

LA POSICION DOMINANTE - Elementos del mercado. Su constitución. Abuso del poder dominante

De las pruebas relacionadas la Sala observa, que tanto el informe de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, como el acto administrativo sancionatorio, no tuvieron en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado relevante, al principal competidor de INDUGA S.A., como tampoco la diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el comprador o usuario primario de dichos insumos, y el consumidor final del helado. En las pruebas antes relacionadas, se observa, contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, que el testigo JORGE JARAMILLO DOUAT y el perito ORLANDO GARCÍA VARGAS, coinciden en que un sustituto del barquillo para helado, puede ser cualquier contenedor desechable o comestible que cumpla tal función. Por otra parte, debe precisarse que el mercado de los helados es de consumo, el cual va dirigido directamente al consumidor del helado, mientras que el mercado de los conos o barquillos es de insumos industriales, por el hecho de ser instrumentos o contenedores, que junto con otros productos, como por ejemplo los vasitos plásticos, son utensilios útiles para servir el helado; lo que conlleva a sostener, que tal mercado va de empresa a empresa y no directamente al consumidor. De manera, que para la Sala, el mercado de barquillos, es dependiente como sus demás sustitutos, pero no necesario en el comportamiento del mercado de helados, "si no hay helado no hay barquillos". las pruebas aportadas evidencian que la sociedad INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A. y el señor ÁLVARO HENAO CEPEDA, no incurrieron en abuso de poder dominante, máxime si se tiene en cuenta que la Delegatura de Promoción de la Competencia, verificó que no existe tal abuso, ya que según las pruebas recogidas en el trámite administrativo, no se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta

FUENTE FORMAL: DECRETO 2153 DE 1992 - ARTICULO 45 NUMERAL 5 /
DECRETO 2153 DE 1992 - ARTICULO 50

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-24-000-2001-01029-01

Actor: INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S. A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Referencia: APELACION SENTENCIA - NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la sociedad **INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A.** y del señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, contra la sentencia de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) y denegó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1- La sociedad **INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A.** y el señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, actuando mediante apoderado presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Que se declare la nulidad de la Resolución 15653 de 10 de mayo de 2001 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se impone una sanción y se prohíbe una conducta.

2ª: Que a título de restablecimiento del derecho se declare que la sociedad actora no tuvo posición dominante y, que por lo tanto no incurrió en conductas abusivas de dicha posición dominante.

Además, que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar todos los perjuicios causados a la sociedad demandante y a su representante legal señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, así como se condene en costas y agencias en derecho a la parte demanda.

I.2. La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

Que el 13 de julio de 1999, la Superintendencia de Industria y Comercio, practicó una visita de inspección en las instalaciones de **INDUGA S.A.**, en la cual se analizaron documentos referentes al control de consumos y facturas de dicha sociedad, a partir de noviembre de 1998.

Indica que el 17 de enero de 2000, el representante legal de **INDUGA S.A.**, respondió una solicitud hecha por la Superintendencia de Industria y Comercio referente a la ejecución de su objeto social, distribución de conos para helado, competidores a nivel nacional y ventas totales de conos en la ciudad de Barranquilla.

Manifiesta que el 21 de enero de 2000, el revisor fiscal de la sociedad demandante, expidió un certificado con destino a la entidad demandada, donde se indicó, entre otros aspectos, la composición accionaria de la citada sociedad.

Que mediante Resolución 2230 de 31 de enero de 2000, la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó la apertura de investigación, con el fin de establecer si **INDUGA S.A.** y su representante legal transgredieron el numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Arguye que en el curso de la actuación administrativa, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, adujo que la empresa y su representante legal no actuaron en contravención de la citada norma, y que respecto, a la existencia de la posición de dominio, considera que sí existe, ya que la mencionada sociedad tiene la posibilidad de abastecer el mercado de conos para helado por sí sola.

Manifiesta que el Superintendente de Industria y Comercio, profirió la Resolución 15653 de 19 de mayo de 2001, sancionando.

I.3.- La parte demandante adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Que la Administración violó los artículos 6° y 29 de la Constitución Política; 45 y 50 del Decreto 2153 de 1992.

“A. Violación al Principio de legalidad de la actuación administrativa”. (artículo 6° de la Constitución Política).

Sostiene que dicho principio no se respetó, toda vez que de manera equivocada y antitécnica se determinó la existencia de una posición dominante y de una conducta abusiva de tal posición de dominio, lo cual no fue demostrada por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Afirma que la sanción impuesta a INDUGA S.A. y a su Representante Legal no se ajusta a derecho, de la cual se desprenden graves consecuencias patrimoniales.

“B. Violación al debido proceso”. (artículo 29 de la Constitución Política).

Aduce que esta garantía constitucional fue vulnerada por la Administración al expedir la Resolución sancionatoria, por cuanto, reitera, que no se demostró la existencia de una posición dominante ni una conducta abusiva de tal posición.

Sostiene que el derecho de defensa de INDUGA S.A., fue vulnerado al no tomar en cuenta la información de la compañía INDUSTRIAS DE ALIMENTOS DAFFI, como principal competidora de aquella, a pesar de que en reiteradas oportunidades se puso en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio tal condición.

Agrega que tal proceder afectó injustamente a los sancionados alterando antitécnicamente los resultados del análisis de mercado.

Destaca que el derecho de defensa fue vulnerado por las contradicciones en que incurrió la Administración, pues decide cambiar la argumentación expuesta en el informe motivado, que concluye en que los precios ofrecidos por INDUGA S.A. en la ciudad de Barranquilla corresponden a la estructura de costos de la transacción, es decir, que la conducta desplegada no constituía violación alguna del numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. Mientras que en la Resolución demandada, se daban por probados elementos que antes no se tenían como tal, fundamentándose en afirmaciones no evidenciables.

“C. Violación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.- Inexistencia de posición dominante en el mercado por parte de INDUGA S.A.”. (Violación de los artículos 45 numeral 5 y 50 del Decreto 2153 de 1992).

Explica la definición de mercado relevante que ha suministrado la doctrina y la jurisprudencia, para determinar que no existe posición dominante ni abuso de dicho poder, pues la definición del producto tal y como lo hizo la Administración, elimina de cualquier análisis otros productos que compiten con los barquillos o conos de galleta, lo cual disminuye el espectro que debe ser objeto de análisis e incrementa artificial e indebidamente la participación en el mercado de INDUGA S.A.

Precisa que la Administración no tuvo en cuenta que los barquillos y conos de galleta son complementarios del mercado de los helados, son pues contenedores de helado, tal como lo reconoce la Superintendencia; además, que tanto el barquillo como el cono de galleta son productos sustitutos, ya que la “...*primera pregunta del heladero es si el consumidor desea el helado en vasito o en cono*” (folio 210 del cuaderno 2 del Tribunal). Afirma, entonces, que el producto final es el helado, el cual determina el comportamiento de la demanda, oferta y precios del barquillo.

Manifiesta que otro problema de coherencia en que incurre la Administración, es que define la supuesta posición dominante para el producto barquillos (conos de

galleta), pero en el momento de determinar el abuso de posición dominante solo toma algunos de esos productos (el "Piccolo" y el "Chiquicono") para pronunciarse sobre la conducta.

Igualmente, la Superintendencia al considerar que el mercado geográfico debe determinarse a nivel nacional, se equivoca, ya que en realidad existen más oferentes a ese nivel y, adicionalmente, la comparación y análisis sobre el peso específico en el mercado debió hacerse a nivel zonal, en donde existen muchos agentes compitiendo al mismo tiempo con sustitutos perfectos e imperfectos.

Por otra parte, dispone la Administración en el acto acusado que las empresas competidoras se encuentran en situación tecnológica desventajosa frente a INDUGA S.A.

Al respecto, indica que justamente el agente eliminado del análisis, esto es ALIMENTOS DAFFI, cuenta con una tecnología importante a la altura de la utilizada por INDUGA S.A.

"D. Violación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.- Inexistencia de la conducta abusiva de posición dominante en el mercado por parte de Induga" (folio 228 del cuaderno 2 del Tribunal).

Arguye que la Superintendencia falló, incurriendo en falsa motivación, ya que, reitera una vez más, determinó una posición dominante en el mercado y que se abusó de tal posición, cuando realmente no existían.

Expresa que las características del mercado de Barranquilla se identifican como un mercado especial y diferenciable, ya que:

"...presenta una propia y particular estructura que debe ser considerada y respetada por los oferentes que en el participan. En Barranquilla se encuentra, por regla general, un consumidor que es el heladero informal cuyo producto final

(helado de cono) es más barato que el heladero industrial. Dado que el barquillo es un producto complementario al helado, las características, naturaleza y precio del helado influirán determinadamente en su precio. Si el helado en cono es más barato, forzosamente el barquillo debe tener un comportamiento similar si se pretende participar de dicho segmento del mercado.

Este hecho separa el mercado de Medellín del de Barranquilla toda vez que (i) en Medellín el consumidor es regla general de naturaleza industrial y en Barranquilla, en el segmento de las referencias Piccolo y Barquillo, es el heladero informal que ofrece un helado tipo crema...; y (ii) dadas las diferencias de mercado presentadas, donde en Barranquilla un cono con helado tipo informal cuesta 150 pesos, el precio del barquillo necesariamente tiene que ser inferior. De no serlo, posiblemente ningún heladero informal lo compraría ya que todo lo que aumente sus costos (el precio del barquillo) disminuirá sus ingresos y utilidades" (folio 256 del cuaderno 2 del Tribunal).

I.4- La Superintendencia de Industria y Comercio por medio de apoderado contestó la demanda, y para oponerse a las pretensiones de la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente:

Que para la posición de dominio dentro del mercado respectivo por parte de INDUGA S.A., se tuvo en cuenta diferentes factores, no solo la composición del mercado, sino dentro de estos, la perdurabilidad de la conducta, de tal manera que no le asiste razón a la demandante cuando afirma que la Administración descartó el factor temporal en su análisis.

Indica que la Superintendencia entró a determinar el mercado de producto, encontrando que los conos moldeados y los conos torneados son sustitutos imperfectos y, que por lo tanto, conforman el mismo mercado de producto. Además, que entre los conos y los vasitos, aunque ambos sirven para depositar el helado, desde el punto de vista del consumidor final de estos dos productos, es claro que unos y otros satisfacen necesidades diferentes y, por consiguiente, no se sustituyen entre sí.

Afirma que es claro, que cuando el consumidor institucional decide colocar el helado que produce en un cono obviamente está pensando en satisfacer al consumidor final, a aquel a quien le gusta el cono, es decir, el que compra el

helado no solo en consideración al helado en sí, sino también con el deseo de degustar el cono.

Aduce, respecto a la capacidad de reacción de los competidores, que la determinación del mercado fue nacional, teniendo en cuenta que INDUGA S.A., tiene presencia en las principales ciudades del país.

Que la Cámara de Comercio de Cali remitió, entre otros, el certificado de existencia y representación legal de Industria Alimenticia Daffi Ltda., del cual no se pudo determinar que se dedicara a producir y/o comercializar conos para helados. Además que las cifras relacionadas con su participación en el mercado de conos para helado, suministradas por la sociedad actora no fueron debidamente soportadas, pues la demandante ni siquiera indica la fuente de donde fueron obtenidos, ni aporta estudios que las hagan comprobables.

Agrega, que bajo la hipótesis de que la participación de DAFFI en el mercado de los conos para helado fueran ciertas y verificables, la misma refleja para 1998 el 22% y para 1999 un 24%, lo cual no altera significativamente la participación de INDUGA S.A. en dicho mercado, ni la posición de dominio de la misma, pues demuestra que con dicha participación la actora tenía la capacidad para actuar independientemente sin tener en cuenta a sus competidores, compradores y proveedores.

Respecto a la conducta abusiva de la posición dominante asumida por INDUGA S.A., numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, precisa que es necesario verificar la concurrencia de los siguientes elementos:

-Precios diferenciales:

Afirma que este elemento indicado en el numeral 4.1 de la Resolución demandada, no fue discutido por la demandante.

Intención o efecto anticompetitivo:

Arguye que en “el numeral 4.2 de la Resolución se explica ampliamente como se encontró que la conducta tenía la intención o por lo menos el de disminuir la competencia dentro del mercado, tal y como de hecho había ocurrido en otras plazas donde la investigada incursionó adoptando el mismo patrón de comportamiento, máxime cuando según se explica en el numeral 4.2.5 de la resolución demandada, Induga tomó medidas para evitar que las referencias que eran vendidas más baratas en Barranquilla, fueran llevadas para ser vendidas en Medellín” (folio 346 del cuaderno 2 del Tribunal).

-Diferencial injustificado empresarialmente:

Sostiene que quedó suficientemente demostrado que el costo de la transacción en Barranquilla era muchísimo más oneroso que en Medellín, que lleva a concluir que quien ostenta posición de dominio dentro de un determinado mercado, no puede utilizar el sistema de subsidios cruzados al cual se refiere la demandante, si con este, al establecer precios diferenciales, tiene la intención o produce el efecto de disminuir o eliminar la competencia en la plaza donde subsidian sus precios.

-Consideraciones acerca de la independencia del Superintendente de Industria y Comercio al decidir las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas.

Sobre este punto precisa que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, establece una total independencia entre quien instruye la investigación y realiza el informe motivado, de quien finalmente decide si en efecto se presentó una vulneración a las normas e impone la sanción administrativa a que haya lugar.

De manera que no le es dable a la demandante afirmar que, por cuanto el informe motivado le era favorable, la decisión ha debido serlo también.

II- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declara probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por el Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) y deniega las pretensiones de la demanda.

Respecto a la excepción propuesta por el Ministerio de Desarrollo Económico (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), el a quo concluye que la citada Entidad carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tuvo injerencia en la expedición de los actos administrativos demandados, y por cuanto la Superintendencia de Industria y Comercio es el organismo encargado de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales.

Referente a los cargos formulados por la demandante expresa lo siguiente:

Primer cargo: Violación del principio de legalidad.

Precisa que el principio de legalidad es inherente al Estado de Derecho; el cual regula el ejercicio del poder público en beneficio directo de los administrados y de la estabilidad y seguridad que debe implicar su ejercicio. Por lo tanto, con la función administrativa nace simultáneamente este principio.

Indica que en el caso sub examine la Superintendencia de Industria y Comercio actuó sujeto a lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

Anota que la conducta por la que el demandante fue sancionado estaba previamente tipificada en el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 50, que contiene la regulación acerca del abuso de la posición dominante.

Concluye, que en esas condiciones, no se encuentra violación alguna al referido principio y, que por lo tanto, este cargo no está llamado a prosperar.

Segundo cargo: Violación del debido proceso.

Fundamentándose en el artículo 29 de la Constitución Política y en la jurisprudencia y la doctrina, indica que la Superintendencia de Industria y Comercio actuó en cumplimiento del procedimiento señalado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante el cual, *“...si bien en el transcurso de la investigación debe presentarse al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción, dicha norma no señala ni asigna un carácter de obligatoriedad o vinculación respecto de tal informe, por cuanto, es este último funcionario quien, conforme las pruebas obrantes en el proceso, debe fallar el proceso administrativo y determinar si se presentó o no la infracción a las conductas cuestionadas”* (folio 128 del cuaderno 1 del Tribunal).

Concluye el a quo que a pesar de que la decisión final tomada por el Superintendente de Industria y Comercio es diferente al informe motivado que le fuere presentado, éste no constituye una violación al debido proceso, *“...ya que, el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 obliga es a que se corra traslado de tal informe”* (folio 128).

Además, sostiene que no es de recibo el otro argumento relativo a una presunta violación al debido proceso, porque en la actuación administrativa se tuvieron en cuenta los diferentes competidores en el mercado de la sociedad actora, con lo cual, se pudo establecer que dicha empresa sí ostentaba una posición dominante y que abusaba de la misma, lo que determina que, la posible exclusión de uno de sus competidores no iba a variar esa realidad. Que por lo tanto, este cargo resulta huérfano de sustento real válido.

Tercer y cuarto cargo: Violación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 por inexistencia de la posición dominante y conducta abusiva de la misma en el mercado por parte de INDUGA S.A.

Expresa que de la información obtenida en la investigación administrativa y de los testimonios recaudados, se determinó que INDUGA S.A. ostentaba una posición dominante en el mercado de los barquillos o galletas para conos de helado, por cuanto, producía con alto nivel tecnológico, distribuía y comercializaba dichos productos en varios lugares del territorio nacional, al paso que las otras empresas que ejercían la misma actividad lo hacían de una manera limitada, por ser a nivel zonal.

Agrega que a pesar de las condiciones del mercado en la ciudad de Barranquilla, no puede la actora escudar la variación de precios en uno menor, *“...en el hecho de que prevalece el mercado de heladería informal y no la industrial, porque, si las empresas que comercializaban antes de la llegada de INDUGA S.A. lo hacían manteniendo sus precios y condiciones, éstos no pueden variar por el hecho de la entrada al mercado de un nuevo competidor, en este caso, la sociedad demandante”* (folio 132 del Cuaderno del Tribunal).

Afirma que tampoco puede ampararse el demandante en una ausencia de posición dominante del mercado de barquillos, debido a que existen otras formas de presentación y comercialización del helado, pues es de público conocimiento que la variación del cono de galleta al vaso plástico, si bien genera una sustitución del producto, ésta varía esencialmente el producto, razón por la cual, no puede tenerse en cuenta cifras y condiciones de las empresas productoras o comercializadoras de vasos plásticos, toda vez que el asunto objeto de litis atañe es al producto conocido como galleta o cono para helado.

Sostiene que bajo ese contexto, al variar los precios de una ciudad a otras, está ejerciendo una conducta abusiva de la posición dominante que la sociedad actora ostentaba, ya que los precios en la ciudad de Barranquilla estaban por debajo de un cincuenta por ciento (50%) de los de la ciudad de Medellín.

Respecto a las declaraciones rendidas por el señor ÁLVARO HENAO CEPEDA, se tiene que las actuaciones por él adelantadas tienen injerencia directa en la determinación de los precios de los productos que la sociedad actora comercializa y distribuye, es decir la sanción por la suma de \$10.000.000, es legal porque autorizó, ejecutó o toleró la conducta abusiva de la posición dominante en que incurrió la sociedad INDUGA S.A.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La parte demandante finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

“I. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO (DEFINIDA EN EL ARTÍCULO 45 DEL DECRETO 2153 DE 1992”.

Que el a quo incurrió en una indebida valoración de la ley, al considerar que la posición de dominio de INDUGA S.A., había sido demostrada adecuadamente por la demandada.

Reitera que ha puesto de presente que la entidad demandada no definió ni analizó adecuadamente el mercado relevante, porque omitió del análisis al principal competidor de INDUGA S.A.; no analizó la capacidad de reacción de los demandantes y el a quo no se pronunció al respecto, definió erradamente el mercado-producto y el mercado geográfico.

Explica sobre la omisión del análisis del principal competidor, que está probado en la primera instancia que la Administración nunca analizó el principal competidor de INDUGA, cual es INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI.

Manifiesta que es inadmisibile que el a quo acepte el argumento esgrimido por la Superintendencia de Industria y Comercio en los alegatos de conclusión acerca de que del examen del certificado de existencia y representación legal se deduzca que no se pudo determinar que en concreto la empresa INDUSTRIA ALIMENTICIA DAFFI LTDA., se *“...dedicara a la acepción utilizada por el Tribunal, conforme a la*

actividad productora y/o comercializadora de conos para helados, razón por la cual no se le tuvo en cuenta como un competidor esencial para el análisis” (folio 10 del cuaderno principal), cuando existen pruebas en el expediente sobre tal competidor.

Afirma que no cabe duda que el a quo omitió analizar el competidor más importante; que el estudio efectuado en la primera instancia es frágil y se encuentra soportado en las pruebas gubernativas, omitiendo por completo las practicadas en el proceso contencioso.

Concluye, indicando que con base en los hechos probados en el proceso y no en abstracciones, es evidente que la inclusión del principal competidor en el análisis sí cambiaba los resultados del mismo, y que INDUGA S.A. no ostenta posición dominante en el mercado.

Por otra parte, señala que entre otras omisiones de la Administración y del fallo apelado, se encuentra la “**Ausencia del análisis de la capacidad de reacción de los compradores (industriales del helado) en el mercado**”.

Aduce que en el proceso se probó quienes eran los compradores en el mercado y quienes tenían capacidad de reacción, sobre lo cual el fallo recurrido no se pronunció, siendo esencial para determinar la existencia o no de la posición dominante.

Expresa que el fallo incurre en “*yerros valorativos de la ley*”, al considerar que no era necesario analizar a los demás agentes del mercado, por cuanto “(...) que, dicha investigación versaba era respecto de INDUGA S.A. (...)” (folio 16 del cuaderno principal).

Señala que la capacidad de reacción de los compradores de INDUGA quedó probada en el proceso, con el testimonio del señor Jorge Jaramillo Douat, prueba que el a quo no consideró en el fallo y, por lo cual, vulneró el principio de congruencia.

De otro lado, afirma que hubo una “**Errada Definición del Mercado Producto**”, que se origina en la inadecuada concepción de los compradores de barquillos, pues la misma Superintendencia admite que el comprador de barquillos no es el consumidor final sino el productor industrial de helados.

