

**CONTRATO DE FRANQUICIA - Entre Pepsico Inc y Postobón SA para la comercialización de la bebida Gatorade / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Objeción a la operación para otorgar a Postobón SA el derecho exclusivo a producir, vender, distribuir productos bajo la marca Gatorade**

Mediante comunicación de marzo de 2004, los apoderados de las empresas Quaker (empresa subsidiaria de PepsiCo) y Postobón informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio, acerca de una operación que pretendían celebrar que consideraron como una franquicia, para que la entidad les confirmara que dicha operación no requería ser reportada. En esta comunicación, las peticionarias manifestaron que la operación no corresponde a una integración de las que trata la Ley 155 de 1959 en su artículo 4°, que sí ameritan la información de la operación, pero que si la Superintendencia estimaba que se le debía informar, en todo caso la operación se amparaba bajo la excepción de eficiencia consagrada en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual no podía ser objetada. En respuesta, la Superintendencia una vez recibió la información adicional que le solicitó a dichas empresas, mediante la Resolución acusada núm. 16453 de 23 de julio de 2004, previo análisis de varios factores, resolvió: "Objetar la operación proyectada entre PepsiCo Inc., directamente o a través de una de sus subordinadas, y Postobón S.A., a través de la cual se otorgaría a esta última el derecho exclusivo a producir, vender y distribuir productos bajo la marca Gatorade en Colombia". En criterio de la entidad demandada sí se trataba de una operación de integración que se le debía informar, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, y además consideró que no estaba dentro de las excepciones para no objetarla; en respuesta al recurso de reposición la Superintendencia mediante la Resolución núm. 27920 de 10 de noviembre de 2004, confirmó su decisión.

**FUENTE FORMAL:** LEY 155 DE 1959 - ARTICULO 4 / DECRETO 2153 DE 1992 - ARTICULO 51

**EMPRESAS PEPSICO INC Y POSTOBON SA - Objeción a la operación para otorgar a Postobón SA el derecho exclusivo a producir, vender, distribuir productos bajo la marca Gatorade / CONTRATO DE FRANQUICIA - Entre Pepsico Inc a través de su subordinada Quaker Ltda y Postobón SA para la comercialización de la bebida Gatorade / DERECHO AL DEBIDO PROCESO - No se vulneró por la Superintendencia de Industria y Comercio durante la actuación de objeción a la operación entre Pepsico Inc y Postobón SA**

La Superintendencia de Industria y Comercio no estaba investigando una conducta irregular que fuera sancionable, sino respondiendo a una solicitud de las peticionarias, para lo cual ellas mismas aportaron los documentos e información que consideraron pertinente a fin de respaldar su criterio, en el sentido de que se disponían a celebrar contrato de franquicia que no requería ser informado a la entidad, lo cual fue ampliado por las mismas a solicitud de la Superintendencia, quien teniendo en cuenta esos y otros documentos y estudios, expidió la Resolución acusada núm. 16453 de julio 23 de 2004, a través de la que objetó la operación, porque implicaba una indebida restricción a la libre competencia, lo cual soportó en varios argumentos (...). Observa la Sala que luego de expedirse la Resolución inicial, en la cual se objetó la operación propuesta, la entidad llevó a cabo un período probatorio en el que las partes pudieron solicitar y controvertir las pruebas obtenidas, después de lo cual se profirió la Resolución confirmatoria. En la versión privada de la Resolución núm. 16453 de 2004, la Superintendencia puso en conocimiento de los intervinientes, todas las cifras y datos que sirvieron de

sustento a la correspondiente decisión, y se identificaron los documentos fuente que reposan en el expediente, los que pudieron ser controvertidos en el recurso de reposición. En la versión pública, los únicos datos que aparecen sombreados son los que se refieren a las empresas actoras, precisamente para proteger la reserva de datos que puedan perjudicarlas frente a la competencia. A juicio de la Sala, como lo expresa la sentencia de 20 de septiembre de 2007, dentro del Expediente núm. 2005-00262, no se evidencia en la demanda a cuáles documentos se refiere la demandante, o cuáles solicitó o pidió consultar y no le fueron entregados, carga que, en efecto, le correspondía, porque lo que se observa, como ya se dijo, es que las Resoluciones acusadas sí contienen suficientes elementos de juicio y su respectiva fuente, a efectos de adoptar la correspondiente decisión.

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - La decisión de objetar la operación para otorgar a Postobón SA la distribución de la bebida Gatorade no carece de motivación / BEBIDAS ISOTONICAS - Diferencia con bebidas refrescantes: Gaseosas, aguas, jugos, néctares / BEBIDAS ISOTONICAS - Usos / MERCADO RELEVANTE - Estructura: Bebidas isotónicas / RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE LAS BEBIDAS ISOTONICAS**

La Superintendencia de Industria y Comercio, para fundamentar su decisión de objetar la operación presentada por las actoras, aludió a una alta concentración del mercado de las bebidas isotónicas líquidas en cabeza de Postobón, que llevaría a restringir indebidamente la competencia. Tuvo en cuenta los aspectos de mercado relevante, sustituibilidad de la bebida Gatorade, integración económica, barreras de entrada a nueva competencia y efectos sobre la competencia, como también se refirió al ofrecimiento hecho por las interesadas de garantizar que Postobón S.A. no tendría el control de los dos productos, Gatorade de Quaker Ltda. y Squash de Postobón S.A. (...). En lo que toca con el mercado relevante que se afectaría con la operación, consideró la entidad demandada que se afectaría el mercado de las bebidas isotónicas, lo que resultó del análisis de sustituibilidad que en el mercado tienen estas bebidas con otras que denomina bebidas refrescantes, como son las gaseosas llamadas también carbonatadas, el agua y los jugos (...). El estudio de la Superintendencia de Industria y Comercio no se contrajo únicamente a los componentes de las bebidas que se comparan, sino que hizo referencia a sus usos y necesidades, para determinar qué productos están en competencia, lo que la llevó a concluir, sobre la base de los documentos y estudios que cita, que el consumo de bebidas isotónicas se orienta fundamentalmente a los deportistas o personas que realizan actividades que impliquen un gran esfuerzo físico, dada la necesidad del cuerpo de reponer los electrolitos, agua, sales y minerales perdidos en el sudor y que una pérdida de agua de solo 4% del peso corporal produce una disminución del rendimiento deportivo en un 40% (...). Explicó que el mercado relevante, además se encuentra en todo el territorio nacional. Bajo la perspectiva anterior, la entidad, con el propósito de determinar la estructura y composición del mercado relevante, requirió información de las intervinientes y de los competidores sobre la venta de bebidas isotónicas, lo que dio como resultado que para el año 2003, el 76.3% fue vendido por Quaker con la bebida Gatorade, el 19.7% por Postobón con la bebida Squash, el 3% por Panamco con la bebida Powerade y el 0,4% por Coljugos con la bebida Zapp; y que a raíz de la operación planteada, Postobón S.A. aumentaría su cuota de participación hasta alcanzar el 96.19%, generando una gran concentración en el mercado y los dos principales competidores Quaker y Postobón terminarían siendo uno sólo (...). Estima la Sala que en el expediente no aparecen desvirtuados los análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en los cuales afirma que las cifras de participación reflejan

que la estructura del mercado relevante definido es altamente concentrada, con participación de pocas firmas y pocas marcas disponibles en el mercado y que, según informan las intervinientes no existen importaciones de bebidas isotónicas lo que limita las fuentes alternas de desplazamiento del consumidor y facilitaría la acción unilateral por parte de las intervinientes para alterar las condiciones del mercado (...). De lo que ha quedado reseñado colige la Sala que en la decisión tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio no existe falta de motivación, como lo afirman las actoras, pero además es el producto de una investigación pormenorizada y su argumentación es clara y abundante, lo que arrojó como consecuencia que la operación presentada por las actoras fuera objetada, debido a una alta concentración del mercado de las bebidas isotónicas líquidas en cabeza de Postobón, que llevaría a restringir indebidamente la competencia, lo cual sustentó en la parte motiva de los actos acusados, sin que, como lo afirmaron las sentencias apeladas, las actoras lo hubieran desvirtuado.

**FUENTE FORMAL:** LEY 155 DE 1959 - ARTICULO 4 / DECRETO 2153 DE 1992 - ARTICULO 51

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2005-90262-01**

**Actor: GASEOSAS POSADA TOBON SA Y PRODUCTOS QUAKER S.A**

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Referencia: APELACION SENTENCIA. ACUMULADO PROCESO 2005-00351-01**

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación presentados por las actoras, **GASEOSAS POSADA TOBÓN S.A.** y **PRODUCTOS QUAKER S.A.**, contra las sentencias de 20 de septiembre de 2007 y 27 de marzo de 2008, respectivamente, proferidas ambas por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la primera por la Subsección "A" y la segunda por la Subsección "B", mediante las cuales se negaron las pretensiones de las demandas instauradas en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho,

contra las Resoluciones núms. 16453 de 23 de julio de 2004 y 27920 de 10 de noviembre de 2004, que confirmó la anterior en respuesta al recurso de reposición, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Mediante auto de 16 de agosto de 2011, en esta instancia, se procedió a decretar la acumulación del proceso **núm. 2005-00351-01** al proceso radicado bajo el **núm. 2005-90262-01**, luego de haber corrido traslado para que las partes alegaran de conclusión.

#### **I.- ANTECEDENTES.**

Como quiera que los actores presentaron demandas **idénticas**, esto es, con los mismos fundamentos de derecho, los mismos cargos, solicitando las mismas pruebas, con excepción de las testimoniales (folios 1° a 35 del expediente núm. 2005-00262 y 5 a 37 del expediente núm. 2003-00425), sin que difieran en nada, por economía procesal, se hará un sólo resumen de los antecedentes.

**I.1-** Los actores presentaron la demanda con el objeto de obtener las siguientes pretensiones:

1. La nulidad de la Resolución núm. 16453 de 23 de julio de 2004, mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió *“Objetar la operación proyectada entre PepsyCo Inc., directamente o a través de una de sus subordinadas, y Postobón S.A., a través de la cual se otorgaría a esta última el derecho exclusivo a producir, vender y distribuir productos bajo la marca Gatorade en Colombia”*

2. La nulidad de la Resolución núm. 27920 de 10 de noviembre de 2004, por medio de la cual la citada entidad resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el acto antes citado, confirmándolo.

3. A título de restablecimiento del derecho se declare que el acuerdo entre Postobón S.A. y PepsyCo Inc. (a través de una de sus subsidiarias, en este caso Quaker), según el cual Postobón, bajo su propio riesgo, produciría, embotellaría y distribuiría la bebida Gatorade, no corresponde a alguno de los tipos de integración contemplados en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y normas complementarias.

4. Declarar, a título de restablecimiento del derecho, que PepsiCo Inc. (a través de una de sus subsidiarias) puede otorgar a Postobón una franquicia sobre la bebida Gatorade para llevar a cabo su procesamiento, embotellamiento y distribución en el territorio Colombiano.

5. Condenar a la demandada al pago de costas del proceso.

**I.2-** Las demandantes señalaron, en síntesis, los siguientes hechos:

**I.2.1-** La relación entre PepsyCo, Quaker y Postobón.

Explicaron que en ejercicio del derecho de petición, radicado el 9 de enero de 2001, informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre la operación que proyectaban realizar en los Estados Unidos de América las sociedades extranjeras PepsiCo Inc. y The Quaker Oats Company, la cual consistía en la compra, por parte de aquella, a través de su subsidiaria BeverageCo Inc, del 100% de las acciones de la sociedad The Quaker Oats Company; que en esta oportunidad se indicó acerca de los productos con los que

cada una de las compañías mencionadas tenía presencia en el mercado colombiano; la primera de ellas, a través de la sucursal colombiana de su subsidiaria denominada Pepsicola Panamericana S.A. y la segunda, mediante su sucursal en Colombia, Productos Quaker Ltda., y se señaló que PepsyCo participaba solamente en el sector de bebidas con las gaseosas Pepsy y Diet Pepsy, mientras que Quaker tenía presencia tanto en el sector de alimentos como en el de bebidas, esta última a través de la bebida Gatorade.

Que las compañías mencionadas no participaban de manera alguna en los mismos mercados, pues Pepsy tenía presencia en el sector de las bebidas carbonatadas, mientras que Gatorade participaba en el mercado de las bebidas isotónicas hidratantes; que con fundamento en lo anterior, preguntó a la entidad si dando aplicación al numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992 y a lo dispuesto en la Circular 002 de 7 de enero de 2000, se debía proceder a informar la operación descrita.

Señalaron que no obstante la diferenciación de mercados planteada, la Superintendencia fue contundente al concluir que *“las empresas involucradas en la operación que se proyecta realizar participan en el mismo mercado, es decir en el de las bebidas refrescantes”* y que, en consecuencia, en su criterio ello constituía una posible operación de integración empresarial que requería ser informada a la entidad; que según lo conceptuó la entidad, tanto las bebidas gaseosas como las bebidas isotónicas compiten dentro del mismo mercado: el de las bebidas refrescantes.

Que en febrero de 2001 las sociedades Productos Quaker S.A., subsidiaria de la sociedad extranjera denominada The Quaker Oats Company y la sucursal colombiana de la sociedad PepsyCola Panamericana S.A., la cual a su vez es

subsidiaria de PepsiCo Inc, informaron conjuntamente a la Superintendencia de Industria y Comercio la fusión que se realizaría en el extranjero entre una compañía subsidiaria de PepsiCo y The Quaker Oats Company en virtud del convenio celebrado entre ellas denominado "*Agreement and Plan of Merger*" de diciembre de 2000.

Que en esa oportunidad se le informó a la entidad que Productos Quaker S.A. (hoy productos Quaker Ltda.), subsistiría a la fusión pero pasaría a ser una compañía subsidiaria de PepsiCo, y que esta última, directamente o a través de una o más subsidiarias, mantenía desde hace más de cincuenta años una relación de franquicia con Postobón, ya que desde el exterior le vende los concentrados PEPSI, DIET PEPSI y SEVEN UP, que para efectos de la demanda se denominarán "los productos" y que es Postobón la que por su cuenta y riesgo se encarga de procesar, embotellar y distribuir en el país los productos a través de su red, en adición a las bebidas propias de Postobón, sobre lo cual la Superintendencia se pronunció afirmando no tener objeción, lo que en su criterio era coherente, pues la participación conjunta de las empresas intervinientes era marginal dentro del mercado relevante que la Superintendencia identificó como: mercado de bebidas refrescantes.

Explicaron que la relación entre PepsiCo y Postobón ha permitido que hayan mantenido una relación bajo el esquema en el cual la primera otorga a la segunda una franquicia sobre sus marcas y ésta se encarga de procesar, embotellar y distribuir las bebidas siguiendo los parámetros acordados.

Que Quaker continuó distribuyendo en Colombia sus productos dentro de los cuales se incluía la bebida Gatorade, pero como las ventas decayeron, entre Quaker y PepsiCo resolvieron utilizar un esquema de franquicia; que como

Postobón era la empresa que tradicionalmente se encargaba en Colombia de procesar, embotellar y distribuir en el país los productos que PepsiCo maneja en el mercado colombiano, ésta última, a través de Quaker, inició en julio de 2002 la implementación de un programa piloto con el fin de evaluar la posibilidad de entregar a Postobón la comercialización del producto Gatorade bajo el mismo esquema manejado para las demás bebidas Pepsi, a través de un acuerdo de franquicia.

**1.2.2-** Que actuando con el convencimiento de que los productos comercializados por ambas compañías – PepsiCo (a través de su subsidiaria en Colombia – Quaker), y Postobón, compiten dentro del mercado de bebidas refrescantes y que la suscripción de un acuerdo de franquicia dista de lo que se entiende por “proceso de integración empresarial” como lo estima la Superintendencia, en un exceso de diligencia acudieron a esta entidad para que confirmara que dadas tales circunstancias, en efecto no se requería autorización.

Señalaron que la operación proyectada entre PepsiCo por medio de su subsidiaria Quaker, y Postobón respecto de la marca Gatorade, pretendía simplemente añadir un producto a una relación de franquicia existente logrando así un ahorro significativo en costos, para lo cual se suscribiría un acuerdo de franquicia y otro de embotellador exclusivo bajo las cuales se le otorgaría a Postobón el derecho de procesar, comercializar y distribuir la mencionada bebida, sin que ello implique que Postobón y PepsiCo tengan idénticos intereses; resaltó que a la luz del derecho de competencia, tanto PepsiCo como Postobón continuarían compitiendo en el mercado de bebidas isotónicas, cada una con sus propios productos y marcas Gatorade y Squash.



**I.2.3-** Que mediante la Resolución acusada núm. 16453 de 2004, la Superintendencia objetó la operación proyectada y, contrario a lo que expresó en el año 2001, en esta oportunidad consideró que constituye una integración que debe ser informada y analizada en los términos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, porque el Mercado Relevante son las bebidas isotónicas líquidas y como consecuencia de ello Postobón aumentaría su posición en este mercado hasta alcanzar el 96.19% generando una concentración, pues los dos competidores en el mercado, esto es, Quaker y Postobón, terminarían siendo uno solo.

Que la Superintendencia además consideró: que el reconocimiento de la marca Gatorade y la fortaleza de distribución con que cuenta Postobón, constituyen barreras de entrada al Mercado Relevante; que Postobón, por ser una empresa del Grupo Ardila Lülle, cuenta con "*ventajas en términos de abastecimiento de materias primas frente a sus competidores*", que constituye un desestímulo para nuevos competidores y que no se dan los presupuestos necesarios para que resulte aplicable el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, porque las consideraciones sobre eficiencia deben realizarse desde el punto de vista del interés público, traducirse en ventajas económicas para el mercado respectivo, y que no existen elementos para inferir que solo a través de la operación se lograrían las eficiencias pretendidas.

Que la información que la Superintendencia recibió de los competidores, verbigracia Panamco S.A., Coljugos S.A. y Quala S.A., no le fue suministrada para controvertirla y la entidad demandada adujo que se trataba de información confidencial.

Que se interpuso el recurso de reposición alegando que la entidad incurrió en falsa y falta de motivación al pronunciarse, entre otras, porque no realizó un análisis

sobre las particularidades del esquema de la operación proyectada, pues no se trataba de una integración económica que debía ser informada a la Superintendencia; segmentó el Mercado Relevante antes identificado como de bebidas refrescantes, hasta el punto de limitarlo solamente a las bebidas isotónicas líquidas, concluyendo que éstas solo pueden ser sustituidas por productos de idénticas características, lo que hace que su demanda sea completamente inelástica.

Que la Superintendencia violó el principio de confianza legítima y no tuvo en cuenta la información y los estudios que aportó, que demostraban la elasticidad de las bebidas isotónicas en razón de su sustituibilidad, tanto desde el punto de vista de sus propiedades físicas como de hábitos y consumos; que además no existen barreras de entrada al mercado y que no se tuvieron en cuenta las eficiencias.

Resaltaron que en el recurso de reposición le manifestaron a la Superintendencia que además de que sus argumentos son suficientes, estarían dispuestas tanto Postobón como Quaker a adoptar de común acuerdo con la entidad, los mecanismos necesarios para que se mantenga la competencia existente entre Gatorade y Squash.

Que mediante la Resolución acusada núm. 27920 de 10 de noviembre de 2004, la Superintendencia confirmó el acto recurrido, con los argumentos de que la operación va más allá de la actividad de distribución, pues involucra la producción, embotellamiento y en general, la comercialización de las bebidas Gatorade; que cualquiera que sea la forma jurídica de la operación, presupone un efecto integrativo, en tanto Postobón obtendría el derecho exclusivo de producir y comercializar la mencionada marca; que la delimitación del Mercado Relevante está justificada y que la bebida Gatorade solo es sustituible por bebidas isotónicas

líquidas y su demanda es inelástica; que el reconocimiento de la marca Gatorade, así como la red de distribución con que cuenta, su capacidad instalada actualmente ociosa y el hecho de que pertenezca a una unidad económica que favorece su posición en el mercado, constituyen barreras de entrada al mercado, por cuanto, si bien no impiden el ingreso de potenciales competidores, sí retrasan su efectiva competencia; que no se demuestran las eficiencias ni existe su valoración económica, como tampoco que dicha operación sea el único medio para lograrlas, y que el ofrecimiento presentado no confiere las condiciones necesarias para el restablecimiento efectivo de la competencia.

**I.3.-** Las actoras consideraron que con la expedición de los actos acusados se violaron los artículos 29 y 121 de la Constitución Política; 3°, 35 y 44 del Código Contencioso Administrativo; 4° de la Ley 155 de 1959 y 51 del Decreto 2153 de 1992.

Señalaron que se violó el derecho a la defensa, porque la información presentada por los competidores no fue puesta a su conocimiento y la entidad manifestó que era confidencial y en otros casos optó por no responder sus peticiones, por lo que no tuvo oportunidad de controvertirla, pese a que sí fueron sustento de las Resoluciones acusadas; que la entidad nunca citó a un funcionario de Postobón para que ilustrara los asuntos relativos al mercadeo de los productos y a la distribución del mercado, sino que se limitó a citar al Gerente de Coca Cola quien cuenta con los recursos e infraestructura en Colombia que le permiten ser un competidor agresivo y bastante representativo de los productos Gatorade.

Adujeron que hubo falsa y falta de motivación, porque la entidad concluyó que se trataba de una integración empresarial; no tuvo en cuenta los usos y hábitos de consumo en el mercado colombiano, ni el hecho de que las bebidas isotónicas

tienen sustitutos, ni la definición previa de Mercado Relevante que había realizado la Superintendencia respecto del mismo producto, considerado como de bebidas refrescantes, contrariando así el principio de legítima confianza, por lo que, en consecuencia, violó los artículos 4° de la Ley 155 de 1959, al objetar una operación que no era de integración empresarial y 51 del Decreto 2153 de 1992, al no tener en cuenta las eficiencias.

Explicaron que el Mercado Relevante no es el de las bebidas isotónicas líquidas; que teniendo en cuenta lo expresado por la Superintendencia en el año 2001, generó en Quaker y en Postobón una confianza; que lo único que cambia en esta propuesta es que, como consecuencia de la integración entre Quaker Oats Company y PepsiCo, es Postobón quien ahora asume la posición de aquella y que no se trata de una operación de integración económica, sino de un contrato de franquicia que replica la operación ya existente entre las partes respecto de las bebidas Pepsi, Diet Pepsi y Seven Up.

Anotaron que no puede ahora la Superintendencia justificar su incoherencia afirmando que en su momento no estaba definiendo un mercado relevante, sino que usó el término “mercado” de una manera genérica y abstracta; que el pronunciamiento de la entidad constituye en esencia una decisión de fondo respecto de una situación particular y concreta y no un simple concepto de carácter general respecto de una consulta formulada en abstracto, por lo que tiene un carácter vinculante; insiste en que las bebidas marca Gatorade están incluidas en las bebidas refrescantes y en el hecho de que sobre esa base se tomaron decisiones trascendentales respecto de los mecanismos para comercializarlas.

Sostuvieron que si se analizan los términos y condiciones de la franquicia propuesta y la forma en que se han desarrollado franquicias similares entre las

mismas partes no se presenta integración económica en la operación, porque no se produciría un incremento en la participación de Postobón en el mercado de las bebidas isotónicas, ni mucho menos desaparecería un competidor del mercado.

Argumentaron que el contrato de franquicia en el derecho colombiano es atípico, en cuanto no tiene una regulación positiva e integral, por lo que debe atenderse primero a la voluntad de las partes y luego a las normas supletivas y a la costumbre mercantil; que la entidad concluyó que existe una integración económica a partir de una interpretación literal de la definición de los riesgos asumidos por una de las partes, sin analizar cuál fue la distribución de riesgos acordada e ignorando la información que le permita desentrañar la intención de las partes.

Afirmaron que del estudio juicioso de la distribución de los riesgos entre las partes, se desvirtúa la posibilidad de una integración en los términos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y que el contrato que se pretende celebrar no es el llamado *“franquicia de formato de negocio”* en el que el franquiciado asume la totalidad del negocio, incluidos los riesgos del mismo, a cambio del pago de una regalía, porque en ningún caso se está entregando Gatorade para que Quaker salga del negocio, pues se trata es de una combinación de lo que la doctrina denomina *“franquicia industrial o de producto”* con una *“franquicia de distribución”* sin que encaje rígidamente en una o en otra, porque las partes son libres de adoptar modelos que combinen varios tipos contractuales.

Explicaron que la intención de las partes es permitirle a PepsiCo o a sus subsidiarias, en este caso Quaker, titulares de la marca Gatorade, el acceso a una red de distribución – la de Postobón, de manera que a través de esta red, que ya distribuye otros productos de las mismas empresas como son Pepsi, Diet Pepsi y

Seven Up, pueda hacer llegar al consumidor final el producto Gatorade, por lo cual Postobón recibirá una remuneración, como la recibe de los otros productos, sin que implique que PepsiCo o Quaker salgan del mercado o que la condición para que se distribuya el producto Gatorade sea la de afectar el producto Squash de Postobón; que el hecho de que el distribuidor asuma algunos riesgos no significa que el titular de la marca deje de participar en el mercado o que entre el empresario y el distribuidor se presente una integración, porque Quaker como subsidiaria de PepsiCo tendría las decisiones propias del empresario, como son las relativas a la marca, la imagen del producto, las metas de venta, los lugares y mercados en los que se debe comercializar, las cantidades de producción, la composición del producto y su presentación, en lo cual no tendría injerencia Postobón.

En cuanto al Mercado Relevante, manifestaron que en las Resoluciones acusadas la entidad analizó las particularidades físicas del producto Gatorade, así como los usos y hábitos que caracterizan su consumo, llegando a la conclusión de que el Mercado Relevante se encuentra reducido al mercado de las bebidas isotónicas líquidas, negando así la participación en el Mercado Relevante de otras bebidas refrescantes; que se demostró que otras bebidas, tales como el agua y los jugos de frutas, innegablemente cuentan con características similares a las de las bebidas isotónicas que les permiten catalogarlas como sustitutos, por lo que resulta falsa la motivación de la entidad, al considerar que tales productos al no tener *“exactamente”* las mismas características de las bebidas isotónicas, no pueden considerarse como sustitutos de las mismas; que la Superintendencia fundamenta su análisis en la afirmación según la cual el consumo de bebidas isotónicas *“se orienta fundamentalmente a los deportistas o personas que realizan actividades que impliquen un gran esfuerzo físico”*, para concluir que las bebidas

isotónicas no tienen sustitutos restringiendo el Mercado Relevante a un mercado excesivamente segmentado.

Que los estudios realizados por diferentes firmas, que fueron aportados al proceso, evidencia que el consumo de las bebidas isotónicas está afectado por una gran gama de aspectos diversos, como son la hora del día, la temperatura del producto, la actividad que se realice, la edad del consumidor, el sexo, la calidad de deportista o no del consumidor, que impiden afirmar que éstas sean exclusivas de una cierta actividad o de unos ciertos consumidores.

Aseveraron que no existen barreras de entrada a otros competidores, como se afirma en los actos acusados y además la entidad no lo sustenta jurídica o económicamente; lo anterior porque:

- Ni el posicionamiento de la marca Gatorade en el mercado ni las redes de distribución existentes ni las actividades relacionadas ni la capacidad instalada son barreras que existan por la naturaleza misma del proceso productivo, porque las barreras naturales se presentan cuando la fabricación del producto requiere de una tecnología sofisticada a la cual es difícil acceder, o cuando la maquinaria o el aparato productivo requieren de una inversión cuantiosa.

- Respecto del reconocimiento de la marca Gatorade como barrera de entrada al mercado, señalaron que la entidad no tuvo en cuenta que empresas como Coljugos S.A. y Quala S.A. que cita en la Resolución acusada, han ingresado al mercado en los últimos años sin que la marca Gatorade haya constituido un impedimento o una barrera real para su ingreso.

- Que si como lo consideran las Resoluciones acusadas, la existencia de una flota propia o arrendada constituye una barrera de entrada al mercado, al no disponer Quaker de esa flota y al negársele la posibilidad de utilizarla mediante un acuerdo de distribución del producto a través de la franquicia propuesta, se le está impidiendo el acceso al mercado y no se le dejaría opción distinta que la de salir del mercado ante la ineficiencia comprobada de los otros sistemas de distribución.

- Que no existe ningún sustento sobre supuestas ventajas que le da a Postobón el hecho de pertenecer al grupo económico Ardila Lülle ni está demostrado que los demás competidores no tengan acceso a los recursos a los que tiene acceso Postobón ni explicación sobre cuáles son sus supuestas ventajas.

- Las Resoluciones acusadas parten del supuesto no demostrado ni sustentado de que todos los productores son dueños de su capacidad instalada, lo cual no es cierto, porque cualquier tercero podría utilizar el exceso de capacidad instalada de los fabricantes independientes, con lo que habría un incentivo y no una barrera para ingresar al mercado.

En cuanto a la supuesta capacidad de controlar los precios por parte de Postobón, advirtieron que ante la existencia de sustitutos, así como la elasticidad de la demanda de Gatorade, se desvirtúa la afirmación porque es el mismo mercado el que se encarga de regular los precios de las bebidas isotónicas.

En relación con las eficiencias, señalaron que ni el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 ni la Circular Única de la entidad se refieren a que éstas deben ser analizadas desde la óptica del interés público y que no es suficiente que esas eficiencias sean únicamente beneficiosas para las partes que, por el contrario, la norma establece que la Superintendencia no puede objetar las integraciones, si se



demuestra que habrá mejoras en la eficiencia y ahorro en costos para los intervinientes, que deben ser entendidos a partir de la óptica de las partes; que solo pueden negarse, según la Circular, cuando tiendan a producir una indebida restricción a la competencia; que en este caso, el mercado en general se va a beneficiar por la operación que se pretende adelantar, porque tanto los consumidores como los expendedores obtendrán beneficios.

Finalmente, hicieron mención a la garantía que ofrecieron a la entidad, que se planteó como una opción para que, en el evento en que la Superintendencia concluyera que la operación consistía en una integración económica y que una de sus consecuencias fuera la concentración del mercado en un solo agente, ella pudiera ejercer un control y proponer caminos llamativos para las partes involucradas.

**I.4-** Contestación de la demanda. La Superintendencia de Industria y Comercio, en escritos separados respondió en los mismos términos, a cada una de las empresas actoras, de los cuales se extrae, principalmente, lo siguiente:

1. Consideraciones acerca del carácter preventivo del régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Se refirió al artículo 333 de la Constitución Política para resaltar que el papel fundamental del Estado en relación con el derecho Constitucional a la libre competencia económica, es el de garantizar el libre acceso a los mercados e impedir que se restrinja el derecho, así como evitar cualquier abuso de la posición dominante por parte de los agentes económicos, lo que implica el ejercicio de atribuciones de policía administrativa de inspección, vigilancia y control; que para efectos de lo anterior, el ordenamiento jurídico Colombiano por medio del régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, contenido principalmente en la Ley 155 de 1959

y el Decreto núm. 2153 de 1992, prohíbe todas las conductas que impliquen restricciones o limitaciones a la libre competencia; **que debe tenerse que la primera función del Estado debe ser la preventiva.**

2. Frente al cargo de violación del derecho de defensa, señaló que la Ley 155 de 1959 refiriéndose al trámite de los procesos de integración económica, advierte en forma expresa *“el informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservado y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirán en la destitución del empleo que impondrá el respectivo superior, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal”.*

Que si fuera de otra manera se desestimularían los procesos de integración económica, pues ello supondría que la información vital de las empresas intervinientes en la operación, podría ser conocida por cualquier persona, incluyendo los propios competidores, por lo que la información de la empresa interviniente en la operación tiene acceso restringido a terceros, e incluso entre ellas mismas, cuando la presentan en forma separada; que al mismo tiempo, la información que aporten terceros en respuesta al requerimiento de información que la entidad les formula, tiene acceso restringido para las intervinientes y para el público en general, comoquiera que contiene información sujeta a confidencialidad, lo que no impide que se ejerza el derecho de contradicción que asiste a las empresas cuya integración ha sido objetada, levantando la reserva de la información que sirvió de sustento a la decisión para que pueda ser conocida y controvertida por las empresas afectadas.

Relató que en el presente caso, con el propósito de contar con mayores elementos para el estudio de la operación presentada por PepsiCo y Postobón S.A., decidió

requerir información de otros agentes del mercado y que no obstante, la confidencialidad de la información, permitió a las empresas intervinientes conocer los fundamentos en que estuvo soportada la determinación, así como la información que sirvió de base, lo cual se puso en conocimiento por medio de los actos demandados, para efectos de que pudieran proceder a su impugnación a través de los recursos de ley, los que fueron ejercitados, solicitando la práctica de varias pruebas, todas ellas decretadas y además practicadas con la presencia activa de los apoderados de las empresas intervinientes en la operación.

Que de la Resolución núm. 16453 de 2004, se elaboraron dos versiones, una privada, destinada únicamente a las intervinientes, en la cual se revelan plenamente todas las cifras, datos análisis y valoraciones que precedieron la determinación de la entidad, con el fin exclusivo de que pudieran ejercitar su derecho de defensa y contradicción, y una versión pública destinada al público en general, en la que fueron sombreados todos los aspectos sujetos a confidencialidad, tanto de las empresas intervinientes como de los terceros requeridos, protegiendo la información sujeta a reserva, por mandato legal o constitucional; esta duplicidad se debió a la necesidad de armonizar la reserva documentaria con el derecho de defensa y contradicción que les asiste a las empresas intervinientes del proceso de integración que se examina; que la decisión adoptada tuvo en cuenta no solo la información proveniente de los terceros, sino también la de los intervinientes.

Precisó que dentro del trámite establecido en el Decreto 1302 de 1964, no se estableció un período probatorio, ni oportunidad para presentar alegaciones ni debates, pues el trámite como tal es de carácter reservado y además no constituye una investigación en la que se está debatiendo la responsabilidad por infracción de una norma.

3. Frente al cargo de falsa motivación, expresó:

- Respecto a la determinación del Mercado Relevante, señaló que explicó en los actos acusados que las bebidas isotónicas tienen unos componentes específicos y usos particulares que las hacen claramente diferenciables de otros tipos de bebidas, como los jugos, gaseosas, bebidas lácteas, cervezas y el agua; que de acuerdo con los estudios que realizó, se evidenció que cada una de las categorías de bebidas son percibidas por los consumidores en una forma particular y claramente diferenciable, por lo que el mercado de producto para la operación que se pretendía realizar, se entendió conformado únicamente por las bebidas isotónicas líquidas.

- Que, adicionalmente, en la Resolución núm. 27920 de 2004 se realizó un análisis de sustituibilidad desde el punto de vista de los precios, sin que se encontrara evidencia de sustitución entre los precios del producto Gatorade y las aguas embotelladas.

- Que la operación sí corresponde a una integración económica, que va más allá del simple esquema de franquicia o de distribución, pues involucra, de acuerdo con la información de los intervinientes, actividades de producción, de embotellamiento y de comercialización; que lo relevante y cierto es que la naturaleza de la operación presupone un efecto integrativo, en tanto Postobón obtendría el derecho exclusivo de producir, comercializar y distribuir la marca Gatorade, incrementando sus ventas y, por ende, su participación en el mercado de bebidas isotónicas, al paso que Quaker dejaría de comercializar la marca Gatorade, percibiendo únicamente las retribuciones derivadas del contrato, independientemente del nombre que se le quiera dar a éste.

- Respecto a la sustituibilidad del producto, anotó que las bebidas isotónicas poseen unos componentes específicos que corresponden a unas necesidades concretas buscadas por el consumidor; que la campaña publicitaria de Gatorade se enfoca fundamentalmente hacia el segmento de deportistas de alto impacto, resaltando las propiedades del producto, como la rápida hidratación y la capacidad de mejorar el rendimiento de la actividad física, lo que pone de relieve su diferencia con los otros productos refrescantes enunciados; que se incluyó un análisis riguroso de los usos, perfil del consumidor, tendencias de consumo, análisis de precios, cálculo de elasticidad, precios, elasticidad cruzada de la demanda, coeficiente de correlación y prueba del SNNIP o test de incremento del precio, lo cual se aclaró en las Resoluciones demandadas, teniendo en cuenta los estudios presentados por las actoras.

- Respecto a la existencia de barreras de acceso al mercado de las bebidas isotónicas, expresó que la sola operación proyectada conduce a una concentración en el mercado en niveles cercanos al 90%; que la marca Gatorade es de amplia recordación entre el segmento objetivo de la población al que está dirigido y en general para cualquier persona, lo que evidentemente ha requerido fuertes inversiones publicitarias por parte de su titular, y que como se dijo en los actos acusados, en el mercado de las bebidas isotónicas se presentan obstáculos que impiden, dificultan o retrasan la entrada de competidores a dicho mercado, hecho que unido al poder de mercado de las intervinientes permitió concluir que éstas podían actuar de manera independiente.

- Con respecto a las posibles eficiencias, anotó que de conformidad con la Constitución Política, el interés público siempre está involucrado en las operaciones del derecho a la competencia dentro de la cual se encuentran las

integraciones; que el Decreto 2153 de 1992, numeral 1°, artículo 2°, le otorga a la entidad unas funciones, para alcanzar, en particular, la finalidad de mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios, que las empresas puedan participar libremente en los mercados y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios; que, adicionalmente, no se demostraron los aspectos objetivos que de acuerdo con el artículo 51 *ídem* deben acreditarse para la aplicación de la cláusula de eficiencia.

Finalmente, frente a los condicionamientos de la operación, resaltó que éstos deben surgir de manera concreta de los intervinientes en la operación, y que además no son obligatorios para la entidad, en tanto que si genera altas concentraciones en el mercado se deben rechazar.

## **II. FUNDAMENTOS DE LAS SENTENCIAS APELADAS.**

**II.1- Proceso núm. 2005 90262-01.** Mediante sentencia de 20 de septiembre de 2007, el a quo negó las pretensiones de la demanda.

Sobre el derecho a la defensa que la actora consideró violado, explicó que en este caso existe una reserva no solamente legal sino procedimental, precisada en el párrafo 3° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, que no puede ser desconocida por los funcionarios que tramitan la actuación administrativa, so pena de incurrir en causal de destitución; que la demandante no precisó en la demanda cuál o cuáles fueron los documentos o la información que solicitó o pidió consultar, como tampoco cuándo y cómo le fue negado ese derecho, luego no asumió la carga de la prueba que le impone el artículo 177 del C. de P. C.

Que, además, en la versión privada de la Resolución núm. 16453 de 2004, la Superintendencia puso en conocimiento de los intervinientes, cifras y datos tenidos en cuenta para adoptar la correspondiente decisión, y se identificaron los documentos fuente que reposan en el expediente, los que pudieron ser controvertidos en el recurso de reposición.

En cuanto al cargo de falsa motivación, se refirió a cada uno de los ítems con los cuales la actora lo fundamentó, así:

- Mercado Relevante. Consideró que apoyado en las pruebas recogidas en la vía gubernativa, indudablemente existe una marcada diferencia entre los productos isotónicos y los refrescos carbonatados o gaseosas, jugos, agua embotellada, productos lácteos y las bebidas alcohólicas, tanto intrínsecamente como en la forma como los usuarios perciben el producto en el mercado.

- La Integración Económica. Señaló que el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, indica los casos en los cuales las empresas que pretendan llevar a cabo diferentes operaciones, sea cualquiera la forma jurídica que se emplee, están obligadas a informarlos al Gobierno Nacional, con lo cual la autoridad administrativa tiene la oportunidad para examinar las implicaciones de la integración respecto de la libre competencia, con el fin de evitar prácticas restrictivas; que atendiendo la norma en comento y la doctrina, en este caso existe una integración empresarial, porque hay concentración del poder económico a lo cual contribuye la imagen de la marca Postobón.

- Las barreras de entrada de nuevos competidores: El a quo encontró plenamente fundada la objeción realizada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en tanto que existen barreras de entrada a nuevos competidores, ya que para nadie

es un secreto que la marca Gatorade es reconocida a nivel mundial y, en segundo lugar, la marca Squash es un producto que ya tiene cierto nivel de reconocimiento en el ámbito nacional, por lo que la distribución de ambas bebidas por un mismo canal genera un beneficio adicional al reconocimiento de las bebidas, el cual tendría que soportar la empresa que desee incursionar en este mercado, lo que genera unos beneficios extraordinarios para la empresa dominante, pudiendo ésta elevar los precios a su antojo o disminuirlos para que no sean competitivos.

Que igualmente existe una marcada barrera en cuanto a la posición que ostenta Gatorade en el mercado, puesto que sus ventas copan el 76.3%, que sumadas a las ventas de Squash, segunda bebida isotónica del mercado, que equivalen al 19.7%, totalizarían más del 90% del mercado de bebidas isotónicas, según las ventas informadas por diferentes empresas para el año 2003; y, por lo anterior, la integración aumentaría la diferencia existente entre las marcas más fuertes del mercado y además crearía una barrera a la entrada de nuevos competidores al mismo.

- Efectos a la competencia. Expresó que es claro lo advertido por la Superintendencia, en cuanto a la carencia de productos sustitutos a los cuales se pueda desplazar la demanda, que indica que los competidores, por ser un número menor en la cuota representativa del mercado, estarían condicionados a las determinaciones de la empresa líder en el mercado, en este caso Postobón.

**II.2- Proceso núm. 2005-00351-01.** Mediante la sentencia de 27 de marzo de 2008 el a quo negó las pretensiones de la demanda.

Consideró que no hubo violación del derecho a la defensa e hizo un recuento de la actuación administrativa para demostrar que la entidad en todo momento



respondió a los derechos de petición y contó con elementos de juicio para tomar su decisión, tales como estudios, documentos, testimonios.

Una vez aclaró los hechos, se refirió a la normativa relacionada con el tema, a saber, la Ley 155 de 1959, modificada por el Decreto 1122 de 1999<sup>1</sup> que en su artículo 4° se refiere a los documentos reservados en una integración económica sobre los cuales la Superintendencia debe garantizar confidencialidad.

Concluyó que el cargo por vulneración del debido proceso no prosperaba porque, si bien en el principio de la actuación se expidió un acto con fundamento en informes no conocidos por los interesados, ello se hizo para garantizar la reserva, pero la actora pudo interponer el recurso, solicitar pruebas y controvertirlas, luego de lo cual se expidió la Resolución confirmatoria.

En relación con el cargo de falsa motivación y falta de motivación, y vulneración del artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y 51 del Decreto 2153 de 1992, concluyó:

- En relación con el Mercado Relevante, sobre lo cual la actora anotó que la Superintendencia en un primer pronunciamiento conceptuó que tanto las bebidas gaseosas como las isotónicas compiten en el mismo mercado: bebidas refrescantes, señaló que se trataba de una operación diferente y por lo tanto no podía generar confianza legítima.

- Sobre la integración económica de la operación, explicó que la Superintendencia en diferentes conceptos ha establecido que la integración empresarial es cualquier acto en virtud del cual se concentran, fusionan o consolidan dos o más agentes

---

<sup>1</sup> Este Decreto - Ley fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-923 de 18 de noviembre de 1999, luego no era aplicable para la época de los hechos.

económicos que se dedican a la misma actividad productora, distribuidora abastecedora o consumidora.

Una vez expone los argumentos de la Superintendencia, entre ellos que la operación descrita va más allá de un simple esquema de distribución, que involucra también actividades de producción, embotellamiento y en general la comercialización de las bebidas de la marca Gatorade, concluye que ello presupone un efecto integrativo económico de empresas.

Que todas las consideraciones que hizo la entidad demandada en los actos acusados, tuvieron como fuente diferentes documentos aportados tanto por la demandante como por otras empresas, estudios obtenidos de páginas web, campañas publicitarias, que llevaron a concluir que el agua, las gaseosa y los jugos, no sustituyen las bebidas isotónicas, por lo que no se encuentra desconocimiento de las normas, o falsa o falta de motivación.

- En cuanto a las barreras a la entrada de nuevos competidores, encontró que las afirmaciones de la Superintendencia tuvieron en cuenta tanto el estudio realizado por la firma Feed Back, como la información suministrada por las sociedades Colbesa S.A., Postobón S.A. Coljugos y Panamco S.A., razón por la cual no le asiste razón a la actora al sostener que no se tuvieron en cuenta estudios o argumentos en este tema.

Finalmente, frente a la afirmación de la actora en el sentido de que se le está impidiendo su acceso al mercado ante la ineficiencia de otros sistemas de distribución, señaló que tal como lo puso de presente la Superintendencia, si para el año 2002 PepsiCo y Quaker consideraban que el esquema de distribución que se estaba llevando a cabo era adecuado y no había intención de modificarlo, no

se entiende por qué dos años después el mismo esquema resulta ineficiente, siendo la marca Gatorade la de más reconocimiento en el mercado.

### **III.- FUNDAMENTOS DE LAS IMPUGNACIONES.**

**III.1- Proceso núm. 2005 90262-01.** La actora, Gaseosas Posada Tobón, solicita que se revoque la sentencia de 20 de septiembre de 2007 y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

#### **A. Se violó el derecho de defensa.**

Anotó que de la argumentación de la Superintendencia se desprende que este derecho solo se manifiesta a través de los recursos propios de la vía gubernativa y que la sentencia de primera instancia dejó de analizar aspectos tales como: el alcance del derecho de defensa frente a la información recolectada, la interpretación del párrafo 3° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, la situación en que se encontraba Postobón frente a la prueba recaudada y los datos de la Resolución núm.16453 de 2004.

Considera que la Administración no puede responder una petición sin que el interesado tenga la oportunidad de conocer previamente la totalidad de la información que conforma el expediente, porque ello contraría el artículo 35 del C.C.A., dado que aquella no puede limitar el acceso al expediente, ocultar información o simplemente no entregarla, pues ello cercena el derecho a la contradicción, que es parte del derecho al debido proceso y a la defensa; que no está en discusión la probable existencia de documentación e información reservada o sensible, porque lo que no es de recibo es que tome una decisión sobre bases desconocidas.

Considera que cuestionar los datos, cifras y demás información contenida en la Resolución núm. 16453 de 2004 no era viable, en la medida en que, para hacer ese ejercicio, se debe tener la totalidad de la información que soporta y se cita en el acto administrativo, pues sólo en esa forma se puede determinar si la SIC leyó e interpretó adecuadamente la información que había recolectado, si la citó en forma completa o parcializada y si la misma corresponde realmente a los segmentos de mercado en discusión.

Que el párrafo 3° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, se refiere al *“informe que deben dar los interesados”* en el proceso de integración y *“su trámite”*, luego la reserva o confidencialidad no se refiere a otros informes, tema que no abordó la sentencia de primera instancia, salvo para considerar equivocadamente que se trataba de una reserva legal a la actuación administrativa; que bajo una interpretación literal de la norma, no se puede considerar que al propio administrado o interesado en los términos de la Ley 155 de 1959, le sea reservada información relativa a la actuación de la cual es parte.

Expresó que tanto la demandada como la sentencia de primera instancia han señalado que Postobón tuvo la oportunidad de cuestionar los datos, las cifras y demás información contenida en la Resolución núm. 16453 de 2004, a través de los recursos propios de la vía gubernativa, e incluso la sentencia apelada advirtió que le faltó asumir la carga de la prueba en la medida en que no se indicaron los documentos o la información sobre los cuales la Superintendencia le negó acceso, sin tener en cuenta que no podía tener acceso al expediente y por lo mismo no sabía cuál o qué información solicitar.

**B. falta de motivación y falsa motivación.**

- Aduce que la sentencia impugnada inexplicablemente omitió la situación en que se encontraban los interesados Postobón y PepsiCo Inc a través de Quaker, al momento de elevar la solicitud de aprobación del acuerdo para la producción, embotellamiento y distribución de la bebida Gatorade, lo cual se relaciona con el alcance de la consulta elevada previamente, que era específica y concreta tal como lo fue la respuesta, por lo que produjo efectos jurídicos y se está ante un acto administrativo en el cual de manera concreta se dijo que tanto las bebidas isotónicas como las gaseosas compiten dentro del mismo mercado: el de las bebidas refrescantes, definición que causó efectos jurídicos, luego no se trataba de un concepto que no fuera obligatorio, y además se violó el principio de la buena fe y el de la legítima confianza, comportamiento que no es analizado por la sentencia de primera instancia, siendo que se vio afectada, porque la Administración, sin mayor explicación, modificó la definición de mercado afectado.

- Insiste en que no hay integración económica; que la sentencia impugnada no hizo ningún análisis de los términos y condiciones en que se presentaba la operación entre Quaker y Postobón ni del contrato de franquicia ni tuvo en cuenta que entre las partes demandantes han existido contratos similares por más de cuarenta años.

- Expresa que el razonamiento contenido en la sentencia apelada lleva al grave precedente, de que sólo sustitutos perfectos, son sustitutos admisibles, lo que implica que se enmarca dentro de la tesis de que existe una demanda absolutamente inelástica, por lo que incurre en el mismo error de la Superintendencia, al no tener en cuenta las diferentes perspectivas desde las cuales debía ser abordado el tema de la sustituibilidad, la que no depende solo de las propiedades físicas, sino también del precio y de los usos de los productos;

que existe una marcada diferencia entre “*producto sustituto*” con la de “*producto idéntico o similar*”.

Que las bebidas gaseosas (isotónicas) cuentan con productos sustitutos imperfectos, que aunque no tienen propiedades idénticas a las de las bebidas isotónicas, sí tienen características que permiten catalogarlas como sustitutos; que en el expediente aparece demostrado que otras bebidas como el agua y los jugos de frutas cuentan con características similares a las de las bebidas isotónicas que permiten considerar que se trata, cuando menos, de sustitutos imperfectos, con las cuales el producto Gatorade compite, ampliando el mercado de bebidas refrescantes, como en un primer momento lo encontró la Superintendencia.

Que el a quo no tuvo en cuenta las pruebas obrantes, como son: el estudio realizado por la firma Feed Back, del que se concluye que calmar la sed y la hidratación no es propio de las bebidas isotónicas; las conclusiones del estudio es realizado por CdM Research en el que se evidencia que un consumidor podría desechar un Gatorade y sustituirlo por agua o cualquier otra bebida siempre que aquella no tuviera la temperatura esperada y ésta sí; y el análisis de Hot & Thirsty Colombia, elaborado por Datanálisis, que indica que en actividades deportivas se consume un 29.26%, el agua ocupa el 27,3% y en actividades pasivas compite con el agua y los jugos en 30.6%.

- Que la sentencia apelada se limita a señalar que se encuentra fundada la objeción de la Superintendencia sin observar que ello no está sustentado, y que además, ninguna de las barreras identificadas en los actos administrativos califica como una barrera natural para entrar al mercado relevante, pues ni el posicionamiento de la marca Gatorade, ni las redes de distribución existentes, ni las actividades relacionadas, ni la capacidad instalada, son barreras que existen por la naturaleza misma del proceso productivo.

- En cuanto a la supuesta capacidad de controlar los precios por parte de Postobón, dada la inexistencia de productos sustitutos, considera que es el mismo mercado el que se encarga de regular los precios de las bebidas isotónicas.

**III.2- Proceso núm. 2005-00351-01.** En términos similares, pero no idénticos, la actora – Quaker, solicita que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

**A. Violación al derecho de defensa.**

Señaló que la sentencia de primera instancia dejó de analizar su alcance, interpretó erradamente la aplicabilidad de la reserva contenida en el parágrafo 3° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, la situación de Postobón en relación con las pruebas recaudadas y los datos contenidos en la Resolución núm. 16453 de 2004; que el Tribunal se limitó a estudiar los artículos 74 de la Constitución Política y 19 del C.C.A., pero no hizo un análisis del derecho a la defensa.

Considera que si la Superintendencia se apoyaba en información reservada, que en ningún caso lo es, debió tener en cuenta que Postobón tenía el derecho constitucional y legal de conocer dicha información para defenderse adecuadamente; que Postobón nunca supo y aún hoy tampoco sabe, cuál fue la información recolectada, su contenido y sus implicaciones, por lo que no pudo cuestionar verdaderamente el acto administrativo expedido por la entidad.

Que el parágrafo 3° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, hace referencia a la confidencialidad del informe que deben dar los interesados en el proceso de integración y a su trámite, no a aquellos informes que pueden expedir los competidores como terceros interesados en el proceso.

- Precisó que la exigencia por parte del a quo de que Postobón indicara la totalidad de los documentos a los cuales se le limitó su acceso, era de imposible cumplimiento, teniendo en cuenta que nunca tuvo acceso al expediente y en esa medida desconocía la totalidad de la información recolectada.

#### **B. Falsa motivación y falta de motivación.**

1. Mercado Relevante. Insiste en el hecho de que con anterioridad la Superintendencia en respuesta a una consulta generó ciertos efectos jurídicos, teniendo en cuenta que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han considerado en varias ocasiones que las respuestas a las consultas elevadas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, pueden tomarse como actos administrativos, y en este caso la duda presentada tenía un alcance específico y concreto, por lo que era válido que la Administración se sostuviera en la posición adoptada, y como no lo hizo la confianza legítima que tenía la empresa fue defraudada.

2. Considera que no existe integración en la operación propuesta, como lo afirmaron la Superintendencia y el a quo, sin analizar los términos de la operación planteada entre Quaker y Postobón ni los términos de la franquicia, en la cual la distribución de riesgos, decisiones y responsabilidades no permite que Postobón asuma en la totalidad el negocio de la bebida Gatorade; que PepsiCo o sus subsidiarias, obtendrían el acceso a la red de distribución de Postobón, y por ello ésta recibiría una remuneración.

- Que el Tribunal se limitó a estudiar la posibilidad de sustituir el producto Gatorade, teniendo en cuenta sus características físicas, pero no hizo un análisis



económico, de precio, hábitos de consumo y su uso, y llegó a la conclusión de que únicamente los sustitutos perfectos resultan admisibles para efectos de la operación. **Solicita que los estudios que obran en el expediente se tengan en cuenta en esta instancia.**

- Que ninguna de las barreras identificadas por la Superintendencia, que no explicó y no analizó el a quo, califica como muro para entrar al mercado relevante; que una barrera natural se constituye cuando la fabricación de un producto requiere de una determinada tecnología de difícil acceso o de cierta maquinaria que exige una inversión cuantiosa, lo que no ocurre en este caso, con el proceso productivo de las bebidas isotónicas.

- Sostuvo que la operación no produce los efectos sobre la competencia como lo afirmaron las Resoluciones demandadas; que la existencia de productos sustitutos, así como la elasticidad de la demanda de Gatorade, permiten que sea el mercado el que regule los precios y no la empresa Postobón.

Finalmente, expresa que la sentencia apelada no tuvo en cuenta sus argumentos.

#### **IV. ALEGATO DE CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público, en esta etapa procesal, guardó silencio.

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

Se controvierte en este caso la legalidad de las Resoluciones núms. 16453 de 23 de julio y 27920 de 10 de noviembre, ambas de 2004, por medio de las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio objetó la operación proyectada entre

PepsiCo Inc. directamente o a través de una de sus subordinadas (en este caso Quaker Ltda.) y Postobón S.A., que se describe en anexo (reservado) a la solicitud, porque consideró que va más allá de un simple esquema de distribución, pues involucra también actividades de producción, embotellamiento y en general, la comercialización de la bebida Gatorade, *“pues lo relevante y cierto es que presupone un efecto integrativo, en tanto Postobón obtendría el derecho exclusivo de producir y comercializar”* dicha marca.

Las actoras en cada proceso presentaron los mismos cargos: violación al derecho de defensa de Postobón y falsa y falta de motivación por vulneración de los artículo 4° de la Ley 155 de 1959 y 51 del Decreto núm. 2153 de 1992.

Sea lo primero advertir que el derecho de petición formulado en el año 2001 a la Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura para la Promoción de la Competencia<sup>2</sup>, gira en torno a una operación que se proyectaba, en la cual están involucradas PepsiCo inc. y The Quaker Oats Company, en la que se explica la forma en que estas empresas tienen presencia y participan en el mercado colombiano, para concluir que en el sector bebidas no se dedican a la misma actividad, porque sus productos pertenecen a mercados diferentes, bebidas gaseosas y bebidas isotónicas hidratantes ***“que no se sustituyen ni compiten y cuyos consumidores son claramente diferentes”***.

En el punto 2. se lee la operación proyectada, así:

*“2. como consecuencia de una intención de adquisición expresada el 2 de diciembre de 2000, la sociedad PepsiCo Inc., a través de su empresa subsidiaria BeverageCo Inc., está en proceso de adquirir mediante el sistema de intercambio de acciones, el 100% de las acciones de la sociedad The Quaker Oats Company. La Operación*

---

<sup>2</sup> Reposo en los anexos de cada demanda a folios 1 a 6.

*proyectada se llevará a cabo totalmente en los Estados Unidos de América y estará sometida a las leyes de ese país”.*

La **consulta** se hizo en los siguientes términos: *“le solicitamos se sirva conceptuar, si en su criterio y dando aplicación al artículo 2 Num. 1 del Decreto 2153 de 1992 y de la Circular 002 de enero 7 de 2000 de la Superintendencia de Industria y Comercio, se debe proceder a informar a esa entidad de la operación descrita”.*

Luego, como lo afirmó el a quo, la operación que se puso en conocimiento de la Superintendencia correspondió a la adquisición por parte de PepsiCo Inc. del 100% de las acciones de The Quaker Oats Company, es decir, que se trataba de una operación diferente de la presentada en este proceso y, por lo tanto, **no podía generar confianza legítima**. Además, del texto de la respuesta de la Superintendencia, se desprende que no estaba definiendo un mercado relevante, sino que usó el término “mercado” de una manera genérica y abstracta<sup>3</sup>.

Es de tener en cuenta que en aquella oportunidad los mismos petitionarios manifestaron que **las bebidas gaseosas y las bebidas isotónicas hidratantes no se sustituyen ni compiten y que sus consumidores son claramente diferentes**, por lo que, en principio, no entiende la Sala por qué la contrariedad con las Resoluciones acusadas, que se fundamentan, precisamente, en que las bebidas isotónicas no son sustituibles y sus consumidores son diferentes de los de las gaseosas.

#### **EL CASO CONCRETO:**

---

<sup>3</sup> Ver respuesta a folios 8 a 11 del cuaderno de pruebas en cada proceso.

Mediante comunicación de marzo de 2004<sup>4</sup>, los apoderados de las empresas Quaker (empresa subsidiaria de PepsiCo) y Postobón informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio, acerca de una operación que pretendían celebrar que consideraron como una franquicia, para que la entidad les confirmara que dicha operación<sup>5</sup> no requería ser reportada. En esta comunicación, las peticionarias manifestaron que la operación no corresponde a una integración de las que trata la Ley 155 de 1959 en su artículo 4°, que sí ameritan la información de la operación, pero que si la Superintendencia estimaba que se le debía informar, en todo caso la operación se amparaba bajo la excepción de eficiencia consagrada en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, por lo cual no podía ser objetada.

En respuesta, la Superintendencia una vez recibió la información adicional que le solicitó a dichas empresas, mediante la Resolución acusada núm. 16453 de 23 de julio de 2004<sup>6</sup>, previo análisis de varios factores, resolvió:

*“Objetar la operación proyectada entre PepsiCo Inc., directamente o a través de una de sus subordinadas, y Postobón S.A., a través de la cual se otorgaría a esta última el derecho exclusivo a producir, vender y distribuir productos bajo la marca Gatorade en Colombia”.*

En criterio de la entidad demandada sí se trataba de una operación de integración que se le debía informar, de conformidad con el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, y además consideró que no estaba dentro de las excepciones para no objetarla; en respuesta al recurso de reposición la Superintendencia mediante la Resolución núm. 27920 de 10 de noviembre de 2004, confirmó su decisión.

---

<sup>4</sup> Folios 12 a 16 de los cuadernos de prueba en cada proceso.

<sup>5</sup> La descripción de la operación reposa a folios 17 a 38 de los cuadernos de prueba en cada proceso.

<sup>6</sup> Folios 237 a 282 del cuaderno de pruebas dentro del expediente núm. 2005-00262 y folios 238 y siguientes del cuaderno de pruebas dentro del expediente núm. 2005-00351.

Vale la pena mencionar, que la empresa Postobón S.A. ya había asumido en el año 2002 la producción y comercialización de las bebidas isotónicas marca Gatorade en el territorio nacional, y por ello la Superintendencia de Industria y Comercio inició una investigación de carácter administrativo, mediante la Resolución 00101 de 17 de enero de 2005, a las sociedades Postobón S.A., Productos Quaker Ltda. y Gaseosas Lux S.A. para determinar si infringieron el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, por haber participado en un proceso de integración empresarial, sin cumplir el requisito de información previa, así como también inició investigación disciplinaria contra sus representantes legales por presuntamente haber autorizado, ejecutado o tolerado la supuesta infracción, en atención a lo dispuesto por el artículo 4° numeral 16 del Decreto 2153 de 1992.<sup>7</sup>

Ahora bien, las normas pertinentes que la Superintendencia aplicó en el caso que se analiza en el presente proceso, fueron:

**Ley 155 de 1959**<sup>8</sup>, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

***“ARTÍCULO 4°.** Las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora, o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto ascienden a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000.00), o más, **estarán obligadas a informar al Gobierno Nacional** de las operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.*

*PARAGRAFO 1o. El Gobierno Nacional **deberá objetar la operación, si tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia.***

... .

***PARAGRAFO 3°.** El informe que deben dar los interesados y su trámite serán absolutamente reservados, y los funcionarios que revelen en todo o en parte el contenido de los expedientes, incurrirán en la destitución del empleo que impondrá el respectivo superior, sin*

---

<sup>7</sup> Ver folio 61 del cuaderno principal que obra en el expediente 2005 00262.

<sup>8</sup> Artículo modificado por el artículo 9° de la Ley 1340 de 2009.

*perjuicio de las demás sanciones establecidas en el Código Penal”.*  
(resalta la Sala)

**Decreto 2153 de 1992**, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.

**“ARTÍCULO 51<sup>9</sup>.** *El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4o de la Ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede hacer mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”.* (resalta la sala)

De conformidad con el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992<sup>10</sup>, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio, velar por la observancia de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios.

Ahora bien, contra los actos acusados las actoras presentaron los siguientes cargos:

**A. En lo que atañe al cargo de violación del derecho de defensa y del debido proceso, consagrados en los artículos 29 de la Constitución Política y 3°, 35 y 44 del Código Contencioso Administrativo**, cabe resaltar que en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio no estaba investigando una conducta

---

<sup>9</sup> Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>10</sup> Numeral modificado por el artículo 3° de la Ley 1340 de 2009

irregular que fuera sancionable, sino respondiendo a una solicitud de las peticionarias, para lo cual ellas mismas aportaron los documentos e información que consideraron pertinente a fin de respaldar su criterio, en el sentido de que se disponían a celebrar contrato de franquicia que no requería ser informado a la entidad, lo cual fue ampliado por las mismas a solicitud de la Superintendencia, quien teniendo en cuenta esos y otros documentos y estudios, expidió la Resolución acusada núm. 16453 de julio 23 de 2004, a través de la que objetó la operación, porque implicaba una indebida restricción a la libre competencia, lo cual soportó en varios argumentos.

En la citada Resolución la entidad mencionó los estudios, documentos, cifras y datos que sirvieron de sustento a la decisión, muchos de los cuales fueron aportados por las actoras; también se fundamentó en la información tomada de la página web.

Es de advertir que de acuerdo con el párrafo 3° del artículo 4° de la Ley 155 de 1959, existe una reserva legal tanto documental como procedimental, que se impone a los funcionarios so pena de ser destituidos, por lo que la entidad, como se advirtió ab initio de estas consideraciones, expidió dos Resoluciones: una pública y una reservada, precisamente para ocultar datos de las empresas actoras que la pudieran perjudicar frente a la competencia. En las Resoluciones acusadas no se observa que se hubiera ocultado información o que su fundamento no tuviera citas de la fuente. Por el contrario, cada argumento de la Superintendencia está basado en documentos o estudios que se reseñan a pié de página.

Contra la Resolución núm. 16453 de 2004 las actoras interpusieron cada una su respectivo recurso de reposición. Mediante oficio de 9 de septiembre de 2004, la Superintendencia de Industria y Comercio, con el objeto de contar con mayores

elementos de juicio y garantizar el derecho de defensa y el debido proceso, ordenó tener en cuenta y practicar todas las pruebas solicitadas por las partes en el recurso así como otras decretadas de oficio. La empresa Quaker aludió al estudio "Hot & Thirsty Colombia" realizado por la firma Datanálisis de octubre de 2003; el documento American College Short Medicine, Exercise and Fluid Replacement y el documento actividad física en el calor, Termorregulación e hidratación, México D.F., 1999. Se refirió al testimonio del Doctor Juan M. Sarmiento, quien declararía sobre las propiedades de las bebidas isotónicas. Por su parte, Postobón solicitó tener en cuenta el documento Elasticidad de Precios Gatorade de agosto 27 de 2001 y los señalados por Quaker; la Superintendencia de Industria y Comercio, de oficio solicitó, en resumen, información a Panamco Colombia S.A. (Coca Cola) sobre las ventas de agua manantial y copia de las piezas publicitarias utilizadas en la promoción de la bebida Powerade; a Quaker sobre inversión en publicidad de la bebida Gatorade, relación de precios de venta y copia de las piezas publicitarias; y a Postobón sobre inversión en publicidad de las bebidas isotónicas (Squash) y copia de las piezas publicitarias de éstas y de las aguas embotelladas. Además, de oficio decretó testimonios de los Gerentes Comerciales de diferentes empresas, entre ellas, del Subgerente de Alimentos y Bebidas del Invima.<sup>11</sup>

Observa la Sala que luego de expedirse la Resolución inicial, en la cual se objetó la operación propuesta, la entidad llevó a cabo un período probatorio en el que las partes pudieron solicitar y controvertir las pruebas obtenidas, después de lo cual se profirió la Resolución confirmatoria.

---

<sup>11</sup> El documento que ordena la práctica de estas pruebas para resolver el recurso de reposición, obra a folios 319 y siguientes del cuaderno anexo a la demanda dentro del expediente núm. 2005 00262 y a folios 377 y siguientes del cuaderno anexo a la demanda dentro del expediente núm. 2005 00351.



En la versión privada de la Resolución núm. 16453 de 2004, la Superintendencia puso en conocimiento de los intervinientes, todas las cifras y datos que sirvieron de sustento a la correspondiente decisión, y se identificaron los documentos fuente que reposan en el expediente, los que pudieron ser controvertidos en el recurso de reposición. En la versión pública, los únicos datos que aparecen sombreados son los que se refieren a las empresas actoras, precisamente para proteger la reserva de datos que puedan perjudicarlas frente a la competencia.

A juicio de la Sala, como lo expresa la sentencia de 20 de septiembre de 2007, dentro del Expediente **núm. 2005-00262**, no se evidencia en la demanda a cuáles documentos se refiere la demandante, o cuáles solicitó o pidió consultar y no le fueron entregados, carga que, en efecto, le correspondía, porque lo que se observa, como ya se dijo, es que las Resoluciones acusadas sí contienen suficientes elementos de juicio y su respectiva fuente, a efectos de adoptar la correspondiente decisión.

**B. En lo concerniente al cargo de falsa motivación y falta de motivación, vulneración de los artículos 4° de la Ley 155 de 1959 y 51 del Decreto 2153 de 1992, se tiene lo siguiente:**

La Superintendencia de Industria y Comercio, para fundamentar su decisión de objetar la operación presentada por las actoras, aludió a una alta concentración del mercado de las bebidas isotónicas líquidas en cabeza de Postobón, que llevaría a restringir indebidamente la competencia. Tuvo en cuenta los aspectos de mercado relevante, sustituibilidad de la bebida Gatorade, integración económica, barreras de entrada a nueva competencia y efectos sobre la competencia, como también se refirió al ofrecimiento hecho por las interesadas de garantizar que

Postobón S.A. no tendría el control de los dos productos, Gatorade de Quaker Ltda. y Squash de Postobón S.A.

En relación con la garantía ofrecida, la entidad demandada, observó en la Resolución acusada núm. 27920 de 2004 que el ofrecimiento se presenta sobre la base de una operación diferente a la cual se informó.

En relación con el mercado relevante, como ya se observó, las mismas interesadas en el derecho de petición de consulta expresaron que **las bebidas gaseosas y las bebidas isotónicas hidratantes no se sustituyen ni compiten y que sus consumidores son claramente diferentes**, lo que indica que en su opinión no pertenecen al mismo mercado relevante; en palabras de la entidad demandada, sería como considerar que la cerveza y el whisky, por ser bebidas alcohólicas, pertenecen al mismo mercado relevante.

En lo que toca con el mercado relevante que se afectaría con la operación, consideró la entidad demandada que se afectaría el mercado de las bebidas isotónicas, lo que resultó del análisis de sustituibilidad que en el mercado tienen estas bebidas con otras que denomina bebidas refrescantes, como son las gaseosas llamadas también carbonatadas, el agua y los jugos.

Su argumentación, se basó en que las características de las bebidas isotónicas están asociadas con sus usos y finalidades o hábitos del consumo y en esa medida están destinadas a recuperar los fluidos y carbohidratos que el cuerpo pierde durante el ejercicio, gracias a su composición de electrolitos que son minerales esenciales, tales como potasio, el magnesio y el sodio<sup>12</sup>, que frenan en

---

<sup>12</sup> Las anteriores afirmaciones están fundamentadas en los documentos que la demandada cita a pié de página núms. 7 a 13 de la Resolución núm. 16453 de 23 de julio de 2004.

parte la pérdida de proteína del tejido muscular originada por el entrenamiento y/o la competición profesional<sup>13</sup> y tienen la misma osmolaridad que los fluidos del organismo, lo que facilita su hidratación<sup>14</sup>. De los documentos o estudios que aparecen a pié de página, concluyó que su uso principal está en el deporte, para reponer las sales que se pierden por efecto del sudor y así evitar una deshidratación.

Vale destacar que a pié de página 17 de la Resolución núm. 16453 de 23 de julio de 2004, la entidad demandada dejó constancia de que *“Las empresas PepsiCo Inc y Quaker Oats Company, en la solicitud de integración aprobada por esta entidad en febrero de 2001, señalaban en dicha oportunidad que ‘las bebidas carbonatadas, tienen características distintas a las de GATORADE, mientras que las bebidas carbonatadas son efervescentes y su consumo se asocia con el acto de refrescarse, GATORADE no es efervescente y **su consumo se asocia con la salud y el vigor físico**’. Radicación # 01008689”*. (resalta la Sala)

Al comparar el contenido de las bebidas isotónicas con las carbonatadas o gaseosas, como son Pepsi, Diet pepsi y 7 UP distribuidas por Postobón, la entidad demandada encontró diferencias en cuanto a calorías, niveles de potasio y sodio, efectos sobre el organismo, como es el hecho de que no es recomendado ingerir bebidas gaseosas, antes o durante el ejercicio, porque retardan el funcionamiento del intestino y algunas contienen cafeína que incrementa la presión arterial.<sup>15</sup>

Frente a las aguas embotelladas hizo el mismo análisis, para concluir que éstas no contienen los electrolitos requeridos para una correcta hidratación; que las bebidas isotónicas mejoran el rendimiento tanto en potencia como en resistencia y

---

<sup>13</sup> Tomado del artículo de Kim Meyer “Sport Drinks” de la página web [www.Gatorade.com/gssi](http://www.Gatorade.com/gssi) ( pié de página 12 *ídem*)

<sup>14</sup> Tomado del artículo “Caso Gatorade” de la página web [www.Gatorade.com](http://www.Gatorade.com) (pié de página 15 *ídem*)

<sup>15</sup> Fuente: Integración Pepsi- Quaker N° 01008689/2001 y otros citados a pié de página 18 y 19.

aceleran la recuperación y la rehidratación; trajo a colación que la Comisión Europea estableció que el agua embotellada es un mercado diferente al de bebidas refrescantes<sup>16</sup>.

En torno a los refrescos de frutas y jugos de frutas, dentro de los cuales se encuentran los néctares, como también respecto de las bebidas energizantes, halló diferencias en la composición.<sup>17</sup>

De lo anterior concluyó que las bebidas isotónicas están dotadas de unos componentes específicos que las hacen claramente diferenciables frente a las demás bebidas analizadas.

El estudio de la Superintendencia de Industria y Comercio no se contrajo únicamente a los componentes de las bebidas que se comparan, sino que hizo referencia a sus usos y necesidades, para determinar qué productos están en competencia, lo que la llevó a concluir, sobre la base de los documentos y estudios que cita<sup>18</sup>, que el consumo de bebidas isotónicas se orienta fundamentalmente a los deportistas o personas que realizan actividades que impliquen un gran esfuerzo físico, dada la necesidad del cuerpo de reponer los electrolitos, agua, sales y minerales perdidos en el sudor y que una pérdida de agua de solo 4% del peso corporal produce una disminución del rendimiento deportivo en un 40%.

---

<sup>16</sup> Se fundamentó en los estudios y documentos señalados a pié de página 22

<sup>17</sup> Pié de página 23 a 27 *ídem*

<sup>18</sup> Pié de página 28 a 40 *ídem*.

Igualmente, la demandada analizó el estudio realizado por la firma Feed back<sup>19</sup> sobre bebidas isotónicas aportado por las intervinientes<sup>20</sup>, para colegir que no es concluyente en cuanto a la sustituibilidad de Gatorade en la medida en que a los encuestados se les preguntó “*si no encontrarán bebidas isotónicas en ningún lugar, qué otro producto consumiría*”, pues la respuesta sería obvia: cualquier otra bebida refrescante. De la misma manera, la Superintendencia trajo a colación que el estudio concluye que los consumidores de bebidas isotónicas son personas activas, hombres y mujeres que realizan cualquier tipo de actividad física (deporte o recreación), con edades que oscilan entre 25 y 35 años aproximadamente, de estratos socioeconómicos medio y alto.

También adujo la demandada que entre los estudios que tuvo en cuenta, está el de la Comisión Europea que dictaminó “*que la posibilidad de sustitución basada únicamente en función de calmar la sed del consumidor es limitada, pues no es suficiente para establecer la sustituibilidad. De ser así, debería concluirse que pertenecen al mismo mercado productos de naturaleza muy distinta como té, leche, cerveza, determinadas frutas, etc. De igual forma, la Comisión determinó que la demanda de agua embotellada y de bebidas refrescantes responde a la satisfacción de necesidades muy diferentes*”<sup>21</sup>, de lo que concluyó que los hábitos y la ocasión de consumo establecen varias diferencias entre las bebidas isotónicas y otro tipo de bebidas, porque aquellas se consumen con mayor frecuencia durante el ejercicio o después de él, para rehidratar y recuperar los fluidos perdidos en el sudor, mientras las otras, se consumen con mayor frecuencia en reuniones sociales y comidas y para quitar la sed, o son nutritivas como los jugos de frutas, por lo que no son sustitutas desde el punto de vista de los usos del producto; que

---

<sup>19</sup> Según pie de página 32, para este estudio se realizaron 1300 entrevistas en las ciudades de Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla entre hombres y mujeres de 8 a 50 años, consumidores de jugos envasados, gaseosas, bebidas isotónicas y agua envasada, de estratos 2, 3, 4 y 5.

<sup>20</sup> Pie de página 28 *idem*.

<sup>21</sup> Pie de página 29 *idem*.

igual ocurre con las bebidas energizantes que son estimulantes y no intentan compensar la pérdida de agua y minerales debido a la actividad física, y con las bebidas isotónicas en polvo, porque no están listas para su consumo inmediato, por lo que no tiene las mismas ventajas de oportunidad, facilidad y practicidad.

Explicó que el mercado relevante, además se encuentra en todo el territorio nacional.

Bajo la perspectiva anterior, la entidad, con el propósito de determinar la estructura y composición del mercado relevante, requirió información de las intervinientes y de los competidores<sup>22</sup> sobre la venta de bebidas isotónicas, lo que dio como resultado que para el año 2003, el 76.3% fue vendido por Quaker con la bebida Gatorade, el 19.7% por Postobón con la bebida Squash, el 3% por Panamco con la bebida Powerade y el 0,4% por Coljugos con la bebida Zapp; y que a raíz de la operación planteada, Postobón S.A. aumentaría su cuota de participación hasta alcanzar el 96.19%, generando una gran concentración en el mercado y los dos principales competidores Quaker y Postobón terminarían siendo uno sólo.

De los mismos documentos aportados, entre ellos, el de "Caso Gatorade", la entidad determinó que las dos terceras partes de las bebidas isotónicas se venden al detal (sin incluir supermercados), correspondiendo el 88% de las ventas a Gatorade, el 7% a Powerade y el 5% a Squash, por lo que la participación de Postobón en la operación proyectada sería del 95% a nivel detallista y del 70% a

---

<sup>22</sup> A pié de página núms. 41 y 42 de la Resolución núm. 16453, la entidad informa que lo hizo respectivamente bajo los radicados 04020934-2 de 31 de marzo de 2004 y 04020934-19-20-31-34.

nivel de supermercados, por lo que el segundo competidor desaparecería del mercado<sup>23</sup>.

Estima la Sala que en el expediente no aparecen desvirtuados los análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en los cuales afirma que las cifras de participación reflejan que la estructura del mercado relevante definido es altamente concentrada, con participación de pocas firmas y pocas marcas disponibles en el mercado y que, según informan las intervinientes no existen importaciones de bebidas isotónicas lo que limita las fuentes alternas de desplazamiento del consumidor y facilitaría la acción unilateral por parte de las intervinientes para alterar las condiciones del mercado.

En la Resolución núm. 27920 de 10 de noviembre de 2004, la demandada hace consideraciones sobre la tasa máxima de ingesta, el vaciamiento gástrico y la absorción intestinal, con características que no son desconocidas por los titulares de la marca Gatorade, según lo advierten en su página web, cuando afirman *“El agua no es la bebida adecuada para hidratarse durante el ejercicio”, “El agua no contiene electrolitos y por lo tanto no puede reemplazar los electrolitos que se pierden con el sudor como el sodio y el potasio. El agua apaga el mecanismo de la sed antes de estar completamente hidratados”,* argumento este que tampoco es desvirtuado.

En cuanto a las barreras de entrada, cuyo concepto toma la entidad del documento *“El control de concentraciones en España”*<sup>24</sup>, para explicar que *“son las dificultades para que en un tiempo razonable, nuevos competidores puedan ofrecer sus productos”,* las Resoluciones acusadas, con soporte en los

---

<sup>23</sup> Cálculos tomados por la Superintendencia, con base en información AC Nielsen y CAS Isotónicos Líquidos, según se lee a folio 16.

<sup>24</sup> Citado a pié de página 50 de la Resolución 16453 de 2004.

documentos que cita a pié de página, considera que se encuentran barreras de tipo natural, como son: el reconocimiento mundial de la marca Gatorade, que parecería ser un término genérico, que según informe presentado por las intervinientes, es la de mayor recordación y mejor posicionamiento en el mercado, que además requirió grandes inversiones en publicidad que puede desestimular la entrada de un competidor al mercado relevante, quien tendría que invertir grandes sumas de dinero en publicidad para que la marca sea conocida y pueda competir con un mercado concentrado; las redes de distribución, son otra barrera, porque Postobón cuenta con ellas, con una ventaja absoluta en costos, cobertura y eficiencias; las actividades relacionadas, porque las empresas del grupo Ardila Lülle, al cual pertenece Postobón, se dedican a la producción, venta de insumos o prestan servicios relacionados con el mercado de bebidas, tales como azúcar, ácido cítrico, tapas, botellas de vidrio, distribución, servicios de transporte y carga y publicidad, esto último, en medios de comunicación como lo es RCN radio y televisión, lo que representa un factor que desincentiva el ingreso de potenciales competidores.<sup>25</sup> Finalmente, estimó la entidad que el exceso de capacidad instalada representa un desestímulo para nuevos competidores, porque deja entrever que la demanda actual está siendo atendida, y que existe capacidad para

---

<sup>25</sup> En el libro *"Introducción al Derecho de los Negocios. Los nuevos dominios de la 'administrativización del derecho comercial' "*. Autor Marco Antonio Velilla Moreno. Biblioteca Millennio – Colección Derecho Económico y de los Negocios. El Navegante Editores, Bogotá – Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 2001, en la página 142 el autor se refiere a los conceptos de sustituibilidad, mercado relevante y posición dominante; sobre la posición dominante señala:

*"La posición dominante puede ser detentada por un grupo de empresas, según el sentido que tal término tiene desde el punto de vista del derecho de sociedades, vale decir, un conjunto de sociedades sometidas a un control común. **La posición dominante se da, en este caso, como producto de la importancia económica del conjunto constituido por una sociedad matriz y sus filiales, así como por todas las sociedades pertenecientes al mismo grupo.** Las decisiones del derecho comparado enseñan, por ejemplo, que nexos familiares entre dirigentes de varias empresas crean un cierto cruce de intereses, pero que también puede resultar de un acuerdo expreso entre éstas, que generaría la posición dominante entre las empresa agrupadas. Es decir, los mismos hechos pueden llegar a constituir, a la vez, un acuerdo prohibido o un abuso de la posición dominante, pudiendo acumularse esta dos infracciones, aunque siempre se ha juzgado que, para esto pueda darse, es necesario que el comportamiento de la empresa en posición dominante haya sido la condición necesaria del acuerdo. De esta manera, el acuerdo que se dirige a la creación de una posición dominante puede tomar la forma de un grupo de interés económico".* (Resalta la Sala)



contrarrestar cualquier intento de penetración en el mercado, aumentando la producción sin necesidad de invertir en recursos adicionales.<sup>26</sup>

Del análisis anterior concluyó la entidad demandada que la operación proyectada generaría una restricción a la competencia en el mercado de las bebidas isotónicas.

Finalmente, la Superintendencia en las Resoluciones acusadas, explicó que de conformidad con el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, no aplicaba la cláusula de eficiencia, porque ésta debe examinarse desde la óptica del interés público y, por lo tanto, traducirse en ventajas económicas para el mercado respectivo; que además la única eficiencia comprobada, fue el ahorro mínimo del 12% de los ingresos de las ventas de Gatorade<sup>27</sup>, que no sería suficiente para compensar la pérdida generada en el mercado a raíz de la operación.

En respuesta al recurso de reposición presentado por las partes, la Superintendencia resaltó nuevamente, que la operación descrita va más allá de una simple distribución de la bebida Gatorade, pues involucra actividades de producción, embotellamiento y en general la comercialización de las bebidas, lo cual, como ya se observó, fue fundamentado en el análisis de diversos documentos, que no aparecen controvertidos en los procesos de la referencia.

Al resolver los recursos de reposición, la entidad reiteró lo expuesto en las Resoluciones recurridas, para lo cual trajo a colación nuevos elementos de juicio, descritos a pie de página, con el fin de demostrar que las bebidas isotónicas

---

<sup>26</sup> Lo que fundamenta en los documentos señalados a pie de página 51 a 57 de la Resolución 16453 de 2004, algunos de ellos aportados por las intervinientes.

<sup>27</sup> Información aportada por las peticionarias (pie de página núm. 59)

tienen una composición y un uso diferente al agua, las gaseosas y los jugos, por lo que no son sustituibles.

Hace referencia al testimonio del Doctor Juan M. Sarmiento<sup>28</sup>, especialista en medicina del deporte, prueba solicitada por Quaker en el recurso de reposición que está anexa al expediente, así como a otros testimonios, que demuestran que las bebidas isotónicas tienen una composición y uso diferente a otras bebidas no alcohólicas y refrescantes, que cuentan con unos requisitos de ley para que puedan tener tal denominación<sup>29</sup>, pero pueden tener composiciones diferentes según la marca, y que no son sustituibles, pese a que si quitan la sed, las isotónicas hidratan el cuerpo por su contenido de sales y minerales y se usan básicamente en actividades deportivas en edades que oscilan entre los 18 y 35 años, en general de estrato medio y alto, que son los potenciales consumidores, y su publicidad va dirigida a las personas con actividades deportivas, de ejercicio y de actividad física (ver anexo al exp. 2005-00351).

En efecto, la publicidad de las bebidas isotónicas se hace en medios masivos, particularmente como una bebida para hidratar y dar energía, según la información aportada por las empresas Quaker y Postobón que reposan en el expediente, que la Superintendencia resume a folio 40 de la Resolución núm. 27920 de 10 de noviembre de 2004, para concluir que la hidratación, como la recuperación de líquidos y electrolitos en las personas que tienen actividades físicas y deportivas, son las características que se resaltan y que la publicidad del agua destaca aspectos como la salud, el cuidado del cuerpo y la figura de toda la familia, por lo que también las actividades promocionales de uno u otro producto se realizan en diferentes eventos, bien sea deportivos o de belleza y salud, a manera de ejemplo.

---

<sup>28</sup> Pié de página núms. 37, 39, 41 y otros de la resolución 27920 de 10 de noviembre de 2004

<sup>29</sup> Resolución núm. 2229 de 1994.

Igualmente, la entidad demandada analiza las pruebas solicitadas por Postobón, entre otras, la referida a la "*Elasticidad de precios Gatorade*", elaborado por una empresa que se encontraba en liquidación, la cual no se tuvo en cuenta porque no fue posible establecer las preguntas que se formularon, por lo que concluyó que se está frente a un producto inelástico al precio, porque llamó la atención que las ventas de bebidas isotónicas, con una sola excepción, en lugar de disminuir ante incrementos de los precios, registraron aumentos, lo que se explica por el perfil del consumidor al que va dirigido y por la ausencia de bienes sustitutos.

Acerca del estudio Hot & Thirsty – Colombia (pero que al interior se lee Venezuela), elaborado por Datanálisis, que Quaker solicitó como prueba en esta instancia, y que obra anexo al recurso de reposición, evidencia la Sala que fue analizado por la Superintendencia y el mismo resalta que Gatorade es consumido principalmente en actividades deportivas seguido de ocasiones físicas.

La Superintendencia también se refirió al documento Exercise and Fluid Replacement, elaborado por American College of Sports Medicine, solicitado como prueba por Quaker, que concluye, que el principal objetivo de reemplazar la pérdida de líquido durante el ejercicio es mantener una hidratación normal. Sobre el mismo la entidad manifiesta que los datos que este documento trae contrastan con los momentos de consumo de la bebida Gatorade, que principalmente es ingerida en actividades deportivas, seguido de actividades físicas y con un consumo del 5.6% para momentos de sed, calor y otros.

De lo que ha quedado reseñado colige la Sala que en la decisión tomada por la Superintendencia de Industria y Comercio no existe falta de motivación, como lo afirman las actoras, pero además es el producto de una investigación

pormenorizada y su argumentación es clara y abundante, lo que arrojó como consecuencia que la operación presentada por las actoras fuera objetada, debido a una alta concentración del mercado de las bebidas isotónicas líquidas en cabeza de Postobón, que llevaría a restringir indebidamente la competencia, lo cual sustentó en la parte motiva de los actos acusados, sin que, como lo afirmaron las sentencias apeladas, las actoras lo hubieran desvirtuado.

Lo anterior conduce a la Sala a confirmar las sentencias apeladas, cuyos expedientes fueron acumulados, y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**F A L L A :**

**CONFÍRMANSE** las sentencias de 20 de septiembre de 2007 y 27 de marzo de 2008, proferidas, en los expedientes acumulados de la referencia, por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la primera por la Subsección "A" y la segunda por la Subsección "B", mediante las cuales se negaron las pretensiones de las demandas.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 12 de abril de 2012.

**MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**  
Presidenta

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**  
Aclara voto

## **A C L A R A C I O N   D E   V O T O**

### **EL MERCADO Y LA NOCION DE COMPETENCIA**

El mercado es un espacio real, un escenario donde las empresas se encuentran en pugna para conquistar el favor de los consumidores hacia sus bienes o servicios, efecto para el cual implementan sus mejores estrategias. Para estudiar la forma como funcionan los mercados, la Economía ha elaborado algunos modelos que facilitan su entendimiento: Oscar Ibáñez Parra expone en la siguiente forma los criterios económicos sobre la competencia: Así, para los economistas existen dos modelos de competencia económica: la competencia perfecta o pura, y la competencia imperfecta. La primera, se encuentra caracterizada como aquella forma de mercado en el que participan un gran número de operadores económicos, cada uno de los cuales es incapaz por sí solo de influir mediante su conducta y a través de su propia política empresarial en el proceso de formación de los precios. En este modelo, el precio para el empresario es siempre un dato objetivo y externo, que le es suministrado por el proceso económico general; lejos de configurar el nivel de precios y calidades, el empresario tiene que adaptar su comportamiento económico a pautas que le vienen impuestas por el propio mercado, como instancia externa a su esfera de actuación.

### **EL MERCADO RELEVANTE - Concepto**

El mercado pertinente o relevante, a su vez, permite establecer el ámbito geográfico dentro del cual se lleva a cabo la competencia y los bienes y servicios específicos sobre los cuales recae dicha competencia. El mercado geográfico de referencia "comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas". La Comisión de la Comunidad Europea ha establecido que: "...el objetivo de definir el mercado tanto de producto como en su dimensión geográfica, es identificar los competidores actuales que serían capaces de contrarrestar el comportamiento de otros intervinientes en el mercado y evitar que ellos se comporten independientemente de una presión competitiva efectiva. El concepto de mercado relevante es diferente del utilizado a menudo en otros contextos. Por ejemplo las empresas utilizan normalmente el concepto de mercado para referirse al área donde ellas venden sus productos, o para referirse más ampliamente al sector o industria a que pertenecen.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION PRIMERA**

**Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 25000-23-24-000-2005-90262-01**

**Actor: GASEOSAS POSADA TOBON SA Y PRODUCTOS QUAKER S.A**

**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**Referencia: ACLARACION DE VOTO**

Aunque estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala, en el sentido de confirmar las sentencias de 20 de septiembre de 2007 y 27 de marzo de 2008, proferidas, en los expedientes acumulados de la referencia, por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la primera por la Subsección "A" y la segunda por la Subsección "B", mediante las cuales se negaron las pretensiones de la demanda, considero oportuno efectuar la siguiente aclaración, en torno a precisar el alcance de la noción de competencia y el mercado relevante.

Al respecto, me referiré a lo afirmado en el salvamento de voto efectuado a la decisión adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado, en el proceso radicado con el núm. 11001-03-26-000-2010-0036-00 Exp. (38924) Consejero Ponente: **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**. Actor: JAIME JARAMILLO AYALA. Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN.

## **"2. EL MERCADO Y LA NOCIÓN DE COMPETENCIA.**

El mercado es un espacio real, un escenario donde las empresas se encuentran en pugna para conquistar el favor de los consumidores hacia sus bienes o servicios, efecto para el cual implementan sus mejores estrategias.

Para estudiar la forma como funcionan los mercados, la Economía ha elaborado algunos modelos que facilitan su entendimiento:

Oscar Ibáñez Parra<sup>30</sup> expone en la siguiente forma los criterios económicos sobre la competencia:

Así, para los economistas existen dos modelos de competencia económica: la competencia perfecta o pura, y la competencia imperfecta. La primera, se

---

<sup>30</sup> Ibáñez Parra, Oscar El Modelo de Competencia Económica Practicable en el TLC entre Colombia y Estados Unidos. Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas, núm. 9, diciembre, 2005 Revista electrónica de difusión científica - Universidad Sergio Arboleda Bogotá - Colombia. <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> Reservados todos los derechos de autor Diciembre 2005

encuentra caracterizada como aquella forma de mercado en el que participan un gran número de operadores económicos, cada uno de los cuales es incapaz por sí solo de influir mediante su conducta y a través de su propia política empresarial en el proceso de formación de los precios<sup>31</sup>. En este modelo, el precio para el empresario es siempre un dato objetivo y externo, que le es suministrado por el proceso económico general; lejos de configurar el nivel de precios y calidades, el empresario tiene que adaptar su comportamiento económico a pautas que le vienen impuestas por el propio mercado, como instancia externa a su esfera de actuación.<sup>32</sup>

Para FONT GALÁN<sup>33</sup>, el esquema teórico de la competencia perfecta o pura, se configuraría por la confluencia simultánea de las siguientes condiciones:

Libertad de acceso al mercado: Toda persona que quiera emprender una actividad económica es libre de hacerlo, y los empresarios ya presentes en el sector no pueden impedirlo.

Atomismo del mercado: Tanto del lado de la oferta como de la demanda, existe en el mercado un número considerable de unidades económicas independientes entre sí.

Homogeneidad de los productos o servicios: Todos los empresarios de un mismo sector ofrecen al mercado bienes o servicios que los consumidores o usuarios juzgan homogéneos o idénticos.

Ausencia de un poder de control sobre los precios: Siendo idénticos los productos o servicios en el mercado, ningún empresario se encuentra en la posibilidad de elevar el precio por encima del común que rija en el mercado, el cual se forma siempre según el libre juego de la oferta y la demanda, y, siendo tan numerosos los empresarios ninguno de ellos puede deprimir el precio del mercado aunque doble o triplique la producción.

Transparencia del mercado: Todos los vendedores y compradores actuales o potenciales del mercado están perfectamente informados acerca de los precios y características de los bienes y de las oportunidades existentes de vender y comprar.

Movilidad de los factores de producción: Estos son totalmente transferibles y pueden ser empleados en cualquier ramo industrial.

Finalidad del máximo beneficio y utilidad: Bajo las condiciones de una competencia perfecta los empresarios buscan la finalidad de conseguir el máximo beneficio posible, y los consumidores o usuarios la máxima utilidad.

Sin embargo, aunque pueden existir mercados que se aproximen al modelo de competencia perfecta, la realidad de los mercados es la competencia imperfecta.<sup>34</sup> Bajo ésta categoría se agrupan todos los modelos alejados de los elementos caracterizadores de la competencia perfecta o pura, en especial, la situación de monopolio puro.

---

<sup>31</sup> BARRE, R. *Economía Política*, 7a ed. t. I, Barcelona, 1973, pp. 416-425.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA A.-L. "Derecho Mercantil Internacional". Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid 1995, . p. 256.

<sup>33</sup> FONT GALÁN, J. I. *Constitución Económica y derecho de la competencia*. Tecnos, Madrid, 1987.

<sup>34</sup> ROBINSON, J. *The Economics of Imperfect Competition*, London, 1934.

En todos los casos en que los oferentes pueden incidir conscientemente sobre el precio mediante la alteración de la producción u otros mecanismos, nos encontramos ante una situación de competencia imperfecta.

El Monopolio se caracteriza por ser una situación en la que hay un solo vendedor en el mercado, lo que implica el polo opuesto a la competencia perfecta.

El monopolista tiene un considerable poder sobre el precio y probablemente fijará un precio superior al que existe en competencia, tendrá una producción inferior y obtendrá utilidades superiores a las normales, mientras los consumidores se enfrentarán a precios superiores lo que genera una pérdida en el bienestar<sup>35</sup>.

El oligopolio por su parte consiste en un mercado con pocos actores, cada uno de los cuales tiene, por tanto, un porcentaje importante de participación y ello genera una interdependencia entre ellos, de manera que cada vendedor genera reacciones en sus rivales al determinar su producción y precios y por ello al tomar esas decisiones debe anticipar tales reacciones<sup>36</sup>.

Existe otra distinción que trae Maximiliano Marzetti<sup>37</sup> y es la de la competencia eficiente o practicable que expone así:

Es una especie de solución práctica, una competencia practicable en el mundo real, posible, eficiente. Se origina en una obra de John M. Clark, Workable Competition.

Admite ciertos matices. Este paradigma permite que en una economía de mercado existan monopolios legales y naturales (por ser más eficientes, e.g. servicios públicos, patentes de invención, etc.). Suele ser la teoría inspiradora o subyacente de las LDC modernas

### **3. EL MERCADO RELEVANTE.**

El mercado pertinente o relevante, a su vez, permite establecer el ámbito geográfico dentro del cual se lleva a cabo la competencia y los bienes y servicios específicos sobre los cuales recae dicha competencia. El mercado geográfico de referencia "comprende la zona en que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas"<sup>38</sup>.

La Comisión de la Comunidad Europea ha establecido que: "...el objetivo de definir el mercado tanto de producto como en su dimensión geográfica, es identificar los competidores actuales que serían capaces de contrarrestar el comportamiento de otros intervinientes en el mercado y evitar que ellos se

---

<sup>35</sup> Cfr. Ibídem

<sup>36</sup> Cfr. Tovar Mena, Teresa. "Paralelismo y Abuso de Posición de Dominio en Conjunto"  
<http://usuarios.multimania.es/mercolexdata/documentos/TTovar-DomConj.pdf>

<sup>37</sup> Marzetti Maximiliano "Clase de defensa de la competencia". Mayo 2005. Derecho Argentino de Defensa de la Competencia. Latin American and Caribbean Law and Economics Association.  
[http://works.bepress.com/maximiliano\\_marzetti/14](http://works.bepress.com/maximiliano_marzetti/14)



comporten independientemente de una presión competitiva efectiva. El concepto de mercado relevante es diferente del utilizado a menudo en otros contextos. Por ejemplo las empresas utilizan normalmente el concepto de mercado para referirse al área donde ellas venden sus productos, o para referirse más ampliamente al sector o industria a que pertenecen<sup>39,40</sup>.

En efecto, los aspectos tratados, relacionados con el mercado relevante resultan de gran importancia en las decisiones estatales que, como ocurre en el presente caso, afectan la competencia.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**  
Consejero

---

<sup>39</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of community competition law.  
[www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma_en.html)

<sup>40</sup> SALVAMENTO DE VOTO: Consejero doctor **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**. proceso radicado con el núm. 2010-0036-00 Exp. (38924) Consejero Ponente: **JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**. Actor: JAIME JARAMILLO AYALA. Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN.