



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES**

Bogotá, D.C., 29 DE ABRIL DE 2021

SENTENCIA No. 4407

Proceso de competencia desleal

Radicación: 19-108051

Demandante: Central Cervecera de Colombia S.A.S. (En adelante: CCC)

Demandada: Bavaria & Cia S.C.A. (En adelante: Bavaria)

Una vez agotadas todas las etapas del proceso y en cumplimiento de lo señalado en el numeral 5 del artículo 373 C.G.P. se procede a dictar sentencia escrita teniendo en cuenta las consideraciones que se pasan a exponer.

LA DEMANDA

La demandante afirmó que Bavaria es una compañía dedicada a la producción, transformación y comercialización de cervezas; mercado dentro del cual ostenta una posición de dominio que fue reconocida por la Superintendencia de Industria y Comercio (En adelante: la SIC) en las Resoluciones No. 24329 y 30718 de 2016.

Según dijo, dicha posición de dominio se fortaleció a raíz de la adquisición por parte de Anheuser-Busch Inbev S.A/NV del total de las acciones de la compañía Sabmiller PLC, la cual es controlante de Bavaria, y por el incremento y fortalecimiento del portafolio marcario de cerveza en Colombia, especialmente dentro del segmento *premium*. Agregó que la adquisición mencionada fue autorizada por la SIC mediante la Resolución No. 24329 y confirmada mediante la Resolución 30718 de 2016.

Puso de presente la accionante que la SIC afirmó en la Resolución No. 24329 de 2016 lo siguiente:

“Que si bien no se generarían incrementos significativos en la estructura de mercado, Bavaria ostenta una posición de dominio en el mercado de cerveza, con la ventaja competitiva de tener una red de distribución sólida, sumado al incremento y fortalecimiento del portafolio marcario, principalmente en el segmento *premium*”

Por lo anterior, este Despacho considera necesario subordinar la no objeción de la operación de concentración proyectada entre las intervinientes, al cumplimiento de un condicionamiento, de tal forma que se evite una posible restricción que dificulte la entrada o expansión de competidores actuales o potenciales en el mercado de cerveza, principalmente en el segmento *premium*”.

Fue así como la SIC ordenó a Bavaria que, a partir de la ejecutoria de la Resolución No. 24329 de 2016, debía informar a la entidad el: “listado de establecimientos con exclusividades vigentes, indicando claramente las condiciones pactadas en cada una de ellas, el nombre completo y la ubicación de los establecimientos cubiertos (ciudad y departamento)”.

Afirmó CCC que Bavaria, a partir de la integración entre AB Inbev y Sabmiller PLC, con su posición dominante en el mercado, ha generado, con clausulas de exclusividad, una obstrucción en la comercialización de cerveza en el canal *on premise*, especialmente en los establecimientos de mayor reconocimiento y volumen de compra en cada uno de los principales municipios del país. Precisó que la forma en que se lleva a cabo la obstrucción o restricción en el acceso al

mercado se ejecuta mediante la celebración de contratos de patrocinio con los propietarios de dichos establecimientos.

Señaló que quienes suscriban los contratos de patrocinio adquieren la obligación de realizar publicidad exclusiva de las marcas de Bavaria y de vender de manera exclusiva sus cervezas, con lo cual se restringe el acceso de CCC al mercado debido a que las exclusividades impiden que esta pueda contratar con los propietarios de tales establecimientos, los cuales a 31 de diciembre de 2017 ascendían a 13.535.

Según CCC los contratos de patrocinio que suscribe Bavaria con los propietarios de los establecimientos restringen su acceso al mercado, pues crean una barrera de entrada en el mercado de la comercialización de cerveza por la obstrucción del canal *on premise*, en tanto la posibilidad de acceso a los establecimientos con contratos de patrocinio resulta menoscabada como consecuencia de la conducta de Bavaria.

Afirmó que el consolidado de patrocinios en el trimestre octubre-diciembre de 2016 era de 136, en el semestre enero-junio de 2017 era de 4447 y a 31 de diciembre de 2017 era de 13535, lo que corresponde a un incremento en un año del 9.952%.

Señaló que la estrategia de Bavaria de hacer crecer lo más rápido posible los contratos de patrocinio está orientada a obstruir la participación de la accionante en el canal *on premise*. Dicho incremento de 9.952% en establecimientos con contratos de patrocinio en el año 2017, que representa la cifra de 13.535 establecimientos, excluyó a CCC de contratar con los propietarios, reduciendo en consecuencia la posibilidad de competir.

Para resumir, señaló la demandante que la conducta de Bavaria de suscribir contratos de patrocinio con los propietarios de establecimientos con mayor recordación y volumen de compra en los principales municipios del país, ha generado un nefasto efecto sobre la libre competencia, pues la accionante, que es un nuevo participante en este mercado, no puede acceder a estos para comercializar sus productos y lograr competir con quien ostenta posición de dominio.

Al argumentar sobre la comisión e la conducta, dentro de los fundamentos de derecho, señaló CCC que la conducta desplegada por Bavaria configura el acto desleal de pactos desleales de exclusividad (artículo 19 de la Ley 256 de 1996), pues con el incremento desmesurado de los contratos de patrocinio por parte de la accionada disminuyó la competencia “pues CCC no puede acceder a estos para comercializar sus productos”. Igualmente, señaló que los hechos de que se acusa a Bavaria dan lugar a la configuración de la conducta establecida en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad Bavaria & Cía. S.C.A. se opuso a las pretensiones de la demanda por carecer estas de fundamento jurídico y fáctico y propuso las siguientes excepciones de mérito:

En primer lugar, propuso la excepción de mérito de prescripción ordinaria de la acción por competencia desleal incoada, por haber transcurrido más de dos (2) años desde que CCC tuvo conocimiento del presunto actuar desleal de Bavaria. Al respecto adujo que en el año 2007 Heineken Internacional, uno de los actuales accionistas de CCC, presentó una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio por la suscripción, por parte de Bavaria, de contratos de patrocinio para fomentar la venta de cerveza Peroni. Como consecuencia, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC llevó a cabo una investigación entre 2007 y 2011, a efectos de verificar si los contratos de patrocinio suscritos por Bavaria habrían cerrado el mercado a Heineken, concluyendo que no fue así. A partir de lo anterior, la demandada concluyó que en tanto Heineken Internacional conocía desde 2007 que Bavaria suscribía contratos de patrocinio

para fomentar la venta de sus productos, transcurrieron 12 años hasta el 2019, año en el cual CCC presentó esta demanda, por lo cual la acción ejercida se encuentra prescrita.

Precisó que el cambio en el que Heineken Internacional realiza su operación, ahora ya no directamente sino a través de CCC, no modifica el hecho de que la acción se encuentra prescrita, pues ello implicaría la creación de una especie de “velo corporativo” que reinicia el término de prescripción y relegitima a sus accionistas para demandar en la acción de competencia desleal.

Adicionalmente señaló que, en caso de entenderse de esa manera, lo cierto es que al crearse CCC en 2015, el conocimiento que tenía Heineken sobre los contratos de patrocinio pasó a CCC por ser uno de sus accionistas, motivo por el cual, la acción igualmente estaría prescrita.

Sumado a lo anterior sostuvo que, para fundamentar que Bavaria habría suscrito contratos de patrocinio con cláusulas de exclusividad, restringiendo el acceso de los competidores al mercado, CCC acudió a la Resolución 24329 del 3 de mayo de 2016 mediante la cual la SIC autorizó la adquisición por parte de Anheuser-Busch Inbev S.A. NV del total de las acciones de la compañía Sabmiller PLC., sociedad controlante de Bavaria S.A., resolución en la que se menciona que durante el trámite del proceso de concentración empresarial CCC intervino como tercero interesado y planteó el asunto de los contratos de patrocinio con cláusulas de exclusividad celebrados por Bavaria, y que en esa resolución se ordenó su notificación a CCC. Por lo tanto, desde ese momento y hasta la presentación de la demanda también han transcurrido más de dos (2) años y, en consecuencia, la acción se encuentra prescrita.

En segundo lugar, indicó que las cláusulas de exclusividad pactadas por Bavaria en los contratos de suministro de sus productos no han tenido como objeto restringir el acceso al mercado de CCC o monopolizar la distribución de productos o servicios.

Como sustento de lo anterior mencionó que el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 permite que se pacten exclusividades, las cuales solo serán contrarias a derecho si tienen la capacidad e idoneidad reales de restringir el acceso de los competidores al mercado relevante definido. Es decir, a pesar de que la ley determina que un pacto de exclusividad puede llegar a ser considerado como un acto de competencia desleal, su lealtad o deslealtad se determina por si restringe o no la libre competencia económica.

Puntualizó que al analizar la operación de concentración empresarial de Bavaria y Ambev Colombia y otros, la SIC consideró que si bien las exclusividades le generaban algún tipo de preocupación, lo cierto es que no constituían una barrera de entrada al mercado para CCC, pues esta sociedad cuenta con múltiples marcas posicionadas en el mercado (Heineken), la red de distribución más grande del país (Postobón) y suficiente músculo financiero (Heineken y Postobón), para contrarrestar los efectos que dichas exclusividades pudieran generar.

Al respecto advirtió que CCC en ningún momento ha visto restringido su acceso al mercado como consecuencia de los pactos con exclusividades de Bavaria, por el contrario, su presencia ha aumentado mes a mes. Como fundamento de ello adujo que de la certificación de Nielsen allegada en el Anexo 21, se podía concluir que:

- CCC se encuentra presente en el 30 % del total de establecimientos en los que se comercializa cerveza en el país (145.060 de 483.534), y en aquellos en los que se encuentra se vende el 59 % de la cerveza del país.
- CCC está en el 27 % de los establecimientos en el canal *on premise* a nivel nacional (63.706 de 235.950), y en aquellos en los que se encuentra se comercializa el 55 % de la cerveza de dicho canal.

- En el centro del país CCC vende en el 46% de los establecimientos (56.460 de 122.721), y en aquellos en los que se encuentra, se vende el 80% de la cerveza de la zona.
- En el canal *on premise* de la zona centro, CCC tiene presencia en el 40% de los establecimientos (31.529 de 78.823) y en el que se encuentra, se comercializa el 80% de la cerveza de ese canal y de la zona.
- En lo corrido del año, CCC ha aumentado su participación en el total de establecimientos del país en los que se comercializa cerveza en un 7%, pasando de tener presencia en 111.213 a 145.060 establecimientos; en un 9% en el canal *on premise* a nivel nacional, aumentando de 42.959 a 63.706 establecimientos; en un 11% en la zona centro, creciendo de 42.959 a 56.460 establecimientos; y en 15% en el canal *on premise* de la zona centro, pasando de 19.706 a 31.529 tiendas.

Con base en lo anterior, en el dictamen del perito Rubén Baena Peña, allegado en el Anexo 22, se concluyó que que “CCC y su marca Andina han logrado ejecutar acciones con las que han alcanzado valores importantes de DN y DP en la zona y el canal On Premise. Considero que el mayor logro de CCC y Andina es el de haber alcanzado valores de DP de 82% y 78% en el total de la zona Centro, valores estos de absoluta relevancia para una marca naciente. Tener una DP del 78% significa que Andina tiene presencia en los clientes que representan el 78% de las ventas de cerveza de la Zona Centro y que esto se logró en solo cinco meses, periodo en que las marcas ABI logran crecimientos de no más de dos puntos porcentuales”.

En tercer lugar, sostuvo que Bavaria no vulneró la cláusula de prohibición general del artículo 7 de la Ley 256 de 1996, comoquiera que siempre ha actuado con fundamento en las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial y los usos honestos en materia industrial y comercial; que el patrocinar establecimientos para que le den prioridad a la comercialización de un producto no es desleal, es simplemente competencia y, si lo que pretende CCC es que Bavaria no compita de manera efectiva, ello si constituye una restricción de la competencia en el mercado, lo cual sí es sancionable.

Y finalmente aclaró que, dado que los argumentos expuestos por CCC para fundamentar la violación de la cláusula general son los mismos empleados para fundamentar la configuración del acto consagrado en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, no es procedente analizar con fundamento en la prohibición general un comportamiento que encuadra en otro tipo desleal.

CONSIDERACIONES

Agotadas todas las etapas procesales y dado que no se advierten nulidades que impidan proferir la sentencia, se decide la instancia en los siguientes términos:

1. Legitimación:

De acuerdo con el artículo 21 de la Ley 256 de 1996 “(...) cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado, cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 20 de esta ley”.

En este caso está claro, y así se verá a lo largo de la presente providencia, que CCC participa en el mercado de la cerveza en Colombia, aspecto que, por demás, no ha sido cuestionado en el proceso.

De otro lado, los intereses económicos de CCC podrían verse afectados en caso de demostrarse la comisión de los comportamientos atribuidos a Bavaria, pues habría visto restringido su acceso

al mercado y con ello frustrada su posibilidad de generar los ingresos necesarios para mantenerse en él.

2. Sobre la excepción de prescripción:

Teniendo en cuenta que de acuerdo con el inciso tercero del artículo 282 C.G.P. “Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes (...)”, corresponde analizar la excepción de prescripción propuesta, pues esta, en caso de prosperar, lleva a que se rechacen todas las pretensiones de la demanda. Sin embargo, se advierte, desde ya, que esta excepción no habrá de prosperar.

De conformidad con el artículo 23 de la Ley 256 de 1996 “Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de realización del acto”. Como se observa, bajo la regulación de la ley de competencia desleal existen dos formas diferentes e independientes bajo las cuales puede configurarse la prescripción, una de dos (2) años cuyo punto de partida para el cómputo está asociado al momento en que el legitimado conoció de la realización del comportamiento y, por supuesto, de la persona que lo realizó. Y otra de tres años (3) cuyo punto de partida para su cómputo está asociado al momento de realización de la conducta al margen del conocimiento que de ella tenga el legitimado.

En la contestación de la demanda se exponen diversas razones por las cuales, según la accionada, en este caso se configura la prescripción, aunque todos los supuestos fueron alegados bajo la modalidad de prescripción de dos (2) años. Así, cada uno de ellos será explicado y descartado en las líneas siguientes.

En primer lugar, puso de presente la demandada que “CCC es el resultado de la operación de concentración empresarial entre las multinacionales Postobón S.A. y Compañía de Cervecerías Unidas”. Agregó que esta última sociedad es controlada por el Grupo Luksic y Heineken International. Según dijo, esta no es la primera vez que se cuestionan los contratos de patrocinio de Bavaria, ya que en el año 2007 Heineken International presentó una denuncia ante la SIC por dicho tema, lo que terminó en una investigación administrativa cuyo resultado fue el archivo de la investigación por no haberse demostrado que los contratos hubieran impedido el acceso de Heineken al mercado. A juicio de la demandada, “puede afirmarse que Heineken International, uno de los accionistas de CCC, conocía por lo menos desde el año 2007 que Bavaria suscribía contratos de patrocinio para fomentar la venta de sus productos. Teniendo en cuenta que entre el 2007 y el 2019, año de presentación de la demanda, han transcurrido 12 años, es forzoso concluir que esta acción por competencia desleal se encuentra prescrita”. Agregó a lo anterior que no puede permitirse que el cambio en la forma en la que Heineken International realiza su operación, pasando de hacerlo de manera directa a hacerlo a través de CCC, cambie el hecho de que la acción se encuentra prescrita “pues el admitir que la creación de una nueva sociedad crea una especie de velo corporativo que reinicia el término de prescripción y relegitima a sus accionistas para iniciar una acción por competencia desleal, es crear una patente de corso para desconocer la prescripción o caducidad de una acción”.

Para resolver este planteamiento es importante comenzar por recordar de manera precisa de qué se trata este caso, especialmente si consideramos que la configuración de la prescripción se alega partiendo de un entendimiento tergiversado del contenido de la demanda, pues el fundamento de la acusación no es el mero hecho de haberse suscrito exclusividades por parte de Bavaria, **sino la posible restricción en el mercado generada por dichas cláusulas, a partir del año 2017, debido al incremento desmesurado que se produjo en dicho año.**

En efecto, si se lee con detenimiento el escrito de demanda puede apreciarse que, en los fundamentos de derecho, al momento de exponerse argumentos en torno a la configuración del acto de competencia desleal contemplado en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 se afirma: “En el presente caso, teniendo en cuenta la definición de la conducta desleal y los hechos que sirven de fundamento a la presente acción, es evidente que la conducta desplegada por la accionada tipifica la conducta denunciada, pues con el incremento desmesurado de los contratos de patrocinio por parte de Bavaria a partir del 2017, empresa que tiene posición de dominio, disminuyó la competencia, pues Central Cervecera de Colombia S.A.S. no puede acceder a estos para comercializar sus productos y lograr competir con quien ostenta posición de dominio”¹. Lo que deja ver con claridad que lo que fundamenta la demanda no es el mero hecho de que Bavaria haya suscrito exclusividades, sino que haya suscrito una cantidad tal, a partir del año 2017, que con ellas genera efectos negativos en la competencia.

Incluso para CCC resulta claro que la configuración de la conducta requiere más que el solo hecho de suscribir pactos de exclusividad, pues como se lee en otro aparte de la demanda: “(...) la norma en comento (refiriéndose al artículo 19 de la Ley 256 de 1996) no considera desleales de manera general todos los pactos de exclusividad, sino únicamente aquellos que tengan la capacidad de producir un efecto sustancial en la disminución de la competencia”². Todo lo cual confirma que este caso no se trata simplemente sobre las exclusividades firmadas por Bavaria en algunos establecimientos en los que se comercializa cerveza, sino sobre la determinación de una presunta restricción de los competidores, entre ellos CCC, generada con dichas exclusividades debido al incremento acaecido a partir del 2017³.

En línea con lo anterior, es menester dejar claro que con esto no se está queriendo significar que el acto de competencia desleal del artículo 19 tiene como presupuesto de configuración el incremento desmesurado o exponencial de cláusulas de exclusividad, pues es evidente que la norma no señala tal cosa. Así como tampoco puede afirmarse, como más adelante habrá de explicarse con suficiencia, que el acto se configura por el mero hecho de que se pacten exclusividades en contratos de suministro. Lo que va a abrir paso a la configuración del acto es el efecto o la potencialidad de las cláusulas de generar restricciones en el mercado. Por ello, el término de prescripción no puede comenzar a computarse, como lo pretende Bavaria, siguiendo como criterio el conocimiento del demandante acerca de la mera existencia de las exclusividades, pues lo que va a determinar el conteo tiene que estar asociado necesariamente a la comisión de la conducta que, en este caso, dice la demandante, data del año 2017, momento para el cual comenzó a producirse la restricción y con ello la configuración de la conducta que fundamenta las pretensiones.

Ahora bien, al hacerse la fijación del litigio durante la audiencia inicial, se dejó claro en qué consistía este proceso dejándolo establecido en los siguientes términos (punto dos de la fijación):

“De no configurarse la prescripción, debe establecerse si existió un incremento desmesurado en la suscripción de contratos de patrocinio a partir del año 2017 entre Bavaria y diferentes propietarios de establecimientos en los que se comercializa cerveza, y si debido a ello esta sociedad ha incurrido en los actos de competencia desleal de: pactos desleales de exclusividad contemplado en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 y violación a la prohibición general establecida en el artículo 7 de la misma ley”.

¹ Páginas 9 y 10 de la demanda.

² Página 8 de la demanda.

³ En el mismo sentido, el hecho 15 de la demanda dice: “La estrategia de Bavaria de crecer lo más rápido posible los contratos de patrocinio está orientada a obstruir la participación de la accionante en el canal *on premise*. Ese incremento de 9.952% en establecimientos con contratos de patrocinio en el año 2017, que representa la cifra de 13.535 establecimientos con contratos de patrocinio con la sociedad con posición dominante, excluyó a mi representada contratar con los propietarios de estos establecimientos de comercio, reduciendo en consecuencia la posibilidad de competir”:

Nótese que allí se fue bastante preciso en cuanto a que la acusación no se centra en la simple suscripción de acuerdos de exclusividad sino en el incremento desmesurado de los contratos de patrocinio que tuvo lugar a partir del 2017 (el que se acusa como el momento en que comienza a generarse la restricción). Frente a ello, el apoderado de Bavaria presentó recurso de reposición **sin cuestionar el hecho de que la acusación estuviera relacionada con hechos que presuntamente tuvieron lugar a partir del 2017, sino que se limitó a cuestionar los presupuestos que dan lugar a la configuración de la conducta de pactos desleales de exclusividad contenida en la ley de competencia desleal**. Al respecto, el apoderado afirmó en la hora 3:42:20 de la audiencia inicial:

“le quisiera solicitar al Despacho que se modifique la fijación del litigio en cuanto que considero que si el crecimiento de las clausulas de exclusividad es desmesurado o no lo es, es irrelevante para definir si se genera una práctica de competencia desleal por violación del artículo 19 o por violación del artículo 7 de ley 256 del 96, en tanto en cuanto lo que importa respecto de los pactos de exclusividad es que tengan por objeto o como efecto impedir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución. En ese sentido podría haber un crecimiento desmesurado de las exclusividades que no produzca esos efectos y por lo tanto no es ilegal y también podría suceder que el incremento no fuera desmesurado y que sí generara ese efecto. En ese sentido mi solicitud está en modificar la fijación del litigio en esos términos, en que, pues para que los pactos de exclusividad, como tanto se ha dicho acá, que el propio Dr. Rubio lo reconoce, no necesariamente son ilegales los pactos de exclusividad pues solamente comportan una competencia desleal cuando tienen la intención o el efecto de impedir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución de un producto”.

Sobre la base de lo anterior, resulta claro que para efectos del cómputo del término de prescripción de dos (2) años no puede tenerse un punto de partida anterior al 2017 pues es ese año el de la presunta realización de las conductas de competencia desleal que fundamentan la demanda.

Incluso, ningún sentido tiene interpretar que este caso tiene que ver con hechos anteriores al incremento de las exclusividades que se dice ocurrió en 2017, cuando la misma Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución No. 24329 de 2016 señaló que, a pesar de las exclusividades suscritas para esa época, aquellas no resultaban significativas en relación con las ventas nacionales de cerveza⁴. De ahí que resulte suficientemente claro que la alegación en este caso corresponde a lo ocurrido después del año 2016, es decir en el 2017 cuando, según la demandante, se generó un incremento desmesurado de las exclusividades a partir del cual, ahora sí, se generó restricción en el mercado.

Puestas de este modo las cosas, no es posible acoger el argumento según el cual la prescripción se configura porque entre el año 2007 y el año 2019, este último de la presentación de la demanda, han transcurrido 12 años, pues lo cierto es que, como se explicó, el cómputo no podría iniciar en una fecha anterior al 2017.

Aunque lo anterior es suficiente para descartar el primer argumento de Bavaria, es pertinente anotar otro aspecto que no se puede dejar de lado y tiene que ver con que no es posible contar el término prescriptivo desde el 2007 como lo ha señalado al sustentar la excepción. Ciertamente, el hecho de que la compañía Heineken International tuviera conocimiento de unos hechos específicos en el 2007 (hechos que como ya se explicó no son los que fundamentan la pretensión) y que dicha compañía sea accionista de CCC, no lleva a que se concluya que CCC conoció de esos específicos hechos en el 2007. No se puede perder de vista que la prescripción, en general, se abre paso cuando quien pudiendo demandar no lo hace dentro del término que para el caso concreto establezca la ley. De manera que, si CCC nació como sociedad en el año

⁴ Páginas 31 y 32 de la Resolución

2014, según se puede apreciar en su certificado de existencia y representación legal⁵, carecería de toda lógica contar el término de prescripción a partir del año 2007 cuando lo cierto es que CCC ni siquiera existía para ese momento. De hecho, bajo la tesis de Bavaria, la prescripción en ese caso ocurriría en el 2009 mientras que CCC no existiría hasta el 2014, momento para el cual, siguiendo el argumento de Bavaria, nacería con las acciones prescritas pese a que nunca estuvo en posibilidad de presentar una demanda antes del 2014.

En suma, las cuentas de Bavaria serían aplicables a un caso en el que los hechos configurativos de competencia desleal fueran del 2007 y en el que además la demandante fuera Heineken International. Pero la realidad de este expediente es que los hechos son del año 2017 y la demandante es la sociedad CCC.

Como segundo argumento, para sustentar la configuración de la prescripción, Bavaria planteó que en todo caso el “conocimiento sobre los contratos de patrocinio habría sido pasado de Heineken International a CCC, por ser uno de sus accionistas, por lo que desde el año 2015 (anexos No,8, 11, 12) en que se creó sabría de los contratos de patrocinio e, igualmente, la acción por competencia desleal de CCC también estaría prescrita”.

Para contestar a este argumento basta recordar la explicación en la que con claridad se estableció que para efectos del cómputo del término de prescripción de dos (2) años no puede tenerse en este caso un punto de partida anterior al año 2017, pues es ese año el de la presunta realización de las conductas de competencia desleal, razón por la cual no es viable hacer el conteo desde el año 2015.

Para finalizar, Bavaria argumentó otro supuesto de prescripción señalando que en la Resolución 24329 de 3 de mayo de 2016 el Superintendente de Industria y Comercio realizó un análisis detallado y minucioso sobre las exclusividades pactadas por Bavaria, presentando el número que se tenían en dicha época y concluyendo que no eran significativas con el volumen de ventas de cerveza. Agregó que CCC actuó como tercero interesado en el trámite mencionado y presentó múltiples consideraciones sobre las exclusividades. Así, dado que el artículo cuarto de la Resolución 24329 de 2016 ordenó notificar el contenido de la resolución a CCC, concluye Bavaria que desde el año 2016 la demandante sabía de la existencia de las exclusividades que ahora reprocha y, en consecuencia, de los presuntos actos de competencia desleal contenidos en la demanda.

Como es evidente a esta altura de la providencia, el argumento de Bavaria debe ser descartado debido a que el cómputo de la prescripción no puede realizarse a partir del 2016 si tenemos en cuenta que la presunta realización de los actos de competencia desleal tiene lugar a partir del año 2017, por lo que antes de dicha anualidad no puede hacerse conteo alguno.

Para finalizar este capítulo de la providencia, descartados como quedaron los argumentos presentados por Bavaria, corresponde dejar claro que en este caso no se configura la prescripción de los dos (2) años alegada puesto que no aparece dentro del expediente que desde el conocimiento de las conductas presuntamente desleales hayan pasado dos años sin que se presentara la demanda. Al respecto téngase en cuenta, en primer lugar, que los comportamientos presuntamente desleales datan del año 2017. Y, en segundo lugar, que para determinar si pasaron los dos años desde que CCC tuvo conocimiento de ellos es necesario establecer cuando los conoció, pues sin dicha información no se tiene el punto de partida para el cómputo del término.

Sin embargo, no existe prueba que permita determinar con alguna precisión la fecha en que CCC conoció del incremento desmesurado de las exclusividades que, según se dice en la demanda,

⁵ Allegado con la demanda.

tuvo lugar en el 2017. Debido a ello no es posible afirmar que para el momento de presentación de la demanda, esto es, el 13 de mayo de 2019, hubieran transcurrido más de dos años desde el conocimiento de los comportamientos cuyo reproche se pide a esta autoridad y en esa medida no hay lugar a que prospere la excepción de prescripción.

3. Análisis de los actos de competencia desleal en el presente caso:

3.1. Sobre los pactos desleales de exclusividad (art. 19 de la Ley 256 de 1996):

De conformidad con el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 “Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras estas sean de propiedad de los entes territoriales”.

Esta norma ha sido de escaso desarrollo al interior de la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de facultades jurisdiccionales, puesto que son escasos también los procesos en que este tema ha tenido que ser desarrollado. De ahí que sea importante que en la presente sentencia se hagan algunas precisiones teóricas acerca de la deslealtad que puede derivarse de la suscripción de pactos de exclusividad a la luz de Ley 256 de 1996 y dentro del contexto fáctico que interesa a este asunto.

Esta conducta se enmarca de manera muy específica dentro del escenario de los contratos de suministro, dentro de los cuales el legislador consideró reprochable pactar cláusulas de exclusividad, aunque no en términos absolutos. Es decir, que no se considera desleal el mero hecho de pactar exclusividades dentro de los contratos de suministro, pues al menos en principio los participantes del mercado gozan de libertad para hacerlo, sino que ese tipo de pactos van a encontrar un límite dentro de la ley 256 de 1996 que, en caso de sobrepasarse, convierte el comportamiento en una conducta desleal.

Ahora bien, lo que en principio es un ejercicio de la libertad de la que gozan los participantes del mercado, esto es, la posibilidad de pactar exclusividades dentro de los contratos de suministro, se convierte en un acto reprochado por la ley de competencia desleal cuando los pactos generan, o pueden generar, algunos efectos negativos dentro del mercado que se concretan en: **1.** que se reduzca la competencia **2.** o que se anule la competencia. En relación con lo anterior, cuando la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 afirmó que “El objeto o el efecto de la cláusula de exclusividad se contrae a reducir la competencia - en cuanto restringe el acceso de los competidores al mercado -, o a anularla - si tiene como consecuencia monopolizar la distribución de productos o servicios”⁶. Dijo la Corte Constitucional dentro de esta misma sentencia que “(...) El veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. Por ello si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia (...)”. Dejándose claro de esta forma que las cláusulas de exclusividad que se encuentran prohibidas por las normas sobre la leal competencia son solamente aquellas que causan, o pueden causar, los mencionados efectos negativos.

Ahora bien, la determinación de la restricción a la competencia debe mirarse y analizarse a tono con las circunstancias fácticas de cada proceso puesto que la norma no establece que sea una

⁶ Sentencia C-535 de 1997 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz

cantidad específica de pactos de exclusividad la medida necesaria para considerar que se está generando un efecto real o potencial de restricción de la competencia. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia antes citada dio luz sobre algunas circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta a la hora de determinar la restricción así:

“(…) La norma sería inconstitucional si comprendiera, sin discriminación alguna, todos los pactos de exclusividad. En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.

Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente”.

Todo lo cual confirma que serán las circunstancias propias de cada caso que se analice las que determinen si la suscripción de pactos de exclusividad genera, o al menos tienen la potencialidad de hacerlo, la reducción o la anulación de la competencia.

Finalmente, cabe anotar que esta conducta, al igual que ocurre con varios de los actos de competencia desleal tipificados en la Ley 256 de 1996, admite su configuración bajo dos modalidades distintas, lo cual se extrae del artículo 19 cuando señala que hay deslealtad “(…) cuando dichas cláusulas tengan **por objeto o como efecto (…)**”. Lo que significa que, de un lado, la conducta se configura si las cláusulas de exclusividad causan el efecto perjudicial que se pretende evitar y, del otro, se configura si son aptas para generar el efecto indeseado en el mercado, es decir, cuando tienen al menos la potencialidad de causar la restricción o la anulación de la competencia.

Sobre esto último, es importante tener en cuenta que en materia de competencia desleal cuando se reprochan conductas que tengan “por objeto”⁷ no se hace referencia a la intención del agente presuntamente desleal de cometer el comportamiento, sino a la capacidad o potencialidad de un comportamiento de generar el efecto negativo que la ley pretende evitar, aspecto que merece comentarios adicionales teniendo en cuenta que durante los alegatos de conclusión el apoderado de Bavaria sostuvo que en el proceso se demostró que la “**intención**” de la demandada no era restringir la libre competencia y que las cláusulas no tienen el “**efecto**” de restringir. Agregó que el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 no habla de potencialidad y que ese no es un “verbo rector” dentro de dicha conducta. Empero, sorprenden tales afirmaciones, no solo porque la norma si lo dice, sino porque de antaño está claro a qué se refiere la ley de competencia desleal cuando usa la expresión “por objeto” y lo irrelevante que resulta el elemento intencional a la hora de analizar las conductas allí tipificadas.

En materia de competencia desleal, para efectos de la configuración de las conductas, es irrelevante la intención del demandado al ejecutar el comportamiento reprochable. Esto significa que un acto desleal puede tener ocurrencia al margen de si el demandado quería o no generar el efecto perjudicial que la ley pretende evitar. Piénsese por ejemplo que un participante del mercado comercializa un producto que debido a sus características de presentación está

⁷ Por ejemplo, los comportamientos desleales establecidos en los artículos 8, 9, 10, 11, 12 Ley 256 de 1996.

confundiendo a los consumidores. En tal caso, aun cuando aquel empresario no tuviera la intención de confundirlos, no por ello se vería eximido de haber infringido la ley de competencia desleal y en esa medida la conducta se le podría atribuir con independencia de su intención, pues el solo efecto perjudicial es reprochado por la Ley.

Descartada así la intención como elemento para la configuración de las conductas desleales, es evidente que cuando la norma usa la expresión “por objeto” se refiere entonces a algo distinto. Para determinarlo podemos remitirnos al artículo 20 de la Ley 256 de 1996 en el que se habla de la acción declarativa y de condena y de la acción preventiva o de prohibición. Estas propiamente no son “acciones” como lo denomina la norma, sino que son los diferentes tipos de pretensiones que se pueden formular en un proceso de competencia desleal, las cuales siempre se tramitan bajo el mismo tipo de acción que es la de competencia desleal regida por las normas del proceso verbal regulado en el Código General del Proceso.

Siguiendo con lo anterior, es posible formular en el proceso pretensiones declarativas y de condena. Al respecto, señala el numeral 1 del artículo 20 que “El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante (...)”. Pero, además, es posible formular pretensiones preventivas o de prohibición, sobre las cuales la norma señala en su numeral 2 que: “La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno”.

En ese orden de ideas, nótese que la ley de competencia desleal habilita la posibilidad de formular la pretensión incluso cuando el acto de competencia desleal no se ha materializado o cuando habiéndose realizado no ha causado daño. En otras palabras, se juzgan bajo las normas de competencia desleal no solo las conductas que se han materializado o que produjeron efectos, sino también aquellas que solamente constituyen una amenaza, esto es, aquellas que no pasan de ser potenciales. De ahí que normas como los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 usen la expresión “por objeto o como efecto”, pues con ella quiere señalarse que esas específicas conductas se configuran no solamente cuando producen el efecto negativo (por ejemplo el efecto de confundir o el de desacreditar) sino también cuando no pasan de ser una amenaza o son potenciales, como cuando la comercialización de un producto aun no ha confundido a ningún consumidor, pero por las circunstancias en que se realiza podría llegar a confundirlos, caso en el cual la conducta de todos modos puede juzgarse como desleal.

Eso es precisamente lo mismo que ocurre con el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, bajo el cual se considera desleal pactar cláusulas de exclusividad en contratos de suministro **“cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios”**. Es decir, se reprocha no solamente el hecho efectivo de restringir o monopolizar con las cláusulas, sino que también habrá de juzgarse a quien pacte cláusulas de exclusividad que sean aptas, o que tengan la potencialidad de restringir el acceso de los competidores al mercado, o de monopolizar la distribución de productos o servicios. Todo ello al margen de la intención como antes se explicó. Lo que significa que si un participante del mercado, a partir de cláusulas de exclusividad, restringe el acceso de los competidores al mercado o monopoliza la distribución de productos o servicios, el hecho de que lo haga sin esa intención no lo exime de ser juzgado por la ley de competencia desleal.

Sea del caso recordar que de tiempo atrás esta entidad ha sostenido lo dicho, al igual que puede apreciarse que la doctrina lo ha hecho. En la sentencia No.016 de 2011 cuando fue analizado el acto de desviación desleal de la clientela afirmó la entidad que: “Es cierto que la comisión de la presente conducta no requiere de la materialización efectiva de la desviación, pues de conformidad con la norma basta con el hecho que la conducta tenga por objeto desviar la

clientela, luego si un comportamiento en el mercado está dirigido a captar o atraer clientes de manera contraria a los mencionados parámetros de conducta, -lógrese o no- sería imputable la consecuencia jurídica del artículo 8 de la Ley de Competencia Desleal, a quien lo comete”. Por otra parte, en la Sentencia No. 1050 2011 se afirmó: “En relación con los actos de confusión denunciados, primero se precisa que este acto tutela especialmente el interés del consumidor consistente en ‘garantizar su capacidad volitiva y decisoria a la hora de intervenir en el mercado’, se configura en los eventos en que se ejecuta en dicho escenario y con fines concurrenciales cualquier conducta que resulte idónea para provocar en los consumidores un error ‘sobre la identidad de la empresa de la que proceden los productos o servicios’ que se le ofrecen, sin que para su configuración sea indispensable la efectiva materialización de tal efecto perjudicial en el mercado, pues -como lo ha dejado establecido este Despacho- para ello basta la existencia de un riesgo de confusión, esto es, de la potencialidad real de la conducta en cuestión para confundir”. De otro lado en la sentencia No. 0011 de 2011 al ser estudiado el acto desleal de descrédito afirmó la entidad: “De hecho para que la conducta de un empresario pueda considerarse como de ‘descrédito’ de las prestaciones o actividad empresarial de un competidor, debe realizarse la emisión o divulgación de manifestaciones que sean inexactas, falsas e impertinentes y que resulten aptas objetivamente para perjudicar el prestigio o buen nombre del competidor en el mercado (...)”. En línea con lo anterior afirma De la Cruz, refiriéndose al descrédito, que: “Cualquiera de las hipótesis mediante las cuales se pueda tipificar el descrédito deben tener por objeto o como efecto desacreditar a un tercero. El descrédito se tipifica tanto por objeto como por efecto. En cuanto al ‘objeto’, este no tiene que ver con la intención de quien realiza la acción, sino con la potencialidad del acto mismo para desacreditar, independientemente de las intenciones que hubiere podido tener quien desacredita (...)”⁸.

Para finalizar esta explicación, valga traer a colación el dictamen elaborado por MarkUp Consultores, allegado al proceso por Bavaria para demostrar sus excepciones, ya que el propio perito de la demandada afirma que la conducta se genera por efecto o por potencialidad. Así por ejemplo en la página 12 del dictamen señala: “En conclusión, los antecedentes de la SIC y la literatura económica consultada por el perito señalan que las cláusulas de exclusividad en ventas no son por si mismos restrictivos de la competencia cuando se firman por un competidor dominante. Las circunstancias que deben evaluarse para determinar si estos acuerdos **han tenido el efecto o tienen la potencialidad** de cerrar el mercado a los rivales, son los siguientes (...)” (se destaca). Mas adelante, en la página 19 del dictamen dice: “La siguiente tabla representa las preguntas que, en opinión del perito, le permitirían al juez evaluar si en el presente caso las exclusividades de venta que tiene suscritas Bavaria **han tenido el efecto o tienen la potencialidad** de restringir al acceso de competidores al mercado (...)” (se destaca).

Hechas las anteriores precisiones, corresponde proceder a estudiar si los presupuestos de configuración de la conducta de pactos desleales de exclusividad (Artículo 19), atribuida a Bavaria, se cumplen en el presente caso.

En este proceso se encuentra aceptado, desde la contestación de la demanda, que Bavaria ha suscrito los denominados Contratos de Patrocinio. Lo anterior, por cuanto al ser contestado el hecho 7 de la demanda Bavaria afirmó que: “no es cierto que a partir de la operación de concentración empresarial se hayan empezado a suscribir Contratos de Patrocinio, pues esta clase de contratos son usuales en la industria y **han sido celebrados tanto por Bavaria** como por sus competidores y en especial por Heineken, uno de los accionistas de CCC **desde hace muchos años**” (se destaca). Esta figura de los patrocinios, según explicó el representante legal de Bavaria durante su interrogatorio (a partir de la hora 1:36:00), es una de las tantas herramientas que utilizan para incrementar las ventas. Según dijo, en el desarrollo de estos

⁸ Dionisio Manuel De la Cruz Camargo, *La Competencia Desleal en Colombia, un estudio sustantivo de la ley* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), pp.123 y 124

acuerdos ofrecen descuentos en los pedidos, arreglo de la infraestructura de los establecimientos, entrega de equipos de frío, mejoras de mobiliario, entre otros.

En el marco de algunos de los aludidos Contratos de Patrocinio es que Bavaria incluye cláusulas de exclusividad, aspecto que puede verificarse con los modelos de contrato⁹ allegados al proceso por parte de la demandada durante la exhibición de documentos ordenada por este Despacho. La exclusividad, según informó el representante legal de Bavaria (hora 2:06:20), consiste básicamente en que en el respectivo establecimiento solamente se vendan productos de Bavaria y solamente se tenga publicidad de dicha compañía, aspecto que se corrobora con el contenido de las cláusulas quinta y sexta que se aprecian en los modelos de contratos¹⁰ exhibidos. Partiendo también del contenido de los documentos exhibidos por Bavaria¹¹, se concluye que a lo largo de los años ha suscrito exclusividades en ventas con diversos propietarios de establecimientos.

Ahora bien, las condiciones particulares de estos acuerdos permiten afirmar que las cláusulas de exclusividad se pactan en el marco de contratos de suministro, aspecto que se infiere sin dificultad del contenido mismo de los contratos de patrocinio en los que se señala, en el capítulo de “consideraciones”, que “el patrocinado habitualmente adquiere para revender los productos elaborados, distribuidos o importados por La Empresa en sus Establecimientos (s)”, así como del objeto del contrato pues este se suscribe “Con el fin de apoyar el desarrollo y la permanencia del (los) Establecimiento (s) del Patrocinado (...) y propiciar el crecimiento del volumen de venta del portafolio de productos de La empresa (...)”. Igualmente, por tratarse de contratos de duración. Esta circunstancia queda clara a partir de la declaración de Santiago Ambroggio quien puso de presente que el promedio de duración de las exclusividades es en su mayoría de 12 meses, aunque algunas pueden superar ese tiempo, pero no mas de 18 meses (hora 1:54:00). Precisó igualmente durante su declaración que algunos contratos pueden llegar a los 24 meses (hora 2:04:24).

En todo caso, Bavaria no cuestionó el tipo de contrato en que pacta las cláusulas de exclusividad. Por el contrario, sus argumentos frente a la acusación están enfocados a cuestionar el hecho de que las exclusividades restrinjan el acceso de CCC al mercado y no el hecho de que los contratos en los que se pactan las exclusividades sean de suministro.

Todo lo cual permite concluir que Bavaria ha pactado cláusulas de exclusividad en contratos de suministro con diversos propietarios de establecimientos, cumpliéndose de esta manera con los primeros presupuestos para la configuración de la conducta alegada. En esa medida, resta estudiar si con dichas exclusividades se han generado, al menos de manera potencial, restricciones de la competencia pues, siguiendo lo explicado con anterioridad, no es posible juzgar como desleal el comportamiento de Bavaria a partir del solo hecho de pactar cláusulas de exclusividad en contratos de suministro.

Pues bien, para este Despacho resulta claro que en el presente caso Bavaria incurrió en la conducta de pactos desleales de exclusividad debido a que ha ejecutado comportamientos que tienen la potencialidad de restringir la competencia dentro del mercado de la cerveza. Varias razones sustentan la anterior afirmación:

Para comenzar debe destacarse, pues es fundamental para este análisis, que Bavaria no es un competidor menor dentro del mercado de la comercialización de cerveza en Colombia.

⁹ Al respecto, ver los archivos denominados “Anexo 7. Contrato Patrocinio Establecimiento (Exclusividad) 2017” y “Anexo 9. Contrato Patrocinio Establecimiento (Exclusividad) Puntos Bees 2020”.

¹⁰ Al respecto, ver los archivos denominados “Anexo 7. Contrato Patrocinio Establecimiento (Exclusividad) 2017” y “Anexo 9. Contrato Patrocinio Establecimiento (Exclusividad) Puntos Bees 2020”.

¹¹ Al respecto ver “Anexo 4. Certificación ABI-Contratos Suscritos”.

Al respecto, comencemos por traer a colación el contenido de la Resolución 24329 de 2016 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio (allegada con la demanda) de la que se extrae que dicha entidad reconoció que para ese momento la demandada contaba con posición de dominio dentro del mercado nacional de la cerveza, aspecto que fue aceptado por Bavaria al contestar el hecho 2 de la demanda. De manera que, si tenemos en cuenta que de acuerdo con el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 la posición dominante es “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”, las pruebas empiezan entonces a mostrar la importancia de la que goza esta compañía en lo que respecta a su participación dentro del mercado.

Por otra parte, Thor Borresen (Vicepresidente de Mercadeo de Bavaria) puso de presente durante su declaración que Bavaria vendió 21.300.000 hectolitros de cerveza en 2017, 22.000.000 de hectolitros de cerveza en 2018, 23.000.000 de hectolitros de cerveza en 2019 y 21.000.000 de hectolitros de cerveza en 2020 (Hora 1:10:08). Visto de otro modo, y según las explicaciones dadas por el testigo, la participación de Bavaria dentro del mercado colombiano en 2015 estuvo entre el 98% y 99% y que en la actualidad se encuentran en un 95,9% (minuto 54:16, 55:00). Tras ser indagado el testigo acerca de si desde el 2016 hasta la fecha actual esa participación dentro del mercado había sido inferior al 95%, este señaló que sí. Sin embargo, dejó claro que eso ocurre en algunos meses específicos especialmente en los de cierre de año, pues son temporadas en las que hay factores que afectan su desempeño (minuto 55:23). Lo dicho deja claro que Bavaria cuenta con una importante posición dentro del mercado. De hecho, este mismo testigo señaló que entre Bavaria y CCC representaban el 99.7% o 99.8% del mercado (minuto 52:29), e incluso precisó que el líder es Bavaria y que después estaba CCC, en seguida Asahi y finalmente algunas marcas de cerveza artesanal o algunas cervezas importadas (minuto 45:15). Respecto a la participación de CCC, afirmó que comenzó con un 1% o 1.5% de participación en el 2015 y que actualmente debe estar alrededor de un 4% (minuto 47:10).

Así las cosas, resulta claro que Bavaria es una compañía que ha ostentado, ostenta y ha mantenido a lo largo de los años gran poder dentro del mercado de la cerveza en Colombia, en el cual incluso ha tenido posición de dominio reconocida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el 2016. Pero además de manera posterior a dicho reconocimiento también ha contado con una altísima participación, siendo tan alta que entre Bavaria y el segundo participante del mercado, esto es CCC, representan casi la totalidad de los hectolitros de cerveza que se venden en Colombia. Aunque valga decirlo, este segundo participante está bastante lejos, en términos porcentuales, del número de participación del que goza Bavaria. Y ni que decir de los restantes participantes que, evidentemente, han de tener porcentajes bajísimos de participación si los comparáramos con el de Bavaria.

Siguiendo con el análisis, se encuentra demostrado que Bavaria en su ejercicio de comercialización de cerveza y contando con la posición privilegiada de la que ha gozado, ha suscrito cláusulas de exclusividad con diversos propietarios de establecimientos. La suscripción de dichas cláusulas, de acuerdo con el dictamen pericial allegado por Bavaria y que fue elaborado por MarkUp Consultores, se ha comportado a lo largo de los años de la siguiente manera:

Tabla N° 3 Porcentaje de establecimientos en los que BAVARIA tiene exclusividades del total nacional

Establecimientos con contratos de exclusividad con BAVARIA			
Periodo (semestre)	Establecimientos con cláusulas	Universo de establecimientos que venden cerveza	Porcentaje sobre el total nacional (%)
Julio – Dic 2016	191		
Enero-jun 2017	4.549,00	484.549,00	0,94
Julio-dic 2017	13.535,00	484.549,00	2,79
Enero-jun 2018	40.953,00	481.805,00	8,50
Julio-dic 2018	28.022,00	500.109,00	5,60
Ene -jun 2019	28.211,00	489.707,00	5,76
Jul-dic 2019	28.204,00	483.528,00	5,83
Ene- jun2020	28.191,00	480.552,00	5,87

(Extraído del dictamen pericial allegado por Bavaria)

Como se puede ver en la tabla anterior, si bien en el periodo de julio a diciembre de 2018 se aprecia una disminución respecto de lo que había ocurrido en enero a junio de 2018, lo cierto es que en términos porcentuales la cantidad de establecimientos con cláusulas de exclusividad casi siempre ha ido en aumento. De hecho, es cierto, como se afirma en la demanda a modo de punto de partida de la configuración de la conducta, que hubo un incremento desmesurado a partir del año 2017, pues Bavaria pasó de tener 191 exclusividades en el periodo de julio a diciembre de 2016, a tener 13.535 exclusividades en el mismo periodo, pero del siguiente año, esto es, del 2017. Incluso hubo un incremento mas alto en el periodo de enero a junio de 2018 en el que se pasó a un 8,50% de cláusulas después de tener un 2,79%, lo que significa que Bavaria pasó en ese momento de tener 13.535 exclusividades a tener 40.953.

Ahora bien, resulta relevante tener en cuenta al hacer la lectura de la información anterior, que los establecimientos que tienen suscritas exclusividades con Bavaria, aunque no parezcan representar una cantidad alta en términos porcentuales pues como puede verse, por ejemplo, en el periodo de enero a junio de 2020, representaban un 5,87% del total de establecimientos que venden cerveza a nivel nacional, lo cierto es que representan un número más alto en lo que respecta a las ventas totales de la industria. Sobre el punto, Santiago Ambroggio (Director de Tecnología de Ventas y Televentas de Bavaria) informó durante su declaración cuanto representaron en hectolitros las ventas de Bavaria en los establecimientos con exclusividades respecto del total de las ventas de la industria en cada año así (hora 1:13:16): 18,6% (año 2017), 17,8% (año 2018), 25,4% (año 2019) y 20% (año 2020). Nótese que, aunque en los años 2017 a 2020 las exclusividades no llegaban al 6% (excepto en el periodo de enero a junio de 2018), la cantidad de cerveza que dichos establecimientos con exclusividades vendieron del total de la venta de cervezas de la industria estuvo entre el 17,8% y el 25,4%, **lo que indica que los establecimientos en los que Bavaria tiene pactados sus acuerdos de exclusividad reportan importantes niveles de ventas.**

Siguiendo la idea anterior, debe afirmarse con vehemencia que el análisis de este caso no puede hacerse desde una óptica simplista bajo la cual se concluya que no existe restricción de la competencia (ni siquiera potencial) debido a que, considerando que Bavaria ha mantenido suscritos acuerdos de exclusividad con aproximadamente el 6% de los establecimientos que venden cerveza en Colombia, se ha mantenido disponible un 94% de establecimientos para que puedan ser abordados por competidores como CCC. Tal argumento implicaría asumir que es lineal el porcentaje de exclusividades y el porcentaje de volumen que los establecimientos en que las suscribieron venden, cuando lo cierto es que este número supera con creces a aquel.

En suma, las pruebas dan cuenta de que Bavaria ha ostentado una posición privilegiada dentro del mercado, lo que se ve traducido en sus altos porcentajes de participación a lo largo de los años, así como en la posición dominante reconocida por la Superintendencia de Industria y Comercio en el año 2016. También muestran las pruebas que nos encontramos frente a un mercado en el que este participante realiza casi la totalidad de las ventas de hectolitros de cerveza y en el que el segundo participante tiene un porcentaje de participación que se aleja por mucho del porcentaje de Bavaria. Igualmente muestran las pruebas que Bavaria, teniendo el aludido poder de mercado, ha suscrito cláusulas de exclusividad en establecimientos que representan importantes ventas del total de la industria. Todo lo cual permite avanzar hacia la conclusión de que Bavaria está ejecutando una conducta potencialmente apta para restringir el acceso de los competidores al mercado de la cerveza.

Para concretar lo anunciado, hay tres circunstancias que permiten finalmente llegar a la conclusión sobre la comisión de la conducta: **1.** el aumento porcentual de las exclusividades, **2.** la capacidad mostrada por Bavaria para aumentarlas y **3.** su política interna.

En relación con el primer punto, el dictamen pericial elaborado por MarkUp Consultores deja claro que a lo largo de los años ha ido en aumento el porcentaje de establecimientos en los que Bavaria tiene exclusividades, excepto por lo ocurrido en el periodo de enero a junio de 2018 en el que se

aprecia un aumento que luego disminuyó en el siguiente periodo. Salvo por esa circunstancia, lo cierto es que las exclusividades han ido creciendo en términos porcentuales como puede apreciarse en la siguiente tabla extraída del dictamen pericial aportado al proceso por Bavaria (La marca roja fue agregada por el Despacho):

Tabla N° 3 Porcentaje de establecimientos en los que BAVARIA tiene exclusividades del total nacional

Establecimientos con contratos de exclusividad con BAVARIA			
Periodo (semestre)	Establecimientos con cláusulas	Universo de establecimientos que venden cerveza	Porcentaje sobre el total nacional (%)
Julio – Dic 2016	191		
Enero-jun 2017	4.549,00	484.549,00	0,94
Julio-dic 2017	13.535,00	484.549,00	2,79
Enero-jun 2018	40.953,00	481.805,00	8,50
Julio-dic 2018	28.022,00	500.109,00	5,60
Ene -jun 2019	28.211,00	489.707,00	5,76
Jul-dic 2019	28.204,00	483.528,00	5,83
Ene- jun2020	28.191,00	480.552,00	5,87

En relación con el segundo punto, se destaca la importancia que tiene el incremento que hubo en el periodo de enero a junio de 2018 (superior incluso al del 2017 que motivó la demanda), pues nótese que Bavaria pasó de tener un porcentaje de exclusividades de 2,79% en el periodo de julio a diciembre de 2017, a tener 8,50% de exclusividades en el periodo de enero a junio de 2018, las que sin embargo se estabilizaron en los años siguientes pues siempre se mantuvieron entre el 5,60% y el 5,87%. Lo expuesto permite concluir que Bavaria cuenta con la capacidad de aumentar sustancialmente las exclusividades, ya que ha mostrado que tiene la capacidad suficiente de infraestructura para comprometerse cuando menos con 40.953 exclusividades, aun cuando en los periodos posteriores haya sobrepasado solo un poco las 28.000.

Y si lo anterior fuera poco, que no lo es, el tercer punto nos lleva a hablar de la política de Bavaria respecto al número de exclusividades que considera válido suscribir, la que muestra que no solo tiene infraestructura para aumentar las exclusividades sino también la disposición de hacerlo. Al respecto, durante el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Bavaria, frente a las preguntas relacionadas con alguna política interna o directriz de Bavaria acerca del límite de exclusividades en ventas del que no deberían pasarse, este dio a conocer, aunque con divagación, que debería ser como máximo el 20% del total de los clientes (hora 2:25:31, 2:27:14, 2:30:18). Sin embargo, dicho porcentaje se confirma con lo dicho por Santiago Ambroggio, Director de Tecnología de Ventas y Televentas de Bavaria y quien es el encargado del monitoreo y control de las exclusividades (Minuto 56:10). Según dijo este testigo, la cantidad de puntos de venta en las áreas geográficas no debería superar un nivel máximo y que el mandato interno que tienen es que no deberían superar el 20% de los puntos de venta con contratos de exclusividad (hora 1:18:46).

Es importante poner de presente que según la declaración de Santiago Ambroggio ese 20% no se calcula sobre el total del mercado sino sobre los clientes a los que les vende Bavaria (a partir de la hora 1:22:10). No obstante, es claro para este Despacho que ese 20% en realidad se calcula sobre el total de establecimientos que comercializan cerveza en Colombia, lo que se concluye a partir de la declaración del representante legal de Bavaria, así como del dictamen pericial elaborado por MarkUp Consultores. En efecto, el representante de Bavaria frente a la pregunta

sobre si existían políticas o directrices internas de Bavaria que establecieran algún límite de exclusividades en ventas del que no quisieran pasarse, este afirmó que ese tema había sido revisado internamente y que lo que maneja la gran mayoría de abogados es un máximo de 20% del total de clientes, pero que sin embargo de los 500.000 clientes ellos estaban llegando aproximadamente a un **5%** con las exclusividades (hora 2:25:31). Agregó que 28.000 de 500.000 al final no es mucho (2:26:40). Ese número de 500.000 coincide con la declaración de Ambroggio quien afirmó que hay entre 530,000 y 550,000 puntos de venta y que Bavaria le vende a unos 370,000 (hora 1:22:10). Por su parte, como ya se vio, el dictamen pericial muestra que las exclusividades oscilaron en los últimos años entre el **5,60%** y el **5,87% respecto del universo de establecimientos que venden cerveza en Colombia** que en los últimos años oscilaron entre los 500.109 y los 480.552. De tal suerte que fue la misma Bavaria la que, con fuerza de confesión, dejó ver que el 20% de exclusividades que no deben superar, según sus decisiones internas, se calcula respecto del total de establecimientos del mercado y ello se confirma con la prueba pericial allegada por la propia Bavaria.

Así las cosas, fuerza concluir que Bavaria estaría dispuesta a llegar hasta un 20% de exclusividades pues ese es el límite que ella misma se ha trazado. Y aunque las pruebas muestren que en los últimos años no ha pasado del 6%, **lo cierto es que internamente su política le permitiría subir mucho más siempre y cuando no supere el 20%.**

Con todo lo anterior es que se llega a la conclusión de que Bavaria ha incurrido en el acto de competencia desleal de pactos desleales de exclusividad, pues la suscripción de las cláusulas, en las condiciones particulares de este caso, es potencialmente apta para restringir el acceso de los competidores al mercado. Lo anterior, teniendo en cuenta que Bavaria: **1.** Ha ostentado y ostenta un importante poder de mercado en el que incluso ha tenido posición de dominio reconocida por la Superintendencia de Industria y Comercio, **2.** Nos encontramos frente a un mercado en el que Bavaria vende casi la totalidad de los hectolitros de cerveza del mercado y en el que el segundo participante tiene un porcentaje que se aleja por mucho del de Bavaria, **3.** Bavaria, aun teniendo el aludido poder mercado, ha suscrito cláusulas de exclusividad con propietarios de establecimientos que representan importantes niveles de ventas del total de la industria.

En el contexto y en las condiciones del mercado expuesto, hay circunstancias adicionales que llevan finalmente a que el riesgo de restricción se vea con claridad puesto que: **4.** Las exclusividades, en la mayoría del tiempo, han ido en crecimiento en términos porcentuales; **5.** Bavaria ha mostrado tener la capacidad suficiente de aumentar sustancialmente las exclusividades; y **6.** Además de la capacidad tiene la disposición de llegar hasta un 20% de exclusividades.

Puestas de este modo las cosas, resulta claro que Bavaria está ejecutando en el mercado un comportamiento que puede llegar a restringir la participación de los demás competidores, puesto que la accionada goza de una participación casi absoluta y aun así ha vedado la posibilidad a sus competidores, entre ellos CCC, de acceder a establecimientos que tienen importantes volúmenes de venta de cerveza. Y aunque la demandante ha logrado concurrir con la venta de sus productos, lo que preocupa en este caso es que Bavaria llegue al punto de eliminar a sus competidores a partir de una estrategia de suscripción de cláusulas de exclusividad y con ello genere una pérdida de competitividad dentro del mercado de la cerveza en Colombia afectando drásticamente el escenario competitivo deseable en el que los consumidores se benefician de la pluralidad de competidores. Y es que no resulta difícil concluir que este riesgo de restricción existe porque es claro que Bavaria tiene la capacidad y la disposición de aumentar el porcentaje de cláusulas que ya tiene suscritas que, aunque en los últimos años no hayan superado el 6%, pueden llegar a ser del 20%, y lo que es peor, pueden llegar a suscribirse con establecimientos que generan importantes volúmenes del total de ventas de la industria, como se demostró que ya ha pasado. Todo lo cual puede llevar a reducir la posibilidad de crecimiento de los demás empresarios, entre ellos CCC, y eso que ya Bavaria vende, en el peor de los casos, el 95% de los hectolitros que se venden a nivel nacional.

La conclusión sobre la configuración de la conducta no varía por las conclusiones del dictamen pericial elaborado por MarkUp Consultores, ya que los fundamentos de dicha prueba carecen de solidez como quedó evidenciado durante la audiencia de contradicción.

Una de las preguntas que planteaba el dictamen era la siguiente: “3.5. De acuerdo con la teoría económica y las respuestas anteriores, ¿las exclusividades de venta que tiene suscritas Bavaria han tenido el efecto o tienen la potencialidad de restringir el acceso de CCC como competidor del mercado?” (página 19 del dictamen). En este punto el perito afirmó en el dictamen: “La siguiente tabla representa las preguntas que, en opinión del perito, le permitirían al juez evaluar si en el presente caso las exclusividades de venta que tiene suscritas Bavaria han tenido el efecto o tienen la potencialidad de restringir el acceso de competidores al mercado. Como están planteadas las preguntas, el responder afirmativamente alguna de las preguntas le permitiría al evaluador identificar que hay indicios suficientes para concluir que la conducta no tiene efectos restrictivos”. La tabla que aparece en el dictamen se muestra a continuación y fue denominada en el documento como “tabla 9”:

PREGUNTA	SI	NO	EXPLICACIÓN
¿El acuerdo de exclusividad entre un productor y un comercializador han tenido el efecto o la potencialidad de disuadir a un competidor potencial igual o más eficiente de incursionar al mercado o de dificultar la permanencia? En el caso específico de la controversia entre BAVARIA y CCC, la respuesta positiva a cualquiera de las siguientes preguntas evidencia que el acuerdo de exclusividad no tiene el potencial de excluir un competidor igual o más eficiente			
a) ¿Ha podido CCC ingresar al mercado y mantener o aumentar su participación?			
b) ¿Cuenta CCC con los medios para superar las barreras de entrada identificadas del mercado y convertirse en un competidor efectivo?			
c) ¿El número de establecimientos con los que BAVARIA no firmó acuerdos de exclusividad de su producto, es lo suficientemente grande como para permitir a CCC alcanzar su escala mínima eficiente?			
d) ¿Puede el propietario del establecimiento terminar el contrato de exclusividad con BAVARIA en cualquier momento con el fin de poder vender cervezas de CCC, sin tener que pagar penalizaciones cuantiosas por terminación anticipada?			

Fuente: Elaboración MarkUP, doctrina y reglamentación consultada.

Tras analizar cada uno de estos puntos, el perito respondió afirmativamente a todas las preguntas y debido a ello llegó a la conclusión de que las exclusividades que tiene suscritas Bavaria no han tenido el efecto ni tienen la potencialidad de restringir el acceso a CCC como competidor del mercado. Sin embargo, carecen de solidez sus conclusiones si tenemos en cuenta lo ocurrido durante la audiencia de contradicción.

Respecto a la pregunta del literal “a”: cabe destacar que durante la audiencia se preguntó al perito por qué afirmaba que la conducta no solo no tenía el efecto sino tampoco la potencialidad de restringir, frente a lo cual respondió que para establecer que no había potencialidad era necesario remitirse a la tabla 9 y responder las preguntas de los literales “b”, “c” y “d” (a partir de la hora 2:28:15). Así, dado que la postura de esta sentencia se ha centrado en la configuración de la conducta bajo una modalidad potencial, no se hace necesario analizar la pregunta del literal “a”.

En todo caso, si se explorara un escenario de restricción efectiva en donde, según el perito, sí habría que responder a la pregunta “a”, resulta dudoso que haya que preguntarse si el demandante ingresó al mercado y que en caso de responderse que “sí” eso sea un indicio suficiente para concluir que la conducta no tiene efectos restrictivos. Esto resulta dudoso porque, bajo ese entendido, la única situación en la que se respondería con un “no” sería una en la que quien alega la restricción no pudo entrar al mercado y eso ocurriría porque las exclusividades se suscribieron con el 100% de los posibles clientes. Sin embargo, partiendo del dicho del propio perito, la restricción puede presentarse también en escenarios en los que no se suscriben exclusividades con el 100% de los comercializadores, de tal suerte que puede ocurrir que exista un porcentaje de establecimientos disponibles sin cláusulas y un porcentaje con cláusulas de exclusividad y aun así podríamos estar en un mercado con restricción (Minuto 58:18 y 59:50). En esa medida, carecería de lógica preguntarse, de entrada, si el competidor pudo ingresar al mercado, pues es posible que la respuesta sea que “sí” y no por ello habría un indicio de que la conducta no tiene efectos restrictivos.

Partiendo de la explicación del perito mostrada en el párrafo anterior, en sentir de este Despacho, el hecho de que CCC haya ingresado al mercado y aumentado su cuota de participación, como lo muestra el dictamen en la “Tabla No. 10 Volumen hectolitros vendidos CCC + MOLSON y porcentaje sobre el total nacional”, no debe llevar tampoco a que se concluya que en este caso no hay, al menos, una restricción potencial de la competencia, pues es posible que CCC esté creciendo dentro del porcentaje de los establecimientos que no tienen firmadas exclusividades y aun así haya una restricción o sea inminente la restricción de la competencia dentro del mercado, tal y como el perito lo explicó en la audiencia.

Respecto a la pregunta del literal “b”: En este punto el perito concluyó que “CCC cuenta con los medios para superar las principales barreras de entrada en este mercado al contar con el **músculo financiero**, el **portafolio de marcas** y la **red de distribución** suficiente para consolidarse en el mercado (...)”. Esta conclusión carece de toda solidez puesto que el perito para llegar a ella usó como fuente la Resolución 24329 de 2016 pero, tal como lo manifestó en la audiencia, no verificó ni la **situación financiera**, ni el **portafolio de marcas**, ni la **red de distribución** que tenía CCC durante los años posteriores abarcados por el dictamen, esto es, 2017, 2018, 2019 y 2020 (hora 1:45:01, 1:46:53, 1:47:13). De manera que su conclusión estuvo basada en información no corroborada y por tanto no puede considerarse que tenga solidez.

Respecto a la pregunta del literal “c”: En este punto concluyó el perito que “El porcentaje de establecimientos de comercio con los cuales Bavaria tiene firmados contratos de exclusividad está por debajo del 10%, lo cual demuestra que los pactos de exclusividad no le impiden a CCC alcanzar su ‘masa crítica’ de clientes”. Esta afirmación del perito tampoco se advierte sólida.

Al respecto, durante la audiencia se le preguntó si cuando se habla de que CCC pueda alcanzar su masa crítica de clientes se hace referencia a cuantos clientes necesita para reducir sus costos a lo mínimo. Este precisó que se hace referencia a cuantos clientes necesita CCC para poner en el mercado tantas cervezas como para alcanzar sus costos mas bajos (minuto 41:42).

Después se le preguntó si pudo determinar con cuantos acuerdos de exclusividad firmados por Bavaria podría decirse que hay tantos que CCC ya no puede alcanzar su masa crítica de clientes, a lo cual respondió que eso no se pudo determinar. Según dijo, eso no fue parte de su estudio porque se necesitaría la información de CCC para poder llegar a una conclusión (minuto 42:30).

Teniendo en cuenta esa respuesta, se procedió a preguntar cómo determinó entonces que el porcentaje de establecimientos con los que Bavaria tiene firmados contratos de exclusividad no le impiden a CCC alcanzar su masa crítica de clientes, si no sabe con cuantos se vería imposibilitada para alcanzar esa masa crítica. Frente a esta pregunta respondió que “por la lógica del mercado residual” (minuto 43:48).

A continuación, este Despacho preguntó al perito, partiendo de que hay un 94% residual, si no tuvo acceso a la información de CCC, ¿cómo sabe que en ese 94% tiene como alcanzar su masa crítica? Frente a esto afirmó el experto que es lo suficientemente grande como para poder atender el mercado. Aseguró que simplemente es un tema de sentido común pues es tan grande el 95% de establecimientos que quedan disponibles, que si fuese mas grande tal vez se habría preocupado, como si hubiese sido del 20% 25% o 30% de tenderos acaparados. Insistió en que es tan grande el 95% de tenderos que se ve que hay una gran posibilidad de mercado para ser atendido por CCC (minuto 49:50).

Mas adelante, tras preguntarse al perito si era posible determinar cuanto es el máximo de cláusulas de exclusividad que Bavaria puede suscribir para que no se hable de una restricción del acceso de los competidores al mercado, este afirmó que sería posible si CCC revelara su escala mínima eficiente. Expresó que mientras no se tenga ese dato “uno lo que se queda es con el sentido común del otro lado”, con la regla de la experiencia sobre que el 95% es muy grande “y usted tiene todo para conquistarlo” (minuto 57:00).

Teniendo en cuenta las anteriores citas extraídas de la audiencia, se concluye que no hay certeza de que CCC realmente tenga como alcanzar su masa crítica de clientes con el porcentaje disponible de establecimientos. Esa falta de certeza proviene de que el perito no hizo una verificación de ese hecho, y lo cierto es que la conclusión a la que llega no es nada distinto a una suposición que el experto ampara en una regla de la experiencia o en su sentido común, pero que a decir verdad carece de comprobación en un escenario que es real y que es el que interesa a este caso. Esta falencia del dictamen no es menor, pues si el perito asegura con vehemencia y a modo de conclusión que “El porcentaje de establecimientos de comercio con los cuales Bavaria tiene firmados contratos de exclusividad está por debajo del 10%, lo cual demuestra que los pactos de exclusividad no le impiden a CCC alcanzar su ‘masa crítica’ de clientes”, era fundamental que tal conclusión estuviera sólidamente soportada y no basada en suposiciones no corroboradas.

Respecto a la pregunta del literal “d”: En esta pregunta la conclusión del perito consistió en que “en los acuerdos de exclusividad no existen penalizaciones significativas por terminación anticipada del contrato que incrementen los costos de salida de los propietarios de establecimientos de comercio en el sentido de desalentarlos de su intención de pasarse a CCC, en caso de que este último les ofreciera condiciones más favorables”. Al respecto, es cierto que los contratos de patrocinio no contienen penalizaciones. Sin embargo, no considera este Despacho que sea posible afirmar que una terminación anticipada no incremente los costos de salida de los propietarios de los establecimientos. Dos razones sustentan lo anterior. En primer lugar, en los contratos puede apreciarse que es posible que se entreguen bienes en comodato, por ejemplo, los equipos de frio¹², lo que puede implicar para el propietario del establecimiento la devolución de los bienes entregados en caso de terminación del contrato. En relación con esto, aunque según Santiago Ambroggio el salirse del contrato no tiene ninguna penalidad ni tampoco significa que vayan a despintar el lugar o quitarle las mesas (hora 1:38:04), no puede perderse de vista que en todo caso los contratos allegados muestran que puede existir entrega de bienes en comodato, con las implicaciones jurídicas que por supuesto eso tiene. En segundo lugar, la terminación de la exclusividad puede implicar para el propietario del establecimiento dejar de obtener descuentos por parte de Bavaria¹³. Estas dos circunstancias permiten afirmar que la terminación anticipada del contrato sí puede acarrear unos costos para el propietario del

¹² Al respecto, ver los archivos denominados “Anexo 7. Contrato Patrocinio Establecimiento (Exclusividad) 2017”, “Anexo 9. Contrato Patrocinio Establecimiento (Exclusividad) Puntos Bees 2020”, “Anexo 12. Contrato Patrocinio – Rey Budweiser – Diamante”

¹³ Según lo dicho por el representante legal de Bavaria en el marco de los patrocinios se ofrecen, entre otros, descuentos (hora 1:36:00). Igualmente, en el documento denominado “Anexo 12. Contrato Patrocinio – Rey Budweiser – Diamante”, allegado durante la exhibición de documentos de Bavaria, puede apreciarse que se ofrecen descuentos mensuales.

establecimiento. De cualquier manera, aunque a esta pregunta se respondiera que “sí”, lo cierto es que ya se han expuesto razones suficientes en esta providencia para concluir que en el presente caso sí existe la potencialidad de restringir la competencia.

Partiendo de la anterior argumentación, si basáramos el estudio de este caso en el test propuesto por el perito, la conclusión no podría ser a la que llegó el experto, pues es cuestionable, por falta de solidez, el camino que lo llevó a responder que “sí” a cada una de las preguntas. En todo caso, debe quedar claro que no se está asumiendo en esta providencia que para determinar la configuración de la conducta de competencia desleal consagrada en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 el procedimiento a seguir es el de dar respuesta al test analizado. En realidad, la razón por la que se expusieron los anteriores argumentos estriba en la necesidad de exponer por qué no son admisibles las conclusiones de una prueba de contenido técnico encaminada a demostrar las excepciones propuestas por Bavaria.

Para finalizar este capítulo, se rememora que en este caso se encontró configurada la comisión del acto de competencia desleal consagrado en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 por cuanto Bavaria ejecutó una conducta potencialmente apta para restringir el acceso de los competidores al mercado, entre ellos CCC.

En contraste, valga agregar que la demandante no demostró la configuración de la conducta “por efecto”, por cuanto no acreditó la efectiva restricción de su acceso al mercado que se aduce en la demanda. Sobre el punto, de acuerdo con la acusación formulada en la demanda: “(...) la conducta de Bavaria de suscribir contratos de patrocinio con los propietarios de los establecimientos de comercio de mayor recordación y volumen de compra en los principales municipios del país, que implica para estos la obligación de realizar publicidad y venta exclusiva de cervezas identificadas con marcas del portafolio de Bavaria, ha generado un nefasto efecto sobre la libre competencia, pues la accionante, que es un nuevo participante en este mercado, no puede acceder a estos para comercializar sus productos y lograr competir con quien ostenta posición de dominio” (hecho 17 de la demanda). Sin embargo, no se demostró en el proceso que Bavaria hubiera suscrito las exclusividades con los propietarios de todos los establecimientos de mayor recordación y volumen de compra. Si bien quedó demostrado que las ha suscrito en establecimientos que reportan importantes niveles de ventas, no es menos cierto que no está probado que eso haya ocurrido con todos los establecimientos de mayor recordación y volumen como se acusa en la demanda, por lo que no podría hablarse de una restricción efectiva a la luz de lo planteado por CCC.

3.2. Sobre la cláusula general en materia de competencia desleal (Art. 7 de la Ley 256 de 1996):

De conformidad con el artículo 7 de la Ley 256 de 1996:

“Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

Tal como ya lo ha explicado este Despacho en anteriores oportunidades, esta norma corresponde a una cláusula general cuya finalidad es la de poder analizar comportamientos concurrenciales que sean contrarios al principio de buena fe comercial que no se encuentren expresamente tipificados en los artículos 8 a 19 de la Ley 256 de 1996. De tal suerte que si la

conducta estudiada en el proceso se enmarca en uno de los actos específicos previstos por el legislador, no es posible someterla a análisis bajo lo señalado en la cláusula general.

En el presente caso, revisada la demanda, se advierte que la acusación acerca de la configuración de esta conducta es la misma realizada para atribuir a Bavaria la comisión del acto desleal establecido en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996. Debido a ello, y teniendo en cuenta que la conducta del artículo 19 se encontró configurada, no corresponde proceder a estudiar una posible violación a la prohibición general de incurrir en actos de competencia desleal en los términos del artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

Pese a lo anterior, se considera necesario hacer un comentario adicional teniendo en cuenta que durante los alegatos de conclusión el apoderado de Bavaria sostuvo que dicha sociedad siempre ha actuado conforme al principio de la buena fe comercial puesto que siempre ha monitoreado el alcance de los pactos de exclusividad y siempre los ha mantenido dentro de un término seguro para la libre competencia.

Al respecto, Santiago Ambroggio señaló durante su declaración que en Bavaria son muy cuidadosos de la libre competencia, por ello junto al área legal llevan un control de los contratos de patrocinio de manera que no se interfiera la libre competencia (minuto 56:38). Sin embargo, ese monitoreo realizado por Bavaria no es suficiente para que se descarte la comisión de la conducta ya analizada. Sobre el punto, téngase en cuenta que ese monitoreo se enfoca principalmente en no superar un 20% de exclusividades. Empero, el 20% fue establecido por la propia Bavaria de acuerdo a sus criterios internos, por recomendación de sus abogados y del equipo de compliance global según informó Ambroggio (hora 1:24:21). En esa medida, se trata de un porcentaje que no tiene origen ni encuentra explicación alguna en la ley de competencia desleal, ya que en esta no existe un número máximo de exclusividades que permita sostener en un proceso, como el presente, que hacer monitoreos para no exceder un 20% implica que se ha actuado conforme a los parámetros de la buena fe. Como se vio, la conducta desleal puede configurarse con un número diferente, pero siempre atendiendo a las circunstancias particulares del caso.

4. Sobre la conducta procesal mostrada por Bavaria en este proceso:

Siguiendo lo señalado en el artículo 280 C.G.P. y el numeral 3 del artículo 42, se advierte necesario hacer unos comentarios en esta sentencia acerca de la conducta procesal mostrada por Bavaria en el proceso.

Mediante memorial radicado el 12 de abril de 2021, la sociedad demandada alegó que este Despacho había perdido competencia por vencimiento del término para decidir la instancia. Dicha solicitud fue resuelta negativamente puesto que el término aun no había fenecido como no lo ha hecho tampoco para el momento de notificación de esta providencia, teniendo en cuenta las razones que en su momento fueron expuestas.

Sin embargo, esta situación ha dejado ver una conducta del apoderado de Bavaria que no se compadece con la corrección que debemos tener todos los que intervenimos en el proceso. Esto debido, no a la alegación sobre la pérdida de competencia puesto que es un derecho de la parte hacer una solicitud como esa, sino por la estrategia que trazó paralelamente a ese supuesto vencimiento.

En efecto, según las cuentas propias de la demandada el término de la instancia se extendía hasta el 9 de abril de 2021. Durante la audiencia inicial, que se celebró el 30 de marzo de 2021, se fijó el cronograma para la práctica de las pruebas programándose dos de ellas para los días 13 de abril y 20 de abril de 2021, esto es, por fuera del término de la instancia **bajo las cuentas hechas por Bavaria.**

A pesar de ese aparente error, al momento de fijarse el cronograma Bavaria guardó silencio acerca de la situación que se avecinaba, omitiendo advertir que desde su óptica el cronograma no era adecuado por cuanto las fechas fijadas por el Despacho sobrepasaban el término que consideraba Bavaria era el del vencimiento. De hecho, al hacerse el control de legalidad, tras fijar el cronograma, el apoderado de Bavaria no manifestó nada al respecto de lo que para él era un inminente vencimiento. Incluso, durante la audiencia, el apoderado pidió que la fijada para el 13 de abril tuviera un ajuste en la hora y todo ello a pesar de que en sus cuentas el vencimiento se produciría el 9 de abril, generando así una apariencia de que no tenía reparo alguno con las fechas fijadas. De haber sido correcto entender que el término vencía el 9 de abril de 2021, el momento en que se fijaron las fechas o el momento del control de legalidad, habrían sido los pertinentes para que Bavaria, en un acto de lealtad, pusiera de presente una futura irregularidad a fin de enmendar inmediatamente lo que podría haber significado la pérdida de competencia. Por el contrario, el apoderado de Bavaria esperó hasta el 12 de abril, ya no para intentar que el proceso se salvara de una irregularidad, sino para alegar que el Despacho había perdido competencia y que en consecuencia el proceso debía ser remitido a los jueces civiles del circuito.

Ahora bien, no es posible pensar que en la audiencia inicial el apoderado de Bavaria desconocía que, según sus propias cuentas, el vencimiento se produciría el 9 de abril, y que debido a eso no mencionó nada sobre la futura irregularidad. Si revisamos con cuidado el memorial de solicitud de nulidad radicado el 19 de abril a las 21:43:30 allí se lee lo siguiente:

“De ninguna manera, Bavaria o su apoderado judicial han buscado entorpecer o dilatar el proceso al solicitar que se declare el vencimiento del término de duración del mismo.

Al momento en que se citó a la audiencia inicial, fue claro que la misma y la audiencia de instrucción y juzgamiento tendrían una duración corta, pues la fecha de dicha audiencia estaba muy cerca del vencimiento del término de duración del proceso.

Sin embargo, ello no extrañó a Bavaria, pues se tenía la franca esperanza de que en la audiencia inicial se dictara sentencia anticipada y se diera por terminado el proceso (...)

A pesar de ello, en la audiencia inicial el señor juez no dictó sentencia anticipada y programó la audiencia de instrucción y juzgamiento de forma tal que, aparentemente, la sentencia sería dictada con posterioridad al vencimiento del término de duración del proceso (...)

Todo lo cual deja claro que desde la citación a audiencia inicial el apoderado de Bavaria tenía en mente la fecha de vencimiento conforme a las cuentas realizadas por él y a pesar de eso durante la audiencia inicial guardó silencio al enterarse de un cronograma de audiencias que no coincidía con la que el consideraba era la fecha del vencimiento y hasta generó la apariencia de que no advertía inconveniente alguno al no decir nada durante el control de legalidad y solicitando incluso cambiar la hora de una audiencia programada de manera posterior al 9 de abril de 2021.

Dicho esto, sea del caso señalar con contundencia que el artículo 121 C.G.P. tiene como finalidad establecer un término razonable de duración del proceso, pero no debe ser utilizado como una estrategia encaminada a retrasar la llegada de la justicia, como cuando, con consciencia, se guarda silencio a fin de lograr que el expediente pase al Despacho de un juez distinto, con todas las implicaciones que eso tiene en términos de tiempo.

Para finalizar, aunque no es necesario deducir ningún indicio de la conducta descrita, se deja constancia del enérgico llamado de atención que se hace al apoderado de Bavaria en pro del decoro de nuestra profesión de abogados.

5. Precisiones finales:

Sobre la base de las consideraciones expuestas se acogerán de manera parcial las pretensiones de la demanda, siendo necesario hacer las siguientes precisiones:

En cuanto a las pretensiones declarativas se acogerá la pretensión primera y se negará la pretensión segunda teniendo en cuenta lo explicado en párrafos anteriores.

En cuanto a las pretensiones de condena se acogerá la pretensión 3.1. pero será ajustada para que sea acorde con la argumentación expuesta en esta providencia y con la manera en que se consideró configurado el acto de competencia desleal. Por ello se dará la orden a Bavaria de abstenerse de suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza, teniendo en cuenta lo expuesto en la argumentación de esta providencia. Lo anterior, sin perjuicio de que Bavaria puede conservar las exclusividades que ya tiene pactadas.

Por su parte, la pretensión 3.2. no se acogerá por cuanto no se puede ordenar suprimir las exclusividades vigentes en la medida que, como se afirmó, no se demostró la restricción efectiva de la competencia sino que el acto se configuró en nivel potencial, luego no estaría acorde con esa potencialidad una orden de suprimir los contratos vigentes que en sí mismos no han generado una efectiva restricción.

6. Agencias en derecho:

Finalmente, en cumplimiento de lo previsto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, este Despacho fijará las agencias en derecho correspondientes a la primera instancia del proceso a cargo de la demandada. Para esto se tendrán en cuenta las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo PSAA 16-10554, norma aplicable a este caso. Específicamente se dará aplicación al art. 5 numeral 1 que se refiere a procesos declarativos tramitados en primera instancia. De acuerdo con dicha norma, en los asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, se fija entre 1 y 10 S.M.M.L.V. Así, se reconocerá a favor de la demandante el equivalente a **8 S.M.M.L.V.**

En mérito de lo expuesto, el Asesor asignado a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por el Código General del proceso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que Bavaria & Cia S.C.A. incurrió en el acto de competencia desleal denominado pactos desleales de exclusividad consagrado en el artículo 19 de la ley 256 de 1996.

SEGUNDO: ORDENAR a Bavaria & Cia S.C.A. abstenerse de suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza. Lo anterior, sin perjuicio de que Bavaria & Cia S.C.A. puede conservar las exclusividades que tenga pactadas a la fecha de notificación de la presente providencia. Esta orden debe cumplirse a partir de la fecha de notificación de la presente providencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NEGAR la prosperidad de las excepciones propuestas por la demandada, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a Bavaria & Cia S.C.A. Por concepto de agencias en derecho se fija el equivalente a **8 S.M.M.L.V.** los cuales deberá pagar a favor de Central Cervecera de Colombia S.A.S. Por Secretaría liquídense en el momento que corresponda.

NOTIFÍQUESE,

El Asesor Asignado a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales,

FRM_SUPER

JOSÉ FERNANDO SANDOVAL GUTIÉRREZ



Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales

**Grupo de Trabajo de Competencia Desleal
y Propiedad Industrial**

De conformidad con lo establecido en el artículo 295 del C.G.P., la presente sentencia se notificó por

Estado No. 075

De fecha 30/04/2021