



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 27920
(10 NOV. 2004)

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en ejercicio de sus facultades legales,

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que a través de la resolución 16453 del 23 de julio de 2004, esta Entidad objetó la operación informada por las empresas PRODUCTOS QUAKER S.A. y POSTOBON S.A., en cumplimiento del deber legal consagrado en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, mediante escrito radicado bajo número 04020934 y de fecha 8 de marzo de 2004.

SEGUNDO. Que contra la decisión contenida en la resolución 16453 del 25 de julio de 2004, las empresas POSTOBON S.A. y PRODUCTOS QUAKER S.A. interpusieron sendos recursos de reposición, mediante escritos radicados bajo números 04020934-46 y 04020934-47, respectivamente.

TERCERO. Que los recursos a que se hace referencia en el considerando segundo, se encuentran sustentados de la siguiente manera:

- o **Argumentos presentados por el doctor Eduardo Zuleta Jaramillo, apoderado de la empresa Productos Quaker Ltda., en adelante Quaker.**

"1. NO SE PRESENTA INTEGRACION ECONÓMICA EN LA OPERACIÓN PROPUESTA.

A partir de la definición suministrada por Productos Quaker Ltda. y Postobón S.A. en la comunicación radicada bajo el No. 014020934-24 de 12 de mayo de 2004 de lo que debe entenderse por producir, embotellar y distribuir ' bajo su propio riesgo', considera ese Despacho que 'las ventas del producto GATORADE las realizaría Postobón S.A. de tal suerte que aumentaría la participación que tiene actualmente esta empresa, en el mercado de bebidas isotónicas' (cursiva y negrilla fuera del texto original). A partir de la misma definición señala además que 'tendría lugar una integración económica por cuanto Postobón S.A., quien actualmente produce y comercializa la bebida Squash, adquiriría el derecho de producir, vender y distribuir productos de Gatorade, presentándose un incremento de su participación en el mercado de bebidas isotónicas y desapareciendo del mercado un competidor (Productos Quaker Ltda.). Así la comercialización de las marcas Squash y Gatorde -sic- quedaría en cabeza de un mismo agente (Postobón S.A.) generando una concentración de tipo horizontal sobre el mercado, a causa de la operación que se analiza.' (cursiva y negrillas fuera del texto original). Con fundamento en lo anterior concluye que la operación proyectada constituye una integración que debe ser informada y analizada en los términos del artículo 4 de la Ley 155 de 1959 y demás normas concordantes.

Como se analizará a espacio más adelante, la definición del Mercado Relevante (tal como se definirá más adelante) contenida en la resolución no tiene en cuenta los usos y hábitos de consumo en el mercado colombiano, ni el hecho de que las bebidas isotónicas tienen sustitutos, ni la definición previa del mercado relevante que había realizado ese Despacho respecto del mismo producto, y constituye además un desconocimiento del principio de la legítima confianza.

Pero aún si en gracia de discusión se aceptara que el mercado relevante es el definido en la Resolución, la franquicia que se propone celebrar no produciría ninguno de los efectos señalados

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

en el numeral 4.2 de la referida Resolución y en consecuencia no se presentaría una integración económica, como repetidamente se señaló a esa Superintendencia a lo largo del proceso. En efecto, si se analizan los términos y condiciones de la franquicia impuesta y la forma en que se han desarrollado las demás franquicias similares entre las mismas partes, se llega a la conclusión de que no se produciría un incremento de la participación de Postobón S.A. en el mercado de bebidas isotónicas, ni mucho menos desaparecería un competidor del mercado.

1.1 LA INTERPRETACIÓN DE LA FRANQUICIA PROPUESTA

Sobra decir que en el derecho colombiano el contrato de franquicia es un contrato atípico, en cuanto no tiene una regulación positiva, integral y sistemática en el ordenamiento jurídico. (...).

La importancia de esta característica especial del contrato de franquicia radica en que, según la doctrina y la jurisprudencia nacionales, la interpretación del contrato debe hacerse en la siguiente forma¹:

- En primer lugar debe atenderse a la voluntad de las partes, lo que implica dar aplicación a principio fundamental según el cual esa intención debe prevalecer sobre lo literal de las palabras, de manera que es deber no solamente del juzgador sino de la autoridad administrativa que ha de determinar el verdadero alcance de un contrato, establecer por todos los medios posible cual fue la voluntad de las partes e interpretar el contrato teniendo en cuenta esa voluntad. (...).
- Si no es posible determinar la voluntad de las partes, se deberá entonces acudir, a las normas generales en materia de contratos y obligaciones mercantiles-aplicando las de carácter imperativo en primer lugar y a renglón seguido las de carácter supletivo- a la analogía de las normas mercantiles- teniendo en cuenta las disposiciones correspondientes a los contratos típicos afines que sean compatibles con la economía y finalidad del contrato atípico-, a las disposiciones en materia de contratos y obligaciones civiles, a la costumbre mercantil, a los tratados y convenios internacionales no ratificados por Colombia, a la costumbre internacional, y a los principios generales del derecho comercial.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la naturaleza de la franquicia que se proponen celebrar Postobón S.A. y Pepsi Co, Inc o una de sus subsidiarias debe interpretarse teniendo en cuenta principalmente la voluntad de las partes intervinientes y solamente se podrán aplicar los demás principios de interpretación señalados cuando el juzgador - y en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio - no pueden establecer la voluntad de las partes, atendiendo siempre a ella más que a lo literal de las palabras, como lo mandan los principios de interpretación de nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso que nos ocupa, la Resolución concluye que existe una integración económica a partir de una interpretación literal de la definición de los riesgos asumidos por una de las partes, sin analizar cual fue la distribución de los riesgos acordada y sin solicitar información que le permitiera desentrañar la intención de las partes, más allá de la frase que cita como fundamento exclusivo de la conclusión de que existe una integración económica.

1.2 EL TIPO DE FRANQUICIA PROPUESTO"

Según señala "[d]e la lectura de la información suministrada a ese Despacho y de las conversaciones entre las partes, resulta claro que el contrato que se pretende celebrar no es la llamada 'franquicia de formato de negocio' ('business format franchising') en el que evidentemente el franquiciado asume la totalidad del negocio, incluidos los riesgos del mismo, a cambio del pago de una regalía. En ningún caso se estaría entregando a Postobón S.A. la totalidad del negocio de Gatorade en forma tal que, como lo pretende la resolución impugnada, Productos Quaker Ltda. salga del negocio. La estructura que las partes buscan implementar, y ello surge de la lectura de las condiciones básicas negociadas que se entregaron a esa Superintendencia, califica más como una combinación de lo que la doctrina nacional y extranjera

¹ Véase por ejemplo, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 17 de mayo de 1995 y 22 de octubre de 2001.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

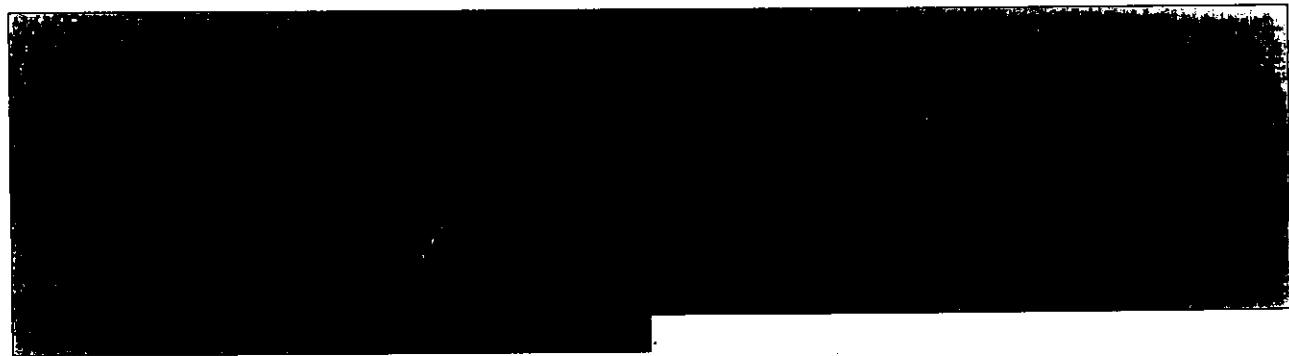
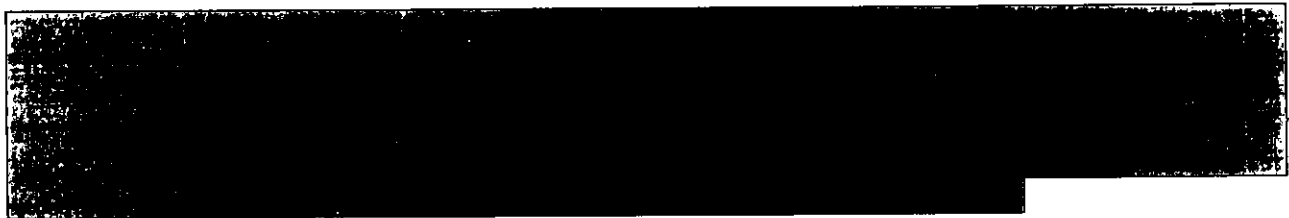
ha llamado 'franquicia industrial o de producto' con una 'franquicia de distribución', sin que necesariamente tenga que encajar rígidamente en una u otra por cuanto, se reitera, las partes son libre de adoptar modelos que combinen varios tipos contractuales.

En este caso particular, la intención de las partes es permitirle a PepsiCo o a sus subsidiarias, titulares de la marca Gatorade, el acceso a una red de distribución que ya tienen - la de Postobón S.A. - de manera que a través de esa red de distribución- que ya distribuye otros productos de las mismas empresas como son Pepsi, Diet Pepsi y Seven Up - pueda hacer llegar al consumidor final el producto Gatorade. Por esta actividad de distribución Postobón S.A. recibiría una remuneración - como la recibe por la distribución de los demás productos citados - sin que ello de ninguna manera implique que PepsiCo o Productos Quaker Ltda. dejen de participar en el mercado. Se trata, en otras palabras, de un esquema de distribución de productos que simplemente busca agregar un producto adicional a un sistema de distribución que ya existe, y que de ninguna manera ha implicado la desaparición del mercado de PepsiCo o de sus subsidiarias, ni mucho menos ha impedido que los productos de Postobón S.A. compitan - como han competido durante más de cuarenta años y como siguen compitiendo actualmente - con los productos Pepsi, Diet Pepsi y Seven Up.

"(...). Por ello no puede esa Superintendencia darle a la franquicia propuesta un alcance que no tiene cuando la realidad contractual derivada de la ejecución de contratos similares es otra. De otra parte, porque de la revisión de los efectos de los contratos mencionados resulta palmario que ninguna de las partes ha desaparecido del mercado, ni se ha producido concentración económica alguna.

1.3. LA DISTRIBUCIÓN DE LAS DECISIONES Y LOS RIESGOS

Dentro de la libertad contractual de las partes, éstas pueden señalar riesgos que asume cada una, es decir, hacer una distribución de los riesgos del contrato. En el caso particular de los esquemas de distribución comercial, existen riesgos claramente diferenciados y el hecho de que el distribuidor del producto suma algunos de ellos no significa, como lo pretende la Resolución 16453, que el titular de la marca deje de participar en el mercado o que entre el empresario y el distribuidor se presente una integración como consecuencia de la distribución.



En la operación propuesta es evidente que la independencia y los riesgos de las partes se mantienen. La utilidad o pérdida en la venta de Gatorade afectará directamente a PepsiCo o la subsidiaria que celebre el contrato, de manera que si las ventas del producto disminuyen o aumentan, PepsiCo recibirá un menor o un mayor ingreso, según el caso. De la misma manera, será PepsiCo quien asuma los costos correspondientes a la publicidad de la marca y quien sufra las consecuencias derivadas de cualquier deterioro de la marca en el mercado. Postobón S.A., por su parte, asumirá los riesgos propios de quien distribuye un producto por su cuenta y riesgo, es decir, los relativos a las utilidades o pérdidas del negocio de distribución, que no es el mismo negocio del producto.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

En consecuencia, puede darse la situación de que Postobón S.A., tenga pérdida en el negocio de distribución – si, por ejemplo, sus costos resultan superiores a los presupuestados- pero PepsiCo obtenga una utilidad en la venta del producto pues para nada la afectaría la pérdida en el negocio de la distribución.

La circunstancia de que la fabricación pudiere quedar incluida en un futuro en el negocio de distribución – actualmente, como se informó a esa Superintendencia, la fabricación la hace Colbesa S.A., para Productos Quaker Ltda. - en nada elimina la distribución de riesgos antes mencionada ni la capacidad de decisión de las partes ni su independencia. Se trataría aún de un negocio de distribución en el que una de las partes fabrica y distribuye para otra un producto, manteniendo la primera total autonomía decisoria sobre el mismo y asumiendo los riesgos propios del negocio de venta al paso que la otra asume únicamente los relativos a la distribución.



2. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELVANTE Y LA SUSTITUIBILIDAD DEL PRODUCTO

En la Resolución esa Superintendencia afirma que el mercado que se vería afectado por la operación (el 'Mercado Relevante'), comprende dos dimensiones. La primera de ellas, según la Superintendencia es el mercado del producto y la segunda es el mercado geográfico. En el mercado del producto se encuentran 'todos aquellos bienes y/o servicios en los cuales las intervinientes en la operación se encuentran compitiendo, e incluye aquellos productos considerados como sustitutos, hacia los cuales se desplazaría el consumidor' en caso de presentarse cualquier tipo de circunstancia que afecte la elasticidad de la demanda. Por su parte, el mercado geográfico está determinado por 'el área geográfica dentro del cual operan las intervinientes (...)', es decir, el territorio nacional para el caso que nos ocupa.

Concluye la Superintendencia que 'para el caso que se analiza, los productos de las intervinientes en los cuales se registra competencia son las bebidas isotónicas líquidas' ya que PepsiCo, a través de su subsidiaria en Colombia comercializa la bebida Gatorade, mientras que Postobón S.A. comercializa la bebida isotónica líquida denominada 'Squash'. Lo anterior según ese Despacho, está en contraposición con lo planteado por las intervinientes en cuanto a que el Mercado Relevante es el mercado de bebidas refrescantes el cual incluye todo tipo de bebida no alcohólicas.

Para sustentar su conclusión respecto de la delimitación del Mercado Relevante, la Superintendencia realiza un análisis sobre la sustituibilidad de los productos involucrados, limitándose a revisar las características y propiedad físicas de los mismos.

Antes de entrar a referirnos al análisis realizado por la Superintendencia en cuanto a los productos que pueden ser considerados como sustitutos de los que nos ocupan, vale la pena resaltar que ya en una oportunidad anterior, la Superintendencia había delimitado el alcance del Mercado Relevante cuando se encontraban involucradas y enfrentadas por un lado, bebidas carbonatadas o gaseosas y, por el otro, bebidas isotónicas.

2.1. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE CONTRARÍA EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

En efecto, en el derecho de petición formulado mediante documento radicado ante la Superintendencia el 9 de enero de 2001², se puso de presente la operación que proyectaban

² Radicación No. 01000940

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

realizar en los Estados Unidos de América las sociedades extranjeras PepsiCo Inc. y The Quaker Oats Company que consistía en la compra, por parte de aquélla a través de su subsidiaria BeverageCo Inc., del ciento por ciento (100%) de las acciones de la sociedad The Quaker Oats Company.

Bajo ese orden de ideas, se informó a la Superintendencia acerca de los productos con los que cada una de las compañías mencionadas tenía presencia en el mercado colombiano, la primera de ellas a través de la sucursal colombiana de su subsidiaria denominada PepsiCola Panamericana S.A. y la segunda, a través de su sucursal en Colombia. Así pues, se indicó que Pepsico participaba solamente en el sector de bebidas con las gaseosas Pepsi y Diet Pepsi mientras que Quaker tenía presencia tanto en el sector de alimentos como en el sector de bebidas; en este último, a través de la bebida Gatorade.

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

Dando respuesta al derecho de petición mencionado – no obstante la diferenciación de mercados planteada por los peticionarios – la Superintendencia fue contundente al concluir, entre otras, que ‘las empresas involucradas en la operación que se proyecta realizar participan en el mismo mercado, es decir en el de las bebidas refrescantes’ y que, en consecuencia, la operación de integración empresarial proyectada debía ser informada a la Superintendencia. Es decir, según lo conceptuó la Superintendencia, tanto las bebidas gaseosas como las bebidas isotónicas compiten dentro del mismo mercado, el de las bebidas refrescantes.

Si bien el documento mediante el cual se informó a la Superintendencia acerca de la operación arriba descrita fue radicado antes de conocer la respuesta a la consulta formulada, finalmente la Superintendencia se pronunció al respecto afirmando no tener objeción alguna frente a la operación proyectada. La conclusión de tal autoridad resultaba coherente con su respuesta al derecho de petición pues la participación conjunta de las empresas intervinientes se presentaba como insignificante dentro del Mercado Relevante identificado por la Superintendencia : el mercado de las bebidas refrescantes.

Con fundamento en todo lo anterior, como resultado de la integración entre Pepsico y Quaker y teniendo en consideración que la compañía Postobón S.A., es quien desde hace varios años se encarga en Colombia de procesar, embotellar y distribuir en el país los productos – a través de los cuales Pepsico tiene presencia en el mercado colombiano, ésta última – a través de Productos Quaker Ltda.-inició en julio de 2002 la implementación de un programa piloto con el fin de evaluar la posibilidad de entregar a Postobón la comercialización del producto Gatorade bajo el mismo esquema manejado para las demás bebidas Pepsi, esto es a través de un acuerdo de franquicia, cuyas particularidades han sido anteriormente explicadas en el numeral 1 del presente recurso.

“(...)”

Para sorpresa de las sociedades intervinientes, mediante la Resolución que ahora se recurre, la Superintendencia no sólo objetó la operación proyectada sino que además, en contraposición a lo que anteriormente había sostenido, segmentó el Mercado Relevante y afirmó que en este caso está exclusivamente conformado por las bebidas isotónicas líquidas.

La posición asumida por la Superintendencia en cuanto a la definición del alcance del Mercado Relevante es contraria frente a un mismo peticionario que, bajo los mismos supuestos, confió en la definición inicial.

La confianza generada en Quaker a partir de los pronunciamientos anteriores de la Superintendencia dio lugar a la implementación del programa piloto mencionado y a proponer la operación que ahora se objeta”.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Tras citar una sentencia de la Corte Constitucional en la que se alude al principio de la legítima confianza, señala que “[l]a Superintendencia claramente incluyó a las bebidas marca Gatorade dentro del mercado de las bebidas refrescantes. Con base en esta delimitación, Quaker tomó decisiones trascendentales respecto de los mecanismos para comercializar tales bebidas. Ahora la Superintendencia objeta las acciones que Quaker proyecta implementar precisamente con fundamento en las apreciaciones de tal autoridad. Tal actitud asumida por la Superintendencia contraría el principio de la confianza legítima que orienta la relación entre las autoridades administrativas y los particulares como manifestación del postulado de buena fe que deben observar unos y otros.

2.2. LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE Y LA SUSTITUIBILIDAD DEL PRODUCTO

2.2.1. Sustituibilidad en razón de las características físicas del producto

En la providencia que se recurre, el Despacho expone un minucioso trabajo a través del cual se estudian las ventajas del uso de las bebidas isotónicas sobre las demás bebidas refrescantes (hojas 6 a 12 de la Resolución 16453). La conclusión a la que llega la Superintendencia luego del mencionado ejercicio, es que, desde el punto de vista de las características físicas de las bebidas isotónicas, éstas no tienen sustitutos ni perfectos ni imperfectos.

Nos apartamos de la posición expuesta por esa Superintendencia y después de analizar diversos estudios, hemos concluido, por lo menos desde el punto de vista de las características físicas de las bebidas isotónicas, que éstas cuentan con productos sustitutos que aunque no tienen propiedades idénticas a las de las bebidas isotónicas, cuentan con características que permiten catalogarlas como sustitutos.

Para sustentar nuestra tesis, hemos recurrido a la literatura especializada en el tema y algunas de las conclusiones relevantes para efectos del caso que nos ocupa a los que han llegado los estudios independientes de mayor importancia³ acerca de hidratación deportiva son las siguientes:

- El restablecimiento de los fluidos perdidos ayuda a mantener la hidratación y por ende promueve la salud y el desempeño físico óptimo de aquellos individuos que desarrollan actividades físicas de manera regular. Nótese que la literatura menciona la ingestión de fluidos como premisa fundamental para mantener la hidratación y no establece que dichos fluidos tengan que ser bebidas isotónicas.
- Se recomienda (más no se considera indispensable ni mucho menos riesgoso no acatar esta recomendación) que, para ejercicios prolongados por más de una (1) hora, se añada una cierta cantidad de carbohidratos y electrolitos a la bebida que se ingiera durante la actividad física. Sin embargo, tratándose de ejercicio físico que se vaya a practicar por una (1) hora o menos, los estudios mencionan que no hay pruebas concluyentes de que una bebida con carbohidratos y/o electrolitos produzca beneficios físicos o fisiológicos que no suplan el agua u otro líquido. Igualmente se concluye que la presencia de carbohidratos y electrolitos en las bebidas no tiene importancia alguna siempre que las personas mantengan un patrón de alimentación normal ya que dichos carbohidratos y electrolitos se verán repuestos durante las comidas.
- La ingestión de bebidas con electrolitos tales como sodio no genera ningún beneficio, excepto en aquellos casos en los que la persona ha estado sometida a ejercicio físico intenso por más de cuatro (4) horas (Ej. Una triatlón o maratón).

Como puede verse, las ventajas de una bebida isotónica sólo se presentan en casos muy específicos y extremos y en ese orden de ideas, sólo los deportistas de muy alto rendimiento se benefician de estas características únicas de las bebidas isotónicas.⁴

³ Aquí hacemos referencia, entre otros, al AMERICAN COLLEGE SPORTS MEDICINE. Position Stand: Exercise and Fluid Replacement. Med.Sci.Sports Exer.28 (1) i -vii.1996. Este documento, en el cual se plasma la posición de una de las entidades imparciales de mayor trascendencia en el campo de la medicina deportiva, analiza los 92 estudios más importantes realizados en relación con la ciencia de la hidratación deportiva. Hemos anexado dicho estudio al presente recurso.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Adicionalmente, en la práctica existe una percepción de la sustituibilidad de las bebidas isotónicas tan aceptada, que en la reciente Media Maratón de Bogotá se alternaron en las zonas de hidratación bebidas isotónicas con agua e incluso algunos deportistas prefirieron el agua u otras bebidas distintas de las isotónicas para reposar fluidos.

Pero incluso si llegáramos a la conclusión de que los únicos destinatarios de las bebidas isotónicas fueran los deportistas de alto rendimiento, conclusión que se desvirtúa con los estudios de mercado que resumimos en la sección 2.2.2 de este recurso, la literatura especializada nos da las herramientas de juicio para llegar a la conclusión de que a pesar de sus beneficios, las bebidas isotónicas son sustituibles por otros productos.

Acá es importante menciona lo dispuesto por la Superintendencia en el punto 4.3.1.1 de la Resolución, en el sentido que si dos productos tiene características similares, este es un factor indicador de que se encuentran ubicados en el mismo mercado.

▫ *Bebidas isotónicas y el agua*

De acuerdo con el criterio de características similares que esa misma Superintendencia esboza, es claro que tanto el agua como las bebidas isotónicas tienen características similares desde el punto de vista de sus propiedades físicas. Aunque el agua carece de los carbohidratos y electrolitos contenidos en las bebidas isotónicas, ambas bebidas son idóneas para llevar a cabo la hidratación luego de ejercicios de actividad física intensa. Es posible que las bebidas isotónicas permitan una recuperación un poco más rápida y efectiva pero esto no debe entenderse como que el agua no sea sustituta de las bebidas isotónicas ya que las características de ambas les permiten cumplir con la función de reponer los líquidos y fluidos perdidos durante ejercicios físicos.

▫ *Bebidas isotónicas y los jugos de fruta.*

Por el lado de los jugos de frutas, también consideramos que hay sustituibilidad, en razón a que éstos también llegan a cumplir una función hidratante y adicionalmente tienen un componente importante de carbohidratos, cosa que los equipara a las bebidas isotónicas en cuyo favor se argumenta la presencia de éstos.⁵

No compartimos entonces el criterio de la Superintendencia, quien afirma que no teniendo los productos sustitutos enunciados, exactamente las mismas características de las bebidas isotónicas, no pueden por ende considerarse sustitutos viables de las mismas. Consideramos además que, una determinación del mercado relevante únicamente ~con base en las características físicas del producto, '(...) conduce a una excesiva fragmentación de los mercados (...)', tal y como lo ha sostenido la doctrina al manifestar que la utilización del criterio intrínseco del producto, especialmente el criterio de las características físicas del mismo, no es en sí suficiente para determinar el mercado relevante ya que conlleva al defecto arriba expuesto.⁶

⁴ Debe tenerse en cuenta que dentro del grupo de personas deportistas, y en general de personas que realicen fuertes esfuerzos físicos, puede identificarse un gran grupo de personas que por razones de salud se encuentran imposibilitadas para consumir bebidas isotónicas. Este grupo de personas está conformado por todas aquellas que sufren de hipertensión, gastritis o diabetes, entre otras enfermedades. Este grupo de personas debe necesariamente buscar sustitutos de la bebida isotónica que satisfagan por completo la necesidad de hidratación derivadas de la actividad física.

⁵ No pretendemos desconocer las investigaciones científicas que establecen que una concentración demasiado alta de carbohidratos en un fluido (mayor a 10%) puede llegar a entorpecer y a hacer menos eficiente el proceso de hidratación, toda vez que puede causar un proceso demasiado acelerado de vaciamiento estomacal y puede causar dificultades gastrointestinales. No obstante, los estudios mencionados en términos generales se refieren a situaciones óptimas, s decir, la manera más adecuada y eficiente de lograr una buena hidratación y no a situaciones normales de hidratación.

⁶ SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. Instrumentos de Análisis Económico para el estudio de la Competencia en: Derecho de la Competencia. El navegante Editores, Bogotá. Pág. 87.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

2.2.2. *Sustituibilidad en razón a los usos del producto y a las preferencias de los consumidores.*

Es necesario también analizar la sustituibilidad de los productos desde la perspectiva de los usos que se le dan al mismo, esto es, desde el punto de vista de la estructura de la demanda.⁷

Tal como se mencionó anteriormente, el análisis de la Superintendencia no sólo partió de una premisa equivocada según la cual el Mercado Relevante está limitado en este caso al de las bebidas isotónicas líquidas. Adicionalmente, se limitó a evaluar las propiedades físicas de las bebidas isotónicas para llegar a la conclusión, errónea a nuestro sentir, de que estos productos carecen de sustitutos en el mercado. (...).

En últimas, la Superintendencia fundamenta su análisis en la afirmación según la cual el consumo de las bebidas isotónicas 'se orienta fundamentalmente a los deportistas o personas que realizan actividades que impliquen un gran esfuerzo físico', para a partir de allí, concluir que las bebidas isotónicas no tienen sustitutos y restringir el Mercado Relevante a un mercado excesivamente segmentado.⁸

Tal como se demostró arriba, el reconocimiento de las particularidades y especialmente de las ventajas competitivas de que las bebidas isotónicas no pueden llevar a la conclusión de que éstas carecen de sustitutos. Debe tenerse en cuenta que existen criterios extrínsecos que desde la perspectiva de la demanda, esto es, desde el punto de vista de los usos y hábitos del consumidor, demuestran que existe una gran amplia gama de bebidas que satisface altamente al consumidor de la misma manera que lo logran las bebidas isotónicas. A la luz de un análisis completo de las características de la demanda del producto que nos ocupa, es evidente que resulta inadecuado evaluar el mercado exclusivamente a partir de las bondades o ventajas competitivas del producto.

Como regla general, el comportamiento de los consumidores resulta trascendental para el análisis de los mercados ya que las razones de consumo de un producto se ubican en una balanza que sopesa, por un lado, las bondades de un producto y, por otro lado, las necesidades, limitaciones y hábitos del consumidor. Nótese cómo un análisis del mercado, basado exclusivamente en las bondades de un producto, llevaría a concluir que la comida saludable (basada en bajo consumo de grasas saturadas y carbohidratos) no puede sustituirse, por ejemplo, con las comidas rápidas en la medida en que la primera le conviene más al consumidor que la segunda.

Para demostrar los hábitos de consumo de bebidas refrescantes, las compañías intervinientes aportaron a la Superintendencia tres (3) estudios realizados por diferentes firmas, cuya finalidad específica es analizar dichos hábitos por parte de consumidores colombianos, así como las características de la demanda de las bebidas isotónicas. No obstante lo anterior, insistimos en que la Superintendencia se limitó a revisar el primero de los estudios aportados (Anexo 3 del numeral radicado bajo el número 04020934 00000024 el 12 de mayo de 2004) el cual descartó por considerar que no era concluyente en la medida en que tal como estaba formulada la pregunta realizada a los encuestados⁹ 'podría concluirse que el desplazamiento del consumo se daría por no encontrar bebidas isotónicas en ningún lugar, y no por otras razones relacionadas con el producto en si mismo.' Al respecto, vale la pena precisar que, por un lado, esa es tan sólo una de las múltiples preguntas formuladas a los encuestados y, por el otro, que si bien la pregunta formulada propone una situación extrema, no puede llegarse a la conclusión, también

⁷ Ibid

⁸ Como ya lo mencionamos, ésta es una consecuencia de utilizar únicamente el criterio intrínseco de los productos, esto es, sus características físicas, como criterio determinante del mercado relevante.

⁹ Una de las múltiples preguntas que la firma Feed Back realizó a los encuestados fue la siguiente: 'Si no encontrara bebidas isotónicas, en ningún lugar ¿ Qué otro producto compraría /consumiría?'

 Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

extrema, de que los productos allí indicados se consumirían exclusivamente ante una carencia total de bebidas isotónicas.¹⁰ (...).

A continuación procedemos a resumir las principales conclusiones que resultan de la revisión de los estudios aportados por las intervinientes con el fin de identificar y resaltar la diversidad y multiplicidad de factores que influyen sobre la demanda de las bebidas isotónicas en general:

▫ *Feed Back*

Tal como consta en el informe rendido por esta firma, el objetivo general del estudio es 'conocer de manera integral y específica los hábitos y consumo asociados a las categorías Gaseosas, Jugos envasados, Aguas envasadas y Bebidas Isotónicas, desde el punto de vista de los usuarios finales del producto.'

▫ *Principales conclusiones:*

1. La razón primordial por la que los consumidores toman bebidas isotónicas es la hidratación (39%), siendo la segunda razón calmar la sed (29%).¹¹
2. Las principales ventajas competitivas de las bebidas isotónicas ante situaciones de actividad física intensa, recuperar líquidos y energizar el cuerpo, fueron identificados como razones para adquirir bebidas isotónicas por el 10% y el 7% de los encuestados, respectivamente. Junto con estas razones se demuestra que otros encuestados adquieren estas bebidas porque es saludable, por refrescarse o simplemente por gusto (7%, 4% y 4% respectivamente). Llama la atención que la razón que, a la luz de los argumentos científicos, debía supuestamente determinar en mayor grado de los motivos por los que se consumen bebidas isotónicas, ocupa tan solo un 10% del total de ellos.
3. A falta de bebidas isotónicas, el 45% de los encuestados adquiriría agua.
4. A la hora de decidir comprar bebidas isotónicas, el 25% de los encuestados consideraron que la temperatura del producto (que esté frío) era el factor determinante, mientras que el 75% restante identificaron aspectos tan diversos como la marca, el tipo de sabor, el precio, la fecha de vencimiento del producto y el tamaño, la limpieza y el tipo del envase. De lo anterior debe resaltarse que las principales razones de consumo identificadas por los encuestados constituyen propiedades comunes, en mayor o menor grado, de la totalidad de las bebidas refrescantes y esta no corrobora en ningún grado la conclusión de que las bondades científicas de las bebidas isotónicas determinen en su consumo.

▫ *Flash Report- Elasticidad de precios Gatorade*
Principales conclusiones:

1. 'Los consumidores de Gatorade alternan su consumo con agua en botella'¹² (subraya y negrilla fuera de texto)
2. El agua en botella es la principal beneficiaria de un incremento de precios de Gatorade. Como puede apreciarse en la segunda de las gráficas incluidas en el reporte, el consumo de Gatorade es extremadamente sensible a la variación en su precio pues todo incremento implica una disminución inmediata en el consumo, el cual viene a ser sustituido por el agua¹³. Esto implica que hay una elasticidad cruzada de la demanda

¹⁰ Consideramos necesario que se evalúe nuevamente la prueba de en su conjunto, además de tener en cuenta los demás argumentos que exponemos.

¹¹ Vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que el 66% de los encuestados ubicaron en primer o segundo lugar la hidratación como la razón para adquirir bebidas isotónicas.

¹² Debe resaltarse que el estudio al que nos referimos no tiene en cuenta el agua de chorro la cual juega un papel importante respecto de la elasticidad de la demanda teniendo en cuenta que por su consumo no se paga directamente ningún precio.

¹³ Ver también la tercera gráfica incluida en el reporte comentado en al que se concluye que un incremento de tan solo \$200 afecta de inmediato la demanda disminuyéndola en un 32%.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

clarísima entre el Gatorade y el agua. Tal incremento terminará canibalizando directamente a las bebidas isotónicas¹⁴

3. El 'agua embotellada es el principal producto sustituto de las bebidas isotónicas'. (Negrilla fuera del texto). La anterior afirmación resalta el hecho de que la sustituibilidad no debe ser evaluada, como lo hace la Superintendencia, exclusivamente a la luz de las propiedades y particularidades físicas de los productos.
4. Cualquier incremento en los precios de las bebidas isotónicas tendría efectos directos sobre la base de consumidores (cantidad), así como en la frecuencia del consumo.

La evidencia del alto grado de elasticidad de la demanda de Gatorade, contribuye a desvirtuar lo afirmado por la SIC en cuanto a la supuesta capacidad de controlar precios que resultaría en cabeza de Postobón como consecuencia de la operación objeto de estudio. En efecto, tal como se demuestra en la gráfica, es el mismo mercado quien se encarga de regular los precios de las bebidas isotónicas.

Adicionalmente, llama la atención que ante un aumento en los precios de Gatorade, la demanda se desplaza en una mayor proporción hacia el agua en botella y no hacia otras marcas de bebidas isotónicas líquidas que, según la Superintendencia, son los únicos sustitutos con los que las mismas pueden ser sustituidas.

Bajo ese orden de ideas, se desvirtúa lo que supone la Superintendencia al afirmar que el cambio en la estructura competitiva del mercado – que entre otras resulta cuestionable en virtud de los argumentos que más adelante se exponen - 'facilitaría a Postobón S.A. el manejo de los precios del producto (...)' ¹⁵ De la misma manera, se desvirtúa la supuesta posibilidad de Postobón de 'incrementar sus precios de manera pequeña, significativa y permanente a fin de obtener el máximo beneficio posible.' ¹⁶

▫ CdM Research

Principales conclusiones:

1. Al igual que el estudio realizado por la firma Feed Back, al analizar las diferentes connotaciones asociadas al consumo de Gatorade se concluye que los dos primeros lugares lo ocupan la hidratación y la facultad para quitar la sed, propiedades que resultan comunes dentro de la categoría de bebidas refrescantes. Nuevamente, las razones científicas que según la Superintendencia son las que prevalecen en la identificación de sustitutos – la reposición de líquidos y de sales minerales -, ocupan porcentajes bajos que en el mejor de los casos corresponden a un 26% y a un 18%, respectivamente.
2. Al evaluar las diferentes bebidas que se ingieren antes, durante y después de practicar deportes, se concluye que en todos estos momentos es el agua la bebida que ocupa el primer lugar de consumo. A partir de lo anterior, se confirma una vez más que es el agua el principal sustituto de las bebidas isotónicas.

▫ DATANALISIS – Hot & Thirsty Colombia

Como herramienta de juicio adicional, adjunto a este recurso, aporto como prueba el estudio realizado por la firma Datanálisis para Pepsicola Panamericana, el cual fue elaborado con el objetivo de conocer la estructura del consumo de bebidas no alcohólicas, obtener su estructura por ocasión, entender el consumo de Gatorade en las ocasiones de consumo identificadas y obtener las cantidades de bebidas consumidas de cada categoría por ocasión de consumo.

¹⁴ Esta afirmación lo hacemos asumiendo que el incremento de precios se presentara en la totalidad de las bebidas isotónicas. No obstante, incluso si el incremento se produjera por parte de Gatorade exclusivamente, existiría la posibilidad inmediata para los competidores de Gatorade de hacer uso de la capacidad ociosa instalada(la cual existe de acuerdo con la resolución) e iniciar una mayor producción de bebidas isotónicas, creando como consecuencia una situación en la que Gatorade perdería participación de mercado.

¹⁵ Resolución Ob.Cit. Página 19.

¹⁶ Resolución Ob.Cit. Página 21.

 Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Principales conclusiones :

1. Las bebidas refrescantes representan el 64.7% del consumo diario de bebidas.
2. Los jugos son los que representan el mayor consumo (25%), seguido del agua (23%) y las gaseosas (12%)
3. El agua de chorro ocupa un porcentaje equivalente al 17% del total del consumo de bebidas refrescantes.¹⁷
4. Las bebidas refrescantes son consumidas principalmente en ocasiones pasivas (62.1%) y actividades físicas (25.4%)
5. Si bien Gatorade es consumido principalmente en actividades deportivas (5,69%), 30.6% del total del consumo de este producto se realiza durante la práctica de actividades pasivas.¹⁸
6. Se identifica un grupo de personas no practicantes de deportes que, en un porcentaje de 71.9%, consumen Gatorade durante el ejercicio de actividades pasivas.
7. Las bebidas isotónicas ocupan tan solo un 2% del total del consumo de las bebidas refrescantes.
8. En cuanto a la penetración en el mercado de las diferentes bebidas refrescantes identificadas, se concluye que las bebidas isotónicas participan con un porcentaje del 15.2%.¹⁹
9. El sexo, la edad, el estado de los consumidores y la hora del día son factores que determinan también la demanda de las bebidas isotónicas.
10. Las bebidas isotónicas representan el 0.8% del total de las bebidas refrescantes consumidas diariamente por una persona. Dentro de este 0.8%, Gatorade ocupa el 0.7% y Squash el 0.1%.²⁰

A partir de lo anterior, se evidencia que el consumo de las bebidas isotónicas está afectado por toda una serie de aspectos tan diversos (la hora del día, la temperatura del producto, la actividad que se realice, la edad del consumidor, el sexo, la calidad de deportista o no del consumidor, entre otros) que impiden afirmar que éstas sean exclusivas de una cierta actividad o de unos ciertos consumidores. Es claro que las bebidas isotónicas deben competir con otro tipo de bebidas del mercado de las bebidas refrescantes, no sólo en la ocasión de consumo en la que se supone son más beneficiosas las bebidas isotónicas (ejercicio intenso), sino en otras ocasiones de consumo en las que las ventajas competitivas de las bebidas isotónicas no son evaluadas por el consumidor (actividades pasivas). (...).

3. NO EXISTEN BARRERAS NATURALES A LA ENTRADA DE NUEVOS COMPETIDORES

La Resolución recurrida clasifica las barreras de entrada al mercado en naturales, jurídicas y estratégicas. Señala que las naturales son aquellas 'que existen por la naturaleza misma del proceso productivo' y las estratégicas 'aquellas actividades desarrolladas por la empresa establecida mediante las que impide o dificulta la entrada de potenciales rivales'; y a renglón seguido afirma que en el Mercado Relevante hay cuatro barreras que la Superintendencia califica como 'naturales': (1) el reconocimiento de marca, (2) las redes de distribución, (3) las actividades relacionadas, y (4) el exceso de capacidad instalada.

Siguiendo la misma definición que trae la Resolución materia de recurso, es posible concluir que ninguna de las barreras señaladas califica como una barrera natural para entrar al Mercado Relevante. En efecto, ni el posicionamiento de la marca Gatorade en el mercado, ni las redes de distribución existentes, ni las actividades relacionadas, ni la capacidad instalada son barreras que existan por la naturaleza misma del proceso productivo. Las barreras naturales se presentan cuando la fabricación del producto requiere de una tecnología sofisticada a la cual es difícil acceder, o cuando la maquinaria o el aparato productivo requieren de una inversión cuantiosa. Las barreras señaladas por esa Superintendencia no tienen que ver con el proceso productivo de

¹⁷ Ver diapositiva número 10.

¹⁸ Ver diapositiva número 13.

¹⁹ Ver diapositiva número 17.

²⁰ Ver diapositiva número 22, 23, 24, 25.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

las bebidas en general o de las bebidas isotónicas en particular, y en parte alguna de la resolución impugnada o de la información suministrada a ese Despacho se puede deducir que el proceso de producción de las bebidas isotónicas se pueda ver afectado por las barreras que señala la mencionada Resolución. (...).

Pero aún asumiendo, en gracia de discusión, que las barreras citadas por ese Despacho fueran barreras naturales o que realmente existieran tales barreras, no existe en la Resolución impugnada ninguna sustentación jurídica o económica que permita concluir que realmente existen esas barreras.

3.1. EL RECONOCIMIENTO DE LA MARCA

Se aduce en el recurso, que no se "[t]uvo acceso a la información suministrada a ese Despacho por los competidores, información que constituye el único sustento de la afirmación de que el reconocimiento de la marca es una barrera natural de entrada. Mi representada no tuvo acceso a la información suministrada por Quala S.A. Panamco S.A. y Coljugos S.A. y ni siquiera se señala en la Resolución atacada cual es la fuente de donde los competidores tomaron la información citada de manera que, si se tratase de una fuente de acceso público, al menos pudiere Productos Quaker Ltda. obtenerla por su cuenta para ejercer su derecho de defensa y refutar los argumentos referentes a la existencia de esta supuesta barrera.

Pero adicionalmente, la afirmación que se hace en el aparte 4.5.1. de la Resolución queda refutada con los mismos hechos. Empresas como Coljugos S.A. y Quala S.A. - citadas por la misma resolución — han ingresado al mercado en los últimos años sin que la marca Gatorade haya constituido un impedimento o una barrera real para su ingreso. Obviamente todo nuevo jugador en el mercado debe enfrentarse a la circunstancia de que haya una o más marcas ya acreditadas, pero ello no puede constituir una barrera —y menos aún natural — al mercado. De ser cierto lo afirmado por esa Superintendencia, por una parte, todos los mercados relevantes tendrían barreras de entrada, en cuanto hoy en día en cada sector existe una marca que prevalece sobre las demás, aún sin necesidad de inversiones cuantiosas en publicidad (por ejemplo, porque lleva más tiempo en el mercado o porque no han ingresado otros competidores) y en consecuencia nadie tomaría el riesgo de hacer inversiones para competir. (...).

3.2. LAS REDES DE DISTRIBUCIÓN

Según manifiesta el impúgnate, "[r]esulta paradójico que la Resolución impugnada invoque esta como una barrera a la entrada al mercado, y por ende como un fundamento para objetar la operación propuesta, cuando precisamente lo que pretende PepsiCo es tener acceso a una flota de transporte de la que carece. Llama también la atención en este punto que no se haga mención alguna de otras flotas de transporte que tienen los competidores que intervinieron en el proceso quienes, como consecuencia del hecho de disponer de esa flota, tienen una ventaja comparativa frente a PepsiCo y a Productos Quaker S.A.

Como se señaló en la información suministrada a ese Despacho, las ventas de Gatorade presentaron una fuerte caída a partir de 1998 causada principalmente por las ineficiencias en el sistema de distribución. El esquema de tener varios distribuidores — quienes además de tener capitales bajos y muy altos niveles de endeudamiento carecían de flotas adecuadas para la distribución y debían subcontratar en muchas ocasiones la distribución del producto - implicó, por una parte, pérdidas económicas para los distribuidores y por la otra pérdidas sustantivas para Productos Quaker S.A., como se acreditó en la información financiera suministrada a ese Despacho con la solicitud.

"(...).

Resulta entonces falsa la motivación de la Resolución al señalar, por una parte, que existe una barrera de entrada al mercado y por la otra, negarle a mi representada la posibilidad de superar esa barrera mediante la agregación de un producto a un sistema de distribución que ha operado por más de cuarenta años.

3.3. LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS

Con todo respeto debo manifestar que, al igual que en otros aspectos de la Resolución ya

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

mencionados, en punto de las actividades relacionadas estamos en presencia de una falsa motivación.

Sostiene la Resolución que las empresas del Grupo Ardua Lulle mencionadas en el numeral 4.5.3. se dedican a la producción, venta de insumos o prestación de servicios 'relacionados con el mercado de bebidas', y que como Postobón S.A. pertenece al citado grupo tiene un (sic) ventaja sobre las empresas competidoras que desincentiva el ingreso de nuevos participantes en el Mercado Relevante.

Sea lo primero señalar que para todos los efectos la Resolución define como mercado relevante el de bebidas isotónicas líquidas, pero para efectos de sustentar la existencia de esta supuesta barrera toma el mercado de bebidas en general, con lo cual incurre en una evidente contradicción en la motivación del acto acusado. No puede la Superintendencia tomar un mercado para efectos de determinar si se da una supuesta restricción a la competencia y otro diferente para establecer si existen barreras de ingreso para nuevos competidores.

Pero además no existe ningún sustento para la afirmación que hace la Resolución sobre las supuestas ventajas que le da a Postobón S.A. el pertenecer a lo que ese Despacho llama el Grupo Ardua Lulle. En efecto, no está demostrado, ni siquiera sustentado, en la Resolución que los demás competidores no tengan acceso a los recursos a los que tiene acceso Postobón S.A. Tampoco existe explicación alguna de cuales son las ventajas que tiene Postobón S.A. en este aspecto, ni de las razones por las cuales otros competidores no tienen acceso a esos recursos. Las empresas citadas en el numeral antes mencionado realizan operaciones y prestan servicios a terceros diferentes de Postobón S.A. y no es posible afirmar de manera categórica que Postobón S.A. por el hecho de pertenecer a un grupo determinado tiene una ventaja comparativa, sin siquiera explicar cuales fueron los cálculos o los estudios que se realizaron para llegar a esa conclusión. Se trata de una afirmación con carácter especulativo frente a la cual resulta imposible una defensa dado que no se suministran las bases de la conclusión, sino que simplemente se afirma un hecho y se da por probado y verdadero. (...).

3.4. EL EXCESO DE CAPACIDAD INSTALADA

Dos son las glosas que pueden hacerse a este parte de la Resolución y que nuevamente conducen a una falsa motivación.

En primer lugar, la capacidad ociosa de los productores nacionales nada tiene que ver con la operación propuesta. Sea que Postobón S.A. distribuya o no el producto Gatorade, la capacidad ociosa permanecerá, es decir, no habrá aumento o disminución de la misma como resultado de la operación propuesta.

En segundo lugar, la Resolución no suministra ningún sustento o fuente que avale su afirmación de que la capacidad ociosa de producción para los productores nacionales es del 45% y de que esa situación conllevaría a la posibilidad de contrarrestar cualquier intento de entrada al mercado aumentando la producción.

Parte la Resolución del supuesto no demostrado ni sustentado de que todos los productores son dueños de su capacidad instalada, lo cual no es cierto. Cualquier tercero podría utilizar el exceso de capacidad instalada de los fabricantes independientes, con lo cual habría un incentivo y no una barrera para ingresar al mercado.'

4. LA OPERACIÓN NO PRODUCE LOS EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA SEÑALADOS POR LA RESOLUCIÓN Y DEBE APLICARSE LA CAUSULA DE EFICIENCIAS

"(...).

A. De la indebida restricción de la competencia por la salida de un competidor

Sin perjuicio de las razones ya expuestas para demostrar por qué mi representada seguirá en el mercado, debo manifestar que no comparto la afirmación de que la operación que se plantea realizar generaría una indebida restricción de la competencia, toda vez que se disminuye la competencia efectiva en el mercado.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Sobre el particular, se considera que el análisis realizado por la Superintendencia no tuvo en cuenta ciertos factores que son de suma importancia y que rebaten la conclusión del Despacho.

Para iniciar el análisis del tema, es preciso observar el esquema de distribución de los productos Gatorade y la situación de Productos Quaker Ltda.

Como se le informó a la Superintendencia en documento presentado el pasado 8 de mayo²⁶, las ventas de Gatorade disminuyeron sustancialmente a partir del año 1998. Esta disminución ha sido consecuencia, principalmente, de la ineficiencia en los canales de distribución de esta empresa. En efecto, los canales de distribución en comento han presentado, entre otros, los siguientes problemas:

- Dificultades en la infraestructura*
- Excesivo endeudamiento y bajo capital*
- Ineficiencias*
- Pretensión de garantía de utilidades mínimas*
- Manejo inadecuado del producto*

Tales inconvenientes son de tal magnitud, que como resultado de ellos, se ha causado graves perjuicios económicos a Quaker como lo revela su situación económica y contable.

Así las cosas, para efectos de garantizar la permanencia en el mercado concerniente a los productos objeto de la Resolución, es imprescindible que el sistema de distribución del producto que se comenta sea replanteado y ese es precisamente el motivo que ha llevado a plantear la operación sometida a consideración de la Superintendencia.

Por otra parte, se insiste en el hecho de que, en virtud de los problemas expuestos anteriormente, la operación que objetó el Despacho, es imperativa para la estabilidad de los productos Gatorade en el mercado, lejos de generar una disminución efectiva de la competencia, como afirma la Superintendencia, la operación permite que el producto continúe ofreciéndose a los consumidores.

Al respecto, asumiendo en gracia de discusión que estuviéramos en presencia de una integración, vale la pena resaltar, que de acuerdo con la teoría denominada 'Failing Company Defense', se justifica una operación de integración entre dos competidores de un mercado, cuando una de dichas empresas se encuentra en una precaria situación económica y contable que le impide mantenerse en el mercado o mantenerse de una forma viable en el mismo, mientras que con la integración se pueden generar eficiencias imposibles de alcanzar de otra forma. (...).

Agregando luego, que [d]ado el alto grado de ineficiencia del esquema de distribución del producto Gatorade y dadas las dificultades financieras y económicas a las que dichos problemas están llevando a mi representada, se puede concluir que esta compañía no se encuentra en la posibilidad de continuar compitiendo eficazmente en el mercado. En consecuencia, de acuerdo con los argumentos planteados anteriormente, respetuosamente se discrepa de la conclusión a la que llegó el Despacho, puesto que la operación que se plantea, contrario a sus consideraciones, tendría como efecto, la estabilidad de Gatorade en el mercado y garantizaría que dicho producto no saliera del mismo. (...).

En síntesis, la decisión tomada por ese Despacho al objetar la operación implicaría la salida de mi representada del mercado al no tener otros canales de distribución que le permitan llegar a los consumidores en forma eficiente, que es precisamente lo que esa Superintendencia pretende evitar. Cuando existen barreras de entrada al mercado derivadas de los esquemas de distribución - como la que señala la misma Resolución — la protección al mercado se da garantizando la participación de los competidores existentes. El efecto de la objeción es la salida de un competidor — mi representada — ante la imposibilidad de implementar un sistema de distribución que la misma Resolución califica como el más efectivo.

B. Del cambio de la estructura competitiva del mercado que, supuestamente, facilitaría a

²⁶ Radicación No. 04020934-0, 08/05/2004

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Postobón S.A. el manejo de precios de venta del producto, dada la inexistencia de productos sustitutos hacia los cuales pudiera desplazarse la demanda.

Como se ha demostrado a lo largo del presente escrito las bebidas isotónicas tienen claros sustitutos en el mercado, por lo que me remito a lo expuesto sobre el particular en otros apartes del presente escrito.

C. La supuesta indebida concentración del mercado generada por la operación planteada.

Como se ha demostrado a lo largo del presente escrito las bebidas isotónicas tienen claros sustitutos en el mercado, y el mercado relevante no es el definido por ese Despacho, por lo que me remito a lo expuesto sobre el particular en otros apartes del presente escrito.

Al no existir indebidas restricciones a la competencia no puede ese Despacho objetar la operación propuesta.

Con respecto a las eficiencias, sea lo primero resaltar, que no estamos de acuerdo con las consideraciones del Despacho, cuando afirma que las valoraciones sobre la eficiencia que debe generarse como efecto de una integración, deban ser analizadas desde la óptica del interés público y que no es suficiente que esas eficiencias sean únicamente beneficiosas para las partes.

Nuestro disentimiento radica en el hecho de que, ni el artículo 51 del decreto 2153 de 1992, ni la Circular única de ese Despacho, establecen consideración alguna en ese sentido.

En efecto, el texto del artículo 51 del mencionado decreto no hace referencia al interés general, por el contrario, establece que la Superintendencia no podrá objetar las integraciones, si se demuestra que habrá mejoras en la eficiencia y ahorro en costos para los intervinientes, que deben ser entendidos precisamente como las partes.

Adicionalmente, y como ya se mencionó, la Circular Única establece que sólo podrán ser objetadas las integraciones, cuando ellas tiendan a producir una indebida restricción de la competencia, pero no consagra nada en el sentido de que con dichas integraciones se deban generar beneficios o eficiencias para el mercado respectivo.

Independientemente de lo anterior, consideramos que el mercado en general sí se va a ver beneficiado por la operación que se pretende adelantar entre PepsiCo y Postobón S.A.

En efecto, creemos que no sólo el consumidor final, sino también los expendedores, sean estos detallistas o supermercados de cadena, obtendrían un beneficio de la operación.

Veamos:

En cuanto a los potenciales beneficios que puede llegar a obtener el expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, son los siguientes:

- a. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, tendrá un suministro más oportuno y rápido de la bebida Gatorade, en cuanto ésta será suministrada al mismo tiempo y con la misma red de distribución de los productos Postobón.*
- b. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, podrá optimizar su manejo de inventarios del producto Gatorade, en la medida en que el producto llegará al sitio más frecuentemente.*
- c. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, ahorrará energía eléctrica al utilizar un solo congelador para los productos Gatorade y los demás suministrados por Postobón.*
- d. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, ahorrará en gastos de compra por tener un solo proveedor en vez de dos independientes.*

De otra parte, el consumidor podría obtener beneficios potenciales como disponer del producto en sitios donde este no existía con anterioridad, porque la red de distribución anterior no lo cubría, adicionalmente podría llegar a disfrutar de las mismas promociones que usualmente le da al público Postobón.

Finalmente, como se ha señalado de manera reiterada a lo largo de este proceso, no existe otra

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

opción para la distribución del producto Gatorade por mi representada. Los canales de distribución utilizados fracasaron y mi representada sufrió pérdidas cuantiosas. De no ser posible la distribución a través de Postobón en la forma planteada, mi poderdante tendrá que salir del mercado. Es evidente que con la operación propuesta se consiguen eficiencias que no se logrando otra manera, pero lo relevante es que se consigue una eficiencia fundamental: El ahorro que implica eliminar un canal de distribución ineficiente y costoso que ha arrojado pérdida y reemplazarlo por un sistema efectivo sin necesidad de incurrir en la cuantiosa inversión que, como lo señala ese Despacho, conllevaría el tener que adquirir una flota propia.

5. CONSIDERACIONES ADICIONALES DE ORDEN PROCEDIMENTAL

Tras hacer algunas consideraciones en relación con el debido proceso, manifiesta el apoderado que "[a] lo largo del proceso que dio lugar al acto que ahora se recurre, esa Superintendencia solicitó a diversas personas jurídicas — todas ellas competidoras de los peticionarios — información sobre diverso (sic) aspectos del mercado, informaciones financieras y opiniones sobre posibles barreras de entrada al mercado. La información así suministrada por los competidores no fue puesta en conocimiento de mi representada, ni se le dio la oportunidad de controvertirla. Más aún, la posición que ha tomado la Superintendencia en relación con la información que suministran los competidores pare (sic) este tipo de procesos es que se trata de información confidencial que no puede ser conocida por las partes interesadas — en este caso mi representada y Postobón S.A.

Gran parte de la Resolución está sustentada en tales documentos e información. En efecto, cita la Resolución en forma parcial una serie de documentos y fuentes aportados por Panamco S.A., Coljugos S.A., Quala S.A. y otras empresas competidoras, que jamás fueron puestos en conocimiento de mi representada a lo largo del proceso - como puede verificarse mediante la revisión del expediente — y que tampoco le fueron entregados junto con la Resolución, pese a que la misma los cita en numerosas notas de pie de página como sustento de las afirmaciones que allí se hacen. Por lo tanto no puede mi representada ejercer de manera adecuada su derecho de defensa pues se ve obligada a pronunciarse por vía de reposición sobre unos documentos y una información que la Resolución cita como base para la objeción que plantea, pero a los cuales jamás tuvo acceso mi poderdante.

Teniendo en cuenta lo anterior, en aplicación de las disposiciones de los artículos 35 y 44 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa previsto en nuestra Carta Fundamental, y teniendo en cuenta que los documentos mencionados en la Resolución hacen parte integral de la decisión, solicito se tomen las medidas necesarias para garantizar los derechos de mi poderdante".

- **Argumentos presentados por el doctor Jaime Elías Robledo Vásquez, apoderado de la empresa Postobón SA., en adelante Postobón.**

"(...).

"1 LA OPERACIÓN PROPUESTA NO DA LUGAR A UNA INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Aunque las razones invocadas por Productos Quaker Ltda. en su recurso son suficientes para que se desestime la existencia de una integración, considero pertinente agregar algunas consideraciones sobre el punto.

Estima la resolución recurrida que se da una integración en cuanto 'las ventas del producto GATORADE las realizaría Postobón SA. de tal suerte que aumentaría la participación que tiene actualmente esta empresa, en el mercado de bebidas isotónicas' (cursiva y negrillas fuera del texto original) y añade que 'tendría lugar una integración económica por cuanto Postobón S.A., quien actualmente produce y comercializa la bebida Squash, adquiriría el derecho de producir, vender y distribuir productos de Gatorade, presentándose un incremento de su participación en el mercado de bebidas isotónicas y desapareciendo del mercado un competidor (Productos Quaker Ltda.). Así, la comercialización de las marcas Squash y Gatorde (sic) quedaría en cabeza de un mismo agente (Postobón S.A.) generando una concentración de tipo horizontal sobre el mercado, a causa de la operación que se analiza' (cursiva y negrillas fuera del texto original).

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Sobre este particular debo reiterar que no se da ninguna de las hipótesis de integración desde el punto de vista jurídico ni desde el punto de vista económico. En efecto, no estamos en presencia de figuras como la fusión, escisión, adquisición de control o compra de activos, operaciones que esa misma Superintendencia ha definido como constituyentes de una integración. (...).

Bajo la franquicia que se propone y que es igual a la que Postobón S.A. ha desarrollado con PepsiCo; Inc. por más de cincuenta años, Postobón S.A. simplemente incluirá en su red de distribución un producto más que se agregará a los productos PepsiCo que ya distribuye, pero no tendrá control sobre el precio, mercadeo, puntos de venta, publicidad y marca del producto Gatorade como no la tendrá PepsiCo sobre la marca Squash. El esquema de franquicia que lleva más de cincuenta años no ha integrado los productos de PepsiCo con los de Postobón S.A. que siguen compitiendo en el mercado por lo que no puede concluirse que el añadir un producto al esquema resulte en una consolidación. (...).

2. LAS BEBIDAS ISOTÓNICAS SON ALTAMENTE SUSTITUIBLES

De acuerdo con el párrafo a) del numeral 2.3.1. de la Circular Externa 002 de 2003, esa Superintendencia determinó que para evaluar si una operación de integración empresarial produce una indebida restricción a la competencia en el mercado nacional, deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

"(...).

a) La presencia de productos o servicios idénticos o similares ofrecidos por otras empresas que puedan sustituir los de las empresas o partes integradas. Dicho aspecto se analizará observando el comportamiento histórico de los agentes respecto de los cambios en precio, calidad o cantidad de estos productos o servicios, la similitud de sus precios, sus características físicas, la percepción e información que tienen los consumidores respecto de los productos, las necesidades de los clientes que satisface cada uno, la compatibilidad de las cadenas de comercialización con las costumbres de los clientes a los cuales se dirigen los productos, los costos que generaría para los agentes el cambio de producto o servicio y la consideración en las estrategias comerciales de la presencia de los sustitutos.'

Tal como se desprende de la cita trascrita, la determinación de la sustituibilidad de un producto y por lo tanto de su mercado relevante resulta de la conjugación de una pluralidad de factores que han de evaluarse en conjunto y de manera sopesada respecto de productos o servicios idénticos o similares.

Tal como lo reconoce Gustavo Saldarriaga Lopera²¹ la definición del mercado relevante está generalmente determinada por factores intrínsecos y extrínsecos que afectan el producto de que se trate. Los primeros de ellos se refieren a las características físicas del producto²², sus usos, su precio y sus costos²³. Por otro lado, los factores que influyen al momento de identificar un mercado relevante son la estructura de la demanda²⁴ y la sustituibilidad por la oferta.²⁵

²¹ SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. Instrumentos de Análisis Económico para el Estudio de la Competencia, en: Derecho de la Competencia. El Navegante Editores, Bogotá. Pág. 87.

²² El autor al que nos referimos afirma que utilizar exclusivamente el criterio de las características físicas de un producto para evaluar la sustituibilidad del mismo, conduce a una excesiva fragmentación de los mercados.

²³ Dentro de la variable de costos y precios debe tenerse en cuenta la elasticidad cruzada de la demanda (elasticidad precio de la demanda) la cual evidencia el incremento o reducción en la demanda de un producto como resultado de la variación en su precio, así como la migración a otros productos que resulta como consecuencia de la variación en el precio. Es por esto que este criterio resulta de gran utilidad para analizar la sustituibilidad.

²⁴ La sustituibilidad de los productos 'que constituye el aspecto central de la noción de mercado, se analiza

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

En desarrollo de lo anterior, el autor al que nos venimos refiriendo afirma que utilizar exclusivamente el criterio de las características físicas de un producto para evaluar la sustituibilidad del mismo, conduce a una excesiva fragmentación de los mercados.

Por ende, limitar el análisis de la sustituibilidad de las bebidas isotónicas a las particularidades y especialmente de las ventajas competitivas en razón de las propiedades físicas de los productos Gatorade no puede llevar a la conclusión de que las bebidas isotónicas son insustituibles, tal como lo sostiene la Superintendencia en la Resolución objeto de este recurso. Por el contrario, tal análisis debe tener en cuenta la totalidad de criterios intrínsecos y extrínsecos que resultan fundamentales a la hora de evaluar la demanda de determinados productos o servicios idénticos o similares.

Con fundamento en lo anterior, en los argumentos expuestos por Productos Quaker Ltda. en su recurso y en los que en adelante desarrollaremos, pretendemos demostrar que al sopesar la totalidad de criterios intrínsecos y extrínsecos identificados en la Circular No. 002 arriba citada, se concluye que las bebidas isotónicas cuentan con sustitutos que hacen que el mercado relevante en el caso que nos ocupa sea más amplio que el identificado por la Superintendencia. Basados en nuestras conclusiones, le solicitaríamos a esa Superintendencia de la manera más respetuosa que amplíe el mercado relevante teniendo en cuenta los sustitutos de las bebidas isotónicas.

2.1 Sustituibilidad en razón a los usos de las bebidas isotónicas y a los hábitos de consumo

De los estudios que constan en el expediente en los que se analizan los usos y hábitos de consumo para los productos Gatorade vale la pena resaltar las siguientes conclusiones, algunas de las cuales ya han sido identificadas por Quaker en su recurso.

De manera general podemos destacar las siguientes conclusiones:

- a. La razón primordial por la que los encuestados consumen bebidas isotónicas es la necesidad de hidratación.
- b. Son múltiples las razones identificadas por los encuestados para adquirir bebidas isotónicas, entre ellas se identifican, entre otras, la hidratación, el simple gusto por el producto y la necesidad de refrescarse.
- c. Todas las razones identificadas por los encuestados para consumir bebidas isotónicas son aplicables a las demás bebidas refrescantes.
- d. Un alto porcentaje del consumo de Gatorade se presenta durante la práctica de actividades pasivas²⁶.
- e. El sexo, la edad, el estrato de los consumidores y la hora del día son factores que determinan también la demanda de las bebidas isotónicas.
- f. Las bebidas isotónicas representan un porcentaje mínimo (0.8%) dentro del total de las bebidas refrescantes consumidas diariamente por una persona".

Tras hacer algunas consideraciones en torno a una gráfica, concluye:

"(i) En todos los periodos analizados, la principal razón para el consumo de Gatorade es la hidratación. Es evidente que esta propiedad puede predicarse de la totalidad de las bebidas refrescantes.

con frecuencia desde el punto de vista de la demanda, considerando los diferentes productos que son efectivamente ofrecidos (...) ya se trate de productos iguales de diferentes marcas, o de productos diferentes sustituibles entre sí. Debido a sus características similares se considera que pertenecen a un mismo mercado de productos.' SALDARRIAGA LOPERA, Gustavo. Ob. Cit. Pág. 88

²⁵ Por sustituibilidad por la oferta se entiende la posibilidad de que otros agentes del mercado ofrezcan productos que compitan en el mercado relevante.

²⁶ Ver diapositiva número 13. Estudio realizado por DATANALISIS —Hot & Thirsty Colombia

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

(ii) Con un bajo margen de diferencia, la segunda²⁷ y tercera razón que los consumidores encuentran para consumir Gatorade es el hecho de que esta bebida les quita la sed y que les gusta el sabor, respectivamente. Es evidente también que estas dos propiedades no son exclusivas de Gatorade, por el contrario, se aplican a las demás bebidas.

(iii) En términos generales, puede concluirse que la cuarta razón por la que se consume Gatorade es por su facultad para refrescar. Esta propiedad la comparte Gatorade con todas aquellas bebidas que puedan catalogarse como refrescantes. Inclusive, a través del slogan 'refréscale con Pony Malta' esta importante marca de bebidas maltas ha encaminado su campaña publicitaria a resaltar precisamente tal propiedad en su bebida.

En la mayoría de los períodos analizados que aparecen el (sic) la gráfica²⁸, las últimas tres (3) razones identificadas por los consumidores son: recupera energías, repone líquidos y repone sales minerales. De lo anterior vale la pena resaltar que la recuperación de energías y la reposición de sales minerales son propiedades de Gatorade que se deben, respectivamente, al porcentaje de carbohidratos y al porcentaje de electrolitos que contiene. Si bien estas son las ventajas comparativas con base en las cuales la Superintendencia fundamenta su argumento de la insustituibilidad de las bebidas isotónicas, nótese que desde el punto de vista de motivaciones de consumo, éstas características resultan las menos relevantes ya que son las que obtuvieron el menor porcentaje a la hora de evaluar las razones por las que se consume Gatorade. Adicionalmente, como se explicará en el numeral 2.3. dichas ventajas comparativas, no pueden predicarse exclusivamente de las bebidas isotónicas pues existen también en los jugos y néctares de fruta, en las gaseosas y en las maltas.

(v) De la apreciación de la gráfica en cuestión, resulta evidente que, en todos los casos, los encuestados identifican al menos cinco (5) razones principales para consumir Gatorade — las cuales son comunes a todas las demás bebidas en general - antes de referirse a las propiedades científicas o a las características de composición que, según la Superintendencia, son las que prevalecen en la identificación de los sustitutos (la reposición de líquidos y de sales minerales) y que le permiten a ésta delimitar el Mercado Relevante.

- El estudio en cuestión incluye también las siguientes gráficas en la que se evidencian los porcentajes en los que se consumen bebidas refrescantes antes, durante y después de practicar deporte:...

"A partir de las anteriores gráficas puede concluirse lo siguiente:

Al evaluar las diferentes bebidas que se ingieren antes, durante y después de practicar deportes, se concluyó que en todos estos momentos es el agua la bebida que ocupa el primer lugar de consumo. A partir de lo anterior, se confirma una vez más que es el agua el principal sustituto de las bebidas isotónicas desde la perspectiva de los usos y hábitos de consumo. Igualmente, debe destacarse que, si bien Gatorade ocupa el segundo lugar en porcentajes de consumo en los tres (3) momentos analizados, las otras dos (2) bebidas isotónicas a las que se refiere el estudio ocupan los dos (2) últimos lugares, estando anteceditas por los jugos en la totalidad de los

²⁷ Sólo en el periodo de marzo de 2002 analizado, el gusto por el sabor de Gatorade ocupa el quinto lugar (12%) dentro de las razones por las que se consume Gatorade; lo anteceden la hidratación (85%), el hecho de que quita la sed (48%), la propiedad para recuperar energías (28%) y la facultad de refrescar (18%).

²⁸ En el periodo de marzo de 2002 'recupera energías' ocupa el cuarto lugar dentro de las razones para consumir Gatorade con un 28%, superando a 'refresca' (21%), 'repone sales minerales' (18%), 'gusta el sabor' (12%), 'repone líquidos' (10%). En todo caso, al igual que en los demás periodos, en primer y segundo lugar se encuentran respectivamente 'hidrata' (85%) y 'quita la sed' (48%). En septiembre de 2002, la facultad para recuperar energías ocupa el cuarto lugar por encontrarse tan sólo un (1) punto (26%) por encima de 'refresca' (25%). De cualquier manera, los dos últimos lugares son nuevamente para 'repone líquidos' (22%) y 'sales minerales' (11%). En julio de 2003, la diferencia entre el tercer y cuarto lugar ocupados por 'recupera energías' y 'refresca', respectivamente, es de tan solo seis (6) puntos y los dos (2) últimos lugares son también ocupados por 'repone líquidos' y 'repone sales minerales'.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

casos. Es decir, todos los deportistas encuestados encuentran en los jugos una bebida sustituta de dos (2) de las tres (3) bebidas isotónicas a las que se refiere el estudio.

2.2 Sustituibilidad en razón al precio de las bebidas isotónicas

Como mencionamos anteriormente, el precio de un producto, como factor intrínseco, es un factor que debe tenerse en cuenta para identificar un mercado relevante. En especial, la elasticidad cruzada de la demanda como función que da cuenta de las modificaciones en el precio, es un indicador del nivel de sustituibilidad de un producto.

En el Flash Report que consta en el expediente, se pudo establecer cómo el precio incide en el consumo de los productos Gatorade. En este informe se pueden visualizar diferentes escenarios de incrementos de precio para Gatorade y cómo se afectan los volúmenes de venta del producto cuando esto sucede. Así mismo, el informe muestra la manera como los volúmenes migran al agua embotellada, las gaseosas y otras bebidas, productos que ganan número de usuarios para la categoría, canibalizando directamente el mercado de bebidas hidratantes...”

Una de las conclusiones de este estudio es entonces: ‘Cualquier incremento en precios en el segmento trae consecuencias directas, tanto en la base de consumidores de Gatorade como en la frecuencia de su Consumo’.

Al cruzar los datos recopilados en el Flash Report con la información resultante del estudio sobre usos y hábitos realizada por la firma Feed Back, los resultados arrojados muestran que cuando un consumidor de bebidas hidratantes no puede acceder a Gatorade, reemplaza su consumo por otras bebidas que pueden sustituir la necesidad de hidratarse y quitar la sed, motivadores principales por los cuales se llega al consumo de bebidas isotónicas.

Para reforzar los argumentos expuestos por Productos Quaker Ltda. en su recurso, así como los hasta ahora expuestos por Postobón, adjuntamos el estudio denominado ‘Elasticidad de Precios Gatorade —Resultados agosto 27 de 2001’, el cual es una versión anterior del Flash Report que ya consta en el expediente. En dicho estudio se refleja, por una parte, la elasticidad cruzada de la demanda²⁹ y, por la otra, la pérdida de participación de mercado que sufriría Gatorade en el evento en que aumentara su precio.³⁰

2.3 Sustituibilidad en razón de las características físicas del producto

Finalmente, pasamos a analizar las características físicas de las bebidas isotónicas, características éstas que fueron las utilizadas por la Superintendencia para delimitar el alcance del Mercado Relevante y afirmar que dichas bebidas carecen de sustitutos.

Como se explicará en este numeral, es posible afirmar que existen productos con características similares a las de las bebidas isotónicas, los cuales pueden ser considerados como productos sustitutos de aquéllas, especialmente cuando la similitud en características físicas se analiza de manera conjunta con los argumentos expuestos en los numerales 2.1. y 2.2. anteriores, lo que conlleva a una ampliación necesaria del Mercado Relevante del que hacen parte los productos Gatorade.

Las características principales de las bebidas isotónicas son las siguientes:

- Hidratación
- Proveen carbohidratos
- Proveen electrolitos

²⁹ Diapositiva titulada ‘Intención de compra de bebidas a diferentes precios de Gatorade’.

³⁰ Diapositiva titulada ‘Efecto del Incremento de precio en la frecuencia de consumo (#Botellas/Mes)’.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

A continuación hemos elaborado una comparación de las bebidas isotónicas con otras bebidas refrescantes con el fin de demostrar las similitudes y diferencias entre las mismas.³¹

Bebidas isotónicas y el agua

- Tanto el agua como las bebidas isotónicas cumplen la función de hidratar ya que restituyen los fluidos requeridos por el cuerpo.
- En teoría, la diferencia entre ambas radica en que las bebidas isotónicas poseen una concentración de carbohidratos que oscila entre el 4% y el 8% de su volumen total y una concentración de electrolitos que oscila entre 60 y 100 mgs. Los electrolitos predominantes dentro de una bebida isotónica son el sodio y el potasio.
 - Los carbohidratos tienen la función de evitar la fatiga y mantener la concentración de glucosa en la sangre.
 - Los electrolitos a su vez optimizan la absorción intestinal de líquidos.
- En la práctica se ha establecido que la ingestión de carbohidratos no genera ningún efecto sino a partir de la primera hora u hora y media de actividad física intensa, a partir de la cual dicha ingestión disminuye la fatiga (más no la elimina) y mantiene los niveles de glucosa en la sangre pero únicamente por un tiempo determinado ya que de todas maneras es necesario consumir carbohidratos sólidos para mantener ese nivel después de varias horas de ejercicio intenso.
- Igualmente, en la práctica se ha establecido que la ingestión de electrolitos no tiene ningún efecto beneficioso sino a partir de la cuarta o quinta hora de ejercicio intenso y de todas maneras el consumidor deberá consumir electrolitos adicionales en forma de alimentos sólidos con el fin de contrarrestar los efectos derivados de una intensidad física como la descrita.
- Así las cosas, las ventajas de una bebida isotónica frente a las del agua, sólo se presentan en casos muy específicos y extremos y aún en esos casos, es claro que el consumo de bebidas isotónicas no es la única manera en la que se puedan suplir las deficiencias creadas por una dosis de ejercicio intenso.

Bebidas isotónicas y los jugos y néctares de fruta

- Tanto los jugos y néctares como las bebidas isotónicas cumplen la función de hidratar ya que restituyen los fluidos requeridos por el cuerpo.
- En teoría, la diferencia entre unos y otros productos radica en que las bebidas isotónicas poseen una concentración óptima (para efectos de vaciado estomacal) de carbohidratos, mientras que los jugos pueden tener una concentración similar a la de las bebidas isotónicas o una mayor que oscile entre el 10% y el 16% de su volumen. Fisiológicamente, una mayor concentración de carbohidratos provee más energía pero implica una mayor osmolaridad³² y por ende una velocidad de vaciado estomacal mayor y una absorción intestinal menor del líquido, disminuyendo el efecto hidratante.
- Así mismo, otra diferencia es que los electrolitos presentes en los jugos y néctares varían según la fruta de que se trate y el proceso de fabricación involucrado. Por ejemplo, el jugo de naranja, consumido en altísimos porcentajes en el desarrollo de actividades físicas en Colombia, generalmente tiene niveles de electrolitos, especialmente potasio, mucho más altos que las bebidas isotónicas.

De acuerdo con lo anterior, queda demostrado que tanto el agua como los jugos y néctares de

³¹La comparación que elaboramos en el presente documento se basa en diversos estudios cuyos resultados se encuentran compilados en el AMERICAN COLLEGE SPORTS MEDICINE. Position Stand: Exercise and Fluid Replacement. Med.Sci.Sports Exer. 28(1) i-vii. 1996. Este documento, en el cual se plasma la posición de una de las entidades imparciales de mayor trascendencia en el campo de la medicina deportiva, analiza los 92 estudios más importantes realizados en relación con la ciencia de la hidratación deportiva. Dicho estudio reposa en el expediente.

³² Entendiéndose por osmolaridad la cantidad de partículas que existen en una sustancia.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

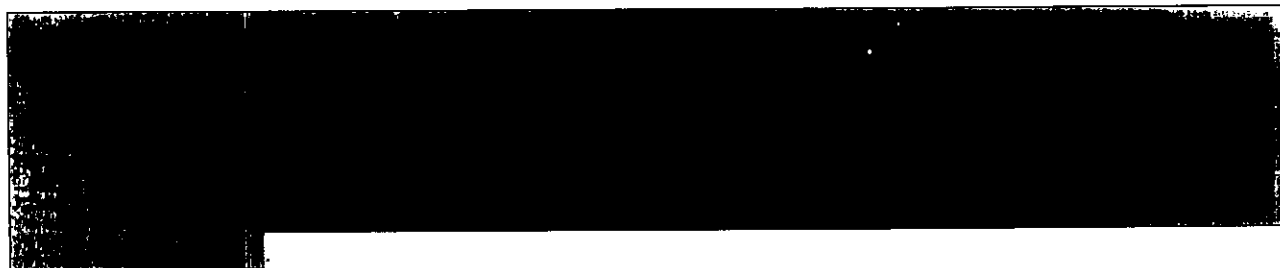
frutas coinciden en muchas de sus propiedades físicas con las bebidas isotónicas. Las diferencias que existen en las propiedades físicas de los mencionados productos no son lo suficientemente trascendentales como para poderse afirmar que éstos no son sustitutos entre ellos, especialmente porque se refieren a diferencias que sólo resultan relevantes para un segmento extremadamente limitado de la demanda (Ej. Deportistas de alto rendimiento). La determinación del mercado relevante basada en este pequeño segmento, implica desconocer, no sólo las características físicas que comparten los productos comparados sino también los demás factores intrínsecos y extrínsecos a partir de los cuales se debe determinar el mercado relevante.

3. NO EXISTEN BARRERAS NATURALES A LA ENTRADA DE NUEVOS COMPETIDORES

Sin perjuicio de los argumentos presentados por Productos Quaker Ltda., debo agregar que es Postobón S.A. el ejemplo más claro de que no hay barreras de entrada al mercado. En efecto, mi poderdante ingresó al mercado con el producto Squash en un momento en el que Gatorade tenía una presencia importante en el mercado colombiano y era prácticamente la única bebida isotónica existente. Además Postobón competía en el mismo mercado con el agua embotellada — Agua Cristal — y otros fabricantes ingresaron en el mercado de bebidas con aguas envasadas. Además, han ingresado al mercado otros competidores con inversiones significativas — Powerade — y con inversiones pequeñas - Coljugos S.A. y Quala S.A.— sin que las circunstancias mencionadas en la resolución como barreras a la entrada al mercado las hayan afectado. Por el contrario, es notorio el crecimiento de Squash y de los demás competidores nacionales en el mercado si se tiene en cuenta su fecha de entrada y el hecho de que Gatorade tuvo una presencia inicial muy anterior a la de sus competidores.

4. EFICIENCIAS

En lo que se refiere a las eficiencias, dadas las explicaciones que se suministraron con la solicitud presentada en cuanto al negocio de Gatorade, entendimos que las mismas eran evidentes dada la forma como se desarrolló el negocio. Sin embargo, para efectos de dar absoluta claridad a ese Despacho procederemos a ahondar sobre el tema en el presente recurso.



La posibilidad de montar una red de distribución propia que compitiera con las existentes en el mercado tendría un altísimo costo para Productos Quaker Ltda, sin un retomo financiero adecuado y por el contrario, altamente ineficiente y generando pérdidas significativas, dado que sería destinada a distribuir un solo producto — Gatorade — a través de una infraestructura, como la necesaria para la distribución de líquidos envasados, que no permite transportar otro tipo de productos. En efecto, la adquisición de una flota de camiones implicaría una inversión de ochocientos mil millones de pesos (asumiendo una flota de 1000 vehículos para transporte de líquidos a razón de ochocientos millones de pesos cada uno), una inversión en neveras cercana a

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

US\$ 1.600,000 (200.000 neveras a razón de US\$800 cada una), la contratación de no menos de 2000 personas para atender los vehículos de transporte. Todo ello sin contar con los costos de organización administrativa y de mercadeo. El total de ventas de Gatorade —informado a ese Despacho — no justificaba económicamente el monto de la inversión requerida. (...).

Con respecto a las eficiencias frente al consumidor, adhiero a lo ya señalado por Productos Quaker Ltda. en su recurso en cuanto a que la ley en parte alguna exige que las eficiencias beneficien al consumidor. Sin embargo, asumiendo que existiere tal exigencia, el cálculo de la misma no puede hacerse, como lo hace la Resolución impugnada, sobre las ventas totales de Postobón S.A. sino sobre las ventas de Gatorade.

El punto 4.7.2 de la Resolución atacada toma todo el universo de las ventas de Postobon S.A. cuando, para ser consistente, ha debido tomar solamente la proyección de las ventas de Gatorade que hiciera Postobón. Dicho cálculo, contrario a lo que señala la mencionada Resolución, resulta en un ahorro para el consumidor. En otras palabras, no puede la Resolución recurrida definir el mercado relevante como el de bebidas isotónicas líquidas, y tomar para efectos de este cálculo el universo total de bebidas refrescantes de Postobón S.A. Si el cálculo se hace tomando el universo que definió la Superintendencia (es decir, las ventas de Gatorade que haría Postobón S.A.), el ahorro para el consumidor es evidente.

Lo anterior demuestra que se dan las eficiencias señaladas, aún la de los consumidores asumiendo que ésta fuere aplicable.

5. GARANTÍAS

Pese a que consideramos que lo expuesto en este recurso y en el presentado por Productos Quaker Ltda. debería ser suficiente para que se revoque la objeción a la operación propuesta, con el objeto de asegurar que no se presentará ninguno de los efectos que esa Superintendencia considera como negativos, las compañías solicitantes estamos dispuestas a adoptar, de común acuerdo con ese Despacho, los mecanismos necesarios para que se mantenga la competencia que existe entre Gatorade y Squash.

Para garantizar que Postobón S.A. no tendrá control de los dos productos y que el precio se determinará de manera independiente y competitiva para el producto Gatorade de manera que no se altere la competencia que hoy existe en el mercado, Productos Quaker Ltda. estaría dispuesta a adoptar, con aprobación del órgano social competente, un mecanismo independiente de aprobación y control interno de precios, de acuerdo con sus variables económicas. Así, por ejemplo, el organismo competente de Productos Quaker Ltda. revisaría las variables económicas que puedan afectar el precio de su propio producto — Gatorade - de acuerdo con unos criterios preestablecidos y determinaría, con absoluta independencia de Postobón S.A. el precio de Gatorade. Las actas o memorias de la forma en que se adopte el precio se avalarían por el revisor fiscal y se mantendrían a disposición de ese Despacho. Igualmente Productos Quaker Ltda. estaría dispuesta a garantizar su permanencia en el mercado y que no perderá el control de su producto en beneficio de Postobón S.A.

Las obligaciones que se asuman en virtud de las garantías que se llegaren a acordar estarían respaldadas por las respectivas pólizas de cumplimiento.

Consideramos que estas garantías, aunque podrían ser innecesarias en virtud de los fundamentos del recurso y de la independencia y la libre competencia que aún sin ellas se mantendrá, servirían para afianzar aún más el compromiso de los solicitantes de mantener la competencia en las mismas condiciones actuales”.

CUARTO: Que agotado el periodo probatorio decretado y en el término conferido por la ley, procede este Despacho a resolver los recursos interpuestos en contra de la resolución 16453 de 2004. Para tal propósito, teniendo en cuenta que los recursos están

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

relacionados con un mismo acto, serán resueltos en forma conjunta, en los siguientes términos:

1 La operación analizada

En primer término, es preciso aclarar que la operación que se informó por las Intervinientes y sobre la cual recayó el pronunciamiento de esta Entidad, consiste fundamentalmente en:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

³³ Según señalaran las Intervinientes en el correspondiente aviso, la operación estaría sujeta a la siguiente forma jurídica:

"Con el ánimo de lograr una mayor eficiencia en los procesos de producción, embotellamiento y distribución de Gatorade, se suscribirá entre PepsiCo (bien sea directamente o a través de una de sus subordinadas de PepsiCo) y Postobón un Acuerdo de Franquicia en los mismos términos y condiciones que tienen los acuerdos de franquicia entre Postobon y PepsiCo respecto de los productos". (Subrayado nuestro)

³⁴ El Anexo 2 al que se refieren las Intervinientes en su respuesta, mediante el cual se definen los "Términos y condiciones esenciales de la Carta de Franquicia", establece:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

[REDACTED]

[REDACTED]

Así las cosas, la operación descrita va más allá de un simple esquema de distribución, pues involucra también actividades de producción, de embotellamiento y, en general, la comercialización de las bebidas de la marca Gatorade. Evidentemente, quien adquiere el concentrado de una bebida, para encargarse de su procesamiento, embotellamiento y posterior venta, bajo la marca y estándares de calidad de un tercero, pero por su propia cuenta y riesgo, desborda la actividad de distribución.

De cualquier manera, sorprende que en el aviso de la operación y en la información complementaria las Intervinientes se hayan referido a la operación como una "Franquicia", y que ahora digan que se trata simplemente de "un esquema de distribución"

Pero con prescindencia de si la operación descrita corresponde a una "franquicia de formato de negocio", de si "[c]alifica más como una combinación de lo que la doctrina nacional y extranjera ha llamado 'franquicia industrial o de producto' con una 'franquicia de distribución'", o de si tiene las características propias de una franquicia pero se le quiere dar el nombre de "esquema de distribución", lo relevante y cierto es que presupone un efecto integrativo, en tanto Postobón obtendría el derecho exclusivo de producir y comercializar la marca Gatorade, incrementando sus ventas y, por ende, su participación en el mercado de bebidas isotónicas, al paso que Quaker dejaría de comercializar la marca Gatorade, percibiendo únicamente las retribuciones derivadas del contrato, independientemente del nombre que se le quiera dar a éste.

Al quedar concentrada la producción y comercialización de Squash y Gatorade en cabeza de Postobón, aumenta su poder de mercado, lo que pone en evidencia que la operación que se proyecta llevar a cabo supone la realización de una integración empresarial, como quedó establecido en la resolución 16453 de 2004. En consecuencia, no se consideran de recibo los argumentos aducidos por las empresas, respecto a que la operación que fue informada no constituya o de lugar a una integración empresarial, en los términos del artículo 4° de la Ley 155 de 1959. Por lo demás, no entiende este Despacho el raciocinio de los recurrentes en el sentido de afirmar que la operación proyectada no constituye una integración, cuando fueron justamente ellos quienes la informaron, dando inicio al trámite administrativo que nos ocupa.

³⁵ En respuesta al requerimiento de Información formulada por esta Entidad, las Intervinientes en la operación señalaron:

"Para Postobón producir, embotellar y distribuir la bebida Gatorade 'bajo su propio riesgo' implicaría que la producción física la haría Postobón - por encargo, sin perjuicio de evaluar la producción directa - pero la estructura y especificaciones de la producción, los controles de calidad, la utilización y combinación de materias primas están sujetos a los términos señalados en el Anexo 2. La distribución física la haría Postobón. Las decisiones de mercadeo se tomarán bajo la dirección de Quaker como titular de la marca y de la imagen del producto. El precio del producto se fijará de común acuerdo teniendo en cuenta las condiciones de mercado de la marca. El riesgo de utilidades y pérdidas en la venta del producto lo asumiría Postobón y el riesgo en la producción, lo asumiría en la eventualidad de que lo produzca directamente".

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

2 La ilegítima confianza

El apoderado de la empresa Quaker S.A., fundado en dos comunicaciones expedidas por esta Entidad en el año 2001, sostiene que la resolución 16453 de 2004, comporta un desconocimiento al principio de la confianza legítima.

Así, la primera de las comunicaciones a que se refiere, consiste en una respuesta a un derecho de petición, donde aludiendo a una integración entre PepsiCo, que participaba en el mercado de bebidas gaseosas, y Quaker, con presencia en el mercado de bebidas isotónicas, se expresó por parte de esta Entidad que *"las empresas involucradas en la operación que se proyecta realizar participan en el mismo mercado, es decir en el de las bebidas refrescantes"* y, que por tanto, la operación debía ser informada. La segunda comunicación es un oficio en el cual esta Entidad, después de haber realizado el estudio de la operación antes señalada, manifestó no tener objeción alguna.

Ambas comunicaciones, según menciona el apoderado, llevaron a que en julio de 2002, se diera inicio a *"[l]a implementación de un programa piloto con el fin de evaluar la posibilidad de entregar a Postobón la comercialización del producto Gatorade bajo el mismo esquema manejado para las demás bebidas Pepsi, esto es a través de un acuerdo de franquicia, (...)".* Según menciona, el referido programa *"[f]ue iniciado bajo la convicción de que, tal como lo había manifestado la Superintendencia al dar respuesta a la consulta arriba comentada, los productos Gatorade participan dentro del mercado de las bebidas refrescantes, e incluso la participación de Gatorade en conjunto con la bebida Squash resulta marginal dentro del mercado de bebidas refrescantes y por lo tanto en nada afecta el mercado. (...)".*

En su criterio, al haberse limitado el mercado relevante en la resolución 16453 a las bebidas isotónicas, se estaría contradiciendo la Entidad con lo manifestado en las comunicaciones antes citadas. Agregando que *"[l]a Superintendencia claramente incluyó a las bebidas marca Gatorade dentro del mercado de las bebidas refrescantes. Con base en esta delimitación, Quaker tomó decisiones trascendentales respecto de los mecanismos para comercializar tales bebidas. Ahora la Superintendencia objeta las acciones que Quaker proyecta implementar precisamente con fundamento en las apreciaciones de tal autoridad"*, con lo cual concluye que se estaría violando el principio de la confianza legítima.

Este Despacho discrepa de lo esgrimido por los recurrentes, pues las comunicaciones a que alude el apoderado no tenían la virtud de crear expectativas favorables o confianza para el administrado y, además, porque no ha existido un cambio de criterio en la Entidad, según se explica a continuación.

a) La primera comunicación a que alude el apoderado, fue expedida por esta Superintendencia en **respuesta a una consulta**, como se indicó en el respectivo acto.³⁶

³⁶ *"Damos respuesta a su comunicación radicada bajo el número de la referencia para informarle acerca de los presupuestos contemplados por las normas vigentes sobre integraciones empresariales, con el fin de indicar los parámetros de los supuestos para que deba informarse a esta Superintendencia sobre una operación de integración empresarial.*

"Así mismo, hacemos claridad en que no obstante esta Superintendencia ya fue informada sobre la operación empresarial a la que usted hace referencia en su consulta, procedemos a dar respuesta a su consulta dentro del término legalmente establecido. (...)".

"2. En relación con el caso concreto

"En los términos y con el alcance previsto en el artículo 25 del código contencioso administrativo, nos permitimos manifestarle que de conformidad con la situación planteada en su comunicación concluimos lo siguiente:

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

En esa medida, su alcance y efectos son los propios del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual ***“Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*** (Resaltado nuestro)

De manera que esta Entidad no podía a través de un acto desprovisto de efectos vinculantes, haber creado una expectativa benéfica para sus destinatarios. Pero si se aceptara que un concepto rendido con el alcance del artículo 25 del C.C.A tiene efecto vinculante -que no lo es-, la conclusión a que se llega es exactamente igual, en cuanto dicho acto no podía generar confianza en torno a que las bebidas gaseosas y las isotónicas hicieran parte de un mismo mercado relevante, por cuanto:

- En ninguna parte se afirma que las gaseosas y las bebidas isotónicas hagan parte de un mismo mercado relevante, es más, ni siquiera se mencionan estos nombres de bebidas.

- En ninguna parte de la respuesta se presentan análisis, estudios, valoraciones, citas o fuentes de los que pueda llegar a colegirse que las gaseosas y las bebidas isotónicas hagan parte de un mismo mercado relevante o, por el contrario, que no lo hagan.

- Como podrá constatarse, en ninguna parte de la comunicación se precisa un ***“mercado relevante”***, pues, de una parte, este tipo de definiciones no es posible realizarlo en la respuesta a una consulta y, de otra, por cuanto la definición del mismo correspondía justamente al trámite de integraciones que para la época se estaba adelantando.

La alusión al término ***“mercado”***, corresponde a una afirmación genérica y abstracta, acorde con el sentido mismo de la respuesta a una consulta. Efectivamente, que dos productos pertenezcan a un mismo mercado, no implica necesariamente su inclusión en un mismo ***“mercado relevante”***. Así, aunque un vehículo de gama baja y uno de gama alta forman parte del mercado de automotores, no necesariamente hacen parte de un mismo ***“mercado relevante”***, del mismo modo que el whisky y la cerveza hacen parte del mercado de bebidas alcohólicas, pero no por ello pueden considerarse como integrantes de un mismo ***“mercado relevante”***.

En cuanto se refiere a la segunda de las comunicaciones, corresponde a la respuesta a un aviso de integración, en que la autoridad de competencia, tras haber adelantado el estudio jurídico-económico de una operación específica, informa a los interesados que de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, ***“la operación proyecta no amerita objeción”***. Pero como se podrá constatar, en ninguna parte se pronuncia en torno a si las bebidas gaseosas y las isotónicas forman parte o no de un mismo mercado relevante. Tampoco menciona los términos gaseosas, isotónicas, bebidas, mercado relevante, ni ningún otro similar.

- ***“Las empresas involucradas en la operación que se proyecta realizar participan en el mismo mercado, es decir en el de las bebidas refrescantes.***

“(…)”

“La operación proyectada tendría efectos en el mercado colombiano.

“En consecuencia, concluimos que en efecto la operación de integración empresarial que se proyecta, es de aquellas que deben ser informadas a esta Superintendencia en los términos y condiciones señalados por la ley 155 de 1959, el decreto 1302 de 1964, el decreto 2153 de 1992 y la circular 02 de 2000”

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Así las cosas, las comunicaciones a que alude el apoderado de la empresa Quaker, mal podían llegar a conferir confianza de algo que nunca se dijo, ni que tampoco estaban en condición o aptitud de hacerlo. Siendo de esa manera, la expectativa favorable que alude el apoderado, corresponde más a suposiciones y conjeturas de su parte, que a inferencias realizadas con base en aspectos objetivos y concretos.

b) La Superintendencia no puede dar confianza respecto a un asunto que la propia ley ha definido, pues ello sería suplantar al legislador. En efecto, la Ley 155 de 1959 y demás normas concordantes han establecido las circunstancias bajo las cuales tiene lugar el denominado control *ex ante*. De esta forma, es una carga de las empresas que pretenden llevar a cabo un proceso de integración, y no de la Superintendencia de Industria y Comercio, determinar si están obligadas o no informar una operación en particular.

En el caso concreto, dicen las empresas que basadas en manifestaciones de esta Entidad, decidieron implementar un programa piloto “[c]on el fin de evaluar la posibilidad de entregar a Postobón la comercialización del producto Gatorade bajo el mismo esquema manejado para las demás bebidas Pepsi”, en el entendido que la participación de las isotónicas en el mercado de bebidas refrescantes, era residual. No obstante, pierden de vista que el deber de información se estructura, entre otros aspectos, en función al monto de los activos de las Intervinientes en el proceso, por lo cual sí este presupuesto se cumplía en el proceso específico que adelantaron, estaban sujetas al deber de información previa, no porque la Superintendencia lo dispusiera de esa manera, sino porque la propia ley así lo ha consagrado.

Así mismo, es importante puntualizar que aún en el supuesto que esta Entidad hubiera establecido que las gaseosas y las bebidas isotónicas forman un mismo “mercado relevante” –que no lo fue-, ello de manera alguna podría significar que todos los procesos de integración que en el futuro se realicen están exentos del deber de información previa, pues es la ley la que define los presupuestos de cuando una operación debe informarse, y son los particulares quienes en cada caso están obligados a hacer análisis correspondiente. Por lo demás, la inclusión de un producto en un mercado específico, depende del contexto que se esté analizando y del rigor con que se defina el mercado, lo que implica, según lo uno o lo otro, que el resultado puede ser diferente.

c) Finalmente, no sobra decir que para entrar en contradicción se requieren dos supuestos básicos. El primero, que existan dos manifestaciones y, el segundo, que haya divergencia u oposición entre una y otra. A la luz de lo anterior, esta Superintendencia no pudo entrar en contradicción con algo que no ha dicho, pues, se reitera, **en ningún momento ha afirmado que las gaseosas y bebidas isotónicas hagan parte de un mismo mercado relevante.**

En todo caso, la delimitación del mercado relevante esbozada en el acto que se impugna, está debidamente sustentada, pues en ella se exponen razonada y objetivamente los criterios tenidos en cuenta para el efecto.

Por las anteriores razones, este Despacho considera que la resolución 16453 de 2004, de manera alguna implica violación al principio de la confianza legítima, como afirma el apoderado de la empresa Quaker.

3 El análisis de sustituibilidad

3.1 Por características

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

La deshidratación ha sido definida como “[/]a pérdida excesiva de líquidos y electrolitos de un ser vivo”,³⁷ y trae como consecuencia inmediata la disminución del transporte de oxígeno hacia los órganos, lo que a su vez genera un aumento en la temperatura, provocando un mayor cansancio, un deterioro en el rendimiento físico, como una disminución de la concentración y la coordinación del sujeto.³⁸

Este fenómeno en el organismo humano, puede producirse por diversas causas,³⁹ entre las que aparece el ejercicio. En efecto, cuando se realiza una actividad física intensa como el deporte, la temperatura corporal aumenta debido al calor que generan los músculos activos. En ese momento, el organismo reacciona y produce el sudor, ocasionando un efecto de enfriamiento.⁴⁰

El sudor representa pérdida de agua y electrolitos (principalmente sodio, potasio y cloro),⁴¹ lo que activa el mecanismo que origina la sensación de sed. Después de realizar un ejercicio intenso ocurre una eliminación de los electrolitos contenidos en el sudor en porcentajes que superan el 50%.⁴² La pérdida de líquido se mide con el peso que se pierde al hacer ejercicio. En la siguiente tabla se relacionan los efectos que pueden generarse en el organismo, según el porcentaje de pérdida corporal.

Pérdida corporal	Consecuencia
1 ⁴³ - 5%	-Aumento de la temperatura -Enrojecimiento de la piel -Fatiga -Calambres -Mareo y náuseas

³⁷ Ver Testimonio de Juan M. Sarmiento, especialista en medicina del deporte, recibido el 21 de septiembre de 2004, obrante a Folios 38 a 49 del cuaderno No. 5 del expediente 04020934.

³⁸ Fuente: Pág web [www.consumer.es/web/es/nutricion/salud_y_alimentacion/deporte/Bebidas isotónicas](http://www.consumer.es/web/es/nutricion/salud_y_alimentacion/deporte/Bebidas_isotonicas).

³⁹ “PREGUNTA 11: Cuando se presenta deshidratación en el organismo humano.

“RESPUESTA: Por muchas causas. Puede ser por vómito, por diarrea, por pérdidas en el sudor, por aumento de la eliminación en la orina, por estados metabólicos como la diabetes, por infecciones, por complicación de cirugías, por traumas a nivel craneoencefálico, dado por un mecanismo físico que es la evaporación”. Ver: Testimonio Juan M. Sarmiento, Ibídem.

⁴⁰ “PREGUNTA 12: En su respuesta anterior mencionada usted la sudoración como una de las causas que puede llegar a producir deshidratación, en ese orden puede decirnos cuándo se presenta la sudoración en el organismo humano.

“RESPUESTA: La sudoración es una respuesta normal en el organismo humano para disminuir el incremento de la temperatura corporal, dado por un mecanismo físico que es la evaporación”. Ver: Testimonio Juan M. Sarmiento, Ibídem.

⁴¹ “PREGUNTA 5: Qué son electrolitos.

“RESPUESTA: Son los elementos minerales que están presentes en el organismo humano y de todos los seres vivos”. Ver: Testimonio Juan M. Sarmiento, Ibídem.

“(…)”.

“PREGUNTA 13: Con el sudor se genera pérdida de electrolitos.

“RESPUESTA: Sí”. Ver: Testimonio Juan M. Sarmiento, Ibídem.

⁴² Gustavo Santángelo Magrini y Ruben Cohen Grinvald. Regulación del Equilibrio Hídrico

⁴³ El valor de mantenerse bien hidratado se ilustra claramente en los estudios de Montain y Coyle (1992) y Walsh et al,(1994). Estos investigadores demostraron que las respuestas cardiovasculares, termorregulatorias y de rendimiento físico se optimizaban por el reemplazo de al menos del 80% del sudor perdido durante el ejercicio. Montain y Coyle demostraron que una mayor ingesta de fluidos determinaba un mayor gasto cardíaco, un mayor flujo sanguíneo a la piel, una menor temperatura del núcleo corporal así como una menor percepción del esfuerzo físico. Los datos de Walsh et al, reafirman que con pequeños niveles de deshidratación 1.(% del peso corporal en su caso) se pudiese reducir el rendimiento del ejercicio físico. Fuente. Bob Murray, Ph.D. Director del Gatorade Sports Science Institute. El reemplazo de fluidos: Posición del colegio americano de medicina del deporte. Sports Science Exchange 63.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

6-10%	-Sed -Dolor de cabeza, falta de aliento -Hormigueo en piernas y brazos
11-20%	-Sordera -Lengua hinchada -Visión oscurecida -Pérdida del conocimiento

Fuente: Pág web www.consumer.es/web/es/nutricion/salud-y-alimentación/deporte/

Devolver el organismo humano a su estado inicial, sólo es posible a través de una adecuada hidratación, que permita recuperar los fluidos y electrolitos perdidos durante la actividad física. De acuerdo con el Estudio "Actividad Física en el calor. Termorregulación e Hidratación", aportado por las empresas Intervinientes, "[p]ara una rehidratación efectiva, las bebidas y los alimentos deberían reponer no sólo el volumen de líquido perdido sino los electrolitos perdidos por sudoración, ésto significa que la ingesta de sodio debería ser moderadamente alta...y también debería haber algo de potasio".⁴⁴

Frente a este mismo punto, los autores Shirreffs & Maughan indican que es importante tener una adecuada cantidad de sodio en las bebidas de rehidratación para atenuar la eliminación de líquidos en la orina producidos por la ingesta de agua simple.⁴⁵ Greenleaf y Cols (1998) y Dearborn Cols (1999) llegaron a conclusiones similares sobre las ventajas fisiológicas de la rehidratación antes del ejercicio, pero con un mayor énfasis en las propiedades osmóticas de la bebida (causadas no solo por el sodio sino además por otros electrolitos más los carbohidratos en la bebida).⁴⁶

Aunque el agua pueda calmar la sed, no permite la reposición de sales minerales perdidas durante la actividad física,⁴⁷ por cuanto en su composición natural no tiene este

⁴⁴ Documento aportado como prueba por Productos Quaker Ltda. " Actividad Física en el Calor: Termorregulación e Hidratación." Folio 92, cuad.4

⁴⁵ Es posible que la ingesta de agua se realice tan rápido que los riñones no logren excretarla, es decir a raíz de una ingesta rápida y excesiva de agua, combinada con un déficit de sodio inducido por la sudoración puede haber lugar a la hiponatremia, reducción potencialmente letal de los niveles sanguíneos de sodio- Fuente. Michael F. Bergeron, Ph.D. FACSM Instituto de Prevención de Gergia Departamento de Pediatría. Sodio: El nutriente olvidado, Sports Science Exchange 78, volumen 13(2000) Número 3.

Tal y como se ha reconocido, "...el sudor contiene, **además de agua**, sales minerales disueltas de vital importancia, fundamentalmente sodio, potasio y cloro, magnesio y cinc. Resulta evidente que el empleo de una bebida que contenga estas sales minerales disueltas será beneficiosa para mejorar el rendimiento deportivo. Estas bebidas tienen una composición especialmente proyectada para reponer fácilmente el agua, las sales minerales y otras sustancias pérdidas durante la realización de ejercicio". Tomado del artículo "Alimentos funcionales. Bebidas Isotónicas". www.hispacoop.es

⁴⁶ Tomado del artículo de Bob Murray, Ph.D El reemplazo de fluidos. Posición del Colegio Americano de Medicina del Deporte.

⁴⁷ "La reposición de los fluidos que se pierden con el ejercicio, sobre todo si se lleva a cabo en lugares calurosos y se suda, es de vital importancia ya que la deshidratación repercute negativamente en el cerebro, en la musculatura y en el sistema cardiovascular. Según datos expuestos por la doctora Susan Shirreffs, de la Universidad escocesa de Aberdeen, si no se recupera el líquido perdido, la fatiga aparece antes y el rendimiento decrece.

"Para lograr una rehidratación adecuada, es necesario recurrir a las bebidas isotónicas, ya que el agua no es suficiente (al sudar también se pierden sales minerales). Varios trabajos realizados por el Gatorade Sports Science Institute (GSSI, sus siglas en inglés) han comprobado que estos preparados han de contener, en la proporción adecuada, agua, sales y carbohidratos (azúcares como la fructosa, la sacarosa y la glucosa).

"Las sales sustituyen a las que se pierden y estimulan el deseo de beber. «Hemos comprobado que

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

tipo de elementos.⁴⁸ Adicionalmente, la capacidad para compensar la pérdida de fluidos y de sales minerales se encuentra limitada por los siguientes factores:

◦ *Tasas máximas de ingesta*

La ingesta espontánea de líquido está influenciada por información sensorial variada, tal como el olor, sabor, temperatura, color y calidad subjetiva de la bebida. Respecto a este punto, en el documento "Actividad Física en el calor. Termorregulación e Hidratación", se manifiesta que el consumo voluntario de una bebida deportiva es mayor que el del agua simple, en parte debido a la palatabilidad de las bebidas deportivas que deriva de su temperatura, dulzura, intensidad de sabor, sensación bucal, acidez y sabor, aspectos que promueven el consumo de líquido durante la actividad física.⁴⁹

◦ *Vaciamiento gástrico*

Los líquidos con mayor contenido de carbohidratos tienen tasas más lentas de vaciamiento gástrico. Este patrón es el mismo durante el ejercicio que el que se observa

tomando sólo agua, la sensación de sed desaparece antes de que la rehidratación sea óptima», explicó a SALUD Ricardo Mora doctor en fisiología del ejercicio de la Universidad de Castilla La Mancha y colaborador del GSSI.

"También, este especialista aclaró que el motivo de que las bebidas isotónicas contengan varios tipos de carbohidratos (azúcares) es que en el duodeno existen diferentes 'transportadores' para cada uno de ellos. Por ello, si sólo se incluyera en la bebida, por ejemplo, fructosa, únicamente se ocuparía su 'vehículo' específico, corriendo el riesgo de sobrecargarlo mientras los demás 'viajan' vacíos. Repartir la carga sin sobrepasar una concentración total de azúcares del 7% es idóneo para evitar molestias gástricas y facilitar la absorción de estas sustancias". Tomado de Diario El Mundo, Suplemento de Salud, artículo publicado el 28 de septiembre de 2002, Num.494, www.el-mundo.es

⁴⁸ *"PREGUNTA 15: Cuando la sudoración es excesiva por una actividad física intensa, es decir, en porcentajes superiores al 2% del peso corporal, en condiciones de alta temperatura puede tener alguna implicación frente al tejido muscular*

RESPUESTA Sí.

"PREGUNTA 16: Puede profundizar su respuesta anterior

RESPUESTA No solo implicaciones a nivel muscular antes que el compromiso muscular hay compromiso a nivel circulatorio, cardiaco, renal, metabólico, sistema nervioso central, entre otros.

"PREGUNTA 17: En las condiciones señaladas en la pregunta anterior, es normal que el rendimiento físico de una persona sufra alguna variación

RESPUESTA Sí.

"PREGUNTA 18: En qué sentido varía el rendimiento físico

RESPUESTA Se disminuye percepción de la sed, se disminuye la concentración, la coordinación, la habilidad para hacer movimientos complejos, fuerza muscular, velocidad y resistencia.

"PREGUNTA 19: Para que una persona que se encuentra en las condiciones mencionadas en las dos últimas preguntas y respuestas retorne a su estado normal qué se requiere

RESPUESTA Que tenga una buena base nutricional que aporte electrolitos y que se hidrate.

"PREGUNTA 20: Para los efectos señalados en su respuesta anterior, es suficiente con que la persona ingiera agua, teniendo en cuenta especialmente lo manifestado en torno a los electrolitos.

RESPUESTA Sí, enfatizando que debe tener una adecuada recomendación nutricional que le aporte los electrolitos.

"PREGUNTA 21: Quiere decir su respuesta anterior que aparte del agua, se requeriría de electrolitos para regresar a la persona a su estado normal.

RESPUESTA Sí.

"PREGUNTA 22: Concretamente qué tipo de electrolitos

RESPUESTA Sodio, potasio, cloro y dependiendo de la magnitud de las pérdidas magnesio y en algunas ocasiones calcio". Ver: Testimonio Juan M. Samiento, Ibidem.

⁴⁹ Folio 91. cuad. 4

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

en reposo⁵⁰. La importancia del vaciamiento gástrico se manifiesta en que a mayor vaciamiento gástrico más rápido se produce la hidratación.⁵¹

Según lo anterior, bebidas como las gaseosas que tienen mayor contenido de carbohidratos que las isotónicas, demoran el vaciamiento gástrico y la absorción a nivel intestinal.⁵² A este respecto, el doctor Juan M. Sarmiento manifestó en su declaración, que a mayor contenido de carbohidratos, más se demora el vaciamiento gástrico y la absorción a nivel intestinal, y que entre más rápido se produce el vaciamiento más rápido se produce la hidratación en el organismo.⁵³

o *Absorción intestinal*

La cantidad y el tipo adecuado de carbohidratos estimulan la absorción de líquido y electrolitos en el intestino delgado.⁵⁴

Para lograr una correcta hidratación es preciso que la bebida utilizada reduzca al mínimo las limitaciones impuestas por la ingesta voluntaria, es decir el vaciamiento gástrico y la absorción intestinal, al mismo tiempo que suministre fluido, carbohidratos y electrolitos en suficiente cantidad y con la suficiente rapidez, como para provocar respuestas fisiológicas positivas que además beneficien el rendimiento.

El agua aunque calma la sed,⁵⁵ no es suficiente para rehidratar el organismo humano, pues carece de los elementos necesarios que permitan la reposición de las sales minerales perdidas durante la actividad física. Adicionalmente, por ser insabora e incolora no hay estímulo en su consumo, retrasando la ingesta voluntaria del fluido; así mismo, dependiendo del estado nutricional de la persona, de su estado físico, del ambiente en el cual realiza una actividad y de la cantidad de agua que ingiera, puede ocurrir que su consumo origine una situación de hiponatremia (baja cantidad de sodio).⁵⁶

Las características del agua, evidentemente la hacen distinta de las bebidas isotónicas, las cuales gracias a su composición y sabor, permiten tanto una rápida como adecuada hidratación del organismo humano, al igual que la recuperación de energías, evitando que la fatiga ocasione una merma en el rendimiento físico, y sin llegar a generar sensación de llenura o pesadez, ni la constante necesidad de eliminación de líquidos; características todas éstas, que la tornan ideal para quienes practican actividades deportivas.

⁵⁰ Actividad Física en el calor. Termorregulación e Hidratación. Folio 91, cuad.4

⁵¹ Testimonio del Dr. Juan M. Sarmiento. Folio 44 cuaderno 5

⁵² En igual forma se manifiesta el Dr. Sarmiento. Folio 43. cuaderno 5.

⁵³ Folio 43 y 44, cuad. 5

⁵⁴ Actividad Física en el calor. Termorregulación e Hidratación. Folio 92. cuaderno.4

⁵⁵ El dr. Juan M. Sarmiento manifestó en su testimonio que el agua puede calmar la sed pero la sed no es un signo de deshidratación ni rehidratación adecuada, afirmando que si con la cantidad de agua ingerida se calma la sed y se aporta al menos 500 ml extras podría llegar a rehidratar el cuerpo (folio 44 cuad. 5), sin embargo, dado que no es un fluido con sabor, ésta ingesta voluntaria está limitada, además el agua "apaga la sed prematuramente y enciende los riñones", es decir la cantidad adicional de agua termina expulsándose en forma de orina y no se mantiene en el organismo para una adecuada hidratación. (Pág web. de Gatorade).

⁵⁶ Testimonio del dr. Juan M. Sarmiento. Folio 47 cuad. 5

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Estas circunstancias, en todo caso, no son desconocidas para los titulares de la marca Gatorade, pues según advierten en la página www.gatorade.com.mx, **"El agua no es la bebida adecuada para hidratarse durante el ejercicio. A diferencia del agua, Gatorade contiene 5% de carbohidratos (14 g en 240 ml) los cuales proveen energía a tus músculos activos, además de electrolitos que ayudan a reponer lo que perdiste a través del sudor –agregando luego que- "[e]l agua no contiene electrolitos y por lo tanto no puede reemplazar los electrolitos que se pierden en el sudor como el sodio y el potasio. El agua apaga el mecanismo de la sed antes de estar completamente hidratado"**.

Así mismo, en relación a otros tipos de bebidas, afirman:

"Jugos y Refrescos"

"La mayoría de los jugos y refrescos contiene (sic) el doble de carbohidratos que Gatorade, esta mayor cantidad hacen más lenta la absorción pudiendo generar malestares estomacales durante la actividad.

"El gas en los refrescos también puede causar malestar e impedir beber hasta estar bien hidratado.

"Bebidas energéticas"

"Gatorade es una bebida deportiva formulada para reemplazar los fluidos durante una situación de sed y calor. Las bebidas energéticas están formuladas para proveer una alta concentración de carbohidratos, además muchas de ellas contienen cafeína, guarán, taurina, ginseng, y no es lo que necesitas en tu actividad física para rehidratarte, reponerte y reactivarte".

En similar sentido aparece información divulgada en la página www.gatorade.cl

"Menos calorías y más absorción"

"Gatorade posee 6% de carbohidratos, la cantidad justa para proveer una rápida hidratación y reponer energías. Las bebidas que contienen un 8% o más de carbohidratos tienen más calorías y se absorben lentamente, lo que puede provocar problemas estomacales. Entre ellas se encuentran algunas bebidas deportivas, jugos de frutas o gaseosas.

"Sin cafeína y sin gas"

"Cuando transpiras debes reponer el líquido perdido para evitar la deshidratación. Les bebidas con cafeína y gas no ayudan a este proceso, ya que la cafeína no colabora en la recuperación de los fluidos perdidos y las burbujas del gas pueden causar pesadez y dolor de estómago. Las gaseosas no permiten una correcta rehidratación.

"Con sodio adecuado para los deportistas"

"Gatorade ha sido calificada como 'baja en sodio' por la Secretaría de Salud de Estados Unidos, ya que su contenido es menor que el de muchos alimentos de consumo frecuente.

"El sodio y el potasio son importantes para balancear los fluidos en el cuerpo, ya que estimula la absorción de líquidos y mantiene el funcionamiento nervioso y muscular.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

"El agua no es suficiente

"El agua calma la sed, pero no rehidrata adecuadamente, ya que apaga la sed antes de que el cuerpo se haya hidratado. Otra factor clave para un deportista es que Gatorade permanece más tiempo en el organismo que el agua, ya que Gatorade contiene sales minerales que evitan la pérdida de líquidos necesarios para el cuerpo antes de tiempo.

"Pensada para deportistas

"Gatorade ha sido desarrollada especialmente para satisfacer los requerimientos del organismo de las personas que realizan actividad física. Más de treinta años de investigaciones y estudios científicos han permitido obtener una bebida perfecta para quitar la sed, rehidratar y reponer energías.

"Fácil consumo

"Gatorade se puede tomar a cualquier edad y sin importar la actividad física que realizas. Para aprovechar al máximo las ventajas de Gatorade es necesario beberla pura, sin diluirla en agua". (Resaltado nuestro)

La información transcrita aunque aparece divulgada con nombres de dominio de otros países, es accesible para cualquier persona en la red y además corresponde a la misma marca de producto sobre la cual recae la operación entre PepsiCo y Postobón. Así mismo, la página de Gatorade a la que remite el link de Postobón,⁵⁷ contiene información en igual sentido y alcance.

Como se podrá constatar, los anteriores portales exaltan las propiedades y atributos químicos de las bebidas isotónicas marca Gatorade, relacionándolos con la adecuada hidratación y reposición de energías, y estableciendo diferencias perceptibles con otras bebidas como: el agua, los jugos y las denominadas energizantes. Por ello, causa extrañeza que quienes comercializan este producto en Colombia desconozca estas circunstancias, y que insistan en que las características de las bebidas isotónicas son las mismas que las de otras bebidas, pues ello llevaría a suponer que la información que se está divulgando a través de la web es engañosa y probablemente contraria a las disposiciones legales.

Ahora bien, en cuanto hace al argumento de los recurrentes según el cual, sólo los deportistas que ejecutan actividades físicas por más de una hora logran beneficiarse de las características de las bebidas isotónicas, disiente este Despacho, pues como se ha expuesto, la pérdida de fluidos y electrolitos propiciado por el sudor, puede presentarse incluso antes de una hora en actividades de fuerte impacto y gran desgaste físico, lo que motiva la necesidad de buscar un adecuada rehidratación y mejorar el rendimiento. Según se ha establecido, *"...la creciente evidencia de los trabajos que se están finalizando (Ball et al, 1995) Below et al., 1995; Wagenmakers et al., 1996; Walsh et al, 1994) indican que la ingestión de carbohidratos puede mejorar el rendimiento en ejercicios de corta duración (Ej.: 1 hora o menos), tanto en actividades intermitentes de alta intensidad como la carrera (Nicholas et al., 1996), el ciclismo (Jackson et al., 1995) y el tenis (Vergauwen et al., 1996)."*⁵⁸

⁵⁷ www.gatorade.com

⁵⁸ Bob Murray, Ph. D. Director del Gatorade Sports Science Institute . El reemplazo de fluidos. Posición del colegio americano de medicina del deporte.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

En el mismo sentido, cabe señalar que tanto en actividades de corta duración y alta intensidad (por ejemplo las carreras de 5 ó 10 km), como las de mayor duración y menor intensidad (p.ej. carreras de maratón), se hayan expuestas al riesgo de que se presenten los problemas generados con la actividad física, especialmente deshidratación.⁵⁹ En esa medida, no se encuentran razones validas para pensar que este tipo de bebidas no otorguen beneficios a quienes realicen actividades por una hora o menos, como aducen los recurrentes.

3.2 En razón de los usos y preferencias

Según mencionan los recurrentes, desde el punto de vista de los usos y hábitos del consumidor, existen criterios que demuestran que existe una amplia gama de bebidas que satisfacen al consumidor, de la misma manera que lo hacen las bebidas isotónicas.

No obstante, fue justamente basado en la información suministrada por las empresas Quaker y Postobón, que este Despacho estableció la existencia de un perfil de consumidores de bebidas isotónicas, circunscrito por unos características, necesidades, como hábitos y ocasiones de consumo particulares, según se advirtiera en la resolución 16453 de 2004, y que se confirma con los estudios aportados por los apoderados, de la siguiente manera:

3.2.1 Perfil del consumidor

Como quedara consignado en la Resolución 16453, numeral 4.3.1.2., los consumidores de Gatorade son principalmente personas activas, hombres y mujeres (55% y 45%, respectivamente), que realizan cualquier tipo de actividad física (deporte o recreación), con edades que oscilan entre 12 y 45 años principalmente, de estratos socio económicos medio a alto.⁶⁰

En el cuadro siguiente se relacionan los aspectos que, en su orden, motivan el consumo de bebidas isotónicas.

⁵⁹ Documento Actividad Física en el Calor: Termorregulación e Hidratación.

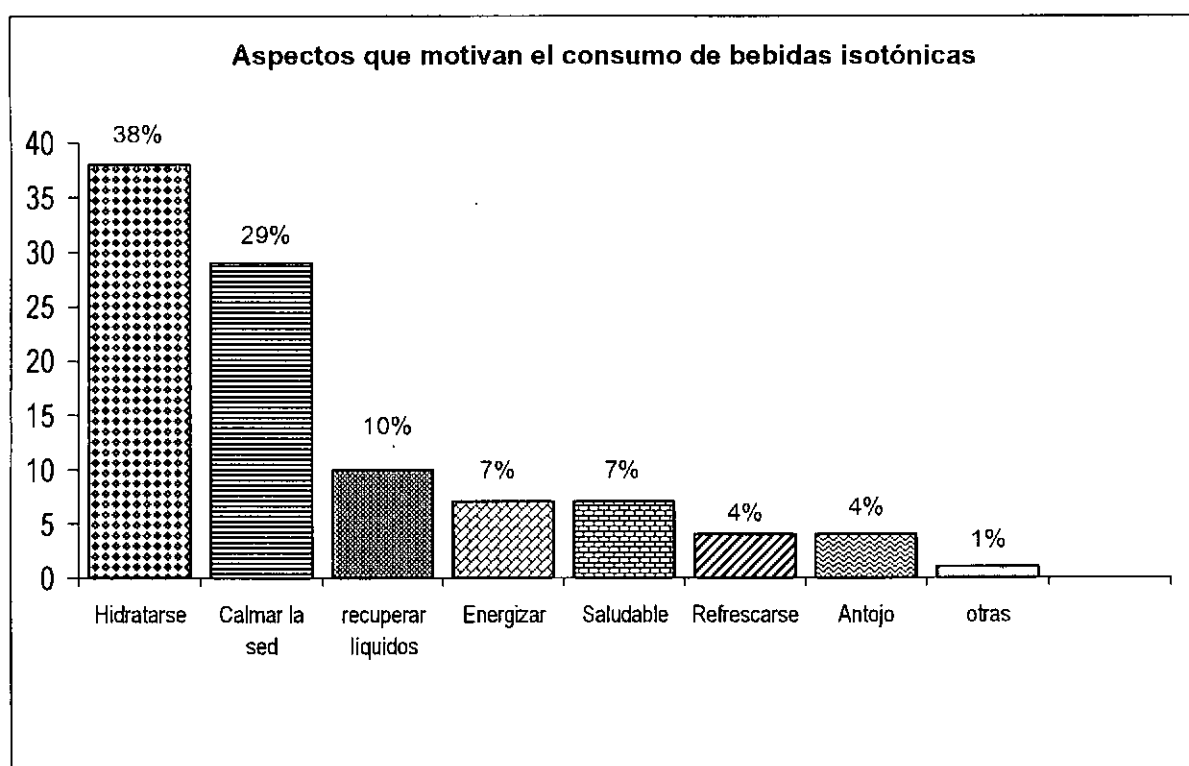
⁶⁰ Comunicación 04020934-00 del 8 de marzo de 2004. Folio 14 cuaderno1 del expediente.

Sobre este punto específico, el señor Carlos Manuel Romero, Gerente de Mercadeo de Coca Cola Servicios de Colombia S.A., manifestó:

"PREGUNTA 5: Según su experiencia, conocimiento en el tema de las bebidas no alcohólicas, puede decirnos si existe definido un perfil específico del consumidor de bebidas isotónicas?"

RESPUESTA. Si en general son personas de estratos económicos medio alto y alto, de edades entre los 12 y los 39 años de edad y tienen bastante actividad en el día, una vida muy agitada por así decirlo. Son personas que requieren bastante energía por así decirlo y por eso necesitan un manejo adecuado de la alimentación de lo que comen y lo que toman. En general son personas deportistas y les gusta llevar una vida saludable, son consumidores de bebidas hidratantes en un mayor porcentaje que el resto de la población y consumen bebidas isotónicas, con el ánimo de hidratarse rápidamente y restaurar energía mientras se toman algo agradable de buen sabor". Ver folios 87 a 93 del cuaderno 5 del expediente No. 04020934.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición



Fuente: Estudio Feed Back

Es importante anotar que aún cuando el común de las personas, como las que fueron entrevistadas, se refiere por separado a la "hidratación" y a la "recuperación de líquidos", estas dos variables no van separadas, pues como se ha analizado, la hidratación justamente consiste en la recuperación de líquidos perdidos a través del sudor. A su vez, la función de "energizar" está relacionada con una correcta hidratación y recuperación de fluidos, y es comúnmente asociada con las bebidas que contienen calorías en su composición química.

De esta manera, un porcentaje mayoritario de las personas que consumen este tipo de bebidas, el 55%, lo hacen motivadas por la necesidad de hidratarse, recuperar fluidos y energizarse, aspectos todos éstos relacionados con situaciones de desgaste físico.

En el mismo sentido se muestran los resultados del estudio "*Bebidas funcionales*", elaborado por CdM Research, en el cual al realizar un análisis de las variables de consumo para el caso particular de la bebida **Gatorade**, la hidratación también ocupa el primer lugar. De acuerdo con este Estudio, los factores principales al momento del consumo son:

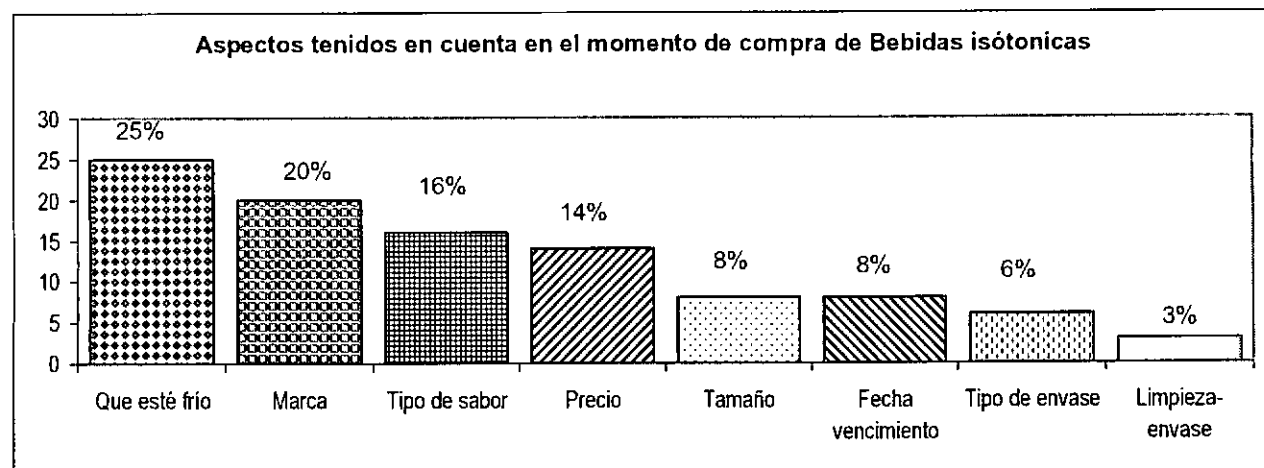
- "1 **Hidrata**
- "2 **Quita la sed**
- "3 **Gusta el sabor**
- "4 **Refresca**
- "5 **Recupera energías**
- "6 **Repone líquidos**
- "7 **Repone Sales Minerales**

Conforme a este estudio, la mayoría de los factores que inciden en el consumo de la bebida Gatorade están también relacionados con actividades de desgaste físico y la necesidad de reponer el organismo humano de los líquidos y fluidos perdidos.

Según el estudio elaborado por la firma Feed Back, existen diversos aspectos que son

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

tenidos en cuenta por los consumidores de bebidas isotónicas al momento de la compra, siendo la temperatura el más importante (25%);⁶¹ la marca ocupa el segundo lugar de importancia con el 20%, en tanto que el precio solamente representa el 14%. A continuación se observan los aspectos que influyen en la compra del producto.



Fuente: Estudio Feed Back

Del cuadro anterior son varias las conclusiones que se extraen. En primer lugar, que existe una inclinación por el consumo frío de esta bebida. La marca es el segundo factor en importancia al momento del consumo. Adicionalmente, el sabor juega un papel importante, lo que, como se manifestó antes, influye en la pronta y adecuada hidratación. El precio, aspecto sobre el cual volveremos más adelante, ocupa tan solo el cuarto lugar de los aspectos que son tenidos en cuenta al momento de la compra.

3.2.2 Momentos y actividades de consumo

De acuerdo con el estudio *Hot & Thirsty-Colombia*, elaborado por la firma Datanálisis y aportado como prueba por Productos Quaker, las **bebidas refrescantes** (gaseosas, jugos, agua de chorro, refrescos en polvo, bebidas isotónicas, té frío, malta y agua envasada), principalmente se consumen en ocasiones pasivas (62.1%), mientras que las actividades físicas representan el 25.4%, al paso que momentos de sed, calor y otros corresponden al 5.6%.

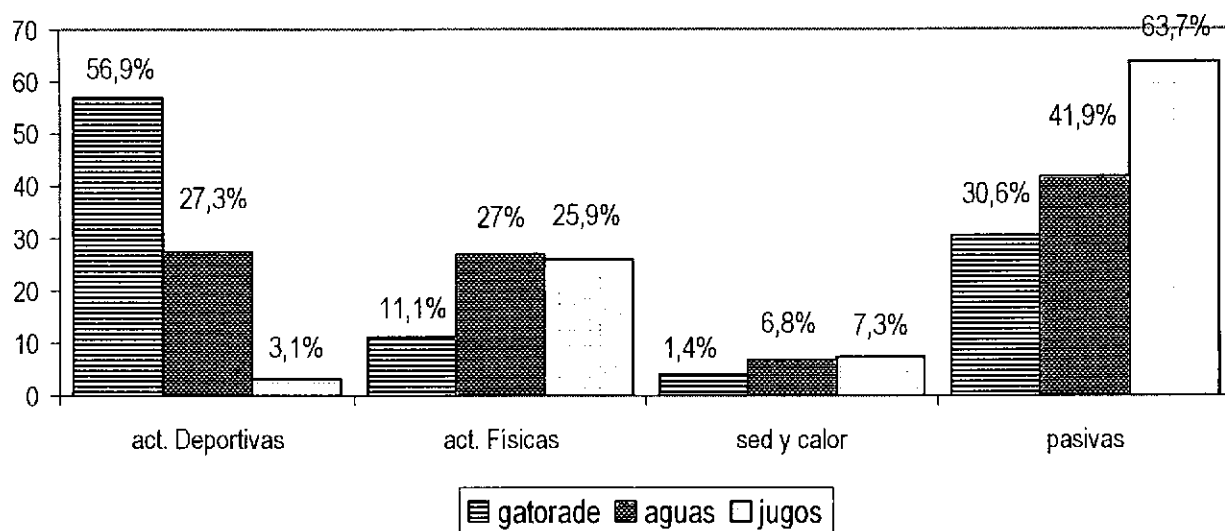
Los anteriores datos contrastan con los momentos de consumo de la bebida Gatorade, que principalmente es ingerida en actividades deportivas (56.9%), seguido de ocasiones físicas (11.1%). Las actividades pasivas representan el 30.6%, en tanto que los momentos de sed y calor representan el 1.4% del consumo.

En el gráfico siguiente se observan los momentos de consumo del Gatorade, comparados con los momentos de consumo del agua y los jugos.

⁶¹ Una de las recomendaciones del *AMERICAN COLLEGE SPORTS MEDICINE* es que los líquidos estén a temperaturas menores que la temperatura ambiente [entre 15° y 22°C (59° y 72°F)] y que tengan sabor, esto para mejorar la palatabilidad y promover la reposición de fluidos. Los líquidos deben estar disponibles y servidos en recipientes que permitan el consumo fácil de volúmenes adecuados, con la mínima interrupción del ejercicio. Fuente: Artículo *Exercise and Fluid Replacement*. Folio 78 cuad. 3. En el mismo sentido se manifestó Carlos Manuel Romero, Gerente de Mercadeo de Coca Cola Servicios de Colombia S.A., al preguntársele porqué la bebida isotónica debe ser fría contestó "Porque el consumo frío contribuye mucho más a que el consumidor sienta que se está hidratando mejor." Folio 89. cuad.5.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

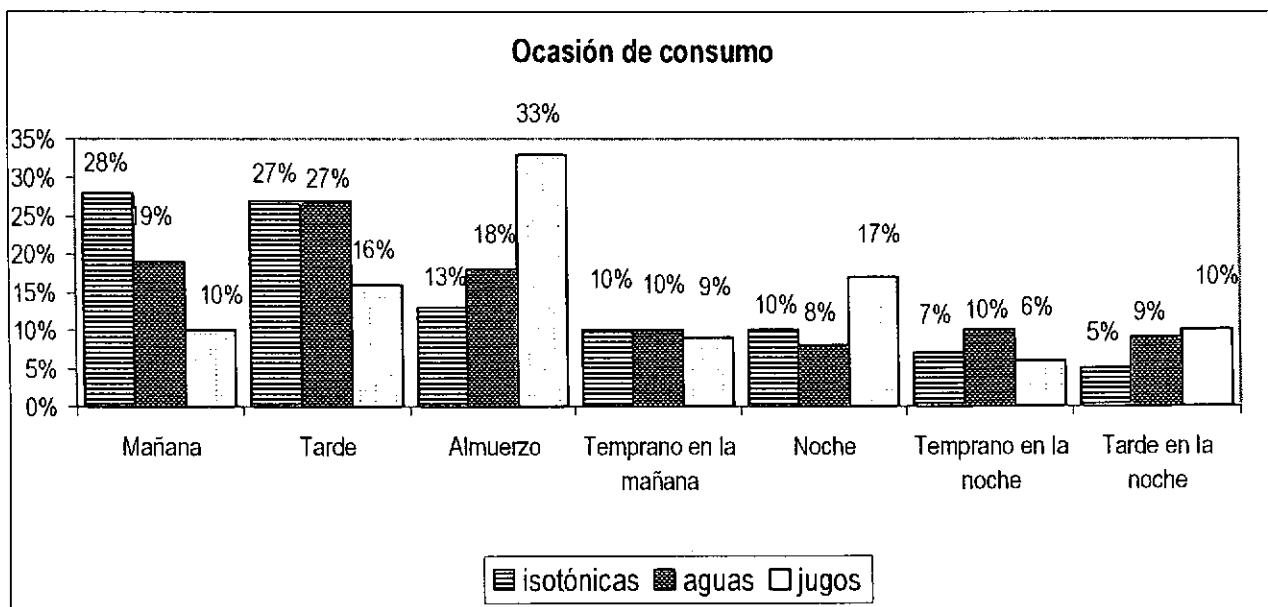
Momentos de consumo



Como se observa, Gatorade es consumido principalmente en actividades que implican desgaste físico (68%), las netamente deportivas representan el 56.9%, y otras actividades físicas el 11.1%. El consumo de Gatorade se da en menor proporción en desarrollo de actividades pasivas (30.6%).

En este sentido, el consumo de bebidas isotónicas se orienta fundamentalmente a los deportistas o personas que realizan actividades que impliquen un gran esfuerzo físico, dada la necesidad del cuerpo de reponer los electrolitos, agua, sales y minerales perdidos en el sudor. Sobre este mismo punto, el señor Armando Peláez Ospina, Director de Pepsi Cola Panamericana S.A., manifestó en su testimonio que las bebidas isotónicas son consumidas principalmente antes, durante y después de la actividad deportiva.

En el gráfico siguiente se observan los momentos y ocasiones de consumo de las bebidas isotónicas, los jugos y el agua.

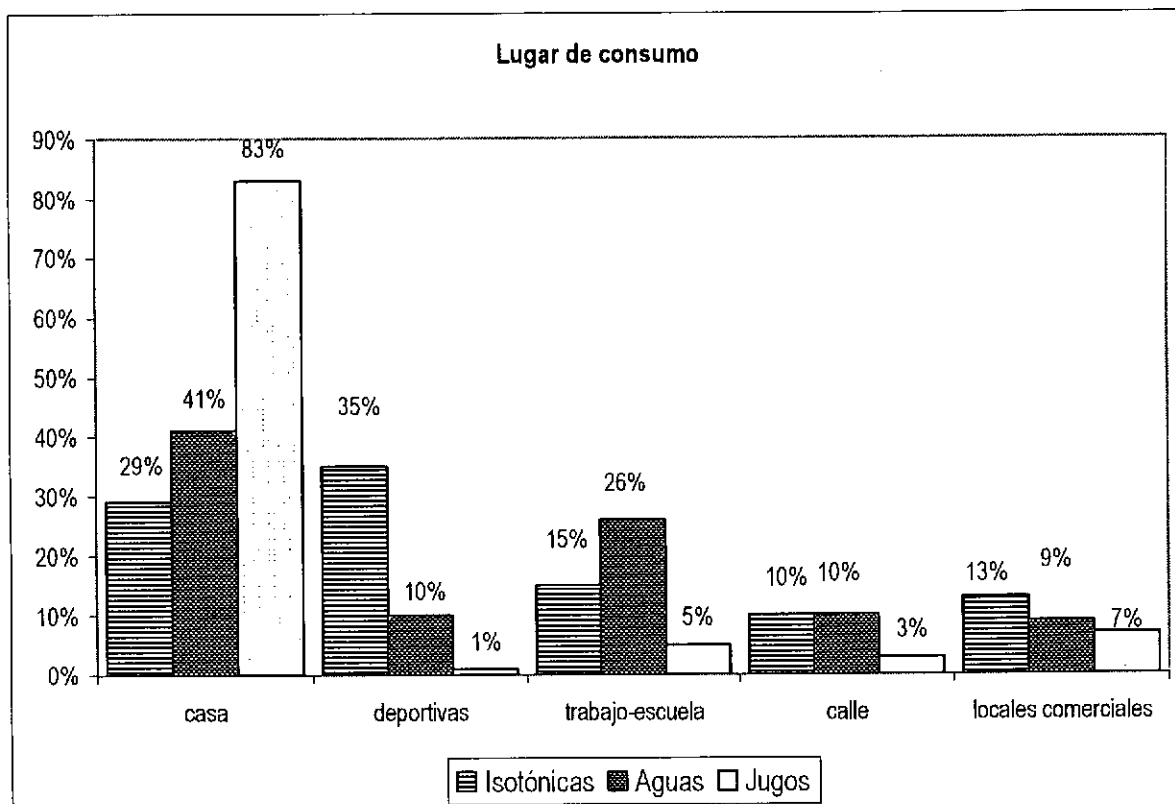


Fuente Data análisis

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

De acuerdo con lo anterior, el consumo de bebidas isotónicas es importante en horas de la mañana, y va decreciendo conforme avanza el día. El agua se consume en forma casi constante a lo largo del día.⁶² Los jugos, por su parte, registran su principal consumo al medio día y en la noche.⁶³ Es evidente, entonces, que los momentos de consumo no son los mismos, pues varían de una bebida a otra.

Respecto del lugar donde se consume la bebida isotónica, se ha podido establecer que corresponde a escenarios deportivos, aunque también se consumen en otros espacios diferentes, como la casa o la calle. El agua mayoritariamente es consumida en la casa, en el trabajo o escuela, resultado que concuerda con el momento de consumo del agua, el cual como se analizó, se presenta mayoritariamente en actividades pasivas.



En la medida que la ocasión de consumo predominante de los jugos es la hora del almuerzo, el lugar habitual para ello es la casa en un 83%.

3.2.3 Publicidad del producto

El Mercado Objetivo (Target Market/TM) es el grupo de personas hacia el cual la empresa dirige sus esfuerzos de mercadeo. Este grupo de gente se define por medio de un perfil de un consumidor e incluye solamente la gente que: 1) quiere comprar el producto, 2) pueden comprar el producto físicamente porque dispone de los recursos necesarios, y 3) los consumidores finales en el mercado.⁶⁴

⁶² "Se trata de un producto multitarget, dirigido a todas las edades y grupos socio económicos. Esta bebida se consume en todos los momentos del día, principalmente antes del desayuno y en la media mañana". Comunicación 04020934 del 12 de mayo de 2004. Folio 9 cuad. 3

⁶³ "Los jugos: son productos multitarget, ubicados en todo el territorio nacional. Se consumen principalmente en el desayuno, el sabor a naranja y como acompañantes de las comidas como el almuerzo y la comida en los demás sabores. Su uso principal es el de acompañante de las comidas, en donde su beneficio claro de saludable y nutritivo de las frutas lo hace ser la bebida preferida por los colombianos". Comunicación 04020934 del 12 de mayo de 2004. Folio 11 cuad 3

⁶⁴ Guías de Comunicación Integradas de Mercadotecnia. www.infosol.com.mx/espacio/cont/gil/imc.htm.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

En relación a este aspecto, el señor Carlos Manuel Romero, Gerente de Mercadeo de Coca Cola Servicios de Colombia S.A., advirtió:

"PREGUNTA 7: De acuerdo con su experiencia, indique a este despacho si el mercado objetivo al cual está dirigido el consumo de bebidas isotónicas, es igual al de otros tipos de bebidas como aguas y gaseosas?"

RESPUESTA: Desde mi punto de vista no, aun cuando las bebidas isotónicas cumplen una función de hidratación como la del agua, los consumidores reconocen claramente unos beneficios adicionales y particulares en las bebidas isotónicas que son únicos y distintos".⁶⁵

Teniendo en cuenta que la publicidad de un producto se encuentra enfocada en el mercado objetivo, se efectuó un análisis de la publicidad realizada por las empresas Postobón, S.A. Productos Quaker Ltda. y Panamco Colombia S.A., para bebidas isotónicas y aguas, identificando que las principales características del producto que son resaltadas en dicha publicidad son:

Características del producto resaltadas ⁶⁶		
Gatorade	Squash	Aguas-Postobón
Quita la sed /lanzamiento/jun. 94 Repone la sed. Quita la sed y te deja como nuevo (1994-1997).	Lanzamiento Squash Perfecta hidratación, mejor sabor Hidrátate e impone tu récord Diseñada para que estés hidratado cuando haces deporte Lema: perfecta hidratación, mejor sabor	Porque su salud va primero Cuidas tu cuerpo con la única agua cristal que existe Exaltación de la figura y el cuerpo Bienestar mental y físico Frescura y pureza Agua cristal agua de vida (2000-2003)
Elimina la sed con la mejor hidratación(jul/99). Repone líquidos, repone fluidos y sales minerales.	Powerade-Radio	
Repone fluidos y minerales 1994-2004. Te hidrata reponiendo líquidos y sales minerales. Hidrátate mejor, hidrata rápidamente, nada funciona mejor. Hidratante n° 1 del mundo, elimina la sed con la mejor hidratación, la mejor hidratación en cualquier actv. Física. La mejor hidratación, para ser tomada antes, durante y después(del ejercicio). Repone líquidos y Sales minerales, se absorbe 30% más rápido que el agua. Acelera la absorción intestinal estimulando la hidratación y dando energía a los músculos.(1997) Estudiado y aprobado	Nueva forma de hidratación y energía Lema: Además de hidratar da energía	

⁶⁵ Ver folios 87 al 93, cuaderno 5 del expediente.

⁶⁶ Con base en información aportada por las empresas sobre publicidad en televisión, radio, afiches, etc.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

científicamente(1995-1996)		
Cada vez que hay cambio de precios, se informa "recupera líquidos y minerales por sólo (\$xx)" lema actual: Nada funciona mejor ⁶⁷		

Como se ha podido notar, la hidratación, como la recuperación de líquidos y electrolitos son las características que más se resaltan en la publicidad de las bebidas isotónicas, dirigida principalmente a un mercado objetivo compuesto por personas que desarrollen una actividad física. En relación a este aspecto, el señor Armando Peláez Ospina, Director de Pepsi Cola Panamericana S.A., al serle preguntado "Sírvese manifestar a este Despacho, qué propiedades o características se resaltan, principalmente, en la publicidad de Gatorade", manifestó: "Gatorade repone los líquidos y los minerales que se pierden bajo la actividad física del ser humano". Así mismo, en relación a la pregunta "Dentro de la actividad publicitaria se incluyen o relacionan imágenes de personas haciendo actividades deportivas", contestó: "Es correcto".⁶⁸

Por su parte, la publicidad del agua embotellada resalta aspectos relacionados con la salud, el cuidado del cuerpo y la figura de toda la familia. Las actividades promocionadas con las bebidas isotónicas son fundamentalmente las deportivas, mientras que las promociones de agua embotellada principalmente tienen lugar en eventos de belleza, de moda, naturaleza, biodiversidad y recuperación de los ecosistemas.

De acuerdo con lo anterior, y contrario a lo expuesto en los recursos presentados, el agua y los jugos son percibidas por los consumidores en una forma diferente a las bebidas isotónicas. Por ello, las razones que preceden y determinan su consumo, los momentos y lugares en que se llevan a cabo, varían entre una y otra bebida, como también es diferente el mercado objetivo al cual se dirige la publicidad, exaltando propiedades y circunstancias particulares para cada tipo de bebida.

Aunque no pretende este Despacho desconocer que existan situaciones en que la ingesta de las bebidas isotónicas pueda hacerse motivado por otras razones distintas a la de hidratar el organismo humano, es una realidad a la cual no escapan las propias anunciantes, que el consumidor promedio, percibe, relaciona e incluso utiliza esta clase de bebidas, en actividades que supongan o conlleven un desgaste físico.⁶⁹

⁶⁷ Según el testimonio de Armando Peláez Ospina, lo que se quiere indicar con esta frase es que tiene la capacidad de reponer líquidos y minerales en el cuerpo humano, después de la actividad física, de una manera adecuada y eficiente. Folio 82. cuad. 5

⁶⁸ Ver testimonio obrante a folios 79 a 86 del cuaderno 5 del expediente No. 04020934.

⁶⁹ Merece traer a colación lo expresado por el señor Armando Peláez Ospina, quien en su declaración recepcionada por esta entidad, manifestó:

"Pregunta 28: Si se recibe una solicitud por parte de Pepsi Co para que se provea de concentrado a un distribuidor de gaseosas marca Pepsi, y no se cuenta con disponibilidad del mismo, que sucedería?. Se le envía concentrado de otras marcas distintas de gaseosas, se le envía concentrado de la marca Gatorade, no se le envía nada, o que sucedería?

Respuesta: Haríamos lo posible. Si no existiese en el país el concentrado solicitado, traerlo de otra dependencia de nuestra compañía a nivel mundial para cumplir con el requisito en mención.

Pregunta 29: En el supuesto de la pregunta anterior, por qué no le envían al distribuidor gaseosas de otras marcas o bebidas Gatorade, por ejemplo?

Respuesta: **Porque no es lo que se requiere.** La requisición está relacionada con un estimado de ventas y demandas del consumidor, pero en caso crítico de agotamiento absoluto se procedería a enviar otra marca de gaseosa y como última instancia concentrado de la bebida Gatorade, que en caso de agotamiento extremo del producto solicitado por el consumidor en gran proporción migrarían hacia otra gaseosa y en el

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

3.3. Elasticidad de la demanda

Con base en el estudio denominado "*Flash Report-Elasticidad de precios –Gatorade*", los apoderados de las Intervinientes concluyen que los consumidores de Gatorade, alternan su consumo con agua en botella, siendo éste producto el principal sustituto de las bebidas isotónicas.

No obstante, es preciso señalar que la empresa que elaboró el estudio "*Flash Report-Elasticidad de precios –Gatorade*" se encuentra en liquidación y, a pesar de los requerimientos formulados por esta Entidad, no fue posible establecer los procedimientos que se siguieron para la elaboración del consabido estudio, las preguntas que se formularon, la tabulación que se realizó, lo que impide la valoración de sus conclusiones.⁷⁰

Atendiendo las circunstancias señaladas en el párrafo precedente, este Despacho decidió solicitar información a Postobón S.A. y a Panamco Colombia S.A., respecto de precios y volumen de venta de bebidas isotónicas como de aguas, a efectos de contar con los elementos necesarios para poder realizar un análisis de sustituibilidad.

Ahora bien, la elasticidad precio de la demanda de un bien o servicio mide el grado en que la cantidad demandada responde a las variaciones del precio de mercado.⁷¹ El coeficiente de elasticidad precio de la demanda es la razón entre la variación porcentual de la cantidad demandada de un bien y la variación de su precio en 1%, manteniéndose constantes los demás factores que afectan a la cantidad demandada.

$$E_p = \frac{\text{Variación porcentual de la cantidad demandada}}{\text{Variación porcentual del precio}}$$

De esta forma, una elasticidad alta indica un elevado grado de respuesta de la cantidad demandada a la variación del precio, en tanto que una elasticidad baja indica una escasa sensibilidad a las variaciones del precio.

- Demanda elástica: si $E_p > 1$
- Demanda inelástica: si $E_p < 1$
- Elasticidad unitaria: si $E_p = 1$

Uno de los determinantes de la elasticidad precio de la demanda es la facilidad de sustitución del bien en cuestión. En general, los bienes cuya sustitución es difícil arrojan valores menores de elasticidad precio. Con base en la información de ventas y precios del producto Gatorade en el periodo 2000 a agosto de 2004, se realizó el cálculo de elasticidad de la demanda frente al precio, obteniendo los siguientes resultados:

caso siguiente extremo hacia la bebida Gatorade, **siempre y cuando estuviese disponible o al alcance de su bolsillo**". Ver testimonio obrante a folios 79 a 86 del cuaderno 5 del expediente No. 04020934.

⁷⁰ "Como primera medida, debe aclararse que el estudio "*Elasticidad de precios Gatorade Flash Report*" fue elaborado por un empresa denominada MONARD la cual se encuentra actualmente liquidada. Esta empresa presentó a Quaker los resultados y conclusiones de su estudio tal como se los hemos entregado a ustedes. Es decir, sólo conocemos el producto final de su trabajo e ignoramos las preguntas precisas que les fueron formuladas a los encuestados, así como la tabulación de sus respuestas. En consecuencia, sólo contamos con la explicación de la metodología incluida en el reporte: 'Entrevista directa con formulario estructurado, aplicado en centros localizados, a compradores de últimos 30 días de bebidas hidratantes (...)'." Respuesta dada por el apoderado de Quaker S.A., en comunicación radicada bajo número 04020934-41 de fecha 24 de junio de 2004.

⁷¹ Sistema de precios y asignación de recursos Leftwich cuarta edición. Pág 35

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

En el período analizado, se dieron 4 aumentos de precios de la siguiente forma:

Fecha	Precio	Variación en ventas	Coefficiente Elasticidad ⁷²	
Dic/00	1100	-7.7%	0.57 ⁷³	inelástica
En/01	1300			

Fecha	Precio	Variación en ventas	Coefficiente Elasticidad	
jun/02	1300	5.57%	-0.82	inelástica
jul/02	1400			

Fecha	Precio	Variación en ventas	Coefficiente Elasticidad	
Dic/02	1400	-18.43%	3.91	elástica
En/03	1500			

Fecha	Precio	Variación en ventas	Coefficiente Elasticidad	
Nov/03	1500	48.06%	-6.22	inelástica
Dic/03	1600			

Fuente: cálculos de la SIC con fundamento en la información suministrada por la empresa Quaker

Según se desprende de la información citada, la demanda del Gatorade con respecto al precio, tradicionalmente ha sido inelástica. Por consiguiente, llama la atención que las ventas en lugar de disminuir ante incrementos en los precios de sus productos, registran aumentos, con excepción de la situación presentada en enero de 2003. Efectivamente, los bajos valores de elasticidad respecto al precio, reflejan la escasa sensibilidad del producto frente a movimientos de precios, explicada por el perfil al que va dirigido el producto o por la ausencia de bienes sustitutos.

Atendiendo lo anterior, este Despacho discrepa de las conclusiones y afirmaciones de las recurrentes respecto de la evidencia de un alto grado de elasticidad de la demanda de Gatorade, ya que según el análisis efectuado sobre el cálculo de elasticidad en relación al precio, se ha podido verificar que en 3 de las oportunidades en las cuales hubo aumento de precios, el coeficiente de elasticidad es inferior a 1, lo que pone de manifiesto que estamos ante un producto inelástico al precio.

Como complemento de lo ya indicado, debemos señalar que las autoridades de competencia han implementado algunas herramientas con el propósito de evaluar la sustituibilidad por precio entre productos. Se habla así del Test de elevación de precios o prueba del SNNIP;⁷⁴ de la elasticidad cruzada de la demanda; como de la correlación de precios a lo largo del tiempo.

⁷² Cálculo realizado con base en la elasticidad arco. Donde $e = (x-x1/x+x1)/(p-p1/p+p1)$.

⁷³ El coeficiente de elasticidad se interpreta así: Una variación del 1% en el precio ocasiona una variación de 0.57% en la cantidad demandada, manteniéndose constante los demás factores que determinan la demanda.

⁷⁴ El análisis de sustituibilidad respecto al precio trata de determinar si los consumidores estarán dispuestos a pasar a productos sustitutos, ante un incremento pequeño (5 a 10%) y permanente en los precios del producto analizado. Si la respuesta es afirmativa, se entenderá que dichos productos o proveedores pertenecerán a un mismo mercado relevante.⁷⁴ Este método se conoce con el nombre de prueba de SSNIP (*small but significant nontransitory increase in prices*), pequeño, aunque significativo, incremento no transitorio de los precios. Tomado de Lexecon. Competition Memo.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

3.3.1 Coeficiente de elasticidad cruzada de la demanda

El análisis de elasticidad cruzada de la demanda, tiene como base económica la elasticidad precio cruzado entre dos productos, que cuantifica en qué medida el incremento del precio de un producto determina el desplazamiento de la demanda hacia otro bien.

Las conclusiones que se extraen del test de elasticidad cruzada de demanda puede variar, dependiendo de las condiciones que se utilicen para llevar a cabo el análisis, en cuanto al porcentaje de incremento de precio y el período de tiempo que se conceda al consumidor para decidir sustituir un producto por otro, puesto que ante un incremento de precio unilateral muy pequeño y un plazo de reacción corto dos productos pueden resultar ser escasamente sustitutos y, a la vez, ser muy sustitutos ante un incremento unilateral de precio mayor y un período de reacción más prolongado.

Al realizar el cálculo de elasticidad cruzada entre el producto Gatorade y las bebidas aguas embotelladas comercializadas por Postobón S.A. y Powerade, se encuentran resultados contradictorios para un mismo producto.

Coeficiente elasticidad cruzada entre Gatorade y Agua en bolsa 300 ml				
Fecha	Coeficiente	Postobón	Coeficiente	Panamco
Jul/02	-0.26	Complementario	2.21	Sustituto
En/03	0.55	Sustitutos	-0.84	complementario
Dic/03	0.36	Sustitutos	3.29	Sustituto

Fuente: cálculos de la SIC con fundamento en la información suministrada por las empresas Quaker, Postobón y Panamco

Para el producto agua en bolsa de 300 ml., el coeficiente de elasticidad cruzada varia según la empresa comercializadora. En el caso de Postobón S.A, por ejemplo, en julio de 2002, ante un aumento en el precio del Gatorade, la demanda del agua en bolsa de Postobón S.A. disminuye, mientras que para el producto agua en bolsa de Panamco la demanda aumenta. En todos los casos analizados se presenta la misma situación,⁷⁵ por lo cual el cálculo de sustituibilidad cruzada de la demanda no arroja resultados concluyentes en el presente caso.

3.3.2 Test de correlación

Este Test parte de la premisa de que si dos productos son sustitutos, la evolución de sus precios debe estar correlacionada. Se dice entonces que cuando el índice es igual a 1, se entiende que las variables comparadas presentan un comportamiento asociado guardando una misma direccionalidad o sentido; cuando el índice es -1, significa que ambos valores evolucionan de forma contraria; por último, si el valor es cero (0) o próximo a cero (0), no es posible inferir resultados claros, o simplemente no existe una relación definida entre las variable analizadas.

Los cálculos de los coeficientes de correlación de precios del Gatorade frente a distintas presentaciones de agua fueron:

⁷⁵ El cálculo de elasticidad cruzada de la demanda se efectuó para las presentaciones de agua en bolsa de 300 ml, vaso de 270 ml y bolsa de 600 ml, presentaciones comparables entre las compañías Postobón S.A. y Panamco.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Producto	Coefficiente
Agua 300 ml. Panamco	-0.35
Vaso 270 ml. Postobón	0.9
Bolsa 600 ml. Postobón	0.37
Bolsa 600 ml. Panamco	0.19

Fuente: cálculos de la SIC con fundamento en la información suministrada por las empresas Quaker, Postobón y Panamco

De acuerdo con lo anterior, el coeficiente de correlación de los productos es cercano a 0, lo que implica que no es posible llegar a una conclusión definitiva en torno a la sustituibilidad de ambos productos.

Por su parte, la prueba del SNNIP deja entrever que no existe relación de sustituibilidad entre los precios del Gatorade y el agua embotellada, toda vez que existen diferenciales entre los niveles de uno y otros superiores al 80%.

Así las cosas, no existe evidencia que demuestre, en forma confiable, una relación de sustituibilidad entre los precios del producto Gatorade y las aguas embotelladas. Mas bien los métodos utilizados indican lo contrario, al poner de relieve que el consumo de Gatorade normalmente es inelástico ante variaciones en el precio, y que no se registra una sustituibilidad precio cruzado de la demanda de este producto con respecto al agua, motivo por el cual lo manifestado por el señor Armando Peláez Ospina, en torno a la supuesta elasticidad y elasticidad precio cruzado de la demanda del producto Gatorade, queda desvirtuado por completo con la información de precios antes analizada.⁷⁶

4 Barreras a la entrada

Las barreras constituyen todo obstáculo que impida, dificulte o demore considerablemente el acceso de potenciales competidores al mercado, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. De esta forma, si es previsible que antes del mediano plazo no ingresaran nuevos competidores por las condiciones existentes en el mercado, se dirá entonces que existen barreras de acceso y, por lo mismo, que la resultante de la integración que adquiere poder de mercado, podrá comportarse con relativa independencia, alentada por la expectativa de que difícilmente ingresaran nuevos agentes, por lo menos en los próximos 2 o 3 años.

Siendo así, resulta irrelevante que la barrera se denomine, natural o estructural, económica o jurídica, o de cualquier otra manera, pues en últimas encierra la misma limitante y efecto para el mercado. Sobre esta premisa, pasamos a hacer los análisis pertinentes, respecto a los argumentos planteados en los recursos.

4.1 Reconocimiento de marca

Es un hecho reconocido que la marca Gatorade se encuentra posicionada en el mercado. En efecto, en el estudio Feed Back se concluye que de las personas encuestadas el 100% ha consumido la bebida de marca Gatorade, el 64% marca Squash, el 33% Power Ade, mientras que otras marcas solamente el 2% reconocen haberlas consumido. Igual

⁷⁶ Ver Testimonio del señor Armando Peláez Ospina, preguntas 24 y 25, folio 82, cuaderno 5.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

comportamiento registran otras variables, como el último consumo y la mayor frecuencia de consumo.⁷⁷

De acuerdo con el estudio señalado, el segundo factor en importancia a la hora de determinar el consumo es la marca, siendo Gatorade y Squash las marcas que registran los más altos niveles de recordación⁷⁸. Según se pudo establecer, de la inversión publicitaria realizada para la categoría de bebidas isotónicas que incluye entre otras a las marcas Gatorade, Squash y Powerade, la publicidad efectuada para la marca Gatorade en el año 2004 representó el 76% de dicha inversión, la publicidad efectuada en la marca Powerade representa el 15.6% y la publicidad para la marca Squash representa el 7% de la inversión publicitaria de bebidas isotónicas.⁷⁹ La importancia de la inversión publicitaria se refleja en las cifras de inversión neta realizada en la marca Gatorade, la cual en lo corrido del año 2004 asciende a \$3.432 millones de pesos⁸⁰, que representa aproximadamente el 10% de las ventas.⁸¹

Ciertamente la existencia de marcas reconocidas no constituye una barrera infranqueable para los competidores entrantes. Sin embargo, ante un escenario como el arriba descrito, quien desee ingresar al mercado de bebidas isotónicas y hacer competencia efectiva a los productos de las marcas Gatorade y Squash, ha de procurar que sus marcas sean, cuando menos, conocidas por su mercado objetivo, lo que supone necesariamente inversión ingente de recursos económicos, como un espacio de tiempo mínimo, que permita que el consumidor empiece a identificar sus productos y a demandarlos en el mercado.

Es esta circunstancia la que constituye la barrera de acceso al mercado, pues mientras el entrante consigue la recordación de su marca, quien ostenta poder de mercado podrá seguir portándose con relativa independencia, ante la ausencia de competidores actuales o potenciales que lo puedan disuadir de sus determinaciones. Por tal razón, este Despacho discrepa de los argumentos esgrimidos por los apoderados de las Intervinientes, y considera que en el presente caso, el posicionamiento de la marca Gatorade sí constituye una barrera que aunque no impide el ingreso de potenciales competidores, si demora o retrasa su competencia efectiva.

4.2 Redes de distribución

La participación de una empresa en el mercado no depende sólo de su capacidad de producción, sino de la posibilidad de que sus productos lleguen efectivamente a manos del consumidor final. Para tal propósito, la red de distribución, sea propia o ajena, constituye un instrumento fundamental, realidad a la que no escapan las Intervinientes, pues según manifiestan, fue precisamente el acceso a la red de distribución de Postobón, la razón fundamental que motivó la operación que se analiza.

⁷⁷ Folio 45 cuad. 3.

⁷⁸ Folio 65 cuad. 3

⁷⁹ Radicación n° 04020934-68 del 27 de septiembre/04. Folio 12, cuad. 7. Fuente: Ibope. "Inversión Multimedios Marcas".

⁸⁰ Información de Productos Quaker Ltda. comunicación 04020934-67 del 27 de septiembre de 2004.

⁸¹ Testimonio del señor Armando Peláez Ospina, recibido el 8 de octubre de 2004.

"Pregunta 34: Sabe usted qué peso aproximado tiene la inversión publicitaria en la estructura de costos de los productos Gatorade?

Respuesta: Aproximadamente el 10% sobre las ventas." Folio 84 cuad.5

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Para el competidor entrante, que es frente a quien deben analizarse las barreras, organizar una red de distribución que le permita un alcance y cobertura similar a la que tiene Postobón, aunque no le es imposible tampoco le resultará una tarea fácil, pues requerirá una fuerte labor logística y de conexión, como la inversión de grandes recursos económicos, todo ello traducido en tiempo durante el cual quien tiene poder de mercado, podrá continuar determinando unilateralmente las condiciones bajo las cuales opera.

En todo caso, llama la atención la percepción de las Intervinientes sobre el sistema de distribución, la que ha cambiado desde el año 2002, cuando PepsiCo y Quaker consideraban que el esquema de distribución era adecuado, en los siguientes términos: *"Es importante anotar que Pepsico Inc y The Quaker Oats Company consideran adecuado el proceso de distribución que se tiene para el producto Gatorade, y en consecuencia, Pepsi Co no tiene actualmente la intención de modificarlo"*,⁸² argumento que es contradictorio con lo afirmado por Postobón S.A. en el recurso contra la resolución 16453, donde manifiesta que cuando PepsiCo Inc adquirió Productos Quaker Ltda. la distribución del producto se realizaba a través de distribuidores independientes, en estado de insolvencia, con grandes pasivos para con Quaker, ventas a la baja, una reducción de la participación, los costos de publicidad eran altos y el acceso a puntos de venta reducido, por lo cual según las empresas, continuar con la operación requería una inversión cercana a los 10 millones de dólares, y se generaría una pérdida para Productos Quaker Ltda., llevándola incluso a quedar en causal de disolución.

4.3 Capacidad instalada

En primer término, se debe aclarar que las cifras sobre capacidad instalada ociosa se calcularon con base en la capacidad instalada y porcentajes de capacidad utilizada informados por las empresas Colbesa S.A., Postobón S.A., Coljugos y Panamco Colombia S.A.

Dicho lo anterior, debemos mencionar que aunque una operación de integración no necesariamente implica un aumento en la capacidad ociosa, si conlleva su concentración, ya que el potencial para incrementar la producción que antes estaba en cabeza de dos agentes, pasa a depender de una misma unidad decisoria, confiriéndole un mayor margen de movilidad a la resultante del proceso.

Para quien pretende incursionar un mercado, la presencia de agentes económicos con barreras ociosas considerables sí supone un efecto disuasorio, pues no solo implica la existencia de una demanda aparentemente satisfecha, sino la capacidad que tiene el agente actual en el mercado para incrementar en cualquier momento su producción, sin que sus costos fijos aumenten.

De esta forma, quien pretenda ingresar bajo esta condición, tendría que asumir los costos propios de penetración, afrontando el panorama poco halagüeño de un mercado maduro con una demanda satisfecha, en el que existen unos agentes económicos que han tenido tiempo para recuperar el costo de acceso, y que adicionalmente cuentan con la posibilidad de incrementar en cualquier momento su capacidad de producción, sin tener que aumentar sus costos fijos.

La situación descrita no pasa inadvertida para quienes pretenden ingresar un mercado, y reduce el número de agentes económicos con interés y la capacidad para efectuar grandes inversiones en un mercado bajo esas condiciones. Por consiguiente, no asiste

⁸² Solicitud de Integración Pepsi-Quaker presentada el 7 de febrero de 2001. Radicación n° 01008689, folio 36.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

razón a las empresas cuando afirman que la presencia de este factor no constituye una barrera de acceso al mercado, debiéndose ratificar lo consignado en la resolución 16453.

4.4 Actividades relacionadas

Frente a este punto, son varias las precisiones que deben hacerse. Para empezar, resulta sofisticado considerar que las actividades señaladas en el numeral 4.5.3. de la Resolución 16453, sólo están relacionados con el mercado de bebidas y no con las isotónicas líquidas, siendo que estas últimas también son bebidas y no dejan de serlo por la forma particular como se haya definido el mercado relevante, y adicionalmente, por porque también requieren de materia prima, insumos y lo necesario para su adecuada distribución y comercialización.

Por otra parte, no se requiere demostrar en relación a este punto, que exista una exclusividad por parte de las empresas relacionadas, pues el solo hecho de pertenecer a una misma unidad económica, deja abierta la posibilidad para que en cualquier momento puedan concederle tratamientos más favorables. Lo anterior, no puede demostrarse que esté ocurriendo en la actualidad, pues se parte de la base de que en este preciso momento las Intervinientes no están integradas.

Como antes se advirtiera y ahora se ratifica, las barreras de acceso se analizan en función de quienes no están en el mercado pero podrían tener interés en ingresar, lo que en síntesis se denomina "potenciales competidores". En esa medida, el que existan actuales competidores que cuenten con las mismas condiciones del agente que está siendo analizado, no desvirtúa que existan barreras de acceso para los que están afuera del mercado.

En todo caso, no puede perderse de vista que las barreras de acceso no se cuantifican y analizan en forma aislada sino conjunta, de tal manera que la sumatoria de todas las circunstancias señaladas es la que confluye en el convencimiento de que el mercado de bebidas isotónicas presenta obstáculos que impiden, dificultan o demoran el acceso de potenciales entrantes, ante un intento de la resultante por incrementar sus precios en forma extracompetitiva.

Por todo lo dicho, este Despacho considera infundado el cargo de falsa motivación que aducen las empresas Quaker y Postobón en los recursos interpuestos.

5 **La indebida restricción a la competencia**

Según menciona el apoderado de la empresa Quaker, la operación planteada no genera una indebida restricción a la competencia como se indicó en la resolución 16453 de 2004. A continuación, procede este Despacho a referirse a cada una de las razones esgrimidas en torno a este punto.

5.1 "Indebida restricción por la salida de un competidor"

De acuerdo con lo manifestado en el recurso interpuesto, *"las ventas de Gatorade disminuyeron sustancialmente a partir de 1998 –lo que atribuyen a- la ineficiencia de los canales de distribución de esa empresa"*. Mencionan además que *"Tales inconvenientes son de tal magnitud, que como resultado de ellos, se ha causado graves perjuicios económicos a Quaker como lo revela la situación económica y contable"*

Por lo cual consideran que, *"...para efectos de garantizar la permanencia en el mercado concerniente a los productos objeto de la resolución, es imprescindible que el sistema de distribución del producto que se comenta sea replanteado..."* y, que por tanto, la decisión objeción de la operación informada, *"[i]mplicaría la salida de mi representada del*

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

mercado al no tener otros canales de distribución que le permitan llegar a los consumidores en forma eficiente”.

Este Despacho no considera de recibo los anteriores planteamientos, por cuanto:

- No se cuenta con pruebas que demuestren que la permanencia de los productos Gatorade en el mercado se encuentre en riesgo; tampoco se tiene certeza de que la red de distribución utilizada por Quaker haya presentado los inconvenientes que se indican en el recurso, y menos todavía, se ha acreditado una relación causal entre los problemas presentados en la red de distribución y el riesgo de permanencia de tales productos.
- La tendencia negativa en las ventas de los productos Gatorade no necesariamente indica la existencia de problemas en su red de distribución, pues puede obedecer a otras circunstancias como: una inadecuada política de mercadeo, recesión económica, una redefinición en el mercado de bebidas isotónicas, etc. De todas maneras, en los últimos dos años, las ventas de sus mas inmediatos competidores, como son Squash y Powerade, de Postobón y Panamco Colombia S.A. respectivamente, también han presentado una tendencia decreciente.⁸³
- No se cuenta con elementos objetivos de los que pueda inferirse que la distribución de los productos Gatorade por parte de Postobón, sea la única manera de asegurar su continuidad en el mercado.
- Las operación informada por las Intervinientes está relacionada con un contrato de franquicia, como se expuso en el primer punto del presente acto, no obstante señalan que la fórmula para evitar la desaparición de los productos Gatorade es confiriendo su distribución a la empresa Postobón. En esa medida, no se advierte congruencia entre la operación que se pretende llevar a cabo y la problemática actual que esbozan los recurrentes.

5.2 Cambio de la estructura competitiva del mercado que, supuestamente facilitaría a Postobón S.A. el manejo de precios de venta, por inexistencia de sustitutos

Afirman las recurrentes que existen sustitutos, no obstante este argumento pierde todo peso al haberse desvirtuado la existencia de productos sustitutos para el mercado relevante definido.

5.3 Supuesta indebida concentración del mercado

Según se indica en el recurso, la operación propuesta antes que restringir indebidamente la competencia genera grandes beneficios para el mercado, pues “[n]o sólo el consumidor final, sino también los expendedores, sean estos detallista o supermercados de cadena, obtendrán un benéfico de la operación”

“a. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, tendrá un suministro más oportuno y rápido de la bebida Gatorade, en cuanto ésta será suministrada al mismo tiempo y con la misma red de distribución de los productos Postobón.

“b. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, podrá optimizar su manejo de inventarios del producto Gatorade, en la medida en que el producto llegará al sitio más frecuentemente.

⁸³ De acuerdo con la información de ventas en volumen de Gatorade, Squash y Powerade, se determinó que en el período 2002 a 2003 las ventas de estas marcas han presentado una disminución de 8.15%, 47.48% y 42.64% respectivamente, de igual forma las ventas de Gatorade y Squash en el período 2000 a 2003 presentan un descenso en 25.3% y 31.9% respectivamente.

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

"c. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, ahorrará energía eléctrica al utilizar un solo congelador para los productos Gatorade y los demás suministrados por Postobón.

"d. El expendedor, ya sea detallista o almacén de cadena, ahorrará en gastos de compra por tener un solo proveedor en vez de dos independientes.

"De otra parte, el consumidor podría obtener beneficios potenciales como disponer del producto en sitios donde este no existía con anterioridad, porque la red de distribución anterior no lo cubría, adicionalmente podría llegar a disfrutar de las mismas promociones que usualmente le da al público Postobón".

En relación a este punto, este Despacho encuentra procedente ratificar lo manifestado en la resolución 16453 de 2004, en el sentido que no están dadas las condiciones para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992,⁸⁴ por cuanto:

- No existe prueba que demuestre que la operación que se proyecta traería aparejadas las eficiencias a que aluden los apoderados, o cualquier otra de alcance similar.
- Al margen de lo anterior, los beneficios a que alude el apoderado no están valorados en términos económicos. En esa medida, se desconoce el ahorro en costos que implicarían, lo que deja a este Despacho en imposibilidad de determinar si tales eficiencias tendrían la entidad suficiente para compensar los efectos indeseables que pudieran derivarse de la operación.
- Tampoco está demostrado que la operación que se proyecta sea el único medio para lograr las eficiencias que se pretenden, ni existen elementos que permitan suponer que la oferta de bebidas isotónicas no se verá reducida a causa de la operación que se proyecta.

En suma, los presupuestos mínimos para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 51 no están acreditados, por lo cual las razones para objetar la operación informada se mantienen.

6 El ofrecimiento presentado

Conforme señala el doctor Robledo Vásquez en su recurso, *"Para garantizar que Postobón S.A. no tendrá control de los dos productos y que el precio se determinará de manera independiente y competitiva para el producto Gatorade de manera que no se altere la competencia que hoy existe en el mercado, Productos Quaker Ltda. estaría dispuesta a adoptar, con aprobación del órgano social competente, un mecanismo independiente de aprobación y control interno de precios, de acuerdo con sus variables económicas. Así, por ejemplo, el organismo competente de Productos Quaker Ltda. revisaría las variables económicas que puedan afectar el precio de su propio producto — Gatorade - de acuerdo con unos criterios preestablecidos y determinaría, con absoluta independencia de Postobón S.A. el precio de Gatorade. (...) Igualmente Productos Quaker Ltda. estaría dispuesta a garantizar su permanencia en el mercado y que no perderá el control de su producto en beneficio de Postobón S.A.*

En cuanto concierne a este aspecto, debemos señalar que el anterior ofrecimiento se presenta sobre la base de una operación diferente a la que se informó y que fue materia

⁸⁴ De acuerdo con esta norma, *"El Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4o. de la ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado".*

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

de pronunciamiento por este Despacho, la cual, como se expuso, consistía en que Quaker le concedía a Postobón el derecho a producir, embotellar y distribuir los productos marca Gatorade, propósito para el cual, entre las condiciones que regirían la operación, se previno que “[c]ualquier modificación a los términos de comercialización de los productos Gatorade, **incluso al precio al detal o el precio al consumidor final, deberá ser aprobado por ambas partes. (...)**”. De modo, pues, que el ofrecimiento propuesto por el apoderado de la empresa Postobón, resulta diferente no solo a la operación que se sometió al análisis de esta Entidad, sino al clausulado que regiría las condiciones entre las partes.

En el mismo sentido, no puede perderse de vista que al adquirir Postobón el derecho al uso exclusivo de la marca Gatorade, así sea con las limitantes consignadas en el “Anexo 2”, amplia su portafolio de productos y, consecuentemente, su poder de mercado frente a tiendas, detallistas, mayoristas, supermercados e hipermercados, pudiendo obtener mejores condiciones comerciales, en aspectos como: precios, ubicación de productos, plazos de pago y rotación de productos, lo que contribuiría a reforzar las barreras de acceso al mercado de bebidas isotónicas, confiriéndole, además, una ventaja competitiva frente a los actuales competidores.

Así las cosas, la operación propuesta concentra y confiere poder de mercado a la empresa Postobón, al paso que fortalece las barreras para potenciales entrantes, inhibiendo claramente la competencia en el mercado de bebidas isotónicas, circunstancia que no logra ser revertida con el ofrecimiento propuesto, el cual dicho sea de paso, permite anticipar dificultades tanto en su implementación por las Intervinientes, como en su monitoreo y seguimiento por parte de esta Superintendencia, especialmente por la dificultad técnica que implica determinar si el precio que asignen las empresas a sus productos corresponde efectivamente a las fuerzas del mercado.

Como corolario de lo expuesto, este Despacho considera que el ofrecimiento presentado por la empresa Postobón en su recurso, no confiere las condiciones necesarias para el restablecimiento efectivo de la competencia, que es la finalidad primordial que debe producirse a través de un “condicionamiento”.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar en todas sus partes la resolución No. 16453 del 23 de julio de 2004, por medio de la cual se objetó la operación de integración proyecta por las empresas Postobón S.A. y Productos Quaker Ltda.

ARTICULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Eduardo Zuleta Jaramillo, apoderado especial de Productos Quaker S.A., o a quien haga sus veces, y al doctor Jaime Elías Robledo Vásquez, apoderado de Postobón S.A., o a quien haga sus veces, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la presente no procede ningún recurso, quedando agotada la vía gubernativa en los términos previstos por el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los **10** NOV. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Notificación:

Doctor
JAIME ELIAS ROBLEDO VASQUEZ
Apoderado
POSTOBON S.A.
NIT 890903939-5
Fax 6 21 49 92
Cra 11 n° 82-01 of. 902
Bogotá D.C.

Doctor
EDUARDO ZULETA JARAMILLO
Apoderado Especial
PRODUCTOS QUAKER S.A
NIT 890301918-7
Cra 11 n° 82-01 of. 902
Bogotá D.C.