de unas garantías, modificadas por solicitud de PEPSI. En esta resolución la SIC aceptó los siguientes compromisos:

i) La producción de Gatorade debería ser llevada a cabo por un tercero diferente e independiente de POSTOBÓN, que actualmente es COLBESA.

ii) Las compañías deberían celebrar un contrato de mandato con representación. Como consecuencia de dicho contrato POSTOBÓN realizaría la comercialización en nombre y por cuenta de QUAKER, es decir, PEPSI. Esta figura de contrato sé ha mantenido hasta la fecha.

A raíz de estas garantías, las empresas QUAKER y POSTOBÓN suscribieron un contrato de uso de facilidades comunes, mientras PEPSI y COLBESA convinieron un contrato de producción.

El Contrato de uso de facilidades comunes permite que QUAKER utilice las facilidades, los procedimientos, métodos y sistemas de POSTOBÓN, para vender a terceros distintos a este, la bebida isotónica marca Gatorade.

En el año 2008 las intervinientes celebraron un contrato de compraventa y distribución del producto final -en este caso Lipton Ice Tea-, en el cual PEPSI designa a POSTOBÓN como su distribuidor exclusivo en todos los puntos de venta del territorio colombiano para la venta y distribución de las bebidas preparadas a base de té en sus distintas variedades con la marca primaria de LIPTON®.

PEPSI únicamente produce la bebida a base de té -a través de COLBESA- y entrega el producto final para su respectiva comercialización por su propia cuenta y riesgo a POSTOBÓN. Es decir que tanto el precio de reventa, como los costos y gastos de distribución y administración, entre otros, serán determinados y asumidos por el distribuidor -en este caso POSTOBÓN-; por lo tanto, se concluye que PEPSI no participa en este eslabón de la cadena.

Al verificar el cumplimiento de los supuestos del artículo 9 de la Ley 1340 del 2009 el cual 2009 establece que las empresas intervinientes en una integración empresarial estarán obligadas a informar a la SIC sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse, cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada; la SIC considera que en el caso en estudio se encuentra verificado el supuesto subjetivo que impone el deber de informar a la SIC la operación proyectada, en la medida en que las INTERVINIENTES no solo desarrollan de manera coincidente una de sus actividades económicas, sino que a su vez pertenecen a distintos eslabones de una misma cadena de valor. Adicionalmente considera que, tanto por el valor conjunto de sus activos como por el valor conjunto de sus ingresos operacionales, se cumple el supuesto objetivo que impone esta misma obligación.

2. Definición de Mercado Relevante

A diferencia de las operaciones de integración horizontal en las cuales las intervinientes actúan o tendrían la potencialidad de actuar en un mismo mercado relevante, en las operaciones de integración vertical, como es el caso que nos ocupa, las intervinientes son activas en mercados relevantes distintos al participar en diferentes niveles de la cadena, aunque vinculados a una misma actividad de un producto. De esta manera, un presupuesto claro en una operación de integración horizontal es que involucra productos sustitutos, mientras que una operación de integración vertical involucra lo que podría denominarse productos complementarios.

Mercado Producto.

La única actividad económica desarrollada de manera coincidente por las INTERVINIENTES en Colombia, es la producción y distribución de bebidas isotónicas RTD (ready to drink) y la producción de bebidas a base de té RTD. La SIC considera que las bebidas en polvo no son sustitutas de las bebidas RTD, ya que para su consumo es necesario contar con una serie de implementos que permitan efectuar su preparación y llevar a un posterior consumo.

Una vez analizados todos los tipos de sustitutos propuestos por las intervinientes (agua en botella, bebidas carbonatadas, bebidas energizantes, bebidas a base de malta, jugos y demás bebidas refrescantes incluyendo las bebidas a base de té) no son sustitutivas de las bebidas isotónicas.

Adicionalmente la SIC descarta una posible sustituibilidad de las bebidas a base de té, con las bebidas energizantes por cuanto estas últimas tienen características y usos muy particulares que difieren de las características y usos de las bebidas a base de té. En general, un consumidor de bebidas energizantes busca satisfacer la necesidad de eliminar la sensación de cansancio, a través de altas cantidades de azúcar y sustancias estimulantes como la cafeína o la taurina (entre otras) para obtener energía.

Por el contrario, la SIC sí encuentra una relación de sustituibilidad entre las bebidas a base de té y los jugos de fruta, toda vez que sus usos principales corresponden al acompañamiento de comidas o para calmar la sed, además de compartir características fundamentales como su aporte nutricional al organismo del consumidor. Adicionalmente encuentra que el reconocimiento de otras bebidas refrescantes como bebidas carbonatadas, aguas en botella, refrescos de agua saborizada y bebidas a base de malta como sustitutos de las bebidas a base de té, necesariamente ampliaría el mercado relevante y en consecuencia diluiría el efecto de concentración (si lo hubiera) derivado de la operación proyectada entre las INTERVINIENTES. Por lo tanto, sólo se revisará la estructura del mercado teniendo en cuenta la sustituibilidad reconocida previamente, entre bebidas a base de té y jugos de fruta.

En conclusión, el mercado producto estaría conformado por:

- El mercado de bebidas isotónicas.
- El mercado de bebidas a base de té y jugos de fruta. Con la salvedad de que en dicho

mercado podrían existir otros productos sustitutos pertenecientes a la categoría "bebidas refrescantes"

Mercado geográfico

Este mercado posee consumidores homogéneos a lo largo de todo el territorio nacional, sin distinción alguna en las diversas regiones de Colombia, ya que los productos afectados tienen usos iguales en cualquier rincón del país.

Finalmente, la cobertura en las zonas donde hay presencia de las principales industrias colombianas y la homogeneidad de las condiciones de competencia; evidencian que la zona de influencia en la cual se llevará a cabo la operación proyectada corresponde a todo el territorio nacional.

Competidores

En el mercado de bebidas isotónicas se presenta un limitado número de participantes que se dedican a la producción y/o comercialización de productos con las mismas características que las INTERVINIENTES. Con relación al mercado de bebidas a base de té y jugos de fruta, son múltiples las empresas que participan con productos similares a los de las INTERVINIENTES.

Bebidas a base de té y jugos. Al analizar de manera restrictiva el mercado, es decir, tomando los jugos como única bebida sustituta de las bebidas a base té, se evidencia que con la operación proyectada no se generaría un cambio sustancial en la estructura de mercado, que conlleve a una indebida restricción de la competencia, Por lo tanto, si se llegase a incluir las demás bebidas refrescantes en dicho mercado relevante, el incremento de la participación, en términos relativos, sería cada vez menor.

Al respecto se encuentra que la operación proyectada no representaría cambios sustanciales en la estructura de mercado, razón por la cual no se considera necesario realizar un análisis más detallado de sustituibilidad, concentración y dominancia.

Bebidas isotónicas. Al respecto considera la SIC que las bebidas isotónicas comparten, en general, las mismas características y usos, y están dirigidas a consumidores que tienen la necesidad de rehidratarse y reponer los nutrientes perdidos durante la actividad física a través del sudor. Al considerar los resultados obtenidos de la estimación de los tres modelos econométricos, Gatorade ha mantenido de forma estable el precio por mililitro, lo que denota una posible independencia frente a las variaciones reportadas por las demás bebidas isotónicas. Igualmente, los resultados evidencian que la demanda de otras bebidas isotónicas es poco sensible frente a la variación de los precios de Gatorade, situación que indica que estos productos son independientes entre sí.

De acuerdo con lo anterior, la SIC considera que a pesar de que las bebidas isotónicas en general presentan características y usos similares, muestran patrones diferentes que permiten inferir que van dirigidas a segmentos distintos de la población. Por lo tanto, para el caso de la bebida Gatorade se determina que existe una subdivisión del mercado, ubicando el producto Gatorade en el segmento premium y un segmento de bebidas

isotónicas regulares donde se encuentran los demás competidores.

Se evidencia que con la operación proyectada no se daría ningún tipo de afectación en el segmento premium de bebidas isotónicas, ya que si bien existe un agente con posición dominante, dicha condición está dada en el mercado sin considerar la operación de concentración.

Participación de las INTERVINIENTES en otros eslabones de la cadena de valor de bebidas isotónicas y bebidas a base de té.

La operación proyectada presenta una relación vertical entre las INTERVINIENTES, debido a la participación de POSTOBÓN en el eslabón de distribución y comercialización.

En este sentido, se percibe que en principio la operación de integración no generaría algún efecto negativo en la competencia, en cuanto a restricción en el suministro del producto, incremento en los precios u algún otro tipo de restricción aguas abajo en la cadena de valor.

Es de considerar que, desde antes de la operación, POSTOBÓN ha sido designada por PEPSI como su distribuidor exclusivo en todos los puntos de venta del territorio colombiano, situación que indica que no se generaría ningún tipo de restricción aguas abajo de la cadena de valor, ya que POSTOBÓN únicamente dejaría de ser cliente de PEPSI, para así empezar a efectuar la fabricación del producto además de su distribución y comercialización.

No obstante, al analizar la cadena de valor aguas arriba, la Superintendencia encuentra cierta preocupación relacionada con el suministro de materias primas e insumos principalmente para la fabricación de las bebidas isotónicas.

Dado que POSTOBÓN se consolidaría como único agente proveedor de bebidas isotónicas en el segmento Premium, teniendo ya una participación considerable en el segmento de bebidas isotónicas regulares se encuentra necesario revisar estos mercados, donde si bien el efecto en términos de concentración es neutro, la participación de las INTERVINIENTES es significativamente alta y existe el escenario para una posible restricción en el suministro de las materias primas e insumos.

Lo anterior por cuanto POSTOBÓN es una compañía controlada por CARBE, matriz de la OAL, organización que representa uno de los principales conglomerados de Colombia y de América Latina. En este sentido, todas las compañías pertenecientes al grupo empresarial conformado por la OAL, operan bajo una misma unidad de propósito y responden a un interés común.

El grupo OAL está conformado por empresas dedicadas a la producción y transformación de bienes y servicios en los sectores de bebidas, ingenios azucareros, comunicaciones, empaques, agroindustria, seguros, deportes y automotores, entre otros. Por lo tanto, la participación de POSTOBÓN en la OAL, le proporciona ventajas a dicha compañía en términos de abastecimiento de materias primas frente a sus competidores.

Al analizar la cadena de valor aguas arriba, se observa que existe un único mercado correspondiente al de materias primas e insumos necesarios para la fabricación de bebidas isotónicas. En esta línea, POSTOBÓN una vez efectuada la operación proyectada, pasaría no solo a adquirir el 100% de la marca Gatorade sino que además se convertiría en el principal comprador de materias primas e insumos para fabricar bebidas isotónicas en el país.

Con base en lo anterior, la SIC considera que con la operación proyectada eventualmente POSTOBÓN podría tener el poder de mercado necesario para restringir algunos de los eslabones de la cadena de valor de las bebidas isotónicas, ya que sería el principal agente comprador de materia primas e insumos.

3. Barreras de Entrada

Inversión inicial.

La SIC reconoce que la inversión inicial para ingresar a un mercado no supone en sí misma una alta barrera a la entrada. Solamente cuando se considera en conjunto con las otras barreras se podrá determinar si efectivamente debe ser considerada como una barrera a la entrada.

Costos hundidos

Se encuentra que existe una amplia diferencia en la inversión en publicidad; por lo tanto, este factor se convierte en una barrera a la entrada, ya que para consolidar la recordación con la que cuenta esta marca, los potenciales competidores deberán incurrir en una inversión en publicidad y tiempo.

Capacidad ociosa

la significativa capacidad ociosa de las empresas partícipes en el mercado de bebidas isotónicas y bebidas a base de té y la elevada capacidad de producción que tiene COLBESA respecto a la de sus competidores, representan un desestimulo para los competidores entrantes, ya que reflejan que además de que está siendo atendida la totalidad de la demanda, están en la capacidad de contrarrestar cualquier intento de penetración por parte de un potencial competidor.

4. Efectos de la operación

En primer lugar, este Despacho ha encontrado que la concentración económica proyectada entre las INTERVINIENTES, presenta un efecto neutro en el mercado de bebidas isotónicas ya que estas no participan de manera conjunta en el mismo mercados, por su parte PEPSI participa en el mercado premium con su bebida isotónica Gatorade y POSTOBON participa en el mercado regular con su bebida isotónica Squash.

Con relación al mercado de bebidas a base de té y jugos se presenta un efecto horizontal, en cuanto las INTERVINIENTES participan de manera coincidente en el mercado de producción de dichas bebidas. Sin embargo, la participación de PEPSI en relación con estos tipos de bebidas -únicamente participa con la bebida a base de té- es mínima, por lo cual el

incremento de la cuota de mercado de POSTOBÓN sería considerado un incremento menor.

De otra forma, la operación proyectada presenta además una relación vertical entre las INTERVINIENTES, debido a la participación de POSTOBÓN en el eslabón de distribución y comercialización.

En este sentido, se percibe que en principio la operación de integración no generaría algún efecto negativo en la competencia, en cuanto a algún tipo de restricción aguas abajo en la cadena de valor. Es de considerar que, desde antes de la operación, POSTOBÓN ha sido designada por PEPSI como su distribuidor exclusivo en todos los puntos de venta del territorio colombiano, razón por la cual no se generaría ningún tipo de restricción aguas abajo de la cadena de valor, ya que POSTOBÓN únicamente dejaría de ser cliente de PEPSI, para así empezar a efectuar la fabricación del producto además de su distribución y comercialización.

Sin embargo, al analizar la cadena de valor aguas arriba, la SIC encuentra cierta preocupación en cuanto al suministro de las materias primas e insumos principalmente para la fabricación de las bebidas isotónicas.

Tal y como se indicó en el acápite de barreras a la entrada, POSTOBON pertenece al Grupo Ardila Lülle, el cual es uno de los conglomerados más importantes de Colombia y de América Latina, que tiene bajo su control empresas proveedoras de dichas materias primas e insumos; situación que podría generar una restricción aguas arriba de la cadena de valor en cuanto al suministro de insumos.

5. Conclusiones de SIC

No se encuentra evidencia que permita concluir que la cesión de los contratos de franquicia de los productos Gatorade y Lipton ice Tea a POSTOBÓN por parte de PEPSI genere cambios significativos en la estructura del mercado relevante, ni en el poder de mercado de la sociedad adquirente.

Ahora bien, la integración sí presenta una posible restricción de la competencia en cuanto al suministro de materias primas e insumos necesarios para la fabricación de las bebidas isotónicas, al considerar que actualmente POSTOBÓN es una empresa que pertenece a la OAL, a la cual a su vez pertenecen diversas compañías que participan en la producción y comercialización de las materias primas e insumos necesarios para la fabricación de las bebidas afectadas. Así, POSTOBÓN tendría ventajas competitivas frente a sus competidores actuales y potenciales, los cuales podrían tener que enfrentarse a una posible restricción en el suministro de dichos insumos.

Por lo tanto, si bien la operación proyectada no presenta incrementos significativos en los niveles de participación de los mercados afectados que generen una preocupación en términos de restricciones de la competencia, sí se evidencia un riesgo en cuanto a posibles restricciones verticales.

6. Decisión

La SIC autoriza la operación proyectada sujeto a que se cumplan las condiciones establecidas teniendo en cuenta que esta encuentra que derivado de la operación de integración entre las INTERVINIENTES, existe la posibilidad de que se presente una restricción en el suministro de las materias primas e insumos necesarios para la fabricación de las bebidas isotónicas.

En razón a lo anterior, se encuentra que la operación proyectada debe ser condicionada para que su conducta no genere restricciones o limitaciones en el mercado. Dichos condicionamientos están relacionados con el suministro de las materias primas e insumos necesarios para la fabricación de las bebidas isotónicas dividiéndolos en dos grandes categorías: medidas estructurales y medidas de conducta o comportamiento.

Los remedios estructurales usualmente implican una redistribución de derechos de propiedad, que pueden incluir alguna desinversión o cesión de negocios. En consecuencia, los remedios estructurales apuntan a cambiar los incentivos de las firmas en el mercado a través de un impacto en la estructura del mismo.

Por su parte, los remedios de conducta restringen los derechos de propiedad y libertad económica de las empresas fusionadas, estableciendo obligaciones exigibles a las partes que se fusionan. De este modo, mientras los remedios estructurales implican una redistribución de bienes, los remedios de conducta implican una limitación y restricción al actuar de las empresas.

7. Análisis y conclusiones

En el caso en estudio se observa que si bien del análisis simple de proceso de integración propuesto no se encuentran cambios significativos en el suministro de materias primas e insumos necesarios para la fabricación de bebidas isotónicas a los demás competidores del mercado, teniendo en cuenta que uno de los intervinientes hace hacer parte de un Grupo Empresarial predominante en esta rama del mercado y en este sentido condiciona la SIC la integración empresarial, tendiente a que no se presenten este tipo de ventajas competitivas.

Proyectado por: Diego Guarín