Indica que a partir de dicha premisa, un eventual aumento del precio por parte de INDUGA sería objeto de negociación con el productor de helados, pero nunca con el consumidor final.

Que en el evento de un aumento abusivo del precio del barquillo, los compradores siempre tienen la opción de comercializar su helado en contenedores de plástico, en barquillos de otros proveedores o en otro tipo de contenedores.

Arguye que el fallo disminuye artificialmente las opciones del industrial de helados, aumenta arbitrariamente la importancia del barquillo, y niega la inclusión de productos sustitutos en el mercado relevante.

Por otra parte, sostiene que hubo “**Indebida Definición del Mercado Geográfico**”, pues, en este caso, “*se evidencia el absurdo de determinar un mercado geográfico nacional (como lo hizo el a-quo y lo indicó la SIC), para luego contar con la prueba facilitada por el propio denunciante que indica al perito que él –en la Costa Atlántica- tiene en “la Guajira el 100% del mercado, Santa Marta en un 80%, Valledupar en un 60%, Santander un 30% y en Montería y Sincelejo un 60% al 70%.” Y a quien se le endilga una posición dominante es a mi poderdante (valga decir con porcentajes inferiores a los indicados por el denunciante en la Costa Atlántica)” (folio 20 del cuaderno principal).*

Adicionalmente expresa que si el a quo hubiera analizado las pruebas con certeza hubiera concluido de que el mercado era zonal y no nacional.

“II. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR INADECUADA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992”

Sostiene que si el a quo hubiera analizado los argumentos de la demanda y las pruebas practicadas en el proceso, habría concluido que no había lugar a la aplicación de la citada norma, dado que la posición dominante no existía.

Agrega que el simple diferencial de precios, no se constituye en un abuso de posición dominante, razón por la cual el a quo violó el debido proceso al interpretar de manera inadecuada, la susodicha norma.

III. De otro lado, señala que hubo **“VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR AUSENCIA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS Y DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS ANTE EL A-QUO”**.

Sostiene que el fallo no se ajusta a derecho por cuanto no se pronunció sobre las pruebas practicadas en el proceso y no valoró los argumentos presentados en la demanda y demás documentos procesales.

IV. Finalmente, aduce que hubo **“VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO”**.

Lo anterior, por cuanto según el recurrente, si bien se sancionó al señor **ÁLVARO HENAO**, en su calidad de persona natural, la investigación le fue notificada en calidad de representante legal de **INDUGA S.A.**, vulnerando el derecho de defensa del citado señor.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público notificada en la oportunidad procesal correspondiente, guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia radica en si la parte demandante incurrió en: i) Posición dominante (numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992), ii) Abuso de posición dominante, contenido en el numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, de acuerdo con los siguientes cargos:

"I. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LA POSICIÓN DE DOMINIO (DEFINIDA EN EL ARTÍCULO 45 DEL DECRETO 2153 DE 1992".

"II. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR INADECUADA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992".

III. "VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR AUSENCIA DE VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS Y DE LOS ARGUMENTOS PRESENTADOS ANTE EL A-QUO".

IV. "VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO".

Al respecto, el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define la posición de dominio, en los siguientes términos:

"ARTICULO 45. DEFINICIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

(...).

5. *Posición Dominante:* La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"¹.

De las definiciones dadas, se vislumbran tres elementos para que pueda constituirse la posición dominante:

- 1.- Una empresa o un grupo de empresas capaz de ocupar la posición dominante.
- 2.- Un mercado susceptible de ser dominado.
- 3.- El dominio de ese mercado.

¹A su vez el artículo 86 del Tratado de Roma, trae la siguiente acepción: "una posición de fuerza económica de la que goza una empresa, que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándole comportarse en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes y, en definitiva, de los consumidores".

Hay que tener en cuenta, respecto a la definición de mercado, sus elementos, cuales son: la naturaleza del producto o del servicio, la dimensión de la zona cubierta y la diversidad de sus clientelas.

En lo atinente a la naturaleza del producto, la doctrina indica que el mercado debe ser definido en función de la sustitución del producto o servicio por una clientela específica, con el fin de determinar si una empresa tiene el poder de comportarse en forma independiente de sus clientes y competidores, para lo cual, es importante saber qué productos o servicios, en su caso, están en competencia con los productos o servicios de la empresa que se alega que está en posición dominante. La definición del mercado relevante del producto se efectúa, en el derecho comunitario, teniendo en cuenta dos factores: sustituibilidad en la demanda y sustituibilidad en la oferta que luego son evaluados teniendo en cuenta las "*condiciones de competencia reales en el mercado*".

A su vez el numeral 5 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, invocado por la Entidad demandada en el acto administrativo acusado, define el abuso de posición dominante:

“ARTICULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...).

5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción (...).”

Ahora bien, como las partes discuten acerca del alcance de lo que debe comprender el **mercado relevante**, se trae a colación la parte pertinente del

Salvamento de Voto a la decisión adoptada en la sentencia² de 2 de marzo de 2012 proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, en la que se dice:

“Es así como el entendimiento del mercado relevante resulta de gran importancia en las decisiones estatales que, como ocurre en el presente caso, afectan la competencia en el mercado.

Como lo señala Laguna de Paz en su obra “Televisión y competencia”³ el concepto de posición dominante en el mercado, se obtiene a partir de la definición de cada uno de sus elementos así:

En primer lugar, una o más empresas⁴ se encuentran en una ‘posición dominante’ cuando no están sometidas a una competencia sustancial o efectiva⁵. La cuestión es, precisamente, saber cuando se da por su lado, una capacidad para ejercer, por si solas, una influencia notable en el mercado; y, por otro, su aptitud para determinar su actuación sin necesidad de tener excesivamente en cuenta los comportamientos de sus competidores, consumidores y proveedores (asuntos ‘Continental Can,

² Salvamento de Voto del Consejero, doctor **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**, en la sentencia de 2 de marzo de 2012, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado. Rad: 11001-03-26-000-2010-0036-00 Exp.(38924) Consejero Ponente: doctor JAIME **ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA** Actor: Jaime Jaramillo Ayala Demandado: Comisión Nacional de Televisión

³ Laguna de Paz José Carlos “Televisión y Competencia” Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

⁴ En el asunto fútbol extranjero por televisión (Resolución de 12 de septiembre de 1994), se discutió si la federación debía o no ser considerada una empresa y, en consecuencia, someterse al artículo 6LDComp. A este respecto el TDC señaló que el derecho de la competencia tiende a ampliar su ámbito de aplicación para incorporar, no solo a las empresas, sino también a los agentes económicos que participan en el mercado. Esta concepción aparece ya consagrada en el artículo 3 LCompD. En esta línea, tanto la jurisprudencia comunitaria, como las Resoluciones del TDC consideran empresa a todo operador o agente económico que actúa en el mercado, cualquiera que sea su naturaleza. Para la RFEF su condición de agente económico resulta de la ley del Deporte y se manifiesta en la explotación comercial de los derechos de retransmisión de los partidos de la selección nacional, de los campeonatos de liga y de la copa de S.M. el Rey, que lleva a cabo directamente o a través de la liga de fútbol. Nota en Laguna de Paz José Carlos “Televisión y Competencia” Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312.

⁵ Rodríguez Artigas, F.: “Sobre el abuso de posición dominante de defensa de la libre competencia”, AAVV, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Méndez, vol.1., Cívitas, Madrid, 1996. En su Resolución de 20 de junio de 1996 (asunto Televisión Burgos), el TDC recuerda que la existencia de una posición dominante presupone que la empresa sea la única oferente del producto, o bien que -aún no siéndolo-, no esté sujeta a una competencia sustancial. En el caso controvertido, no se daba dicha situación, ya que la producción, distribución e instalación de amplificadores era realizada por una pluralidad de empresas distintas de Abitel.

United Brands)⁶. De manera más analítica, pueden tomarse en consideración una serie de parámetros, que revelan, tanto la estructura de la empresa (nivel de integración vertical; potencial económico; avance tecnológico y la existencia de redes comerciales perfeccionadas)⁷, como su posición de mercado y su situación competencial (cuota de mercado, relativa y absoluta, que es el indicio más importante⁸; posibilidad de competencia potencial o de sustitución; montante, relativo y absoluto, de los beneficios de una empresa; comportamiento de la clientela).

*Indudablemente, la posición de dominio está presente cuando la empresa disfruta de una posición monopolística. En cambio, no es este ya el caso de las empresas oligopolísticas, que –al verse recíprocamente influídas– no pueden determinar unilateralmente sus comportamientos en el mercado. Cuestión distinta es que dichas empresas suscriban acuerdos colusorios, de los que resulte una posición dominante*⁹.

*De acuerdo con M.C. Boutard Labarde, y otros*¹⁰, *La posición dominante está constituida por la ausencia de una competencia efectiva sobre el mercado y el poder que, de esa manera, posee una empresa para ejercer una influencia determinante en la política de sus competidores.*

En este orden de ideas, según el mismo autor, la existencia de una posición dominante no exige la ausencia absoluta de competidores: es suficiente que

⁶ Bercovitz, A. "Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE", en García de Enterría, E., González Campos J.D., Muñoz Machado, S., Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Tomo II, Civitas, Madrid, 1986.

⁷ Rodríguez Artigas F.: "Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia" AAVV, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Méndez, vol.1., Civitas, Madrid, 1996 en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

⁸ Se ha dicho, no obstante, que una significativa cuota de mercado es condición necesaria, pero no suficiente, para definir la posición dominante, que –pese a todo– puede faltar cuando el mercado tenga una estructura peculiar, o cuando dicha posición tenga una escasa solidez. En este sentido, se afirma que la posición dominante, sobre todo, se caracteriza por entrañar una barrera a la entrada del mercado, entendiéndose por tal cualquier obstáculo –económico, administrativo o técnico– que impida o haga muy difícil la entrada de otras empresas en dicho mercado. Delli Priscolli, L: " La posizione dominante come presenza di una barriera" Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale dette Obligazioni, num. 1, 1999, pp (Negrilla fuera del texto) 226 y ss.

⁹ Bercovitz, A. "Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE", en García de Enterría, E., González Campos J.D., Muñoz Machado, S., Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Tomo II, Civitas, Madrid, 1986. Rodríguez Artigas F.: "Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia" AAVV, Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Méndez, vol.1., Civitas, Madrid, 1996, en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

¹⁰ M.C. Boutard Labarde, G. Canivet, E. Claudel, V. Michel-Amsellem, J. Vialens "L'Application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles" Droit des Affaires. París L.G.D.J., en Laguna de Paz José Carlos "Televisión y Competencia" Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000 pp. 310 a 312

esos competidores no pongan en entredicho el poder de esa empresa de influenciar notablemente las condiciones dentro de las cuales se ha de desarrollar la competencia y que ello no les permita comportarse sin tenerla en cuenta.

Consecuencia de lo anterior es, según Laguna de Paz, que la apreciación de la posición dominante de una empresa o grupo de empresas se hace necesariamente sobre el mercado, de suerte que el análisis económico a partir del cual se caracteriza tal situación parte siempre de la delimitación del mercado pertinente. Solo si está bien definido el mercado relevante, la existencia o no de una posición dominante puede caracterizarse correctamente.

(...).

El abuso de la posición dominante puede producirse (i) por prácticas que tengan por objeto o puedan tener como efecto eliminar los competidores o impedir el ingreso al mercado de un nuevo competidor; y (ii) por comportamientos que una empresa no podría adoptar sin comprometer su propio interés en un mercado concurrencial si ella no tuviera una posición dominante.

La primera, se entiende como un abuso de estructura, lo que implica el comportamiento de una empresa en posición dominante que tienen la capacidad de influir en la estructura de un mercado o afecta las condiciones de ejercicio o la intensidad de la competencia en un mercado, lo que implica en la práctica la exclusión de los competidores actuales o potenciales. La segunda se entiende como un abuso de resultados, donde la empresa parte de su poder de mercado para obtener ventajas de sus clientes o proveedores que una competencia efectiva no le habría permitido obtener. El abuso de estructura se denomina también abuso de exclusión y el abuso de resultado como abuso de comportamiento o abuso de explotación.

(...).

Añade Laguna de Paz que “Se ha dicho, no obstante, que una significativa cuota de mercado es condición necesaria, pero no suficiente, para definir la posición dominante, que –pese a todo- puede faltar cuando el mercado tenga una estructura peculiar, o cuando dicha posición tenga una escasa solidez. En este sentido, se afirma que la posición dominante, sobre todo, se caracteriza por entrañar una barrera a la entrada en el mercado, entendiéndose por tal cualquier obstáculo –económico, administrativo o técnico- que impida o haga muy difícil la entrada de otras empresas en dicho mercado”¹¹.

En Colombia, la Corte Constitucional ha señalado respecto de la posición dominante que:

Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias,

¹¹ Delli Priscolli, L. “La Posizione dominante come presenza di una barriera” Rivista de Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligación, num, 1, 1999, pp. 226 y ss. Citado en Laguna de Paz José Carlos “Televisión y Competencia” Colección Derecho de las Telecomunicaciones. Madrid, La Ley, 2000

etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado. La regulación constitucional y legal de la posición dominante de las empresas en el mercado tiene como finalidad evitar que estos sujetos, prevaleciéndose de su supremacía económica y comercial, que goza de la protección jurídica del Estado (artículo 58 de la C.P.), puedan utilizarla para eliminar a sus competidores¹².

A su vez el artículo 45, inciso 5, del Decreto 2153 de 1992, en desarrollo del texto constitucional, ha definido la posición dominante así:

Posición Dominante: la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado.

Para determinar la existencia de una posición dominante es necesario entonces hacer un análisis caso por caso en el que se tomen en cuenta las especiales características de la empresa de que se trate y el mercado en que ella opera¹³.

Sentados los presupuestos jurídicos que preceden, la Sala estima necesario analizar las pruebas allegadas al proceso, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

En el informe presentado por la SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA, que obra a folios 70 a 84, se dice, lo siguiente:

1-. Investigación adelantada por prácticas comerciales restrictivas en contra de Industria de Alimentos La Galleta S.A. Induga S.A.

“ (...).

1. Conclusiones

Con base en el acervo probatorio recaudado tanto en la etapa de averiguación preliminar como en la investigación, este Despacho encontró que la empresa Induga S.A. y su representante legal no actuaron en contravención de lo dispuesto en el número 5 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, por cuanto

¹² Sentencia C-616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³ Cfr. Derecho y Política de la Competencia en Colombia" Examen inter pares OCDE 2009

los precios de los conos para helados que distribuye la mencionada empresa en Barranquilla corresponden a la estructura de costos de la transacción.

Así mismo, Álvaro Henao Cepeda como persona natural no autorizó ni ejecutó ni toleró las conductas anticompetitivas descritas en la resolución 2230 del 31 de enero de 2000. Por tanto no se presenta transgresión a lo normado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

Atendiendo lo anterior, este Despacho recomienda terminar y archivar la presente investigación.

2. Averiguación preliminar

2.1 Inicio de la averiguación preliminar

La actuación se inició con base en la queja presentada por el representante legal de la firma D. y S. Pertuz % Compañía Sociedad en Comandita Simple, ubicada en la ciudad de Barranquilla, en la que manifestó entre otros aspectos, lo siguiente...:

- La sociedad D. y S. Pertuz % Compañía s en C.S., conocida en el mercado por el nombre de sus productos “Conos América”, tiene como actividad principal la fabricación y venta de conos para helados tipo barquillo. Ha comercializado sus productos principalmente en la Costa Atlántica.
- En Colombia hace varios años existían, los siguientes productores de conos: Conos Colombia en Medellín; Induga S.A. en Medellín; Dafi Ltda. en Cali; Conos Santander en Bucaramanga y Conos América en Barranquilla.
- Parece ser que Conos Colombia de Medellín ya no produce los conos que vende y éstos se los fabrica Induga S.A. en Medellín, empacándolos en cajas de Conos Colombia. Conos Santander de Bucaramanga también dejó de producir conos y vende los conos producidos por Induga S.A., empacados en cajas de Conos Santander.
- Induga S.A. tiene su planta de producción en Envigado y según la facturación y lista de precios que anexa correspondiente al año 1998, vende los conos para helados en Barranquilla a precios inferiores a los de Medellín así: los conos barquillo caja de 1000 unidades en Barranquilla cuestan \$11.000, en Medellín \$22.000 los conos barquillo, caja de 500 unidades en Barranquilla cuestan \$5.500, en Medellín \$12.000; los conos piccolo, caja de 500 unidades en Barranquilla a \$5.000 y en Medellín a \$11.000.

(...).

2.4 Pruebas obtenidas en averiguación preliminar

De conformidad con los número 10, del artículo 2 del decreto 2153 de 1992 se recaudaron las siguientes pruebas:

2.4.1 Documentales

- *Fotocopias de la lista (sic) de precios, de conos para helados vigente al 15 de febrero de 1998, correspondiente a Induga S.A., Medellín;...*
- *Fotocopia de la lista de precios, de conos para helados vigente al 15 de febrero de 1998, correspondiente a Conos Colombia Ltda., Medellín;...*
- *Fotocopia de la lista de precios, de conos para helados vigente a partir del 1 de marzo de 1999, correspondiente a Induga S.A., Medellín;...*
- *Fotocopia de la lista de precios, de conos para helados de la distribuidora de Conos Santander, Barranquilla. ...*

2.4.2 Testimonio

Álvaro Henao Cepeda, representante legal de Industria de Alimentos La Galleta S.A....

Una vez analizado lo recaudado, de conformidad con el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 la Delegatura para la Promoción de la Competencia consideró que existía mérito para abrir investigación por presuntas conductas de prácticas comerciales restrictivas.

3. Investigación

3.2. Pruebas practicadas

3.2.1 Documentales

- *Documentos presentados por Induga S.A., mediante escritos radicados bajo los números 99024887 del 22 de octubre de 1999 y 99024887-72-73 del 19 y 24 de enero de 2000 y 99024887-81 del 2 de marzo de 2000....*

3.2.2 Declaración de parte

Álvaro Henao Cepeda, representante legal principal de Induga S.A., por la época de los hechos...

3.2.3 Testimoniales

- *Guillermo Sanz de Santamaría, representante legal de la Campiña S.A....*
- *José William Galezo Mejía, propietario del establecimiento de comercio Conos y Galletas Dannes....*
- *Islain Pérez Oviedo, representante legal de Industrias Carlosar Ltda....*
- *Eduardo Torres López, representante legal de Conos Torresele Ltda....*
- *Nelly Ramírez Jiménez, encargada de costos variables y manejo de compras e inventario de Induga S.A....*

3.2.4 Visitas de Inspección

- *Visita de inspección a las instalaciones de la empresa Induga S.A., en Medellín, practicada el 14 de septiembre de 2000.*

- *Visita de inspección a las instalaciones de Agencia de Induga S.A., en Barranquilla, practicada el 19 de septiembre de 2000.*
- *Visita de inspección a las instalaciones de la firma D. y S. Pertuz & Compañía S. en C.S. en Barranquilla, practicada el 20 de septiembre de 2000.*

3.2.5 Oficios

- *Se ofició a las Cámaras de Comercio de Bogotá, Cali, Barranquilla, Bucaramanga, Cartagena Medellín y Neiva, para que certificaran las empresas dedicadas a la producción y/o venta de conos para helados, indicando el reporte de ventas del último año de registro.*
- *Se ofició a las empresas transportadoras Movilizadora Andina Ltda. y Transportes de Colombia S.A., Transdecol ubicadas en la ciudad de Medellín, para que allegaran la siguiente información:*
 - a. Certificación donde conste la prestación del servicio de transporte de la ciudad de Medellín a Barranquilla de conos para helados a la empresa Induga S.A., correspondiente a los años de 1999 y 2000, especificando fecha, número de factura, cantidad transportada en unidad de cajas, aclarando si es de 500 o 1000 unidades, costo por caja y valor total.*
 - b. Capacidad de los vehículos utilizados por su empresa, para los efectos mencionados en el número anterior, con indicación del número de cajas de 500 y 1000 unidades movilizadas en cada trayecto.*

3.2.6 Periciales

Se comisionó a dos funcionarios de la Delegatura para realizar un estudio sobre:

- *Capacidad instalada y utilizada de Induga S.A.;*
- *Estructura de costos unitarios totales para cada uno de los productos conos barquillo caja de 500 y 1000 unidades y conos piccolo, baja de 500 unidades;*
- *Precios de los productos en las ciudades de Medellín y Barranquilla;*
- *Utilidades alcanzadas en la venta de esos mismos productos.*

3.3. Resultado de la investigación

3.3.1 Empresa no responsable de la conducta restrictiva

Con base en el material probatorio recaudado y valorado en la etapa de investigación se estableció que no existe mérito suficiente para sancionar a la empresa Induga S.A., por inobservancia del número 5 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, por las siguientes razones:

(...).

Los factores que se analizaron para determinar la existencia de posición dominante en el mercado son:

1. *El agente económico que ocupa dicha posición*

Induga S.A. tiene como objeto social la producción y comercialización de productos alimenticios, especialmente conos, barquillos, galletas y demás derivados de la harina....

2. *El mercado relevante y geográfico del producto*

El mercado relevante determina cuáles son los bienes y servicios entre los que puede plantearse una competencia efectiva, analizando sus sustituibilidad entre los distintos productos (sic) ofrecidos en el mercado, así como el ámbito geográfico dentro del cual se ofrecen y se intercambian dichos bienes y servicios.

2.1 *Mercado del producto*

Conformado por la fabricación y venta de conos para helados, conocido como barquillo. Estos tienen diferentes formas y tamaños que se adaptan a los distintos tipos de consumidores, son productos perecederos, tienen una alta rotación y son utilizados para la presentación final de los helados tipo cono, cuyo destino es el consumidor, quien lo degusta.

(...).

En conclusión para este caso, la posición dominante quedó establecida teniendo en cuenta lo siguiente:

- El mercado relevante del producto, conos para helados moldeados no tiene sustitutos directos;*
- La cuota de mercado de Induga S.A. es muy alta, con una gran diferencia respecto de su segundo competidor. El mercado de conos para helados moldeado sin azúcar, presenta una estructura oligopólica concentrada en la empresa líder, lo que facilita acciones independientes por parte de dicha empresa, más aún cuando sus competidores no cuentan con la tecnología requerida para ampliar sus volúmenes de producción sin aumentar sus costos.*
- Existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de capacidad instalada y el alto grado de concentración del mercado.*
- Según el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, la posición de dominio se demuestra con la sola posibilidad de determinar directa o indirectamente las condiciones de un mercado, por tanto Induga S.A., con la sola posibilidad de abastecer el mercado de conos para helado por sí sola, tiene posición de dominio, al tener la facultad, el poder y la aptitud de determinar las condiciones de dicho mercado.*

b. Abuso de posición dominante

- Que venda productos en alguna parte del territorio a un precio diferente al que se ofrecen en otra parte del territorio colombiano.

(...).

Como se observa el requisito se cumple:

- Cuando la intención sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

Ante la necesidad de establecer si el precio de venta de los productos objeto de estudio en la ciudad de Barranquilla guardaban relación con la estructura de costos de la transacción, se realizó un estudio de costos por parte de esta Entidad. Cabe señalar que, para la realización del referido estudio, se tuvo en cuenta la información recaudada de la empresa Induga S.A., analizando para el efecto: facturas, listas de precios, reportes de hoja de control de consumo, estado de resultados, reporte de ventas por cliente y facturas correspondientes a los fletes.

Así mismo, se analizó la incidencia de los fletes (transporte de Medellín-Barranquilla) en el costo de transacción, con el objeto de determinar si el precio de venta en la ciudad de Barranquilla estaba o no sobre el umbral del costo de transacción. Fue así como el análisis se abordó desde tres escenarios: El primero, asumiendo el costo de transporte de Medellín a Barranquilla en un 10% sobre los costos de producción, el segundo, haciendo una distribución alícuota de los fletes en el volumen de producción. La información de volumen de producción y costos de distribución (fletes), se encuentra en los estados de resultados. En el tercer escenario, se analizaron las facturas expedidas por algunas de las empresas transportadoras contratadas por Induga en el período objeto de análisis, habiéndose obtenido un costo promedio unitario mensual de los fletes de Medellín a Barranquilla, valor que se adicionó al costo unitario de producción, para determinar el costo unitario de la transacción.

Como resultado del anterior análisis pudo verificarse, que en ninguno de los escenarios referidos en el párrafo anterior, se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta. Expresado esto en otros términos, no fue posible establecer que el precio de venta de los productos de Induga en la ciudad de Barranquilla, esté por debajo de los costos de transacción, incluyendo los fletes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se estableció que los precios en la ciudad de Barranquilla, a pesar de estar en un 50% por debajo de los precios de Medellín, no son inferiores a la estructura de costos de la transacción, incluyendo el efecto que los fletes tienen sobre los costos de los conos en las tres hipótesis planteadas.

- Cuando el efecto sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

La estructura de costos de la transacción de los conos producidos por Induga S.A., le permite manejar precios diferenciales por ciudades y por referencias, dado que la empresa investigada muestra ventajas por economía de escala, por poseer alta tecnología y una eficiente organización productiva, además de una capacidad y tamaño de producción que le permite, dado el caso, atender la demanda total y fijar precios de venta por debajo de los de la competencia, sin infringir las normas de promoción de la competencia, pues sus precios de venta están por encima de la estructura de costos de la transacción, incluido el costo de fletes, de acuerdo con el análisis realizado por este Despacho en los tres escenarios explicados anteriormente.

Como se observa el elemento no se cumple.

Representantes legales

(...).

Sobre el particular se encontró que al no existir violación del número 5 del artículo 50 del decreto 2153 de 1992, tampoco podría predicarse la trasgresión del número 16 del artículo 4 de la misma normatividad, lo que significa que el representante legal de la sociedad Induga S.A., por la época de los hechos Álvaro Henao Cepeda, no autorizó, ejecutó o toleró el comportamiento restrictivo objeto de investigación.

(...).

4. Otras consideraciones

A pesar que las empresas Conos Colombia Ltda. y Conos Santander Ltda., tienen contratos de maquila suscritos con Induga S.A., se constató que éstas sociedades no están explotando la actividad de producción de conos para helados, lo que se refleja en un mayor poder de mercado para Induga y aún cuando los precios corresponden a la estructura de costos de la transacción, existe una marcada diferencia de precios de hasta el 50% entre las ciudades de Medellín y Barranquilla, razón por la cual la Superintendencia considera necesario instruir a la empresa investigada, con base en el número 21 del artículo 2 del decreto 2153 de 1992, a fin de que en el futuro busque mecanismos que lleven a establecer precios más equitativos en las diferentes regiones del país.

En el mismo sentido y con base en el artículo 2 de la Ley 155 de 1959...la Superintendencia de Industria y Comercio vigilará el comportamiento de los precios y los costos de los conos producidos y distribuidos por Induga en las distintas regiones del país, para lo cual deberá reportar trimestralmente y durante dos años la información correspondiente, discriminada por referencias, ciudades y rubros de los costos, incluido el transporte”.

2.- No obstante lo anterior, la Resolución 15653 de 10 de mayo de 2001 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, que obra a folios 45 a 69 del

cuaderno 1 del Tribunal, mediante la cual aplicó la sanción a la sociedad actora, expuso lo siguiente:

“(…) 3.1 Mercado relevante

3.1.1 El Producto

Culturalmente es muy fuerte el hábito de consumir el helado junto con el barquillo, de modo que en las condiciones señaladas las heladerías no estarían inclinadas a dejar de comprarlos para presentar los productos de manera diferente. De la manera que lo hace Induga es alta e implica la administración de todo otro negocio. Así, es muy remoto que las heladeras prefieran integrar verticalmente ese oficio.

Se pueden diferenciar dos clases de conos: “conos moldeados”, que no contienen azúcar, son inflados con levadura y producidos en hornos con moldes, y, “conos torneados”, crocantes, dulces a partir de harina y azúcar, que se tornean estando calientes para darles forma, no contienen levadura.

…Los precios de los conos “Moldeados” son significativamente inferiores al de los “Torneados”. El precio promedio de un cono “Torneado”, el Dannés, está alrededor de \$50 a \$55; mientras que el precio del barquillo “Moldeado” de las referencias barquillo y piccolo en el mismo período fue de \$11 y \$12 respectivamente.

La sustituibilidad de los conos por otras referencias, de materias primas, precios y destinaciones similares, es un concepto generalizado en el mercado. De esta forma encontramos que la Campiña S.A. a la pregunta: “En su concepto los conos para helados de diferentes referencias y tipos son sustituidos entre sí”, contestó: “los conos tienen unas dimensiones específicas y conos de esas dimensiones sí son sustitutos e intercambiables entre las diversas marcas sin que exista una diferencia significativa. Las dimensiones de los conos son normalmente estandarizados”.

(…).

Habiendo demostrado que los dos tipos de conos son sustitutos imperfectos y que, para este caso ambos se tendrán como parte del mercado relevante, pasamos a justificar la desestimación de otras formas de presentar los helados.

Dentro de las líneas de productos de empresas heladeras, están los conos y los vasitos. Sin embargo, presentar los helados en el recipiente plástico define una línea de producto específico y diferente, en donde el recipiente no está destinado a ser ingerido, en tanto que al presentarlo en conos se está definiendo otra línea particular de producto, en el cual el recipiente (cono) forma parte de producto que el consumidor degusta.

3.1.2 La zona

La demanda de conos para helado se extiende a lo largo del territorio nacional ya que Induga los distribuye en Bogotá, Medellín, Cali, Manizales, Bucaramanga y Barranquilla. No contamos con elementos que permitan siquiera sospechar que existen oferentes o demandantes más allá de las

fronteras. En esas circunstancias se considera que el mercado geográfico debe determinarse a nivel nacional.

(...) La producción anual de Induga fue de 128 millones de conos, de los 1.320 millones que está en capacidad de producir...

Vale la pena destacar que Induga cuenta con un alto nivel tecnológico (tecnología de punta) y posee economía de escala que le permiten aumentar su producción sin incurrir en inversiones adicionales de capital. De esta forma, en el primer semestre de 1999 la investigada poseía maquinaria y equipos por un valor de \$2.286.796.265, que representaban el 88.7% de su total de activos, lo que demuestra una vez más su preferencia por activos fijos que le permitan mantener altos niveles de producción.

Induga opera a nivel nacional, no identifica contablemente sus operaciones por zonas y utiliza subsidios cruzados para promediar la rentabilidad de su operación total.

3.3 Capacidad para modificar de manera unilateral y sustancial el precio y volumen de producción

(...).

Dentro de su estrategia comercial Induga tiene como objetivo hacer presencia en las principales ciudades del país, para lo cual fija el precio de sus productos atendiendo a su nivel de posicionamiento. Esta estrategia tiene soporte en un sistema de subsidios cruzados en los márgenes de contribución, que le permiten obtener utilidades globalizadas, aunque en algunas ciudades ésta sea mínima o casi inexistente.

(...) Induga establece sus precios atendiendo no sólo a la plaza en que está incursionando sino también a un sistema de margen cruzado de comercialización, en el que las utilidades obtenidas en algunas ciudades compensan el costo de penetración en el mercado de otras, tal y como el mismo representante legal de la investigada lo reconociera al expresar: "el margen de utilidad de los conos es producto de una canasta de descuentos sumada a una canasta de productos y una canasta de las regiones da el precio final del cono, tiene variaciones hay ciudades donde unos conos de alto precio se venden más, lo cual hace que el precio promedio de venta en una ciudad sea más alto, hay otras ciudades donde el precio promedio del producto es más bajito y da un menor valor pero finalmente sumando todas las regiones tenemos un producto rentable".

(...).

De otra parte, atendiendo a que la investigada tiene presencia en las principales ciudades del país y su participación es altamente significativa como se verá más adelante, los restantes competidores una vez Induga se posiciona en una plaza deben tener en cuenta los precios que asigna esta última a sus productos, con el fin de fijar los propios y así poderse mantener en el mercado. No obstante, dados los sistemas de producción de algunos competidores... éstos no están en capacidad de equiparar sus precios a los fijados por Induga o por lo menos no sin entrar en pérdidas, lo cual se traduce necesariamente en una disminución de su clientela que posteriormente será captada por quien ofrece los precios más bajos en el mercado, que muy seguramente habrá de ser la misma Induga.

3.4 Perdurabilidad de la conducta

(...).

De acuerdo con la certificación firmada por el revisor fiscal de Induga, "En los últimos tres años, se adquirieron los siguientes establecimientos: Conos Colombia, establecimiento de comercio adquirido en agosto de 1997; Conos Nevado, establecimiento de comercio adquirido el 29 de abril de 1999; Conos Santander, se firmó un contrato de compraventa en el mes de abril de 1998, en virtud del cual Elberto Cabrales Rincón, se comprometió ceder ante la Cámara de Comercio de Bucaramanga, el nombre comercial, pero Conos Santander, todavía no ha enajenado su establecimiento de comercio. Razón por la cual se constituyó una sociedad denominada Productora de Conos Santander S.A., en la ciudad de Medellín, el 13 de octubre de 1998, según escritura pública No. 5314 de la Notaría Cuarta de Medellín, sociedad que hasta la fecha ha permanecido inactiva hasta tanto se formalice el cambio en la Cámara de Comercio de Bucaramanga".

(...).

Bajo este contexto, se observa que desde 1997 Induga ha venido aumentando en forma constante su participación en el mercado, absorbiendo a varios de sus antiguos competidores. De esta forma y atendiendo a que Induga está produciendo por debajo de su capacidad instalada, que existen barreras tecnológicas y de economía de escala, es fácil predecir que la posición en que se encuentra habrá de perdurar cuando menos por unos años más, pues sin duda el posicionamiento que detenta en el mercado entraña un efecto disuasivo para la entrada de nuevos competidores o la expansión de ya existentes.

3.5 Capacidad de reacción de los competidores

Esa posibilidad de determinar los precios unilateralmente no puede ser neutralizada por los competidores.

3.5.1 Competidores actuales

Como se indicó no existen competidores nacionales, además, los locales no pueden hacer contrapeso a Induga dada su pequeña participación en el mercado, la desigualdad tecnológica, la insuficiencia de capacidad instalada y el componente de inventarios.

3.5.1.1 Participación en el mercado

(...) La participación de Induga en este mercado es significativamente alta (56.63%), y en esa medida, está por encima de la participación de sus demás competidores domésticos, que incluso en forma conjunta sólo llegan al 43.37% del mercado, es un mercado altamente concentrado en el que concurren pocos oferentes, presentándose una situación de oligopolio en que Induga ha mantenido su liderazgo, con una diferencia respecto de su segundo competidor de casi el 43% y, respecto del quejoso, del 48%.

Adicionalmente, nótese que la participación de los demás está muy atomizada, es decir, si se miran individualmente los demás participantes del mercado no hay ninguno de la envergadura de Induga sino que, por el contrario, a partir del 2° son empresas con cuotas de mercado pequeñas o muy pequeñas.

Por consiguiente, las decisiones de mercado de la empresa investigada no pueden ser contrarrestadas por sus competidores.

3.5.1.2 Infraestructura tecnológica.

La capacidad para competir presupone condiciones de infraestructura y tecnología adecuadas. Las empresas competidoras se encuentran en situación tecnológica muy desventajosa frente a Induga, de suerte que para poder contrarrestar las acciones de esta última en el mercado, necesariamente requerirían una gran inversión para lo cual no están ni cerca de estar financieramente capacitadas.

El representante legal de Induga a la pregunta, cuál sería un posible competidor de Induga, manifestó: "Sería conos Dafi en Cali, pero figuran con otra razón social son los únicos que tienen un nivel tecnológico competitivo y maquinaria relativamente moderna, los demás es una tecnología totalmente obsoleta...". Igualmente, señaló: "...Induga es una empresa que nació de una fábrica que se llamaba helados la fuente, y nunca ha tenido por política tanto producir utilidades como producir desarrollo, entonces los niveles de inversión de Induga son muy altos y distorsionan su análisis financiero en comparación con otras compañías que tienen equipos de 50 años totalmente depreciados, si ningún soporte técnico, sin embargo, obviamente que es un negocio que ha dado utilidades para tener una estructura tan grande, también debo anotar que además de sus utilidades, recibe inversión permanente de sus inversionistas a través de muchas capitalizaciones".

(...).

En este sentido, se presenta a continuación un análisis individual y comparativo con Induga, acerca de la maquinaria y equipo con que cuentan los principales competidores, así como el porcentaje de depreciación de los mismos, para entrar a concluir si están o no en capacidad de contrarrestar las acciones que Induga adopte en un momento dado.

(...) del total de maquinaria y equipo de los productores analizados, el 94,31% le pertenece a Induga, el 1,1% a D. y S. Pertuz, el 3,41% a Conos dannés y el 1,17% a Conos Torresele.

Al analizar el porcentaje de depreciación de la maquinaria y equipo, se deduce que la maquinaria con que cuentan los competidores más representativos de Induga sería obsoleta pues como puede observarse se encuentra prácticamente depreciada, por lo mismo no están en capacidad tecnológica para contrarrestar a Induga.

(...).

Ahora bien, teniendo en cuenta los hechos objeto de la presente investigación, tendríamos que un (sic) momento determinado el llamado en primer orden para contrarrestar cualquier decisión de Induga sería el quejoso, observando así que el total de activos fijos de D. y S. Pertuz & Cía s. en C. S. comparados frente a los de Induga representa tan solo el 2.4%. Igualmente, la depreciación de la maquinaria de D. y S. Pertuz es del 94% lo que indica un atraso tecnológico considerable al paso que en Induga es del 45%, es decir que les queda más de la mitad de años de vida útil a sus activos fijos, lo que incrementa naturalmente su productividad.

La capacidad máxima instalada de D. y S. Pertuz & Cía en C. S. es de 6,24 millones de conos al mes, con dos hornos que tienen una capacidad aproximada de 5 mil conos por hora, trabajando 24 horas en cada máquina,

las cuales realizan procesos diferentes. La capacidad utilizada es de 3,64 millones de conos mensuales, trabajando 14 horas de lunes a viernes, cifra que representa el 58% de su capacidad instalada, demostrando así que su capacidad tanto real como potencial está muy por debajo de la de Induga.

3.5.1.3 Inventarios

Dentro de los elementos que en un momento determinado podrían llegar a utilizar los competidores para neutralizar las acciones de Induga están los inventarios, pues a través de ellos tendrían la capacidad de aumentar la oferta por un tiempo determinado, contrarrestando así posibles manipulaciones o alteraciones del mercado.

Como puede observarse en el siguiente cuadro, del total de inventarios disponibles tanto de productos terminados como en proceso, en un momento determinado, el 87,7% pertenece a Induga, y el restante 12,3% a las demás empresas competidoras analizadas...

Luego, también se llega a la conclusión que los principales competidores de Induga no manejan volúmenes significativos de inventarios. Por consiguiente, la deficiencia en la maquinaria de los competidores, vista en el punto anterior, no podría en un momento determinado entrar a suplirse con un manejo de inventarios, que les permitiera en el corto plazo neutralizar el accionar de la investigada mientras adquieren o amplían su nivel tecnológico.

(...).

3.5.2 Competidores potenciales

3.5.2.1 Competidores extranjeros

Los productos objeto de investigación se encuentran en el régimen de libre importación y se clasifican en la posición arancelaria 19.05.30.00.00 como barquillos. En esta posición arancelaria se clasifican también las galletas dulces con adición de colorantes, las obleas y los denominados "waffles".

(...).

Sin embargo, en el presente caso, aunada a la alta participación de Induga en el mercado, existen múltiples factores que desestimulan, disuaden o retrasan considerablemente la entrada de un competidor nacional o extranjero, tales como: los requerimientos de capital y tecnología que permitan lograr economías de escala en la producción, el hecho de encontrarse ante la situación de un fuerte posicionamiento de marca como resultado de la participación que desde tiempo atrás tiene Induga en el mercado, la existencia de un gran nivel de capacidad instalada sin utilizar, el diseño y puesta en marcha de una red de distribución, y la presencia de un mercado en su etapa de madurez, que dificulta el aumento de la demanda.

Si un productor extranjero quisiera incursionar en el mercado colombiano, tendría que enfrentar y superar adicionalmente una serie de barreras de entrada, ya que por tratarse de alimentos que estarían siendo importados, está afectado por gastos administrativos tales como la obtención del permiso sanitario por parte del Invima, requisito indispensable para la aprobación del registro de importación por parte del Ministerio de Comercio Exterior. Los gastos de transporte y seguro en el trayecto entre el país de

origen y Colombia, son mayores si se les compara con el costo interno en Colombia, motivo por el cual el importador deberá establecer cual sería la cantidad mínima a importar para generar economías de escala. Según el modo de transporte a utilizar, se deberán incluir también costos tales...

Las anteriores barreras si bien no eliminan por completo las probabilidades de importación si entrañan un considerable efecto disuasivo.

Las cifras arrojadas en el comercio intracomunitario permiten constatar empíricamente nuestra hipótesis. Para la posición arancelaria 19.05.30.00.00. Colombia ha tenido en 1999 y 2000 una balanza comercial favorable con cada uno de los países miembros, tal como se muestra en los siguientes cuadros que relacionan el valor de las importaciones y exportaciones colombianas los (sic) países miembros de la Comunidad Andina de Naciones (...).

En este orden, se advierte que el ingreso de competidores extranjeros al mercado colombiano que puedan contrarrestar las decisiones de Induga no es fácil y de hecho no se viene dando a pesar de la estrategia de precios analizada en esta resolución. Más bien, podría pensarse lo contrario, que el producto nacional quien está en mejor condición de aumentar su participación en el mercado comunitario.

3.5.2.2 Productores nacionales de bienes "similares"

Los fabricantes de obleas y galletería, aún pudiendo volverse oferentes artesanales de conos no estarían en capacidad de atender a los consumidores institucionales que requieren volúmenes significativos y condiciones técnicas de alta calidad.

Ciertamente, atendiendo a su nivel de activos, es fácil deducir que estamos frente a micro y pequeñas empresas, que muy difícilmente podrían llegar a abastecer aquellos consumidores que busquen otras alternativas. Su volumen de producción es ínfimo, y en esa medida, no es representativo en la industria.

3.6 Capacidad de reacción de los consumidores

Dadas las condiciones de los consumidores éstos no estarían en capacidad de contrarrestar una variación sustancial de las condiciones del mercado.

El consumidor de los conos fabricados es institucional, en razón a que el producto en análisis constituye un insumo para la producción de los helados tipo cono. El cono a que nos estamos refiriendo es distribuido a empresas heladeras y algunos establecimientos mercantiles, que lo usan en otros productos con el propósito de presentar y ofrecer al público, que es el consumidor final, un producto ya terminado. De ésta fórmula, tenemos que la demanda de conos es derivada, pues depende de la demanda de los productos finales (helados tipo cono).

El costo del cono oscila entre el 3.5% al 5% para los conos azucarados, y del 7% al 10% para los conos sin azúcar, del total del helado tipo cono (producto final) cuyo precio fluctúa entre \$500 y \$700, en éste sentido la demanda de este insumo es relativamente inelástica, es decir, la cantidad demandada permanece inmodificable como resultado de variaciones en el precio, dado que el costo del cono no es significativo frente al costo total del producto terminado. En efecto, cuando cambia el precio de un producto industrial, se altera muy poco el precio de los productos conexos de

consumo, y como no existe un cambio considerable en la demanda de los bienes de consumo, entonces tampoco lo habrá en la demanda del producto industrial (cono).

El mercado del producto se encuentra conformado por la fabricación y comercialización de conos para helado, conocido como barquillo. Estos tienen diferentes formas y tamaños que se adaptan a los distintos tipos de consumidores, son productos perecederos y con una alta rotación.

4 Abuso de posición dominante

(...).

4.1 Precios diferenciales

(...).

Las referencias de conos moldeados objeto de análisis son barquillos de 500 y 1000 unidades y píccolo de 500 unidades. En este caso el precio al que Induga vende dichas referencias, es sustancialmente menor en Barranquilla que en Medellín. De acuerdo a la facturación de tales productos correspondiente a 1999 y lo corrido del año 2000, Induga los vende en Barranquilla y en Medellín...

4.2 Intención o efecto anticompetitivo

4.2.1 Estructura del submercado

Para que el diferencial de precios sea una práctica abusiva es preciso que implique la intención o el efecto de disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país.

(...).

4.2.2 Evolución de precios

(...).

...para cuando Induga incursiona de manera directa en el mercado de Barranquilla, esto es en 1999, ya D. & S. Pertuz se había visto abocado a mantener sus precios ajustados a la competencia que desde atrás venía ejerciendo Induga por intermedio de sus empresas Conos Colombia y Conos Santander. Por tanto, el ingreso formal de Induga fue la prolongación de una competencia que desde antes venía realizando, pero ahora sí, de manera directa. En esta perspectiva, Induga decide penetrar directamente en el mercado de Barranquilla a través de precios inferiores a los de Pertuz...

4.2.3 Otras referencias

La razón por la cual Induga vende tan baratas esas referencias de los conos no se explica en un afán de posicionarse en un mercado extraño, ya que, como se ve en el siguiente cuadro, las demás referencias ofrecidas por Induga en Barranquilla y que no son producidas por Conos América son distribuidas en esa ciudad prácticamente a los mismos precios que tiene vigente para Medellín.

4.2.4 Patrón de comportamiento

Manifestó el quejoso que para él "...la intención de Induga es clara: tal como hizo en Bucaramanga usando las mismas tácticas, Conos Santander dejó de producir conos y ahora éste se limita a vender los que produce Induga empacadas con el nombre de Conos Santander; en Medellín Conos Colombia dejó de producir conos y los que ahora vende se los produce Induga: ahora en Barranquilla está reventando precios no para favorecer al mercado de la Costa sino para hacer lo mismo con nuestra empresa".

(...).

Lo que se ve en la estructura de "competencia" de las plazas en las que Induga ya pasó es que quedó compitiendo sola.

4.2.5 Fragmentación del mercado país

Induga ha tomado medidas para que su esquema de competir en Barranquilla sea financiado por los consumidores de las zonas en donde ya es el único proveedor, impidiendo que las 3 referencias que hemos analizado sean compradas baratas en Barranquilla y llevadas a Medellín.

Eso resulta corroborado con la comunicación del señor Jorge Iván García, comprador de conos, quien sostuvo que "El pasado jueves 27 de abril, el señor Orlando Cruz...por encargo del suscrito se dirigió a la agencia de la empresa Induga en la ciudad de Barranquilla para solicitarles que se les vendiera 200 cajas de cono para helado a los precios que tiene Induga en Barranquilla, que valga decir cuestan menos de la mitad de lo que los vende aquí en Medellín que es donde los fabrican".

"Sin embargo, siendo que el pedido de conos era para enviar a la ciudad de Medellín se les solicitó que se hiciera la factura a mi nombre. "Induga se negó a cumplir tal solicitud y después de consultar con su representante legal en Medellín le confirmaron que solo vende para Barranquilla y que no le venderían los conos para enviarlos a Medellín". (subrayado nuestro)" (folios 63 a 64 del cuaderno 2 del Tribunal).

(...).

4.3 Diferencial injustificado empresarialmente

(...).

En nuestro caso, el precio al que se vende en Barranquilla y Medellín no corresponde a la estructura de costos de la transacción. La relación costo de comercialización y precio de venta para Induga no guarda relación entre una y otra plaza, en la medida en que se está vendiendo más barato en donde resulta más onerosa la comercialización.

Induga no produce conos en Barranquilla y, por tal circunstancia, los conos que allí comercializa deben ser traídos desde Medellín. En este contexto, a Induga le resulta más costoso comercializar sus productos en la ciudad de Barranquilla que en Medellín, toda vez que se ve abocado a incurrir en un costo adicional para trasladar sus productos de Medellín a Barranquilla. De acuerdo con el estudio realizado por esta Entidad, el valor del flete para el trayecto referido representa un incremento aproximado del 10% sobre el costo unitario de comercialización.

Así las cosas la diferencia en el precio en Barranquilla no está justificada en la estructura de costos de la transacción, esto es, la relación entre el costo

que supone colocar el producto en el mercado respectivo y su precio de venta, en las distintas ciudades que se analizan.

5 Responsabilidad de la persona natural

(...).

Sobre el particular, en la declaración recibida el 2 de noviembre de 2000, Álvaro Henao Cepeda respondió a las preguntas formuladas por el Despacho de la siguiente manera:

“Pregunta 8: Podría informar a este despacho cuál es la política o directrices de ventas o de precios de venta que sigue Induga para la comercialización de sus productos? respondió: Induga tiene por competencia en distintas partes del país distintas fábricas productoras de conos y en cada plaza compite con los precios que existen en la plaza, encontrando que en algunas regiones la situación varía a través de su volumen de operaciones que permite ser altamente competitivo por la tecnología que maneja y en ningún caso vende sus productos dando pérdidas”.

“Pregunta 9: De su respuesta anterior se infiere, corrijame si no es cierto, que la empresa Induga vende sus productos a diferentes precios según la plaza en que encuentre y que para tal efecto nunca vende dando o reportando pérdidas. El despacho le pregunta, a través de qué mecanismo determina la empresa Induga que los precios de venta de sus productos no están por debajo de su estructura de costos? respondió: La primera parte sí es correcto. Respecto a la pregunta del despacho, nosotros en cada plaza tratamos de ser competitivos con nuestros productos frente a la competencia en cada plaza. A través de la forma como se vende, su promedio se confronta con los costos mes a mes”.

(...).

“Pregunta 13: Explique al despacho cómo hace Induga para saber que no está vendiendo sus productos por debajo de los costos de transacción en alguna ciudad en particular? respondió: Induga tiene una mezcla de productos grande y tiene precios promedios por ciudad que son confrontados periódicamente, con el fin de controlar que no produzcan pérdida en el precio promedio”.

(...).”

“Pregunta 16: Puede explicar al despacho cómo Induga determina el costo de las referencias barquilla (sic) por 500 y 1000 unidades y píccolo por 500 unidades desde Medellín a Barranquilla, indicando el costo unitario? respondió: Lo que ocurre es que la cuenta de transporte de distribución Induga se dividen a nivel nacional por todo el nivel de producción de la fábrica a nivel nacional, lo cual debe producir un costo promedio de transporte al nivel de la compañía”.

“Pregunta 17: Qué incidencia en términos porcentuales tiene el costo de transporte, en el costo final de producción para la ciudad de Barranquilla? respondió: Realmente no lo se, ya que nosotros hacemos la operación o analizamos la operación como un todo de la compañía y no por ciudad. Por ejemplo en la medida que aumenten las ventas en la ciudad de Medellín que no tienen transporte, el costo promedio por unidad a nivel nacional debe disminuir”.

3-. Testimonio del señor **JORGE JARAMILLO DOUAT**, del cual se transcribe a continuación, algunos apartes:

El citado testigo en su declaración indica, entre otros aspectos, que ha sido asesor en mercadeo estratégico integral de compañías multinacionales extranjeras, entre las cuales destaca a COLGATE PALMOLIVE, THE GILLETE COMPANY, ELIZABETH ARDEN INTERNACIONAL, Mc CANN ERICKSON. Respecto a los mercados de conos y helados, expresa que ha sido asesor en el área de mercadeo de HELADOS LA FUENTE S.A. y de ALIMENTOS VENTOLINI S.A.

“PREGUNTADO. Indique al Despacho cuales son los productos sustitutos del barquillo de helado. **CONTESTO.** El barquillo es para helado no de helado, no existe claridad en cuanto a que no existe un mercado de barquillos de helado. En mi opinión un sustituto del barquillo para helado puede ser y de hecho lo es cualquier contenedor higiénico o no desechable o no y comestible o no que cumpla la función básica de contener el helado bien sea para manipulación y transporte o para consumo del helado, esta definición incluye algunos que existían antes del barquillo como conchas marinas, empaques de cristal, porcelana o vidrio, cajas de cartón parafinadas, ...durante mucho tiempo el barquillo fue una forma particularmente atractiva como complemento al servir el helado pero... con el advenimiento de los plásticos una gran diversidad de productos plásticos han sido y siguen siendo utilizados como sustitutos del barquillo dependiendo de exigencias particulares de los fabricantes industriales de helados y de los entes comerciales que compran el barquillo o los sustituto (sic) de este para empacar o servir el helado al consumidor final. Esta incidencia de los plásticos como sustituto del barquillo ha tenido un crecimiento acelerado en la última década por los cambios en los hábitos de consumo y en los canales de distribución. Lo anterior se debe al crecimiento de la industria del plástico como envases y segundo a los cambios en el poder de los canales de distribución sobre la decisión de compra de los fabricantes y proveedores de helados en cuanto a los empaques de sus productos. Cada vez mas las amas de casa adquieren los helados como producto pre empacado, en su gran mayoría en sustitutos plásticos del barquillo o cono para helados tradicional (sic). Siendo el canal responsable de este cambio el de los supermercados e hipermercados de auto servicio y auto selección. **PREGUNTADO.** Cual es la relación entre el mercado del helado y el barquillo y otros contenedores de helado. **CONTESTO.** En mi concepto la diferencia es de fondo por cuanto el de los helados es un mercado de consumo y el de los contenedores, implementos para servir el helado (entre los que está el barquillo) es un mercado de insumos industriales, es decir de negocio a negocio y no de negocio a consumidor. Es obvio que la relación entre el helado y el barquillo está condicionada a las circunstancias muy particulares de modo y lugar y destinación del helado por parte del consumidor final, que debieran ser consideradas en su

respectiva dimensión y relación por el fabricante de helados en la mezcla de su línea de productos, no todos los fabricantes de helados tienen solo una línea de productos destinados a la producción en barquillos sino que manejan una amplia gama de helados empacados y suministrados en contenedores de gran variedad tanto metálicos como plásticos y de otras naturalezas. El mercado institucional de barquillos es totalmente dependiente pero no indispensable del comportamiento del mercado de helados, si no hay helado no hay barquillos. **PREGUNTADO.** En su concepto, como conocedor del mercado que es, existen explicaciones que permitan separar válidamente el barquillo con helado y volverlo un producto totalmente diferente al vasito con helado o al helado en otros contenedores. **CONTESTO.** No es un producto diferente, el producto sigue siendo helado, que pueda tener características de empaque o de los que quiera diferentes eso no cambia el producto, solo cambia un aspecto de la comercialización del producto, como por ejemplo la harina puede venir en diferentes empaques y sigue siendo harina, el empaque como tal para el consumidor final es un producto genérico de envoltura, en donde no pesa para nada la marca del empaque o el del fabricante del empaque...**PREGUNTADO.** Puede el consumidor hoy consumir helado en barquillo y mañana ese mismo consumidor consumirlo en vaso plástico. **CONTESTO.** Definitivamente sí, esa elección corresponde más a circunstancias particulares del consumidor. **PREGUNTADO.** En general cuáles son los criterios (sic) que influyen en el precio del barquillo o de otros contenedores de helado en una región geográfica determinada. **CONTESTO.** Lo primero que exista una necesidad insatisfecha por parte del comprador industrial de un tipo particular de contenedor, lo segundo es el grado de importancia o el nivel de intensidad de esa insatisfacción, después de eso entra en consideración aspectos de la relación comercial de negocio a negocio como pueden ser e (sic) precio los descuentos por volumen o financieros, el cumplimiento en el suministro la confiabilidad del proveedor y hasta la empatía que pueda haber con la compañía o encargado del trámite comercial, sobre todo en productos no individualizables (commodity). **PREGUNTADO.** Si partimos de que el producto barquillo es un producto netamente complementario al helado como lo ha manifestado es posible sostener que una empresa productora de barquillos tiene la posibilidad de determinar directamente o indirectamente las condiciones del mercado. **CONTESTO.** No. Solo si es el único proveedor del barquillo y de los demás sustitutos asequible (sic) a los clientes de ese mercado. **PREGUNTADO.** Cuales son las características generales de los compradores o consumidores institucionales del barquillo de helado en sus relaciones comerciales. **CONTESTO.** En primera instancia son solo usuarios del insumo y no consumidor del barquillo y que como negocios demandantes del producto se caracterizan por fijar las condiciones de negociación que le sean más favorable frente a la oferta de varios productores, y buscan ventajas particulares de acuerdo a la importancia que ellos como clientes puedan tener frente al proveedor sujetas a sus necesidades de diversidad de productos y extensión de línea, un fabricante puede tener una diversidad de presentaciones de un mismo producto o muchos tipos de productos en una misma línea, uno es extensión de línea y el otro diversidad de líneas de producto, lo que hace establecer condiciones particulares para cada caso. Un fabricante que se concentre en helado blando tendrá mejores condiciones favorables a él en la compra de barquillo que en la de vasitos plásticos pre empacados y viceversa. **PREGUNTADO.** Tienen estos compradores institucionales capacidad de reacción frente a un aumento del precio o a una restricción de las cantidades ofrecidas por parte de una

empresa productora de barquillos de un tamaño relativamente importante como por ejemplo INDUGA. **CONTESTO.** Por supuesto que sí, ya que no solo la tiene sino que la ejercen, la primera es buscar sustituto en otros fabricantes locales o foráneos del mismo insumo para disminuir la dependencia en ese proveedor de barquillos o eliminarla totalmente, la otra es buscar sustitutos, como plásticos y similares diferentes al barquillo suministrado por ese proveedor o algún otro. **PREGUNTADO.** En su concepto un productor de barquillos como INDUGA tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado de productos contenedores de helado. **CONTESTO.** Eso se respondió atrás, ya que solo lo puede hacer si tuviera el control de todos los sustitutos. El monopolio del mercado de los helados en (sic) muy difícil, ya que este es un mercado maduro, puede que se de una situación inusual, por ejemplo barreras arancelarias o legales para eso, pero en el juego de la libre competencia regido por la ley de demanda y oferta es muy poco probable. **PREGUNTADO.** En los años 98, 99 y 2000 considera usted que estaban presentes en el mercado presentaciones de helado en vasos desechables como el vaso económico de Cream Helado. **CONTESTO.** Se que los envases básicos para helado existen en Colombia desde los años 50 cuando comenzó el desarrollo de la industria plástica que ha crecido en detrimento de los conos no solo por el desarrollo de los sustitutos plásticos sino como ya lo dije por la influencia en el cambio de hábitos de compra del comprador-consumidor final que han tenido cada vez mas los supermercados, dinamizada desde el boom que se inició de las cadenas de supermercados. Mas o menos desde la llegada de Carrefour a Colombia. **PREGUNTADO.** En su concepto cuales son los criterios y como funciona la definición de precios de una compañía fabricante de contenedores de helado en un mercado geográfico específico al cual se está comenzando a acceder: **CONTESTO.** Acceder a un mercado establecido como nuevo proveedor implica reconocer que quienes ya están en ese mercado se adecuaron a las condiciones y exigencias de sus clientes actuales lo que implica precios establecidos calidades establecidas, condiciones de negociación establecida que si yo no estoy en capacidad de cumplir o superar será casi imposible adquirir una participación rentable de ese mercado. Como el barquillo es un producto no diferenciado perceptualmente es necesario lograr la prueba o ensayo del producto en condiciones comerciales iguales o de ventaja para el comprador en las particulares exigencias de cada cliente. La prueba se logra igualando las diferentes condiciones de la oferta ya presente en el mercado. Si se cumplen solo algunas de ellas y no las que son realmente importantes para en (sic) cliente en particular estoy destinado a fracasar en el intento. **PREGUNTADO.** En materia de precios como proceden normalmente las compañías -independientemente de su tamaño- cuando los oferentes locales, en este caso productos contenedores de helado, ofrecen un portafolio mas limitado de productos. **CONTESTO.** Bajo el entendimiento de que existe una demanda de un producto, referencia, calidad, característica, etc. no actualmente satisfecha por el proveedor actual yo descremo el mercado, es decir busco el precio mas alto que estén dispuestos a pagar los clientes por el producto que no está presente en el mercado y compito bis a bis con la oferta establecida. No puedo llegar a cobrar el producto que está en el mercado a un precio superior si no tengo una ventaja diferencial que justifique el mayor precio. **PREGUNTADO.** La SIC ha hecho un análisis de estados financieros de algunas compañías de barquillos para calcular las ventas totales de barquillos. Si se estudia un estado financiero de carácter general, sin tener otros criterios adicionales se puede llegar a conclusiones sobre uno, por ejemplo el barquillo, de los múltiples productos fabricados

por una compañía. **CONTESTO.** Es absolutamente imposible a menos de que exista un desglose producto a producto en todos los rubros del balance.

PREGUNTADO. Como se determinan usualmente los costos de una compañía cuando opera en distintas plazas. **CONTESTO.** De la misma manera que cuando se opera en una sola plaza, es decir analizando los costos fijos, los costos variables y el costo total, solo que los comportamientos de los costos inherentes a cada sitio en particular o cada cliente específico pueden tener un efecto diferente en el costo total promedio, que finalmente es el que afectó a el resultado financiero que busca la empresa. En particular aquellos costos no directos que usualmente se asignan distribuyéndolos entre todos los productos fabricados, los cuales no configuran el producto como tal, tales como transporte, comunicaciones corporativas o de imagen corporativa, gastos administrativos. Etc.

PREGUNTADO. En su concepto, resulta lógico considerar que el flete es el único determinante del costo de una transacción y que por lo tanto es el único criterio para que en una plaza el precio sea mayor que en otra. **CONTESTO.** Es totalmente ilógico, ya que la única posibilidad de que eso sea válido es si mi negocio es de fletes, en el caso de otros productos en diferentes plazas o mercados geográficos el flete hace parte de los gastos variables de la operación total y como se dijo anteriormente se hace por alícuotas que hagan competitivo el producto en cada una de esas plazas, so pena de que un fabricante tenga que estar en donde están sus clientes, lo cual es una desventaja injusta, es decir que tenga que montar una planta en cada parte donde quiera competir. **PREGUNTADO.** Puede concluirse que cuando hay un flete entre una plaza y otra el precio del producto de la plaza que implica el flete tiene que ser necesariamente mayor y por tanto, que no lo sea, se encuentra injustificado empresarialmente. **CONTESTO.** Desde el punto de vista del sentir común de la gente parecería lógico que si lo fuera, desde el punto de vista empresarial, comercial y de mercadeo no lo es tanto, porque mi negocio no es solo es de ese sitio distante, porque puede suceder el caso que en el lugar donde tengo la empresa el consumo sea inferior en número de clientes, volumen y precio que el que me genera un sitio distante, el negocio es vender en todos los sitios donde lo pueda hacer. Las variables que inciden en el mercadeo son los entornos macros y micros que se dan con características particulares, casi únicas en cada plaza, esos entornos son el socioeconómico que incluye la competencia, el cultural, el político legal, ambiental y otros. Son situaciones distintas en cada sitio.... **PREGUNTADO.** Cual considera que es el efecto sobre una medición de participaciones de mercado en el evento en que se excluya del análisis al segundo competidor mas importante. **CONTESTO.** Es muy importante tener en cuenta todos los componentes activos del mercado, si se entra a un mercado y se ignora a un competidor se corre un riesgo grande que es establecer una dimensión falsa del tamaño del mercado y de sus actores. **PREGUNTADO.** Cual sería la conducta desplegada usualmente por un competidor con capacidad instalada sin usar, si su mayor competidor oferente de barquillos decide disminuir su oferta. **CONTESTO.** La decisión inmediata sería aprovechar mi capacidad no instalada para suplir la demanda que el ha restringido. Sobre todo porque la capacidad instalada no utilizada es un lucro cesante que con solo recuperar la rentabilidad del capital tengo una ganancia, sin necesidad de vender a menos precio. **PREGUNTADO.** Puede aseguraras (sic) de que la demanda de barquillos y la de helados es una "demanda rígida en términos de que se orienta a retener la clientela que ya se tiene en lugar de orientarse a la potencial". **CONTESTO.** Para mi no entiendo el término de demanda rígida especialmente en productos de consumo máxime cuando la demanda por

barquillos es dependiente pero no indispensable de la demanda de helados, lo que está siendo rígido o inflexible es la estrategia utilizada por quien esté adoptando esta actitud...” (folios 430 a 437 del cuaderno del Tribunal).

4-. Informe del peritazgo realizado por el señor **GERMÁN OSWALDO CASTRO CUESTA**, que obra a folios 477 a 526:

“(...).

INSPECCIÓN REALIZADA EN CALI
CONOS Y CUCURUCHOS PARA HELADO

(...).

INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFI LTDA. ...Produce cono para helado en las referencias Barquillo y Piccolo. Se considera mercado industrial...

NIVEL INFORMATIVO:

...3. Nombre del producto y referencias que fabrica. Respuesta. Petty cono (Piccolo), Picullin (danes), Vaso, Minivaso y otros varios (barquillo popular, barquillo doble, suizo)

4. Fabrica los productos Barquillo y Piccolo? Respuesta. Sí. Aquí se produce el pettycono que es el mismo Piccolo de Induga, y el Picullin que es el mismo danés de Induga. Barquillo de 55 milímetros. No produce cono o cucurucho crocante.

5. En caso afirmativo cuál es la participación de estos productos en el total de su producción. Respuesta. Pettycono es el 45% del total de la venta. Picullín oscila entre el 20% y el 25%, Vaso entre el 15% y el 25%, minivaso el 15% y sumados los otros varios (barquillo popular, barquillo doble, suizo) hacen el 41.6% del total de las ventas...

NIVEL DE PRODUCCIÓN PARA EL PERÍODO 1998, 1999, 2000, Enero a Junio de 2001:

8. Cuál era su capacidad instalada y las marcas y referencias de su maquinaria de producción. Respuesta.- Tiene cinco (5) máquinas italianas de 21 moldes, 6 cavidades y un tiempo de cocción de una vuelta cada 1.2 minutos. $5*21*6*60/1.2*24*30*0.9 = 20.412.000$ unidades que puede llegar a producir en un mes, teniendo tiempo para hacerle mantenimiento a las mismas, es decir, con una Holgura del 10%.

9. Cuántos hornos. Respuesta.- Cinco (5) hornos.

10. Cuántos moldes. Respuesta.- Veintiún (21) moldes.

11. Cuál era la producción mensual. Respuesta.- No tiene un dato exacto...

(...).

INFORME DE VENTAS Y MERCADEO PARA EL PERÍODO 1998, 1999, 2000, Enero a Junio de 2.001:

19. Cuáles fueron sus ventas para este período. Respuesta.- Ventas netas año 1998 fueron de \$679.184.000. Ventas netas año 1999 fueron de \$1.050.826.000. Ventas netas año 2000 fueron \$1.050.544.000; Vnetas netas año 2001 fueron de \$1.135.211. Estimadas las ventas netas de Enero a Mayo de 2001 sobre el valor anterior es de \$473.004.583.

(...) 21. Cuál era su radio de operación nacional, regional o local. Respuesta. Opera en la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Viejo Caldas.

22. Cuál era su participación en el mercado a nivel local, regional o nacional. Respuesta.- No se tienen estadísticas.

(...) 26. Tiene conocimiento de competidores en su zona de operación. Respuesta.- Conoce a Induga y Conos América como competidores industriales de gran tamaño; los demás no los considera competencia pues son mercado artesanal.

(...) **TECNOLOGÍA DE PRODUCCIÓN:** Se pudo verificar que su tecnología de producción es industrial y muy eficiente.

(...).

INSPECCIÓN REALIZADA EN BARRANQUILLA

CONOS Y CUCURUCHOS PARA HELADO

(...).

CONOS AMÉRICA... Es un producto fabricado y comercializado por D. y S. Pertuz Cía. Fábrica establecida hace más de 40 años. El señor Fernando Pertuz contestó el siguiente cuestionario:

(...) 3. Nombre del producto y referencias que fabrica. Respuesta.- Más conocida por sus productos "CONOS AMÉRICA". Referencias como Barquillo, Piccolo.

4. Fabrica los productos Barquillo y Piccolo? Respuesta.- Sí...

5. En caso afirmativo cuál es la participación de estos productos en el total de su producción. Rspuesta.- 50% y 50%.

NIVEL DE PRODUCCIÓN PARA EL PERÍODO 1998, 1999, 2000, Enero a Junio de 2001:

8. Cuál es su capacidad instalada y las marcas y referencias de su maquinaria de producción. Respuesta.- Tiene dos (2) máquinas automáticas americanas de 36 moldes, 3 cavidades y un tiempo de cocción de una vuelta cada 1.2 minutos. $2*36*3*60/1.2*24*30*0.9 = 6.998.400$ unidades que puede llegar a producir en un mes...

(...) 12. Cuál era la producción mensual. Respuesta.- 4800 cajas de 1000 unidades cada una...

(...) **INFORME DE VENTAS Y MERCADEO PARA EL PERÍODO 1998, 1999, 2000, Enero a Junio de 2001:**

(...) 20. Cuáles fueron sus ventas para este período. Respuesta.- Ventas netas año 1.998 fueron \$209.297.000. Ventas netas año 1.999 fueron de \$324.386.000. Ventas netas año 2.000 fueron de \$308.649.000; Ventas netas año 2.001 fueron de \$363.389.000. Estimadas las ventas de Enero a Mayo de 2.001 sobre el valor anterior es de \$151.412.083.

(...) 22. Cuál era su radio de operación, nacional, regional o local. Respuesta.- Opera en la Costa Atlántica, Valle del Cauca y Viejo Caldas.

23. Cuál era su participación en el mercado a nivel local, regional o nacional. Respuesta.- Se vende de la Guajira a Sucre más Medellín y Valledupar.

(...) 27. Tiene conocimiento de competidores en su zona de operación. Respuesta.- Reconoce como competidores a Induga e Industrias Dafi como competidores industriales de gran tamaño; los demás no los considera competencia pues son mercado artesanal. Comenta que él solo puede suplir el mercado de la costa.

INFORME GENERAL:

(...) 29. Está en capacidad de definir el tamaño del mercado de los productos Barquillo y Piccolo y su participación en su zona de operación. Respuesta.- Comenta que el estima vender en la Guajira el 100% del mercado, Santamarta (sic) en un 80%, Valledupar en un 60%, Santander un 30 % y en Montería y Sincelejo un 60% al 70%.

30. Como comentario general dice que el pilinero es vendedor de calle que busca un cono que le quepa poco helado para vender más, un cono que sea resistente, que no tenga azúcar y que el precio del cono sea bajo...

TECNOLOGÍA DE PRODUCCIÓN: Se pudo verificar que su tecnología de producción es industrial.

INSPECCIÓN REALIZADA EN MEDELLÍN

CONOS Y CUCURUCHOS PARA HELADO

INDUGA S.A. Sociedad constituida en Agosto de 1.986 CUYO OBJETO ES LA producción y comercialización de productos alimenticios, especialmente conos, barquillos, galletas y demás derivados de la harina... Produce en el momento 12 referencias diferentes de cono para helado en 10 hornos con 270 moldes disponibles, de los cuales, solo se pueden montar 90 para producción; cada máquina se demora 1,3 minutos por vuelta en sacar el cono terminado. De los 10 hornos enunciados; para CONOS MOLDEADOS hay nueve (9) de los cuales tiene 2 hornos de 12 moldes, 2 hornos de 18 moldes, **3 hornos de 24 moldes** y

2 hornos de 36 moldes. Para CONOS TORNEADOS tiene un solo horno con 48 moldes....

INDUGA posee 270 moldes para trabajar en los 9 hornos de CONO MOLDEADO; y cada molde tiene diferente número de cavidades.

(...).

Lo anterior sería válido si INDUGA tuviera 12 hornos, es decir 1 horno por cada referencia. Los 270 moldes anteriores están disponibles para montarlos de acuerdo con los pedidos en los 9 hornos para CONO MOLDEADO en un momento determinado. Pero por capacidad de los mismos hornos solo se pueden montar para producción 204 moldes...

LO ANTERIOR quiere decir que INDUGA tiene una capacidad instalada en 12 referencias de conos de 462.967.488 unidades al año de CONO MOLDEADO y 21.533.538 de unidades al año para CONO TORNEADO O ENROLLADO.

(...).

CONCLUSIONES CAPACIDAD INSTALADA

1. De acuerdo con el análisis llevado a cabo durante el peritazgo se puede observar que la Capacidad instalada de las empresas de producción industrial se mantiene constante durante el período analizado, no hay inversión en Maquinaria y Equipo; y año tras año llegan nuevos competidores al mercado, en su gran mayoría artesanales, que van legalizando su operación, disminuyendo la participación de la capacidad instalada de las empresas de producción industrial en la capacidad instalada total del mercado.

2. El fenómeno anterior se explica igualmente porque el mercado artesanal empezó a legalizar su situación, es decir a inscribirse en Cámara de Comercio, en la DIAN, permitiendo un mayor acceso a sus cifras de participación en el mercado, el cual año tras año va en crecimiento, como se puede apreciar en el peritazgo de la cuantificación de mercado de conos y vasos plásticos en Colombia.

3. INDUGA de Medellín en 1998 tenía el 55.33% del total de la Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 52.54% de Capacidad Instalada en 1999; el 51.43% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 50.68%.

4. INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFI en Cali en 1998 tenía el 29.27% de Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 27.80% de Capacidad Instalada en 1999; el 27.21% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 26.81%.

5. CONOS AMÉRICA de propiedad de D & PERTUZ en Barranquilla en 1.998 tenía el 10.04% de Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 9.53% de Capacidad Instalada en 1.999; el 9.33% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 26.81%.

6. Los demás fabricantes de Conos para Helado en Colombia en 1.998 tenían el 5.36% de Capacidad Instalada; el 10.13% de Capacidad Instalada en 1.999; el 12.03% de Capacidad en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenían el 13.32%”.

5-. Dictamen pericial del 14 de mayo de 2004, el cual obra a folios 439 a 476, rendido por el señor **ORLANDO GARCÍA VARGAS**:

“Primer escenario.- Cálculo del mercado de conos y vasos como complementario al mercado de helado

Para este escenario, se establecerá el tamaño real del mercado involucrando los diferentes agentes económicos dedicados a la fabricación de productos contenedores de helado (Conos para helado, Vasos plásticos y Conos importados), tomando como base principal el mercado del helado ya que éste es el que viene a determinar la cantidad de producción que adquiere del total del mercado.

Basado en el informe dado por la revista Industria Alimentaria de Diciembre de 1999, donde se manifiesta que el consumo de helado en Colombia per cápita es de 0.65 Kg. Al año... Y si se tiene en cuenta el Overrum que es el aire que se utiliza para dar la consistencia al helado congelado el cual en promedio es del 50%, se deduce que el consumo per cápita de helado es de 0.975 litros por año ($0.65 \times 1.50 = 0.975$).

(...).

DESARROLLO DEL PRIMER ESCENARIO

Analizado el mercado de Conos y vasos plásticos para helado se encontró que este es un mercado complementario a un producto final denominado Helado, el cual es el que viene a utilizar toda la producción de Conos para helado, Vasos plásticos para helado y barquillos importados, ya que debe entenderse que dichos productos son complementarios a otro mercado y no son por sí mismos un producto final.

Dentro del mercado productor de Conos para helado, Vasos plásticos para helado y barquillos importados se identifican claramente las empresas y personas dedicadas a la fabricación de estos productos, sus niveles de ventas y la participación de cada una de ellas dentro del mercado nacional del helado.

Con base en las visitas e inspecciones oculares realizadas encontramos las siguientes estructuras empresariales y personales de esta actividad.

1. EMPRESAS FORMALES:

*Son empresas que por su estructura económica tanto física como de costos, están en capacidad de competir y proveer un mercado geográficamente amplio, están legalmente constituidas y registradas en Cámaras de Comercio, llevan una contabilidad organizada, y cumplen con sus obligaciones comerciales, laborales y de impuestos. Su fabricación es **CONO MOLDEADO**.*

2. EMPRESAS INFORMALES O ARTESANALES:

Son aquellas que su capacidad instalada no está dada para un mercado grande, operan en una zona geográfica limitada pero cumplen con obligaciones comerciales, laborales y de impuestos. Su fabricación es **CONO TORNEADO**.

Dentro de esta categoría también se encuentran las personas cuya producción se puede llamar de "**Pan coger**". Aunque participan del mercado no llevan una contabilidad, no son organizados en su actividad empresarial, ni es claro que cumplan con sus obligaciones tributarias, el pago de servicios y lo que ingresa es gastado inmediatamente.

3. EMPRESAS FABRICANTES DE VASO PLÁSTICO PARA HELADO:

Pese a la amplia lista de fábricas de plásticos con que se contaba para visitar y analizar su producción, la gran mayoría no fabricaba este tipo de producto y casi todas llegaban a una misma conclusión: Existen empresas grandes productoras de Vaso plástico para helado, Multidimensionales en Bogotá, Plasdecol en Medellín y Visipack en Sevilla (Valle).

Plasdecol y Multidimensionales entregaron la información relativa a sus ventas de vasos plásticos para helado, los cuales califican como sustitutos de los conos.

Debe anotarse que en el caso del vaso plástico sucede que la destinación final del producto se la da el consumidor, así puede suceder que un vaso plástico que no está hecho para contener helado, termine conteniéndolo y viceversa, un vaso hecho para tal fin, no sea utilizado para contener helado.

4. CONOS Y BARQUILLOS IMPORTADOS:

Hace relación a la posición arancelaria 1905300000 "Galletas dulces (Cn adic edulcorante), barquillos y obleas industriales", y se analiza en el período de 1998 a Junio de 2001, el nivel de importación de dicho producto a Colombia y la posición de este dentro del mercado nacional. Como ya se mencionó la información relativa a dichas importaciones fue directamente conseguida en el Ministerio de Comercio exterior.

Para el análisis se toman las ventas netas* y el precio promedio... para el período Diciembre de 1998 a Junio de 2001, realizadas por **CONOS AMÉRICA, CONOS DAFI, INDUGA S.A., CARLOSAR**, empresas descritas como **FORMALES** y cuyo tipo de fabricación es **CONO MOLDEADO PARA HELADO**.

Dentro de esta categoría también están **CONOS DANES, SERBEL, CONOS TORRES Y CONOS HUILA**, empresas que no dieron ninguna clase de colaboración y que para este análisis las incluiré en la categoría de otros.

COMPOSICIÓN DEL MERCADO DEL HELADO

...el consumo per cápita de helados es de 0.975 litros al año, al tomar las tablas de **INDICADORES DEMOGRÁFICOS DEL DANE**, para el período 1998 a 2001..., encontramos que la población promedio en Colombia para el año 1998 era de 40.826.815 habitantes, para el año 1999 era de 41.589.018 habitantes, para el año 2000 era de 42.321.386 habitantes y para el año 2001 era de 43.070.703 habitantes. Estas cifras permiten calcular los litros per cápita consumidos en Colombia.

Dichos litros se consumen en porciones que podrían ser consumidas utilizando como contenedores, los conos, los vasos plásticos, los platos (si se trata de consumo casero o de restaurante por ejemplo). Según la experiencia de varios heladeros, dicen que de 1 litro de helado se pueden obtener 10 porciones, para nuestro caso diremos que de 0.975 litro de helado, obtenemos 9.75 porciones de helado congelado.

MERCADO DEL HELADO

Período Diciembre de 1998 a Diciembre de 2001

(...).

De este primer ejercicio se deduce que partiendo el supuesto de una porción de helado por cono o por vaso plástico, el **tamaño máximo del mercado de conos y vasos plásticos**, es decir el número máximo de unidades que se vende en dicho mercado es de aproximadamente 388 millones para el año 1998, de 395 millones para el año 1999, de 402 millones para el año 2000 y de aproximadamente 409 millones para el 2001.

Asumiendo, para efectos de este ejercicio que la totalidad del helado se consume en conos o en vasos plásticos y excluyendo del análisis otro tipo de contenedores... procedemos a calcular la participación en el mercado de empresas fabricantes de conos y vasos plásticos...

PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO DE EMPRESAS FABRICANTES DE CONO PARA HELADO

Período Diciembre de 1998 a Junio de 2001 (Ventas Netas)**

AÑO	AMÉRICA	DAFI	INDUGA	CARLO SA	CODES
1998	\$209.297.000	\$679.184.000	\$2.283.747.000	\$---	\$49.720.000
1999	324.386.300	1.050.826.000	2.216.645.000	133.239.000	\$84.876.000
2000	308.649.400	1.050.544.000	3.491.101.000	181.750.000	108.213.000
Jun-01	151.412.083	473.004.583	1.045.791.250	58.518.000	46.744.583

*Fuente DANE. Colombia, Proyecciones anuales de población por sexo y edad 1985-2015 Estudios censales #4

**Ventas Netas= Ventas brutas – Descuentos – Devoluciones

Partiendo de que el tamaño del mercado ya está determinado arriba, deben determinarse las unidades ofrecidas por cada empresa en el mercado. Para tal efecto procedo a identificar su precio promedio unitario.

PRECIO PROMEDIO DE EMPRESAS FABRICANTES DE CONOS PARA HELADO

Período Diciembre de 1998 a Junio de 2001

AÑO	AMÉRICA	DAFI	INDUGA	CARLOSAR	CODES
1998	\$7,86	\$16,90	\$15,20	\$---	\$79,53
1999	\$9,76	\$20,47	\$17,57	\$20,47	\$98,18
2000	\$10,84	22,90	19,66	22,90	\$107,73
2001	\$9,37	19,90	20,42	19,90	95,42

**PARTICIPACIÓN EN EL MERCADO Y PRECIO PROMEDIO DE EMPRESAS
FABRICANTES DE VASO PLÁSTICO PARA HELADO**

Período Diciembre de 1998 a Junio de 2001

AÑO	VENTAS	PRECIO PROMEDIO
1998	\$634.583.333	\$35,14
1999	\$590.971.093	\$22,80
2000	\$773.433.598	\$27,54
Jun-01	\$687.658.438	\$41,50

Los precios anteriores se calcularon, en general, sobre listas de precios, las cuales suelen ser el precio máximo al cual se vende el producto. No obstante, puede haber precios inferiores a los que figuran en la lista de precios, por ejemplo, por la presencia de descuentos.

Obtenidas las ventas totales y los precios unitarios, pueden obtenerse las unidades anuales vendidas por las compañías en el mercado.

UNIDADES ANUALES VENDIDAS

Período Diciembre de 1998 a Junio de 2001

AÑO	AMÉRICA	DAFI	INDUGA
1998	26.638.000,00	40.188.402,37	150.246.513,16
1999	33.232.000,00	51.334.929,16	126.160.785,43
2000	28.480.000,00	45.875.283,84	177.573.804,68
Jun-01	16.161.000,00	23.769.074,52	68.843.841,82

CARLOSAR	CODES	VASOS PLÁSTICOS	HELADOS CONGELADOS
0	625.172,89	18.061.245,62	388.109.910,09
6.509.554,00	864.493,79	25.921.042,97	395.355.602,36

7.935.237,00	1.004.483,43	28.083.688,82	402.317.675,66
	489.882,45	16.569.993,26	409.440.870,39

Partiendo del cálculo del tamaño del mercado del helado, que es aquel del cual dependen las ventas de conos y vasos plásticos, se encuentran las siguientes participaciones de mercado de las empresas que producen conos y vaso plástico para helado.

PARTICIPACIÓN DEL MERCADO DE HELADO CONGELADO DE EMPRESAS PRODUCTORAS DE CONO PARA HELADO, VASO PLÁSTICO PARA HELADO

Período Diciembre de 1998 a Junio de 2001

AÑO	AMÉRICA	DAFI	INDUGA	CARLOSAR	CODES
1998	6,86%	10,35%	38,71%	0,00%	0,16%
1999	8,41%	12,98%	31,91%	1,65%	0,22%
2000	7,08%	11,40%	44,14%	1,97%	0,25%
2001	3,95%	5,81%	16,81%	0,72%	0,12%

VASO PLÁSTICO	OTROS	HELADO CONGELADO
4,65%	39,25%	100,00%
6,56%	38,28%	100,00%
6,98%	28,18%	100,00%
4,05%	68,55%	100,00%

En la categoría de otros, clasifico a las empresas y personas cuyas mediciones son todavía más complejas, ya sea porque las empresas que entran dentro de dicho grupo no prestaron colaboración al presente análisis o no tienen la forma de mostrar sus ventas, pero que se sabe que todas y cada una de estas categorías existen y están y han participado activamente del mercado. Igualmente allí figuran los conos importados que por contar con información de una partida total y no desglosada por producto, no es claro si las cifras que allí figuran corresponden en su totalidad a conos o si por el contrario allí figuran otros productos (y en ese caso, qué proporción corresponde a los conos). Igual cosa sucede con Visipack, empresa de la cual solo contamos con la información de ventas que consta en la renovación de matrícula mercantil de la Cámara de Comercio de Cali.

Con valores porcentuales promedio obtenidos de esta valoración encuentro que para el año 1998, INDUGA S.A., tiene un 38,71% de participación en el mercado del helado congelado, para el año 1999 cuenta con un 31,91%, para el año 2000 pasa a un 44,14% y para Junio de 2001 contaba con un 16,81%.

INDUGA S.A., está seguida en importancia de participación en el mercado por DAFI, CONOS AMÉRICA, CARLOS AR, VASOS PLÁSTICOS Y CODES.

(...) El comportamiento de estas participaciones en el mercado se integra clara y directamente con el peritaje rendido de **CAPACIDAD INSTALADA**. Pero puedo decir que al haber visitado cada una de las fábricas, observé que las fábricas con mayor capacidad instalada son **INDUGA S.A.**, seguida de CONOS DAFI, y CONOS AMÉRICA. Las anteriores tres (3) empresas sus procesos (sic) de fabricación son automatizados, mientras que CARLOSAR Y SERBEL, sus procesos de fabricación son manuales.

...CONOS DANES no prestó ningún tipo de colaboración. No obstante queremos llamar su atención sobre el crecimiento en ventas que tanto en el período analizado como el registrado a la fecha, el establecimiento de comercio denominado CONOS DANES, cuyo representante legal es el señor JOSÉ WILLIAN GALEZO MEJÍA, viene presentando de manera vertiginosa y muy superior a la empresa Conos América desplazándola del tercer lugar de importancia en volumen de ventas e ingresos...

En esta misma clasificación se encuentra la empresa Conos Huila, ubicada en la ciudad de Neiva a la cual se visitó pero su representante legal Sra. ANA CRISTINA SALAMANCA, no permitió acceder a ningún tipo de información y no colaboró de ninguna manera... Se hace mención de esta empresa en atención a que ha hecho parte del mercado y participa activamente de él, en el período relacionado y hasta la fecha, lo cual es corroborable por la Cámara de Comercio de Neiva (Huila) donde figura registrada.

(...) CONOS Y BARQUILLOS IMPORTADOS:

Para el análisis, se toman la información suministrada por el MINCOMEX en la que constan los niveles de importación legal y sus precios de esta posición arancelaria, los cuales están expresados en dólares y para convertirlos a pesos colombianos se tomó la Tasa Representativa del Mercado (Promedio mensual), para este período de tiempo y dadas por el Banco de la República, en el período 1998 a Junio de 2001. Es de anotar que dicha posición arancelaria es tomada como un gran total y por su tamaño es completamente imposible desgregar y reducir a una sola categoría, pero sí es importante tener en cuenta que existe esta categoría y que tiene gran participación dentro del mercado nacional, tal y como se deduce de las estadísticas de importación de Mincomex...

DESARROLLO DEL SEGUNDO ESCENARIO

A continuación se desarrolla el segundo escenario... consistente en calcular el mercado con base en las cifras de ventas de los agentes económicos que se pudieron analizar sin tener en cuenta la dependencia que del mercado del helado tienen los conos y vasos plásticos utilizados para contenerlo.

A continuación se presentan las cifras de ventas netas... de las distintas empresas que participan del mercado de conos y vasos plásticos para helado incluyendo las importaciones que igualmente forman parte del mercado.

MERCADO DE CONOS Y VASOS PLÁSTICOS PARA HELADO

(Período de 1998 – Junio 2001. Valores absolutos)

EMPRESAS	1998	1999	2000	2001
AMÉRICA	\$209.297.000	\$324.386.300	\$308.649.400	\$151.412.083

DAFI	679.184.000	1.050.826.000	1.050.544.000	473.004.583
INDUGA	2.283.747.000	2.216.645.000	3.491.101.000	1.405.791.250
CARLOS AR	-----	132.960.000	180.672.000	58.518.000
DANES	143.195.000	275.841.000	566.663.000	359.664.583
SERBEL	255.892.000	272.271.000	258.162.000	103.997.083
TORRES	69.394.000	86.667.600	105.888.000	-----
EL CROCANTE	-----	-----	60.140.000	60.710.000
PEREIRA	500.000	5.400.000	-----	-----
CODES	49.720.000	84.876.000	108.213.000	46.744.583
MULTIDIMENSIONALES	552.773.053	321.351.472	292.985.556	308.272.932
PLASDECOL	81.810.280	269.619.621	480.448.042	379.385.506
VISIPACK	69.046.185.000	68.892.654	-----	100.236.207.000
IMPORTADOS	44.021.746.605	52.732.299.499	92.500.785.815	34.345.484.130
TOTAL	117.393.443.938	126.665.797.492	99.404.251.813	137.929.191.733

Nótese que el presente cuadro incluye los conos importados que por contar con información de una partida total y no desglosada por producto, no es claro si las cifras que allí figuran corresponden en su totalidad a conos o si por el contrario allí figuran otros productos...

Igual circunstancia se presenta con Visipack, Conos Danés, Torresele, Conos Pereira y Conos Serbel empresas de las cuales solo contamos con la información de ventas que figura en la renovación de matrícula mercantil de las respectivas Cámaras de Comercio.

Las anteriores cifras permiten calcular las participaciones porcentuales de cada empresa en el mercado de conos y vasos plásticos, los cuales se presentan a continuación:

MERCADO DE CONOS Y VASOS PLÁSTICOS PARA HELADOS

(Período 1998 – Junio 2001. Valores Porcentuales)

EMPRESAS	1998	1999	2000	2001
-----------------	-------------	-------------	-------------	-------------

AMÉRICA	0,18%	0,26%	0,31%	0,11%
DAFI	0,58%	0,83%	1,06%	0,34%
INDUGA	1,95%	1,75%	3,51%	1,02%
CARLOSAR	0,00%	0,10%	0,18%	0,04%
DANES	0,12%	0,22%	0,57%	0,26%
SERBEL	0,22%	0,21%	0,26%	0,08%
TORRES	0,06%	0,07%	0,11%	0,00%
EL CROCANTE	0,00%	0,00%	0,06%	0,04%
PEREIRA	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
CODES	0,04%	0,07%	0,11%	0,03%
MULTIDIMENSIONALES	0,47%	0,25%	0,29%	0,22%
PLASDECOL	0,07	0,21%	0,48%	0,28%
VISIPACK	58,82%	54,39%	0,00%	72,67%
IMPORTADOS	37,50%	41,63%	93,06%	24,90%
TOTAL	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

Una segunda posibilidad para mirar las cifras, que implicaría sacar del análisis a las importaciones y a Visipack presenta el serio inconveniente de que dicho análisis excluye empresas que sí participan del mercado de conos y vasos plásticos, como son los importadores (entre los cuales figuran Nabisco Royal Inc.; Nestlé de Colombia, Dinora Ltda., Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A., Parlamat) y Visipack.

A continuación se presenta el análisis de mercado, excluyendo por las razones antes mencionadas las empresas arriba establecidas, no sin antes enfatizar que a pesar de la exclusión, dichas empresas participan del mercado y por tanto el mercado que se presenta a continuación es menor al mercado real de conos y vasos plásticos para helado. En consecuencia, las participaciones del mercado que resultan de este análisis son mayores a las que realmente tiene cada empresa en el mercado.

CUADRO DE VENTAS

EMPRESAS	1998	1999	2000	2001
AMÉRICA	\$209.297.000	\$324.386.300	\$308.649.400	\$151.412.083
DAFI	679.184.000	1.050.826.000	1.050.544.000	473.004.583
INDUGA	2.283.747.000	2.216.645.000	3.491.101.000	1.405.791.250
CARLOS	-----	132.960.000	180.672.000	58.518.000

AR				
DANES	143.195.000	275.841.000	566.663.000	359.664.583
SERBEL	255.892.000	272.271.000	258.162.000	103.997.083
TORRES	69.394.000	86.667.600	105.888.000	-----
EL CROCANTE	-----	-----	60.140.000	60.710.000
PEREIRA	500.000	5.400.000	-----	-----
CODES	49.720.000	84.876.000	108.213.000	46.744.583
MULTIDIMENSIONALES	552.773.053	321.351.472	292.985.556	308.272.932
PLASDECOL	81.810.280	269.619.621	480.448.042	379.385.506
TOTAL	4.325.512.333	5.040.843.993	6.903.465.998	3.347.500.603

Las anteriores cifras permiten calcular las participaciones de cada empresa en el mercado de conos y vasos plásticos, los cuales se presentan a continuación:

EMPRESAS	1998	1999	2000	2001
AMÉRICA	4,84%	6,44%	4,47%	4,52%
DAFI	15,70%	20,85%	15,22%	14,13%
INDUGA	52,80%	43,97%	50,57%	42,00%
CARLOSAR	0,00%	2,64%	2,62%	1,75%
DANES	3,31%	5,47%	8,21%	10,74%
SERBEL	5,92%	5,40%	3,74%	3,11%
TORRES	1,60%	1,72%	1,53%	0,00%
EL CROCANTE	0,00%	0,00%	0,87%	1,81%
PEREIRA	0,01%	0,11%	0,00%	0,00%
CODES	1,15%	1,68%	1,57%	1,40%
MULTIDIMENSIONALES	12,78%	6,37%	4,24%	9,21%
PLASDECOL	1,89%	5,35%	6,96%	11,33%
TOTAL	100,00%	100,00%	100,00%	100,00%

CONCLUSIÓN

Realizado todo el análisis presentado en este informe, mi opinión particular es que el análisis correspondiente al primer escenario se encuentra más cercano a la realidad de funcionamiento del mercado de conos y vasos plásticos para helado. Lo anterior, porque parte de un hecho cierto que es la necesaria complementariedad entre el mercado del helado y el de los conos y vasos plásticos para helado.

Dicho análisis nos demarca técnicamente la posición de las empresas productoras de conos y vasos plásticos para helado dentro de un mercado real como es el mercado del helado por las razones expuestas es que se concluye que los Conos y Vasos plásticos para helado son productos intermedios, complementarios y determinados por el mercado del producto final llamado Mercado del Helado”.

6-. AMPLIACIÓN Y ACLARACIÓN AL DICTAMEN PERICIAL:

“A continuación procedo ampliar el dictamen pericial previamente entregado a ese Despacho, siguiendo el orden de las preguntas planteadas por el solicitado por el apoderado de la Superintendencia de INDUSTRIA Y Comercio...

(...) **1. ... se adicione al dictamen rendido por el perito..., en los siguientes términos**

A. Incluir en el estudio una discriminación de las siguientes zonas: Costa Atlántica, Antioquia, Valle, Bogotá y Viejo Caldas.

El cuadro que se presenta a continuación parte de los siguientes supuestos:

- Que el consumo per cápita de helado es de 0.975 litros
- Que de cada litro de helado salen 10 porciones, luego, de 0.975 litros de helado salen 9.75 porciones.
- Que cada contenedor sirve únicamente para una porción de helado.
- Que la población total del país para el año 1998 era de 40.826.815 habitantes, para el año 1999 era de 41.589.018 habitantes, para el año 2000 era de 24.321.386 (sic) habitantes y para el año 2001 era de 43.070.703.
- Que de conformidad con la información obtenida del Banco de la República, la Costa Atlántica concentra el 31.6% de la población nacional, Antioquia el 13.7%, Valle el 18.31%, Bogotá el 28.7% y Caldas el 6.7%.
- Que los anteriores porcentajes de concentración poblacional se mantuvieron constantes durante los años 1998 a 2001.
- Que cada compañía productora de contenedores para helado destinó su producción a atender su zona de influencia, y no se desplazó a nivel nacional.
- De esta forma, Conos América atendió la zona Atlántica, Induga atendió a Antioquia, Dafi atendió la zona del Valle, Carlosar y Serbel atendieron

Bogotá y no se incluye Conos Pereira, quien atendió el Viejo Caldas, por no tener información.

(...).

Vale la pena mencionar que en las encuestas contenidas en el peritaje sobre capacidad instalada,...encontramos la siguiente información:

Conos Codes manifestó no conocer cual es su radio de operación y no poder determinar el tamaño de su mercado.

Conos Serbel no brindó ninguna información relativa a su radio de operación ni al tamaño de su mercado.

Carlosar manifestó que su radio de acción está compuesto de la siguiente forma: 75% Bogotá, 5% Meta y 20% Boyacá.

Conos y Cucuruchos Pereira no brindó información relativa a su radio de operación ni al tamaño de su mercado.

Conos América manifestó que su radio de operación comprendía la Costa Atlántica, el Valle del Cauca y el Viejo Caldas, sin especificar participación en cada uno de estos mercados. Adicionalmente, manifestó que estima vender en la Guajira el 100% del mercado, en Santa Marta el 80%, en Valledupar el 60%, en Santander el 30%, en Montería el 60% y en Sincelejo el 70%.

B. En relación a la tabla PRECIO PROMEDIO DE EMPRESAS FABRICANTES DE CONO PARA HELADO, contenida en la página 10 del dictamen, incluir el precio promedio del cono para las empresas AMERICA, DAFI, INDUGA Y CARLOSAR, durante los años 1998, 1999, 2000 y Jun – 01

(...).

2. Se aclare igualmente al dictamen rendido...en los siguientes aspectos:

A. Que variables se tuvieron en cuenta para la determinación del mercado relevante objeto de examen.

Se realizaron dos ((2)) escenarios, el primer escenario y que es adicionalmente el que califico como el más acertado, parte de la realidad de que el mercado de los conos y vasos plásticos para helado que se me solicitó calcular es un mercado complementario, que no existe por sí solo, al mercado del helado. Si no hay helado no hay conos ni vasos plásticos para helado.

El segundo escenario, pasa por alto este hecho, y calcula el mercado con base en las cifras de ventas de los agentes económicos que se pudieron analizar.

Primer escenario.- Cálculo del mercado de conos y vasos plásticos como complementario al mercado de helado

La primera variable que se tuvo en cuenta en este escenario fue la existencia de complementariedad entre el mercado de los conos y vasos plásticos para helado y el mercado del helado.

Debe recordarse que los vasos plásticos cuyo mercado fue calculado, fueron aquellos destinados a contener helado.

(...).

Procedía entonces calcular el tamaño del mercado del helado, lo que se hizo con base en el consumo per cápita indicado en la revista Industria Alimentaria de diciembre de 1999 equivalente a 0.975 litros por año. Obtenido dicho consumo se multiplicó por las cifras de población del DANE obteniendo de esta manera el consumo nacional aparente de helado en Colombia.

(...).

Determinado el tamaño del mercado del helado, como punto de referencia, se procedió entonces a analizar, de conformidad con las ventas identificadas en las visitas a las empresas productoras de conos y vasos plásticos, su participación en el mercado nacional.

Otra variable que se tuvo en cuenta fue la de la sustituibilidad entre los distintos contenedores de helado, en particular los conos y los vasos plásticos para helado.

(...). Para determinar las participaciones de mercado, que es el motivo del peritazgo, se identificaron las empresas participantes en el mercado, incluyendo tanto las empresas informales o artesanales, como las formales y los productos importados.

Con el ánimo de obtener una cifra objetiva, se partió del siguiente supuesto: una porción de helado por cada posible contenedor. Podría suceder que por contenedor haya más de una porción de helado, pero no es posible calcular el número de contenedores de helado en el mercado disminuyendo así las participaciones de las empresas en el mercado. Por lo tanto, el cálculo escogido aumenta la participación posible de cada empresa y brinda cifras más o menos ciertas permitiendo la comparación entre ellas.

Para calcular el número de unidades producidas y vendidas en el mercado para cada compañía, se partió de las ventas totales anuales de cada compañía y se dividió por el precio promedio anual de cada una de ellas según las cifras entregadas por dichas empresas durante el peritazgo y que se adjuntaron a éste.

Dividiendo las ventas totales por los precios promedio se obtiene el número de unidades vendidas en el año.

Obtenidas las unidades vendidas por cada empresa se procedió a calcular su participación partiendo del tamaño del mercado de contenedores de helado calculado... con base en el tamaño del mercado del helado.

Obtenidas las participaciones respectivas de cada una de las empresas, la parte del mercado de helados que no se logra cuantificar se clasifica bajo la categoría de otros. Dicha categoría incluye las importaciones, las empresas que no colaboraron con el peritazgo a pesar de que les fue solicitada colaboración, otras empresas que no pudieron ser identificadas, las empresas de restaurantes y eventualmente los hogares que utilizan contenedores de helado diferentes.

Segundo escenario.- Cálculo del mercado con base exclusivamente en las cifras de las empresas que pudieron ser analizadas

En este segundo escenario, se excluyó la variable de complementariedad entre helado y los conos y vasos plásticos para helado.

Como he manifestado previamente, este escenario es menos acertado porque no tiene en cuenta que los contenedores de helado dependen de los helados que se consuman, sino que parte del supuesto de que solo los agentes que pudieron ser analizados constituyen el mercado de los conos y vasos plásticos para helado. Adicionalmente, debe anotarse que alguno de los agentes que fueron analizados, su información base tuvo que salir...de los registros de Cámara de Comercio, razón por la cual la información que se obtuvo puede ser o no correspondiente a conos y/o vasos plásticos ya que se toma el valor registrado que equivale a la totalidad de su actividad económica sin saber si ésta se restringe o no a los conos y vasos plásticos para helado.

Con este análisis, lo que se muestra es la posición de cada una de estas compañías frente a las otras y en sí misma muestra dicho comportamiento en el período analizado pero no determina con exactitud participaciones de mercado sino interrelaciones entre empresas.

En este escenario se tomaron las ventas totales de cada compañía que prestó su colaboración para el peritazgo y se calcularon sus participaciones con base en el valor de las ventas totales.

Debe anotarse que este escenario se dividió en dos a efectos de brindarle...un análisis que le permitieran contemplar el mercado (a) con importaciones y Visipack (cuyas cifras por ser globales no permiten determinar si son todas referentes a conos y vasos plásticos respectivamente); y (b) sin importaciones y sin Visipack.

B. Si se incluyeron dentro del mercado relevante los conos y los vasos plásticos, cual fue el sustento para incluir dichos productos dentro del mismo mercado.

Como se argumentó en la pregunta anterior, en el análisis del mercado relevante se incluyeron los conos y vasos plásticos por considerar que estos dos productos son sustitutos entre sí. Es decir, dichos productos compiten entre sí no solo a los ojos del consumidor final que se enfrenta a la decisión de consumir el helado ya sea en cono o ya sea en vaso plástico, sino también para los industriales que escogen comercializar su helado en uno u otro contenedor. Siendo fija la cantidad de helado a ofrecer por un industrial, cuando éste escoge comercializar su helado en vaso plástico disminuye su oferta de helado en cono.

Ahora bien, no debe olvidarse que tanto el vaso plástico como el cono son productos complementarios que permiten la comercialización del producto final llamado "HELADO". Así mismo existen otros contenedores como los platos cuando el helado es servido, y otros productos que sirven para lo mismo (ser contenedores de helado), pero su medición, como ya se mencionó, es más compleja porque implica visita a todos los restaurantes y hogares que consumen helado, razón por la cual su participación fue tomada en cuenta por vía residual en el primer escenario arriba explicado.

C. Por qué no se consideraron como mercados relevantes distintos, el de los conos, del de los vasos plásticos

Por ser sustituibles, es decir que es el consumidor final quien en última instancia viene a determinar como va a consumir el helado si en cono o en vaso plástico. Como se dijo arriba el consumidor puede en un momento dado decidirse por el helado en cono y en otro momento decidirse por el helado en vaso plástico. Es claro

que, por ejemplo, cuando el consumidor desea comer helado se enfrenta en su decisión como mínimo a estas dos opciones.

D. (Respuesta por el perito a esta pregunta formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio).

(...) Como dije anteriormente, en el escenario en el cual los conos y los vasos plásticos son complementarios al helado, si se tuvo en cuenta todo lo anterior. Debido a la complejidad de su medición, como ya se explicó en las preguntas anteriores, el mercado del helado se calculó como un todo con base en el consumo per cápita establecida en la revista *Industria Alimentaria* (ratificada por un artículo del diario *El Tiempo* del pasado martes 17 de agosto de 2004) y las cifras de población del DANE.

De allí surgió la totalidad del Consumo Nacional Aparente de helado. Determinado el tamaño del mercado del helado, se establecieron las participaciones de las empresas cuya información pude analizar, es decir, los productores de conos y vasos plásticos que permitieron hacer los cálculos arriba señalados.

Restando del tamaño del mercado del helado el tamaño de las ventas de las compañías que pudieron ser analizadas, se obtuvo un residuo.

Dicha cifra residual fue catalogada bajo la categoría de OTROS, tal como se manifiesta en la Página 12 de mi dictamen pericial presentado, la categoría denominada "OTROS", se encuentra compuesta por los siguientes elementos:

"En la categoría de otros, clasifiqué a las empresas y personas cuyas mediciones son todavía más complejas, ya sea porque las empresas que entran dentro de dicho grupo no prestaron colaboración al presente análisis o no tienen la forma de mostrar sus ventas, pero que se sabe que todas y cada una de estas categorías existen y están y han participado activamente del mercado. Igualmente allí figuran los conos importados que por contar con información de una partida total y no desglosada por producto, no es claro si las cifras que allí figuran corresponden en su totalidad a conos o si por el contrario allí figuran otros productos (y en ese caso qué proporción corresponde a los conos). Igual cosa sucede con Visipack, empresa de la cual solo contamos con la información de ventas que consta en la renovación de matrícula mercantil de la Cámara de Comercio de Cali".

En consecuencia, dentro de la categoría de OTROS se encuentra, entre otras:

- Las empresas productoras de conos que no prestaron colaboración (como Conos Danés, Conos Torres Ele, Conos Serbel y Conos Huila)
- Otras empresas productoras de conos (posiblemente artesanales que no fue posible identificar)
- Las empresas productoras de vasos plásticos para helado que no prestaron colaboración (como Visipack)
- Otras empresas productoras de vasos plásticos que no fue posible identificar
- El mercado institucional dirigido a restaurantes, fruterías, tiendas, cafeterías, etc.

- *El mercado del hogar dirigido al consumo familiar destinado a ser servido como postre en platos u otras presentaciones*
- *Las importaciones de conos.*

Esto quiere decir que el análisis se realizó entre las personas o empresas de las cuales se tiene información cierta y verificable. En la categoría OTROS se incluyen y pertenecen las personas que no se pueden medir debido a su complejidad y estructura de producción y consumo. En esta categoría se clasifican las personas que no dieron información, amas de casa o restaurantes o establecimientos que sirven comida que compran el helado en otro tipo de contenedores para posteriormente ser servido en platos, vasos de cartón, copas, etc., se encuentra el ama de casa que tiene su negocio de conos pero que este representa un producto de pan coger, es decir que vende su producción e inmediatamente la invierte en gastos familiares, se encuentra también un tipo de empresas que trabajan en los extramuros de las ciudades, roban la energía para su producción y realizan su fabricación clandestinamente...

Esta empresa como es de suponer no presenta contabilidad, no tiene una estructura normal de costos y su producción está a precios de venta muy por debajo de las empresas que trabajan legal y competitivamente.

Es decir que al clasificar todas (sic) estos tipos de producción y consumo en una categoría denominada OTROS, estoy clasificando y analizando la totalidad del mercado.

Por otra parte, algunos restaurantes, e inclusive en algunos hogares, se sirve helado en conos o en vasos para helado. Por ejemplo restaurantes tan conocidos como Crepes & Waffles (que según entendemos actualmente se encuentra suplido en Bogotá por Conos Danés, empresa que se negó a dar información) o Mac Donalds venden helados en conos o vasos plásticos para helados. Estos eventos se encuentran dentro del mercado analizado.

E. (Respuesta por el perito a esta pregunta formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio).

(...) Como manifesté en el dictamen rendido, no se tienen datos para disgregar la partida arancelaria. Pero este hecho fue advertido...por la distorsión que podría presentar en las cifras y por eso se presentaron dos escenarios, uno que incluye los conos importados (incluyendo todos los productos de la subpartida) y uno sin estos.

(...).

Dado lo anterior, debe anotarse que existen importaciones de conos pero, como manifesté en mi peritazgo, dada la agregación de las cifras de la partida no puede identificarse con claridad la cuantía y el valor de dichas importaciones ni de las de los demás ítems que componen la posición arancelaria.

El manejo de las importaciones en cada uno de los escenarios presentados

Las importaciones en el primer escenario

Como se ha mencionado a lo largo del presente documento, en el primer escenario se calculó la categoría de OTROS, dentro de la cual se encuentran varios aspectos enunciados en la respuesta a la pregunta D.

La cifra correspondiente a la categoría de OTROS es el residuo que queda del mercado del helado, y que no pudo ser calculado separadamente por falta de información, atendido por:

- Las empresas productoras de conos que no prestaron colaboración (como Conos Danés, Conos Torres Ele, Conos Serbel y Conos Huila)
- Otras empresas productoras de conos (posiblemente artesanales que no fue posible identificar)
- Las empresas productoras de vasos plásticos para helado que no prestaron colaboración (como Visipack)
- Otras empresas productoras de vasos plásticos que no fue posible identificar
- El mercado institucional dirigido a restaurantes, fruterías, tiendas, cafeterías, etc.
- El mercado del hogar dirigido al consumo familiar destinado a ser servido como postre en platos u otras presentaciones
- **Las importaciones de conos.**

Como puede observarse, en el primer escenario las importaciones de conos no se encuentran calculadas con base en las cifras de Mincomex de la subpartida 1905300000 sino de manera residual dentro de la categoría OTROS.

Al mirar el adjunto # 6 de mi dictamen se puede ver que es completamente imposible llegar a simplificar esta posición a una sola categoría. Esta parte se mostró y se incluyó en mi análisis únicamente con el fin de mostrar que existen categorías que aunque son difíciles de cuantificar si es posible demostrar que están presentes y hacen parte activa del mercado.

En consecuencia, y este es otro beneficio del primer escenario, las importaciones de conos (y solo de conos) se contemplan dentro del mercado del helado sin verse afectadas por las distorsiones que implica el uso de la totalidad de la subpartida arancelaria 19.05.30.00.00.

El manejo de las importaciones en el segundo escenario

Para el segundo escenario y para el cual inicialmente presenté no como el más confiable lo ratifico con esta ampliación donde se comprueba que por existir esta posición arancelaria se está haciendo un análisis enfocado con una parte del mercado que es completamente imposible cuantificar.

(...).

No obstante, para claridad del peritazgo, en el segundo escenario se llamó expresamente la atención... sobre el hecho de la enorme agregación de la subpartida bajo estudio. Por tal razón dicho escenario se abrió en dos, lo que permite observar, primero que las importaciones existen pero su cuantificación con la información que cuento para los conos dentro de la subpartida no es posible. Finalmente para su ilustración se le presentó un escenario sin importaciones.

F. En el cuadro final que aparecen a fl. 450 y 451 (páginas 11 y 12 del dictamen) aparece una columna de otros. Frente a esta columna se solicita que se aclare:

-Que productos y que productores participan en dicha columna

Para este punto estoy seguro que en los puntos anteriores se ha explicado ampliamente la composición y comportamiento de la columna "OTROS"...

(...).

-Que proporción de la misma corresponde a ventas de conos

Como se explicó el análisis llevado a cabo en el primer escenario fue un análisis deductivo que está soportado en fuentes como el DANE y la revista Industria Alimentaria...

El helado que se vende y consume en Colombia, tiene que ser consumido en contenedores de helado. Las cifras verificadas con empresas que prestaron su colaboración cubren una parte del mercado que se identificó con estas cifras. La parte restante del mercado tiene que ser cubierta por otras empresas cuya visita no fue posible por las distintas razones ya anotadas en el presente documento. El hecho de que no se haya (sic) podido visitar, por ejemplo por la falta de colaboración de Conos Danés, no significa que dicha empresa no exista y que no participe del mercado.

-Es posible que las ventas de helado en las que se basa el cálculo de otros, correspondan a ventas de helado que no están ligadas a ventas de conos o de vasos plásticos...

Como lo expresé en la parte inicial (hoja 2), en la que basé mi estudio y en la que se toma el consumo de helado en Colombia per cápita y luego se calcula un consumo total, lo que quiere decir que no discrimina la forma de consumir el helado sino que este en realidad se consume en conos, vasitos plásticos o en otros contenedores:...

(...).

El factor institucional y el factor hogar se encuentran inmersos en el mercado toda vez que en muchos restaurantes (y en algunos hogares) se sirve u ofrece el helado en conos o en vasos plásticos así como en otras presentaciones. Tal es el caso por ejemplo de restaurantes...

-Como se explica el aumento en la columna de otros sucedido entre el año 2000 y junio de 2001, en el que otros pasó de 28.18% a 68.55%.

Presento aclaración a este punto en atención a que como se explicó las cifras correspondientes a la categoría de OTROS correspondían a una cifra residual. En este sentido al 100% del mercado del helado calculado como se comentó arriba, se restaba la participación correspondiente a las empresas analizadas con los datos ya enunciados arriba.

Lo anterior llevaba a los siguientes resultados:

AÑO	AMÉRICA	DAFI	INDUGA	CARLOSAR	CODES
1998	6,86%	10,35%	38,71%	0,00%	0,16%
1999	8,41%	12,98%	31,91%	1,65%	0,22%
2000	7,08%	11,40%	44,14%	1,97%	0,25%
Jun-01	3,95%	5,81%	16,81%	0,72%	0,12%

VASO PLÁSTICO	PARTICIPACIÓN ANALIZADA	OTROS (Residuo)	HELADO CONGELADO
4,65%	60,75%	39,25%	100,00%
6,56%	61,72%	38,28%	100,00%
6,98%	71,82%	28,18%	100,00%
4,05%	31,45%	68,55%	100,00%

No obstante, en lo que se refiere al período relativo al primer semestre de 2001, y por estarse analizando solo un semestre no ha debido partirse del 100% del resultado del mercado del helado, sino del supuesto de un 50%. Esta falla de tipeo (sic) de la fórmula del mercado en las tablas de análisis, conllevó a que se desproporcionara considerablemente para este período la categoría correspondiente a OTROS.

Ahora bien si el análisis se lleva a cabo para uno que sea comparativo con los anteriores debe proyectarse la cifra a seis meses para un año (multiplicando por dos las cifras), bajo el supuesto de que el comportamiento será constante.

Dicho ejercicio arroja lo siguiente en términos de cifras absolutas:

AÑO	AMÉRICA	DAFI	INDUGA	CARLOSAR	CODES
1998	26.638.000	40.188.402,37	150.246.513,16	0	625.172,89
1999	33.232.000	51.334.929,16	126.160.785,43	6.509.554	864.493,79
2000	28.480.000	45.875.283,84	177.573.804,68	7.935.237	1.004.483,43
Jun-01	16.161.000	23.769.074,52	68.843.841,82	2.940.501	489.882,45
2001	32.322.000	47.538.149,05	137.687.683,64	5.881.002	979.764,89

VASO PLÁSTICO	HELADO CONGELADO
18.061.245,62	388.109.910,09
25.921.042,97	395.355.602,36
28.083.688,82	402.317.675,66
16.569.993,26	409.440.870,39
33.139.986,53	409.440.870,39

Dicho ejercicio arroja lo siguiente en términos de porcentajes de participación:

AÑO	AMÉRICA	DAFI	INDUGA	CARLOSAR	CODES
------------	----------------	-------------	---------------	-----------------	--------------

1998	6,86%	10,35%	38,71%	0,00%	0,16%
1999	8,41%	12,98%	31,91%	1,65%	0,22%
2000	7,08%	11,40%	44,14%	1,97%	0,25%
Jun-01	3,95%	5,81%	16,81%	0,72%	0,12%
2001	7,89%	11,61%	33,63%	1,44%	0,24%

VASO PLÁSTICO	PARTICIPACIÓN ANALIZADA	OTROS	HELADO CONGELADO
4,65%	60,75%	39,25%	100,00%
6,56%	61,72%	38,28%	100,00%
6,98%	71,82%	28,18%	100,00%
4,05%	31,45%	68,55%	100,00%
8,09%	62,90%	37,10%	100,00%

G. (Respuesta por el perito a esta pregunta formulada por la Superintendencia de Industria y Comercio).

(...). –Es posible que el decrecimiento de una empresa se explique por el aumento de otras empresas competidoras?

Para dar respuesta a esta pregunta procede reiterar la tabla de cifras de ventas transcrita arriba...

Como puede observarse, Conos América crece entre el año 2000 y el 2001 en un poco menos de 4 millones de unidades, Dafi crece en un poco menos de 2 millones de unidades, los vasos plásticos para helado aumentan en un poco de 5 millones de unidades.

Mientras que Induga cae anormalmente en aproximadamente 40 millones de unidades.

Si bien Carlosar y Codes caen, lo hacen levemente.

Es más, si se observa la caída en porcentaje del total de las empresas analizadas, se encuentra lo siguiente:

AÑO	PARTICIPACIÓN ANALIZADA
1998	60,75%
1999	61,72%
2000	71,82%
Jun-01	31,45%

2001	62,90%
-------------	---------------

Mirando la tabla se observa que entre el año 2000 y el año 2001, dicha caída fue de **8.92%**.

AÑO	INDUGA
1998	38,71%
1999	31,91%
2000	44,14%
Jun-01	16,81%
2001	33,63%

Mirando la tabla se observa que entre el año 2000, Induga presenta una caída superior a la del total de las empresas analizadas, equivalente a **10.51%**.

En consecuencia, sería consecuente pensar que la caída de Induga es la que explica la caída de las empresas analizadas. Es más, en tanto cayó más que el promedio, su caída benefició a sus competidoras, particularmente a Conos América.

-El decrecimiento sufrido por la actora podría explicarse por el significativo aumento (de 28.18% a 68.65%) de quienes conforman la columna otros, que aparecen en el cuadro final que obra a Fl.450 y 451.

Tal y como se explicó arriba el significativo aumento a que hace alusión la SIC no se presentó.

-Si las empresas AMÉRICA, DAFI, CARLOSAR, CODES, VASOS PLÁSTICOS, no fueron sancionadas durante el período 2000 y 2001, como se explica su decrecimiento, si según el informe la única aparente causa para que INDUGA hubiera decrecido fue la sanción impuesta y no el crecimiento de otros?

Tal y como se explicó arriba tal decrecimiento no se presenta si el análisis se hace año completo. Las cifras a que hace alusión la SIC son semestrales no anuales.

H. Que se aclare si los precios contenidos en la tabla denominada PRECIOS PROMEDIO DE EMPRESAS FABRICANTES DE CONO PARA HELADO, contenida en la página 10 del dictamen, incluyen fletes o si son puestos en fábrica. En caso que los precios incluyen fletes, determinar cual es el precio relativo del flete dentro del precio promedio.

Tal y como se menciona en el estudio estos precios son dados por las fábricas. No cuento con información relativa a si dichos precios incluyen o no fletes...”.

7-. Objeción del dictamen pericial, efectuado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual obra a folios 1 a 4 del cuaderno 2:

"1. La incorrecta definición del mercado relevante.

(...). Las...consideraciones, que constituyen el eje angular del dictamen, resultan erradas, confusas y contradictorias, si se tiene en cuenta que:

Según se ha reconocido, la sustituibilidad entre productos se encuentra supeditada a que entre estos existan características, usos y precios similares. Luego para que la relación de intercambiabilidad tenga lugar, es menester que concurran estos tres presupuestos.

(...).

Sin embargo, en el dictamen realizado, el análisis de sustituibilidad parte de una premisa, y es que el cono y el helado son bienes complementarios, para a partir de allí concluir, que cualquier recipiente o contenedor sobre el cual pueda ponerse un helado encima, es considerado un bien sustituto del cono.

Se observa entonces, que en el experticio realizado...no hizo,...una constatación o experimentación para establecer si el cono y los vasos plásticos tienen características, usos y precios similares...pues brilla por su ausencia un estudio de mercado, un muestreo de consumidores, o cualquiera similar que permita constatar las preferencias y hábitos de los consumidores.

Adicionalmente, no fueron tenidos en cuenta los precios de los productos analizados en el dictamen rendido. Tampoco se hizo un análisis de sustituibilidad precio cruzado de la demanda, ni se realizó un análisis de correlación que permita establecer si ante un incremento de los precios de los conos los consumidores se pasarían a vasos plásticos, o viceversa; aspecto determinante para establecer la intercambiabilidad entre un producto y otro.

(...). No se requiere mayores(sic) esfuerzos para darse cuenta que el cono y los vasos plásticos registran diferencias esenciales. Así, el primero es fundamentalmente un alimento, que como tal genera sensaciones de agrado o desagrado en el consumidor final, y que por ser perecedero y frágil en su composición, requiere de cuidados especiales en su transporte y almacenamiento que se ven reflejados en mayores costos para el industrial. El vaso plástico, por su parte, está hecho a base de compuestos químicos, no es apto para el consumo humano y, por lo mismo, no estimula los sentidos olfativos ni gustativos, aspectos todos éstos no tenidos en cuenta en el dictamen rendido.

...Si el objeto del dictamen consistía en determinar la participación de dicha empresa en el mercado relevante, es evidente que el resultado del dictamen se encuentra errado, como quiera que el supuesto fundamental del cual partió, esto es, la definición misma del mercado, se encuentra desfigurado (...)

8-. Contestación a la objeción por parte de la actora, la cual obra a folios 6 a 11 del cuaderno 2 del Tribunal.

a) La prueba solicitada

(...) Con la objeción presentada, la SIC insiste en involucrar en el peritaje, materias que no fueron objeto de éste.

(...) A pesar de que el Honorable Magistrado ya se había pronunciado en el sentido de que las adiciones solicitadas no eran objeto del dictamen pericial, la SIC plantea nuevamente idénticos argumentos en la objeción sin siquiera pedir las pruebas concretas que soportarían su posición (...).

b) El error grave, el deber de probar y la concreción de la prueba

El numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en el presente momento procesal, determina que “en el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo (...)”.

(...) En el presente caso la SIC simplemente ataca el dictamen pericial, sin presentar una solicitud concreta de pruebas que apoyen las razones de su objeción. En definitiva, con su actitud la SIC pretende reducir el proceso a meros argumentos y no a probar las razones que soportarían sus decisiones así como los argumentos presentados a lo largo del proceso de la referencia (...).

c) La SIC contó con múltiples oportunidades probatorias para probar sus posiciones

(...) la SIC pretende objetar el dictamen pericial orientado a determinar las participaciones de mercado en argumentos de sustitución entre los vasos plásticos y el cono, que no constituían el objeto de la prueba.

(...) Indica la SIC que en el peritaje no se hizo un estudio de mercado que determinara la sustituibilidad entre los conos y los vasos plásticos, pero debe anotarse que tal no era el objeto de la prueba y que tal sustituibilidad fue objeto de otra prueba a la cual la SIC ni siquiera asistió pudiendo hacerlo: el testimonio del experto en mercadeo en el sector de helados, Jorge Jaramillo. La actitud de la SIC durante la etapa probatoria ha sido la de argumentar y no presentar prueba alguna, cosa que pretende seguir haciendo con las objeciones presentadas (...).

I. POSICIÓN DOMINANTE

De las pruebas relacionadas la Sala observa, que tanto el informe de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, como el acto administrativo sancionatorio, no tuvieron en cuenta en el análisis efectuado sobre el mercado

relevante, al principal competidor de INDUGA S.A., como tampoco la diferenciación entre el producto final (helados) y la totalidad de los insumos o contenedores (vasos, barquillos, conos, etc.) de tal producto, ni distinguieron entre el comprador o usuario primario de dichos insumos, y el consumidor final del helado, pues tanto en la investigación realizada por la Delegatura para la Protección de la Competencia, como en el acto administrativo expedido por el Superintendente de Industria y Comercio, para determinar la existencia de la posición dominante por parte de INDUGA S.A., se estableció que el mercado relevante del producto, conos para helados moldeados no tiene sustitutos directos; la cuota de mercado de la sociedad actora es muy alta, con una gran diferencia respecto de su segundo competidor; que el mercado de conos para helados moldeado sin azúcar, presenta una estructura oligopólica concentrada en la empresa líder, lo que según la parte demandada, facilita acciones independientes por parte de dicha empresa, más aún cuando sus competidores no cuentan con la tecnología requerida para ampliar sus volúmenes de producción sin aumentar sus costos; además, que existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, y que éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de capacidad instalada y el alto grado de concentración del mercado.

En las pruebas antes relacionadas, se observa, contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, que el testigo **JORGE JARAMILLO DOUAT** y el perito **ORLANDO GARCÍA VARGAS**, coinciden en que un sustituto del barquillo para helado, puede ser cualquier contenedor desechable o comestible que cumpla tal función. Es más el **testigo señor Jaramillo**, indica que *“esta definición incluye algunos que existían antes del barquillo como conchas marinas, empaques de cristal, porcelana o vidrio, cajas de cartón parafinadas,...durante mucho tiempo el barquillo fue una forma particularmente atractiva como complemento al servir el helado.... Lo anterior se debe al crecimiento de la industria del plástico como envases y segundo a los cambios en el poder de los canales de distribución sobre la decisión de compra de los fabricantes y proveedores de helados en cuanto a los empaques de sus productos. Cada vez mas las amas de casa adquieren los helados como producto pre empacado, en su gran mayoría en sustitutos plásticos del barquillo o cono para helados tradicional (sic). Siendo el canal responsable de este cambio el de los supermercados e hipermercados de auto servicio y auto selección (...)*”.

Además, el **perito García**, afirma que en “...el mercado de los conos y vasos plásticos para helado que se me solicitó calcular es un mercado complementario, que no existe por sí solo, al mercado del helado. Si no hay helado no hay conos ni vasos plásticos para helado (...)”.

I.1.- En cuanto a la supresión de una empresa competidora en el análisis del mercado relevante, como lo hizo la Entidad demandada, el testigo, señor Jaramillo, adujo que “...Es muy importante tener en cuenta todos los componentes activos del mercado, si se entra a un mercado y se ignora a un competidor se corre un riesgo grande que es establecer una dimensión falsa del tamaño del mercado y de sus actores”¹⁴. Además, observa la Sala que en el peritaje de los señores **GARCÍA VARGAS** y **GERMÁN OSWALDO CASTRO CUESTA**, se tuvo en cuenta a **INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI LTDA.**, que según los mismos, es un fuerte competidor de **INDUGA S.A.**

I.2.- En lo atinente a la capacidad de reacción de los competidores, sobre la cual la Superintendencia de Industria y Comercio, niega que la tengan; el testigo, señor Jaramillo, contra argumenta, indicando que “Por supuesto que sí, ya que no solo la tiene sino que la ejercen, la primera es buscar sustituto en otros fabricantes locales o foráneos del mismo insumo para disminuir la dependencia en ese proveedor de barquillos o eliminarla totalmente, la otra es buscar sustitutos, como plásticos y similares diferentes al barquillo suministrado por ese proveedor o algún otro”, cuestión que es confirmada, en el peritaje del señor **GARCÍA VARGAS**, al referirse varias veces a que los barquillos pueden sustituirse por cualquier contenedor de helado, en especial, por los vasitos plásticos.

I.3.- En cuanto a que la cuota de mercado de la sociedad actora es muy alta, con una gran diferencia sobre su segundo competidor, y que existen barreras a la entrada en el mercado de conos para helados moldeados, que brindan la posibilidad a Induga S.A. de determinar las condiciones del mercado, que éstas barreras son de tipo tecnológico, exceso de capacidad instalada y el alto grado de

¹⁴ “Solo si está bien definido el mercado relevante, la existencia o no de una posición dominante puede caracterizarse correctamente” Salvamento de Voto del Consejero, doctor **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**, antes transcrito.

concentración del mercado, que manifiesta la Entidad demandada, el señor **GARCÍA VARGAS** en sus respectivos informes, indica que la participación de INDUGA S.A., en el mercado del helado, es de la siguiente manera:

“Con valores porcentuales promedio obtenidos de esta valoración encuentro que para el año 1998, INDUGA S.A., tiene un 38,71% de participación en el mercado del helado congelado, para el año 1999 cuenta con un 31,91%, para el año 2000 pasa a un 44,14% y para Junio de 2001 contaba con un 16,81%.

INDUGA S.A., está seguida en importancia de participación en el mercado por DAFI, CONOS AMÉRICA, CARLOS AR, VASOS PLÁSTICOS Y CODES.

*(...) El comportamiento de estas participaciones en el mercado se integra clara y directamente con el peritaje rendido de **CAPACIDAD INSTALADA**. Pero puedo decir que al haber visitado cada una de las fábricas, observé que las fábricas con mayor capacidad instalada son **INDUGA S.A.**, seguida de CONOS DAFI, y CONOS AMÉRICA. Las anteriores tres (3) empresas sus procesos (sic) de fabricación son automatizados, mientras que CARLOSAR Y SERBEL, sus procesos de fabricación son manuales.*

...CONOS DANES no prestó ningún tipo de colaboración. No obstante queremos llamar su atención sobre el crecimiento en ventas que tanto en el período analizado como el registrado a la fecha, ...viene presentando de manera vertiginosa y muy superior a la empresa Conos América desplazándola del tercer lugar de importancia en volumen de ventas e ingresos...”.

I.4.- Respecto a la capacidad instalada, el perito señor **GERMÁN OSWALDO CASTRO CUESTA**, concluye:

“(...)”.

3. INDUGA de Medellín en 1998 tenía el 55.33% del total de la Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 52.54% de Capacidad Instalada en 1999; el 51.43% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 50.68%.

4. INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFI en Cali en 1998 tenía el 29.27% de Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 27.80% de Capacidad Instalada en 1999; el 27.21% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 26.81%.

5. CONOS AMÉRICA de propiedad de D & PERTUZ en Barranquilla en 1.998 tenía el 10.04% de Capacidad Instalada en Colombia de los fabricantes de Conos para Helado; el 9.53% de Capacidad Instalada en 1.999; el 9.33% de Capacidad Instalada en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenía el 26.81%.

6. Los demás fabricantes de Conos para Helado en Colombia en 1.998 tenían el 5.36% de Capacidad Instalada; el 10.13% de Capacidad Instalada en 1.999; el 12.03% de Capacidad en el año 2000 y de Enero a Mayo de 2.001 tenían el 13.32%”.

Respecto a si INDUGA tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado de productos contenedores de helado, tal como lo sostiene la Entidad demandada, el **testigo señor JARAMILLO** experto en la materia de helados, adujo en su declaración lo siguiente:

*“No. Solo si es el único proveedor del barquillo y de los demás sustitutos asequible (sic) a los clientes de ese mercado. **PREGUNTADO.** En su concepto un productor de barquillos como INDUGA tiene la capacidad de determinar las condiciones del mercado de productos contenedores de helado. **CONTESTO.** Eso se respondió atrás, ya que solo lo puede hacer si tuviera el control de todos los sustitutos. El monopolio del mercado de los helados en (sic) muy difícil, ya que este es un mercado maduro, puede que se de una situación inusual, por ejemplo barreras arancelarias o legales para eso, pero en el juego de la libre competencia regido por la ley de demanda y oferta es muy poco probable”.*

Por otra parte, debe precisarse que el mercado de los helados es de consumo, el cual va dirigido directamente al consumidor del helado, **mientras que el mercado de los conos o barquillos es de insumos industriales**, por el hecho de ser instrumentos o contenedores, que junto con otros productos, como por ejemplo los vasitos plásticos, son utensilios útiles para servir el helado; lo que conlleva a sostener, que tal mercado va de empresa a empresa y no directamente al consumidor. De manera, que para la Sala, el mercado de barquillos, es dependiente como sus demás sustitutos, pero no necesario en el comportamiento del mercado de helados, “*si no hay helado no hay barquillos*”¹⁵.

Estas pruebas, las cuales no fueron debatidas con evidencias por la Entidad demandada¹⁶, demuestran que los estudios efectuados por la Superintendencia

¹⁵ Testimonio del señor **JORGE JARAMILLO DOUAT**.

¹⁶ Numeral 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil: Artículo modificado por el artículo 1, numeral 110 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: “Para la contradicción de la pericia se procederá así:

carecen del soporte necesario, para establecer que **INDUGA S.A.**, tenía el poder dominante, pues si en la investigación realizada por la Delegatura para la Propiedad Industrial, no se tuvo en cuenta competidores como **INDUSTRIAS ALIMENTICIAS DAFFI**, y tampoco se analizó que el barquillo no era un producto final, sino un insumo industrial del helado, que podía ser sustituido por cualquier otro contenedor, entre ellos, los vasitos de plástico, así como la capacidad de reacción de los competidores, son factores más que suficientes para que esta Sala concluya, que la sentencia de primera instancia debe ser revocada y, en su lugar, los actos administrativos anulados.

II. ABUSO DE PODER DOMINANTE

Ahora bien, en el hipotético caso de que se aceptara, que la sociedad actora tuviese poder dominante en el “mercado del helado”, o mejor aún, específicamente en el del barquillo para helado, las pruebas aportadas evidencian que la sociedad **INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A.** y el señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, no incurrieron en abuso de poder dominante, máxime si se tiene en cuenta que la Delegatura de Promoción de la Competencia, verificó que no existe tal abuso, ya que según las pruebas recogidas en el trámite administrativo, no se presenta una estructura de costos de la transacción superior al precio de venta; pues, de acuerdo con el análisis realizado por dicha Delegatura, en los tres escenarios explicados en el informe, concluye que, “no hubo infracción a las normas de promoción de la competencia por parte de la sociedad actora, ya que sus precios de venta fijados en Barranquilla están por encima de la estructura de costos de la transacción, incluido el costo de fletes. Así mismo, Álvaro Henao Cepeda como persona natural no autorizó ni ejecutó ni toleró las conductas anticompetitivas descritas en la resolución 2230 del 31 de

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare” Subrayas ajenas al texto.

enero de 2000. Por tanto no se presenta transgresión a lo normado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992". Circunstancia, que para la Sala, constituye otro factor más para determinar la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

III. INDEBIDA NOTIFICACIÓN

En cuanto al cargo "**VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**" porque "*si bien se sancionó al señor **ÁLVARO HENAO**, en su calidad de persona natural, la investigación le fue notificada en calidad de representante legal de **INDUGA S.A.**, vulnerando el derecho de defensa del citado señor*", no le asiste razón a la actora, ya que el señor HENAO le fue debidamente notificado el acto sancionatorio, prueba de ello es que ejerció su derecho de defensa tanto en la vía gubernativa como en este proceso. Por consiguiente, este cargo no tiene visos de prosperar.

IV.- SOLICITUD DE CONDENA DE PERJUICIOS, COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Por último, teniendo en cuenta que la decisión adoptada por la Sala es que no existió vulneración de las normas contenidas en el Decreto 2153 de 1992, por parte de los actores, resulta necesario hacer referencia a la petición de dichos demandantes acerca de que se condene a la Superintendencia de Industria y Comercio a pagar todos los perjuicios causados a la sociedad demandante y a su representante legal señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**, así como se condene en costas y agencias en derecho.

Al respecto, el perito **ORLANDO GARCÍA VARGAS** en su informe presenta el fundamento de la liquidación por los perjuicios causados en virtud de la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio a la sociedad

INDUSTRIA DE ALIMENTOS LA GALLETA S.A. INDUGA S.A. y a su representante legal el señor **ÁLVARO HENAO CEPEDA**.

Dice el informe:

(...).

Para el desarrollo de este capítulo se tomarán y analizarán directamente de INDUGA S.A., las ventas netas realizadas y reportadas por la compañía en un período de tiempo amplio, el cual históricamente reflejará el comportamiento económico y los índices de crecimiento presentados los cuales serán detallados y explicados.

Con el fin de obtener valores ciertos proyectados también se estudiará la caja operativa y el costo de ventas en que hubiese incurrido INDUGA, para obtener esos niveles de ventas con el único fin de determinar la caja operativa que hubiese obtenido la compañía y con ese valor realizar la indexación a valor presente que para nuestro caso es Diciembre de 2003.

DESARROLLO DAÑO EMERGENTE

*Una vez vista y analizada la información tomada directamente de la fuente INDUGA S.A., en la ciudad de Medellín (Ant), se presenta a continuación una relación histórica del valor de ingresos obtenidos por **VENTAS NETAS***, y el valor promedio de ventas unitarias para obtener el valor de unidades vendidas en el período relacionado de Diciembre de 1997 a Diciembre de 2003, esto con el fin de mostrar el comportamiento, posición y situación de la empresa en el mercado dentro del período mencionado.*

(...).

COMPORTAMIENTO ANUAL DEVENTA DE UNIDADES INDUGA S.A.

Diciembre de 1997 a Diciembre de 2003

(...) Al analizar este comportamiento se puede observar lo siguiente:

- 1. Para el período comprendido entre Diciembre de 1997 a Diciembre de 1998, INDUGA S.A., presenta un comportamiento con tendencia al crecimiento en unidades producidas lo cual es corroborable con lo analizado y explicado en el gráfico, el crecimiento en este período es de 22,83% en promedio.*
- 2. Para el período de 1998 – 1999 se ve una caída en sus unidades debido a la falta de repuestos que se necesitaban para la reparación de los hornos, repuestos que son de alta complejidad para su fabricación, esto muestra una caída de -16.03% ...*
- 3. Una vez solucionado el problema de repuestos y trabajando normalmente, se ve como la empresa continúa con su incremento en unidades, ubicándose para el período 1999 – 2000 en el 40.75%, lo que demuestra hasta este período que aparte de variables exógenas como la falta de repuestos, la evolución normal de la empresa tiende al crecimiento en ventas.*

4. *Período 2000 – 2001, se debe tener en cuenta la imposición de la sanción pecuniaria y la serie de problemas que se originaron con la demanda, la empresa ve frenado su comportamiento normal de producción y en cambio de crecer a un ritmo promedio anual de 15,85% como lo demuestran las cifras del período 1997 a 2000, empieza a decrecer bajando a un 6,95%, caída brusca, que no muestra otra causa diferente a la ocasionada con la imposición de la sanción.*
5. *Para el período 2002 y 2003 se da una recuperación lenta y progresiva que no se compara en nada con el crecimiento que traía la compañía. Afectada todavía por la sanción y por la desviación de clientela hacia la competencia.*

Tomando los comportamientos porcentuales, entre 1997 y 2000, se puede decir que la empresa mostraba un crecimiento en unidades vendidas promedio de 15.85% ANUAL, $(22.83+(-16.03)+40.75)/3 = 15.85\%$, porcentaje que aplicado a las ventas netas realizadas entre diciembre de 2001 y Diciembre de 2003, permite estimar el valor de las ventas de la empresa con evolución normal, es decir, sino se hubiese visto afectada por la imposición de la sanción. Para tal efecto los valores expresados bajo la columna "VENTAS REALES", por los períodos 2001 a 2003 se incrementarían en un porcentaje equivalente al 15.85%, para obtener como resultado las sumas que se muestran bajo la columna "VENTAS ESTIMADAS".

*INDUGA S.A., en el período comprendido entre Diciembre de 2001 (Año de imposición de la sanción) a Diciembre de 2003 dejó de vender la suma de **\$1.769.327.417.00**.*

Con el propósito de ver la cantidad de unidades dejadas de vender en el período relacionado, se toma el valor antes estimado y se compara con el precio promedio unitario de ventas, obteniendo los siguientes resultados:

Para el mismo período de tiempo se dejaron de vender 75.875.801.01, unidades lo cual es corroborable con el dictamen técnico pericial de capacidad instalada, que nos certifica que INDUGA S.A., sí estaba en capacidad de haber producido esa cantidad de unidades sin tener que recurrir a inversiones adicionales o hacer movimientos diferentes que logran llegar a ese nivel de producción.

*Por otro lado basado en el concepto de **CAJA OPERATIVA**, que es aquella parte del estado de resultados en el cual no se toman las depreciaciones ya que estas hacen parte de un concepto de inversión que se realizó en el pasado y que son valores que no hacen parte del flujo normal de caja ni hacen parte de la operación del negocio, como tal tenemos que, la caja operativa de INDUGA S.A., para el período comprendido entre Diciembre de 2001 a Diciembre de 2003....*

(...).

***\$1.226.894.000.00**, es el valor Real de Caja Operativa que INDUGA S.A., presentó, en el período analizado.*

Para obtener el valor de caja operativa proyectada que se dejó de recibir en el mismo período se procederá a aplicar el porcentaje de variación encontrado arriba (equivalente al 15.85%) al costo de ventas...

(...).

\$2.071.065.048.00, ES EL VALOR Proyectado de Caja Operativa que INDUGA S.A., debió obtener, en el período analizado. Para determinar este valor se tomaron las ventas proyectadas y el Costo de Ventas proyectado en la misma proporción de 15.85%, los Gastos Operacionales permanecen constantes sin proyección, ya que la empresa no necesita incrementar su planta de personal o su estructura de comercialización para obtener el nivel de ventas proyectado, es decir que al no proyectarse este rubro se está diciendo que la empresa está en capacidad de producir y vender más con la estructura y política de ventas que tiene.

De la diferencia entre caja operativa real y caja operativa proyectada se encuentra que el valor de caja operativa que INDUGA S.A., dejó de recibir en el período relacionado es la suma de **\$844.171.048.00**

(...).

Una vez determinado el valor de la caja operativa que se dejó de generar en el período relacionado, se determinará el valor del daño emergente a valor de Diciembre de 2003 tomando como indicador el **ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR IPC**, indicador que nos garantiza mantener el valor del dinero en el tiempo.

En los cuadros siguientes se hace la indexación de los dineros para establecer el Daño Emergente desde el año 2001 a 2003, discriminado por año y mes a mes bajo el IPC, con lo que se garantiza mantener el poder adquisitivo del dinero en el tiempo. Se toma como fórmula de Valor Futuro la siguiente:

Vf= Valor futuro a encontrar

Vp= Caja operativa mensual...

IPC= IPC del mes en cálculo

INDEXACIÓN PARA \$265.071.011.00

(...).

Así mismo, como consecuencia de la resolución de sanción expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, Induga recibió la instrucción de "mantener informado mensualmente al público a través de un periódico de amplia circulación nacional y uno local en cada ciudad donde trabaje, los precios con que ofrece las referencias barquillo por 500 unidades, barquillo por 1000 unidades y piccolo por 500 unidades en todas las ciudades que comercializa esos productos ya sea directa o indirectamente. Esa misma información debe mantenerse accequible (sic) clic en el home page en caso que Induga tenga o cree una página web".

El costo de las publicaciones que Induga tuvo que realizar en razón de la instrucción de la SIC asciende a \$11.213.210 a diciembre de 2003, tal y como consta en los documentos soporte que se adjuntan...

CONCLUSIÓN DAÑO EMERGENTE

Realizada la indexación a valor presente (Abril de 2004), se deduce que el **DAÑO EMERGENTE**, en generación de Caja operativa para INDUGA S.A., en el período comprendido entre Diciembre de 2001 y Abril de 2004, equivale a la sumatoria de \$309.427.010, \$286.372.599, más \$329.441.745, cuyo resultado es la suma de **NOVECIENTOS VEINTICINCO MILLONES**

DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS M/Cte. (\$925.241.354,00).

Ahora bien, el daño emergente producido por la instrucción de publicar sus precios, asciende a \$11.213.210 a diciembre de 2003.

LUCRO CESANTE

Para establecer el Lucro cesante de INDUGA S.A., se tomará como base de su determinación las tasas de interés simple emitidas por la Superintendencia Bancaria. Tenemos que para los años 2001 a 2003, la caja operativa dejada de percibir en forma anual...

(...).

CONCLUSIÓN LUCRO CESANTE

Realizado el anterior análisis se deduce que el **LUCRO CESANTE**, de INDUGA S.A., para el período comprendido entre Diciembre de 2001 a Diciembre de 2003, es la suma de **VEINTIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS M/Cte. (\$28.855.763.00)**.

No obstante, la liquidación de los perjuicios antes descrita, la Sala observa que en el peritaje no se tuvieron en cuenta otros factores de gran importancia, tales como el aumento en la columna de "OTROS" (competidores) sucedido entre el año 2000 y junio de 2001, en el que se pasó de 28.18% a 68.55%, así como la entrada de nuevos competidores al mercado de conos y vasos plásticos para el helado, que sí se tuvo presente en el informe del perito **GERMÁN OSWALDO CASTRO CUESTA**, quien sostiene al respecto:

"1. De acuerdo con el análisis llevado a cabo durante el peritazgo se puede observar que la Capacidad instalada de las empresas de producción industrial se mantiene constante durante el período analizado, no hay inversión en Maquinaria y Equipo; y año tras año llegan nuevos competidores al mercado, en su gran mayoría artesanales, que van legalizando su operación, disminuyendo la participación de la capacidad instalada de las empresas de producción industrial en la capacidad instalada total del mercado.

2. El fenómeno anterior se explica igualmente porque el mercado artesanal empezó a legalizar su situación, es decir a inscribirse en Cámara de Comercio, en la DIAN, permitiendo un mayor acceso a sus cifras de participación en el mercado, el cual año tras año va en crecimiento, como se puede apreciar en el peritazgo de la cuantificación de mercado de conos y vasos plásticos en Colombia (...)" (las subrayas son ajenas al texto).

Luego, para la Sala no es claro que el único fundamento para establecer que el perjuicio de la sociedad demandante sea la sanción impuesta por la Entidad

demandada, ya que se encuentra probado que la capacidad instalada de las empresas de producción industrial ha disminuido por la entrada de nuevos competidores al mercado de barquillos y conos, y por el incremento de la venta del helado en supermercados e hipermercados, sin que requieran de dichos contenedores, lo cual incide notablemente en las estadísticas de participación en el mercado de los barquillos y conos. Más aún, las respuestas a los interrogantes planteados en la objeción, no son satisfactorias, en lo que se refiere a este tema y, por ende, no constituyen suficientes elementos de juicio, precisamente por carecer de pruebas sobre el supuesto perjuicio causado a la parte demandante.

En conclusión, este cargo no tiene vocación de prosperar, ya que no fue probada la causa real, directa y eficiente del perjuicio que indica la sociedad actora. En otras palabras, no existe evidencia alguna sobre el nexo causal entre la sanción impuesta por la Entidad demandada y el origen del perjuicio que le fuere ocasionado.

Tampoco tiene éxito de prosperar la condena en costas y agencias en derecho solicitada por la parte actora, toda vez que no se observan circunstancias que lo ameriten, tales como que la Entidad demandada haya actuado de mala fe o que su conducta procesal constituyera abuso del derecho, o se pudiera calificar de torticera, maliciosa o malintencionada, según lo dispone el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo¹⁷.

En consecuencia, es del caso revocar la sentencia recurrida, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

¹⁷ La [sentencia de fecha 24 de agosto de 2000, proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, radicado 4043](#), estimó que en el evento que no se pruebe temeridad y abuso de derechos procesales, no hay lugar a imponer esta condena.

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 :

PRIMERO.- REVÓCASE la sentencia de 29 de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en cuanto que denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar,

SEGUNDO.- Decrétese la nulidad de la Resolución 15653 de 10 de mayo de 2001 expedida por el Superintendente de Industria y Comercio, por la cual se impone una sanción y se prohíbe una conducta.

TERCERO.- DENIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la fecha de esta sesión.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ**

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA