



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 4 8 3 9 DE 2013

115 FEB 2013

Radicación: 10-75291

Por la cual se ordena el cierre de una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009 y en los Decretos 2153 de 1992, 4886 de 2011¹ y el Decreto 0019
de 2012y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 6074 del 11 de febrero de 2011² se abrió investigación en contra de la FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA, en adelante la FLA, por la presunta infracción del régimen sobre protección de la competencia y, en especial, de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así como lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, conforme al cual se considera un acto contrario a la libre competencia la infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

De igual manera, se abrió investigación para determinar si el señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, en su calidad de gerente general de la FLA, para la época de los hechos investigados, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

La apertura de la investigación administrativa adelantada por la Delegatura tuvo como fundamento la interposición de una denuncia por la sociedad BAVARIA S.A., en adelante BAVARIA, según la cual la FLA había emitido una publicidad en las revistas SOHO y ALO de su producto Aguardiente Antioqueño, en la que se aludía a las kilo calorías que aportan distintas bebidas alcohólicas, entre ellas el aguardiente y la cerveza. Según BAVARIA, dicha publicidad infringía las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección del consumidor afectando igualmente su actividad de comercialización de cerveza. De acuerdo con lo anterior, la apertura de investigación fundamentó las imputaciones jurídicas de la siguiente manera:

" (...) Contrastando el registro sanitario aportado y la publicidad desplegada por la Fábrica de Licores de Antioquia que obra en el expediente, en la cual figura la frase "¿Quién dijo que el aguardiente es el trago que más sube de peso?, y en donde se relacionan las kilocalorías por trago de la cerveza, esta Delegatura no encuentra que al parecer exista congruencia entre la información que obra en el registro sanitario y la publicidad, comoquiera que en aquel no se hace referencia a la cantidad de kilocalorías que tiene el aguardiente.

¹ Mediante el cual se Deroga el Decreto 3523 de 2009 y el Decreto 1687 de 2010.

² Documento Obrante en el Cuaderno Público No. 1, folios 61 a 66.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 - - - 4 8 3 9 DE 2013 Hoja N°. 2

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Dentro de esta perspectiva, presuntamente se habría configurado una vulneración a las normas que protegen la libre competencia, como quiera que el Estatuto de Protección al consumidor exige, según las normas reseñadas, tratándose del aguardiente, "toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializadas, según el caso. (...) Se consideran contrarias a la realidad o que inducen a error, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no correspondan, en todo o en parte, a las condiciones de calidad e idoneidad registradas o a las contenidas en las licencias expedidas."
(...)"

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 55078 del 5 de octubre de 2011³, la Delegatura para la Protección de la Competencia ordenó practicar algunas de las pruebas solicitadas y tener como tales las aportadas por los investigados, al tiempo que decretó algunas de oficio y rechazó otras.

Dicho acto fue modificado por medio de la Resolución No. 63554 del 10 de noviembre de 2011 y adicionado mediante Resolución No. 17573 del 27 de marzo de 2012.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 27314 del 26 de mayo de 2011⁴ se aceptó el desistimiento de la denuncia presentado por BAVARIA, en contra de la FLA y su gerente general y se ordenó continuar con la investigación, para determinar una posible afectación al interés público.

CUARTO: Que el 30 de agosto de 2012, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos⁵, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado⁶ con el resultado de la etapa de instrucción y su respectiva recomendación. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, adicionado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, cuyos principales aspectos se sintetizan a continuación:

El Delegado presenta sus consideraciones en cuatro acápites a través de los cuales analiza si la conducta denunciada ocasionó una distorsión en el mercado en el que participaban las empresas que se consideran competidores de la FLA y, por consiguiente, si se infringieron las normas sobre libre competencia, de la siguiente forma:

³ Documento Obrante en el Cuaderno Público No. 1, folios 181 al 187.

⁴ Documento Obrante en el Cuaderno Público No. 1, folios 125 a 127.

⁵ La audiencia de descargos, establecida en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se llevó a cabo el 26 de julio de 2012, exponiéndose los argumentos por parte de los investigados, los cuales reposan en un CD en el Cuaderno Público No. 4, folio 1160.

⁶ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 4, folios 1171 a 1199.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

4.1 Implementación de la campaña publicitaria por parte de la empresa denunciada

En cuanto a la implementación de la campaña publicitaria por parte de la empresa denunciada, la Delegatura encontró lo siguiente:

- Que la FLA envió a la agencia de publicidad la información que sirvió de base para la campaña publicitaria.
- Que de conformidad con la correspondencia cruzada entre la empresa EURO RSCG GOMEZ CHICA (empresa de publicidad encargada de la campaña) y la FLA, la publicidad sólo apareció en las revistas SOHO y ALO del mes de octubre del año 2009.
- Que la publicidad fue cancelada por instrucción del directivo de la FLA, señor JUAN JOSÉ DE LOS RÍOS, el 15 de octubre de 2009.

4.2 Determinación de información no veraz

Con el fin de establecer si existió una infracción al régimen de libre competencia, la Delegatura analiza la campaña publicitaria objeto de denuncia junto con otros medios de prueba, llegando a las siguientes conclusiones:

- Que al confrontar el registro sanitario del Aguardiente Antioqueño con la publicidad objeto de análisis no se encontró correspondencia entre uno y otro, pues en el primero no se hace referencia a la cantidad de kilocalorías que tiene el aguardiente.
- Que no existía ningún estudio que soportara las afirmaciones hechas en la publicidad, por lo que no se cumplió con el requisito de veracidad de que trata el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, estatuto del consumidor aplicable para la época de los hechos.
- Que la publicidad objeto de estudio no había sido autorizada por el INVIMA y que no contenía la leyenda obligatoria a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley 124 de 1994.⁷

4.3 Análisis y evaluación del comportamiento económico de los productos que conforman el mercado relevante

Dado que la conducta objeto de estudio tiene relación con las bebidas alcohólicas, la Delegatura precisó los siguientes aspectos en el Informe Motivado.

- El contenido de estos productos es el etanol (C₂H₆OH). Dicho compuesto se caracteriza por ser un líquido incoloro, de baja masa molecular y de olor característico, menos denso que el agua, aunque soluble en ella.

⁷ Artículo 3, Ley 134 de 1994. "Toda publicidad, identificación o promoción sobre bebidas embriagantes debe hacer referencia expresa a la prohibición establecida en la presente ley."

PARAGRAFO. Los establecimientos que expendan bebidas embriagantes deberán colocar en sitio visible el texto de la presente ley."

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

- De acuerdo a su elaboración podemos distinguir dos tipos principales de bebidas alcohólicas: (i) Las producidas por fermentación, como el vino o la cerveza en las que el contenido en alcohol no suele superar los 18-20 grados y (ii) las producidas por destilación (generalmente a partir de un producto de fermentación) como el whisky, la ginebra, el brandy, aguardientes, vodka, el mezcal y el tequila y otros licores que suelen superar los 40 grados alcoholimétricos.
- Que el mercado de las bebidas alcohólicas en Colombia se caracteriza por la existencia de: (i) una empresa con poder de mercado respecto de la producción y comercialización de cerveza; (ii) monopolios de licores departamentales; y (iii) importadores de licores. Adicionalmente se estableció que la industria licorera Colombiana se concentra principalmente en la producción de cerveza con un 92% del mercado seguido de las bebidas alcohólicas, como el aguardiente y el ron con un 6%, y los vinos y otras bebidas (aperitivos y similares con menos de 15 grados de alcohol).

Finalmente, el Informe Motivado presenta conclusiones respecto de las características generales del mercado investigado, indicando que los licores fermentados como la cerveza, tienen diferencias en cuanto a las características físicas, técnicas de producción, precio, hábitos, preferencia y ocasiones de consumo respecto de los licores destilados; que las diferencias entre características físicas y técnicas de producción, así como en el precio de la cerveza y el aguardiente, se encuentran claramente establecidos; y que cuando se habla de las preferencias, hábitos y ocasiones de consumo, para el caso colombiano, el aguardiente y la cerveza se consideran sustitutos ya que las ocasiones de consumo son diversas, pero en la mayoría de los casos coinciden con la ingesta de cerveza.

4.4 Efectos de la publicidad en el mercado

La investigación adelantada por la Delegatura tuvo como objetivo principal observar la influencia de la publicidad realizada por la FLA en el consumo de bebidas alcohólicas, en especial respecto de la cerveza producida por BAVARIA dentro del entorno nacional. Dicho análisis se realizó desde dos puntos de vista: el primero del consumidor y el segundo del mercado, llegando a las conclusiones que a continuación se anotan.

- El estudio pericial sobre el comportamiento del consumidor concluyó que los consumidores entrevistados no cambiaron de manera importante su intención de compra de otros licores y que tampoco estimaron que consumirían más aguardiente de lo que consumen habitualmente, como consecuencia de la publicidad estudiada. Por esta razón, el estudio concluye que no se encontró evidencia suficiente para concluir que la publicidad afectó el proceso de decisión del consumidor.
- Que de acuerdo con el análisis económico realizado, no es posible concluir que como consecuencia de la publicidad investigada se presentó un desplazamiento de clientes entre la Cerveza Bavaria y el Aguardiente Antioqueño. Adicionalmente, se afirma en el Informe Motivado que el mercado analizado es un mercado estacional, en el que se presentan iguales tendencias y picos, con lo que se refuerza la tesis de que no es posible concluir que hubo una afectación al mercado de licores en especial el de la cerveza, por causa de la publicidad utilizada por la FLA.
- A pesar de haberse comprobado la infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el Estatuto de Protección al Consumidor por parte de la FLA, no se logró acreditar

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

que dicha publicidad tuviera un impacto significativo sobre el mercado, de modo tal que la empresa investigada hubiera logrado beneficiarse de forma sustancial y sus competidores se hubieran visto perjudicados con la misma.

- En conclusión, la Delegatura señaló que desde el punto de vista económico, la publicidad de la FLA no tuvo efecto en los hábitos de consumo de quienes eligen este tipo de productos, ni implicó un cambio en la demanda de cerveza, por lo que no se presentó una disminución en las ventas.

QUINTO: Que estando dentro del término legal la FLA presentó observaciones al informe motivado proferido por la Delegatura para la Protección de la Competencia, en las que solicitan al Superintendente de Industria y Comercio dar aplicación a lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 155 del Decreto 19 de 2012, según el cual *"Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado"*.

SEXTO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

6.1 COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁸, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica"*.

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2012⁹, en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los

⁸ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

⁹ *Ibíd.*

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

6.2 MARCO NORMATIVO

De conformidad con la Resolución No. 6074 del 11 de febrero de 2011, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se examinó la presunta infracción de las siguientes normas:

6.2.1 Prohibición general

Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: "*Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*".

6.2.2 Acto anticompetitivo

El numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, prevé que se consideran contrarios a la libre competencia aquellos actos que consistan en "*infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor*".

6.3 CONDUCTA INVESTIGADA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política, según el cual la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, la Superintendencia de Industria y Comercio debe velar por la promoción y protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales.

Es por este motivo que esta Superintendencia, en cumplimiento de su objetivo constitucional, debe velar por el interés general y por el libre juego de la oferta y la demanda en los mercados, fomentando la transparencia y la competencia en cada uno de los procesos productivos y de prestación de servicios adelantados por los diferentes agentes económicos en el mercado nacional.

En lo que se refiere a las prácticas restrictivas de la competencia, la cláusula general de protección de la competencia establecida en artículo 1 de la Ley 155 de 1959, prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o como efecto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, cualquier práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia o mantener o determinar precios inequitativos.

Además de la cláusula general de protección de la competencia, el ordenamiento jurídico colombiano establece en el Decreto 2153 de 1992 la caracterización de las prácticas que de forma general, son consideradas como restrictivas de la libre competencia. Dentro de las mismas se ubican los acuerdos, los actos restrictivos y los abusos de posición de dominio.

Respecto de los actos restrictivos de la competencia, el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 señala que se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

"1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.

3. Negarse a vender o a prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ella pueda entenderse como una retaliación a su política de precios".

Cabe anotar que la existencia de estas conductas en el ordenamiento jurídico colombiano es atípica en la medida que los actos restrictivos de la competencia no se encuentran, por regla general, regulados en otras legislaciones, sino que se subsumen dentro de los posibles actos de abuso de posición de dominio.

Lo anterior no significa que estos actos no tengan la potencialidad para generar, en ciertas circunstancias, efectos anticompetitivos en el mercado, y que por consiguiente le corresponda a esta Autoridad investigar su ocurrencia y, si es del caso, sancionar a aquellos agentes que adecúen su conducta a lo descrito en la norma, siempre y cuando la conducta genere restricciones indebidas de la competencia.

Ahora bien, los actos restrictivos de la competencia corresponden a aquellas actuaciones o comportamientos que se adelantan por parte de un agente en el mercado de manera unilateral, y que se encuentran dirigidos a otros actores que participan de un mercado. De esta forma, el comportamiento restrictivo supone un actuar unilateral por parte del sujeto presuntamente infractor. Este es uno de los elementos que lo diferencian de los acuerdos restrictivos de la competencia -para los cuales se supone la participación de dos o más agentes de mercado-. Adicionalmente, esta conducta no requiere ser llevada a cabo por un sujeto calificado, elemento que diferencia esta conducta de aquellas constitutivas de abuso de la posición dominante -que suponen que el agente que realiza el comportamiento abusivo ostente una posición dominante en el mercado relevante en el que participa-.

Sin embargo, no puede ignorarse el hecho de que para que un acto restrictivo de los contenidos en la norma citada goce de la entidad suficiente para generar efectos anticompetitivos al mercado, se requiere que el agente que lo desarrolla al menos tenga la posibilidad de modificar la estructura y funcionamiento del mercado con su conducta. Así las cosas, si bien no se requiere que quien lleve a cabo el acto sea un sujeto calificado y ostente posición dominante en un mercado, sí deberá tener algún poder de mercado que le permita generar con su conducta efectos negativos en la competencia.

Por esta razón, para configurar la violación de lo establecido en el numeral 1 del artículo 48 de Decreto 2153 de 1992, no bastará con verificar la violación de una norma del estatuto de protección al consumidor por parte de algún agente en el mercado, sino que se requerirá que dicho agente tenga el poder de mercado suficiente para que su conducta efectivamente influya en el libre juego de la oferta y la demanda. En otras palabras, se deberá verificar un efecto, en el mercado y la competencia, como consecuencia de la violación a una norma del estatuto citado, y no simplemente una violación al estatuto.

Lo anterior teniendo en cuenta que lo que pretende el régimen de competencia con esta norma no es, en sí mismo, evitar el engaño al consumidor (bien jurídico que se salvaguarda mediante otros instrumentos), sino evitar que se falsee el libre juego de la oferta y la

RESOLUCIÓN NÚMERO 19.900 - 4839 DE 2013 Hoja N°. 8

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

demanda, que se afecte la eficiencia económica y, por contera, los precios o calidades que llegan al consumidor.

En este orden de ideas, el artículo 48 del Decreto 2143 de 1992 establece tres presupuestos legales respecto de los cuales se predica la existencia de un acto considerado como restrictivo de la competencia. Cada una de las conductas incluidas en los numerales del artículo presenta características particulares, muchas veces disímiles, que permiten calificar determinado comportamiento como anticompetitivo.

El primero de los supuestos legales se refiere al acto restrictivo de la competencia derivado de la infracción a las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor. Para efectos del régimen de protección de la competencia, el alcance de este supuesto (y de su eventual infracción) se determina por el efecto nocivo que la publicidad puede generar no solo en un consumidor particular, sino en el mercado en general, de tal forma que como resultado de la conducta se restrinja indebidamente la competencia, y no simplemente se engañe a un consumidor. Así, no toda conducta que infrinja las normas de publicidad establecidas en el estatuto se considerará un acto restrictivo de la competencia, en la medida en que dichas infracciones no siempre afectan el mercado y el interés general.

De esta forma, mientras que en el régimen de protección al consumidor basta con verificar una infracción al régimen de publicidad establecido en el estatuto (lo cual de suyo dará lugar a una sanción), en el régimen de protección de la competencia dicha violación será un presupuesto necesario mas no suficiente para configurar la infracción, en la medida en que, para ello, se deberá verificar la afectación efectiva del mercado en general.

Teniendo en cuenta lo anterior, y como se desarrollará más adelante, corresponde a esta autoridad establecer los puntos de convergencia y divergencia entre el régimen de protección a los consumidores y el régimen de protección de la competencia, ya que ambos persiguen objetivos diferentes pero que en ciertos puntos se complementan. Esto con el objetivo de otorgar mayor claridad sobre cuándo se infringe un régimen y cuando se infringe otro.

El segundo de los supuestos de actos restrictivos establecido en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 se refiere a la conducta a través de la cual un agente en el mercado influencia a otro agente para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajarlos. En este evento, se requiere que el agente que desarrolla la conducta tenga el poder suficiente para influenciar otro agente para que modifique su política de precios, ya que solo un agente que tiene tal poder puede efectivamente lograr tal objetivo, sin que para que se configure la violación sea necesario comprobar el efecto. Lo que se deberá comprobar en este caso es la realización de la conducta por quien ostente un poder de mercado de una entidad suficiente para lograr que su interlocutor aumente los precios o se abstenga de reducirlos, independientemente de que a la postre destinatario resulte efectivamente influenciado. No se debe olvidar que esta norma se ha caracterizado por ser de tipo preventivo, que busca sancionar inclusive la propuesta de comportamiento para incrementar los precios o desistir de bajarlos.

Finalmente, conforme al tercer supuesto establecido en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, constituye un acto restrictivo de la competencia negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de ella cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios. En este evento, la negativa a contratar, para que tenga

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

efectos sobre la competencia, también deberá ser desplegada por un agente que tenga poder de mercado suficiente, ya que solo un agente que cuente con tal condición puede lograr efectos sobre la oferta y la demanda. En efecto, si una empresa que no tiene poder en un mercado se niega a contratar, la conducta del consumidor va a ser la de trasladar su demanda a otro oferente, por lo cual no se producirá ninguna afectación de la competencia.

De esta forma, para que se configure el tercer presupuesto de violación a las normas de competencia conforme a lo establecido en el artículo 48 citado, no solo se requiere demostrar la negativa a contratar sino también el poder de mercado de quien la ejecuta.

Como quiera que la presente investigación se inició por la presunta realización de un acto restrictivo de la competencia por violación a las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección del consumidor, este Despacho considera relevante hacer referencia a la relación entre el régimen de competencia y el régimen de protección del consumidor, a efectos de determinar en qué casos las violaciones al régimen de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor deben ser consideradas como actos restrictivos de la competencia. Posteriormente, el Despacho procederá a analizar el caso concreto a efectos de establecer si la conducta desplegada por la FLA constituyó una violación al régimen de competencia.

6.3.1 Relación entre el régimen de protección de la competencia y el régimen de protección del consumidor.

El derecho de la competencia es el conjunto de normas que tiene por objeto asegurar que las firmas que operan en el mercado no actúen en formas que afectan la competencia o la rivalidad, a través de la ejecución de prácticas comerciales restrictivas.

En general, los agentes que participan en un mercado pueden afectar la competencia a través de conductas exclusorias o explotativas, ambas pertenecientes al género de prácticas restrictivas de la competencia. Las conductas exclusorias son aquellas que *"implican una actitud anticompetitiva cuyo objeto o efecto es la exclusión de competidores reales o potenciales en determinados mercados"*¹⁰, y las explotativas son *"aquellas por las cuales el ataque a la competencia se produce a través de una conducta que implica incrementar el ejercicio del poder de mercado en perjuicio del bienestar general"*¹¹, que, por regla general, ocurre cuando se aumentan los precios y se trasladan recursos de los consumidores. En este orden de ideas, lo que pretende el régimen de libre competencia es que exista libertad para participar, entrar y salir del mercado, y que dichas actividades no se vean falseadas o restringidas de forma artificial por ninguno de los agentes participantes.

Frente a las conductas exclusorias, es importante aclarar que el derecho de la competencia no reprocha por sí misma la exclusión de un competidor del mercado. En efecto, la esencia misma de la competencia es ganar el favoritismo del consumidor y lograr que éste gire su demanda hacia un producto o servicio determinado, lo cual implica privar a otra compañía de una determinada clientela. Esta privación puede, en determinados casos, terminar en la

¹⁰ Coloma, Germán; Defensa de la Competencia; Editorial Ciudad Argentina; 1era edición; 2003; Buenos Aires; P. 16.

¹¹ Coloma, Germán; Defensa de la Competencia; Editorial Ciudad Argentina; 1era edición; 2003; Buenos Aires; P. 15.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

exclusión de un competidor, cuestión que no sanciona el derecho de la competencia. Esto debido a que cuando la exclusión del competidor se produce a raíz de la entrega de mejores términos de precio, calidad, cantidad, servicio, al consumidor, la exclusión en sí misma se produce como consecuencia del otorgamiento de mayores beneficios para los consumidores, conducta que mal haría el derecho de la competencia en restringir. En estos eventos, la exclusión del competidor es legal, ya que se hizo por medio de eficiencias que fueron trasladadas a los consumidores.

Ahora bien, lo que sí sanciona el derecho de la competencia es la exclusión de competidores por medio de conductas diferentes a la eficiencia y la entrega de mejores alternativas para el consumidor. La exclusión de competidores por medio de prácticas restrictivas de la competencia para lograr su marginalización del mercado (como por a través de discriminaciones injustificadas a competidores), es reprochable en la medida en que no se hizo entregando mejores términos al consumidor, sino por vías artificiales que no reportan ningún beneficio en el mediano y largo plazo para el mercado o el consumidor, ni tampoco promueven la eficiencia, la innovación, la calidad o los precios bajos.

Las conductas explotativas, por otra parte, tienen como consecuencia general la directa extracción de los excedentes del consumidor. Un cartel de precios es, en consecuencia, el ejemplo más común de una conducta explotativa, en la medida en que el mayor precio que paga el consumidor es extraído de su excedente para ser trasladado al del productor, al tiempo que se produce una pérdida en el bienestar y la eficiencia económica derivada de aquellos consumidores que gracias al aumento de precios dejaron de consumir el producto en cuestión.

En conclusión, el derecho de la competencia busca evitar la ocurrencia de conductas exclusionarias o explotativas (sean estas últimas a través de prácticas restrictivas o de integraciones empresariales), con el objetivo de mantener abierta la entrada y participación en los mercados, para, de esta forma, promover el bienestar general, la eficiencia económica y los mejores términos para el consumidor.

De otro lado, el régimen de protección al consumidor tiene como propósito vigilar la relación que existe entre los consumidores y los diferentes agentes que participan en el mercado ofertando diversos bienes y servicios. El origen de dicha protección surge del hecho que los consumidores se encuentran en una desventaja respecto de los oferentes, situación que se deriva de la existencia de problemas de asimetrías de información.

Así las cosas, el régimen de protección al consumidor busca que éstos adquieran bienes y servicios confiables, seguros, con la calidad, características y garantía prometidas; a la vez que reciban información veraz y oportuna para tomar decisiones en el mercado. En aquellos eventos en que el consumidor se ve afectado en sus intereses particulares como consecuencia de una infracción a las normas de protección al consumidor, puede acudir ante esta Entidad, por vía jurisdiccional, para solucionar su situación particular y concreta. Asimismo, puede acudir por vía administrativa ante la Superintendencia de Industria y Comercio, para que la Autoridad, en ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control, investigue e imponga sanciones a quienes han infringido las normas sobre protección al consumidor, sin que dichas sanciones impliquen la reparación de un perjuicio particular, sino un mecanismo para desincentivar futuras infracciones y proteger el interés general y abstracto.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

De cualquier forma, el enfoque del régimen de protección de los consumidores es claramente la protección del usuario que se encuentra en el otro extremo de la relación de consumo, para que los bienes que adquiera sean aquellos que en virtud de su capacidad de elección correspondan a bienes de buena calidad y que cubran sus expectativas y necesidades de acuerdo a la información que se encuentre disponible en el mercado.

Ahora bien, en lo que se refiere a la relación entre el régimen de protección de la competencia y el régimen de protección al consumidor, cabe anotar que los mismos corresponden a instrumentos independientes de la política económica, destinados a mejorar la eficiencia con la que funcionan los mercados y a generar beneficios a los consumidores. Sin embargo, protegen bienes jurídicos diferentes. Así, mientras que el régimen de protección al consumidor busca que éste último no sufra engaños en su elección de productos o servicios en el mercado, que reciba información veraz, suficiente, oportuna, y que reciba bienes seguros y con la calidad esperada, el régimen de protección de la competencia busca mercados abiertos, libres de distorsiones, en donde los precios de los productos y la configuración misma del mercado la defina el mercado mismo y no los particulares a través de conductas artificiales que no le producen eficiencias a la economía.

Por otra parte, mientras que el régimen de competencia busca que existan mayores oferentes y opciones para el consumidor, el régimen del consumidor busca, en general, que estas opciones sean de una calidad determinada, que cumplan con determinados estándares, y que la información que sobre ellos se proporciona sea veraz, suficiente y oportuna. En últimas, el régimen de protección al consumidor busca mejorar la calidad de la elección de éste, mientras que el de competencia busca la libre participación en los mercados, la rivalidad y la eficiencia económica, todo lo cual redundará en mejor calidad y precios para los consumidores.

Existen también algunas similitudes entre uno y otro régimen. En efecto, al mejorarse el proceso de elección del consumidor a través del régimen de protección al consumidor, también se mejorará el proceso de competencia entre los diferentes agentes que participan de un mercado, en la medida en que los oferentes competirán a través de servicios de más alta calidad y no a través de información engañosa o fraudulenta, o a través de cláusulas abusivas en los contratos, etc.

De hecho, si el régimen de competencia logra efectivamente mantener mercados competitivos, puede lograr reducir los conflictos de los que debe conocer el régimen de protección a los consumidores, y éste último puede mejorar la habilidad y capacidad de los consumidores al ejercer la decisión de escoger entre los diferentes bienes y servicios que se ofertan al interior del mercado de manera eficiente, logrando que los diferentes agentes se vean forzados a competir, apoyando así los objetivos que persigue el régimen de competencia.

De igual forma, el régimen de libre competencia protege de manera indirecta a los consumidores cuando previene y sanciona prácticas anticompetitivas, tales como acuerdos, actos o abusos de posición de dominio; y cuando ejerce un control ex ante de los cambios en la estructura de los mercados debido a la existencia de concentraciones económicas que se lleven a cabo al interior de los mismos. En estos eventos, el interés económico general (incluido el del consumidor) se encuentra protegido, por cuanto en los mercados en los que se presentan altos niveles de competencia entre los agentes económicos se crean

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

beneficios para los consumidores en relación con la existencia de precios más bajos y un número mayor de productos ofertados en los mercados.

Por su parte, el régimen de protección al consumidor, en términos generales, resulta ser un régimen complementario a las leyes que protegen la competencia, en la medida en que la protección del consumidor es directa y responde a las denuncias de particulares que no necesariamente surgen de la falta de competencia en los mercados. Ejemplos que se destacan en materia de conductas que son perseguidas por el régimen de protección al consumidor pueden ser: el no cumplimiento de las condiciones contractuales, garantías defectuosas, servicios técnicos y de reparación ineficaces, publicidad engañosa, entre otros.

Es en este punto que la publicidad emitida por los diversos agentes que participan en un mercado representa un papel importante tanto para la relación agente-consumidor, como para la relación de competencia entre agentes. En efecto, la publicidad corresponde al medio o mecanismo a través del cual las personas naturales o jurídicas ofertan a los consumidores los bienes y servicios que producen y prestan en desarrollo de una actividad económica.

En términos generales, la publicidad busca exponer las características propias de un bien y servicio con el fin de generar niveles de recordación en los consumidores, de tal forma que a través de ella sea posible desviar la demanda o clientela hacia un producto determinado.

La publicidad, considerada un acto unilateral ejecutado por el agente que está ofertando sus bienes o servicios, puede estar representada a través de diversas formas tales como: avisos en prensa, revistas impresas, televisión, radio, vallas, etc. En lo que respecta a las normas que regulan la forma en la que debe ser emitida la publicidad, el Decreto 3466 de 1982 - antiguo estatuto del consumidor- contenía las principales normas en materia de protección y garantías al consumidor final, teniendo como fundamento la calidad e idoneidad de los productos ofrecidos en el mercado como base para efectuar una defensa efectiva de los derechos de los consumidores. Lo anterior, adecuándose a lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución Política que señala que *"serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios"*.

La ley, según este precepto constitucional, regula, por una parte, el control de calidad de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la "información" que debe suministrarse al público en su comercialización. A este respecto, la H. Corte Constitucional, en sentencia C-010 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, manifestó:

"La Constitución expresamente establece que la ley debe regular la información que debe suministrarse al público para la comercialización de los distintos bienes y servicios (C.P. art. 78), lo cual significa que la Carta no sólo permite sino que ordena una regulación de esta materia, mientras que en manera alguna autoriza que la ley reglamente la información que se debe proveer en materia política, religiosa, cultural o de otra índole.

Este mandato específico sobre la regulación de la información comercial, que obviamente incluye la publicidad, deriva de la estrecha relación de estos mensajes con la actividad económica y de mercado, en la medida en que constituyen un incentivo para el desarrollo de determinadas transacciones comerciales." (Subrayado fuera de texto).

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Es así como la definición de publicidad, asimilando el término a propaganda comercial, está dada en el literal d) del artículo 1 del Decreto 3466 de 1982, según el cual se entiende por propaganda comercial:

"Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y en general, todo sistema de publicidad".

Conforme lo anterior, se observa que la publicidad es un medio para proporcionar información al consumidor, la cual debe ser veraz y suficiente y no inducir a engaño o a error al público. De esta manera, el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982 -antiguo estatuto del consumidor- incluye la prohibición de no inducción a error con la publicidad emitida por parte de un agente, como lo son las características, sus componentes, las propiedades, entre otros, que tienen en común el hecho de ser aspectos objetivos de los productos o servicios ofrecidos. Así, la información objetiva suministrada al consumidor a través de la publicidad debe ser suficiente, veraz, real, completa y no inducir a error al consumidor.

Por su parte, el artículo 15 del Decreto 3466 de 1982 -antiguo estatuto del consumidor- obliga al productor a proporcionar información veraz y clara en la publicidad, las imágenes y las características de un bien, cualquiera sea su forma, así como los empaques o envases de éste, todo con el fin de no inducir al público a error. De igual manera, el artículo 16 del mismo cuerpo normativo atribuye responsabilidad a aquellos productores que engañen al público mediante el sistema de incentivos al consumidor (el cual comprende métodos adicionales de persuasión como el uso de sorteos, cupones, figuras, etc.), aludiendo a dos casos particulares: (i) que no se satisfaga la entrega del incentivo contemplado dentro de la oportunidad marcada o el plazo fijado y (ii) que se induzca a error en el producto o sus características, lo cual se entenderá que ocurre en ciertas hipótesis señaladas por la misma norma.

En virtud de las disposiciones antes mencionadas, el régimen de protección al consumidor busca que la publicidad que emita un agente en el mercado contenga los elementos básicos necesarios para que un consumidor pueda tomar una decisión de compra con base en la información suministrada, de modo tal que pueda formarse una idea real de las condiciones del producto que se ofrece, ya que las personas que reciben los anuncios no realizan un examen detallado de los mismos, sino que apenas tienen una percepción superficial.

En efecto, debido a las asimetrías de información, los consumidores son más vulnerables en situaciones de presión a través de la publicidad agresiva o con información insuficiente, engañosa o distorsionada, por lo que no se encuentran en las condiciones adecuadas para tomar una decisión o elección razonable, ya sea debido a la complejidad propia del bien, o porque no poseen suficiente información para evaluar la calidad o los defectos posibles que puedan derivarse de los mismos.

Adicionalmente, a medida que cambian las estructuras sociales y económicas en respuesta a las rápidas innovaciones técnicas, existe mayor cantidad de información compleja y diversas necesidades de los consumidores, nuevos bienes y servicios, entre otros, que exceden la capacidad de los consumidores para procesar y comprender la información que continuamente reciben de los diferentes agentes que ofertan sus bienes y servicios en el

mercado, aumentando así la situación de disparidad entre los consumidores y los empresarios en su capacidad de procesar información y de negociar.

Así las cosas, aunque la competencia es necesaria para proporcionar el bienestar del consumidor, esta no es suficiente. La política de competencia resulta efectiva cuando ataca problemas de mercado que surgen de la realización de acuerdos entre diferentes agentes de mercado, integraciones o abusos de la posición de dominio. No obstante, la competencia no busca por sí misma atacar conductas desarrolladas por los agentes de mercado que de manera individual o colectiva afecten de manera negativa la elección del consumidor y su bienestar, tales como la publicidad engañosa. Estas conductas deben ser atacadas con los instrumentos que posee el régimen de protección del consumidor.

De ahí surge la importancia del vínculo que existe entre la aplicación de la ley de competencia y el régimen de protección a los consumidores, en la medida en que la existencia de una publicidad falsa y engañosa dirigida a los consumidores puede llegar a afectar la decisión de compra, las condiciones de la demanda y el movimiento del mercado en general, caso en el cual la conducta se encuadraría en lo que el régimen de competencia denomina como actos restrictivos por la violación de las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor.

6.3.2 Actos restrictivos de la competencia por violación de las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor.

Como se refirió en líneas anteriores, los actos restrictivos de la competencia son conductas tipificadas en el régimen de competencia colombiano, que normalmente se tratarían como abusos de posición dominante en otras jurisdicciones.

Su inclusión por separado en el régimen legal colombiano supone una diferencia entre ellas y los acuerdos anticompetitivos y los abusos de posición dominante. Por consiguiente, es necesario determinar en qué casos estos actos están en contravía de los propósitos del régimen de libre competencia, como la libre participación de las empresas en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, siendo este último bienestar diferente del protegido por el régimen de protección al consumidor, tal y como se señaló en precedencia.

Así, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1340 de 2009 sobre los objetivos del régimen de protección de la competencia, se concluye que los actos restrictivos de la competencia presentan tres características: (i) consisten en **actos unilaterales** de un agente dirigido a uno o varios agentes en un mercado; (ii) quien ejecuta el acto **no debe ser un sujeto calificado**, pues no se requiere que el mismo ostente una posición dominante en el mercado; y (iii) el acto goza de una entidad suficiente para que **generar efectos anticompetitivos** en el mercado, es decir, quien lo ejecuta debe tener un poder de mercado suficiente para alterar o modificar la estructura del mercado.

En virtud de lo anterior, en lo que respecta a los actos anticompetitivos derivados de la infracción de las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, es necesario que esta autoridad verifique si con la infracción a las normas referidas se generó un efecto anticompetitivo en el mercado en el cual se emitió la publicidad. De no ser así, corresponde al régimen de protección del consumidor ocuparse

de dicha violación, en la medida en que se estaría frente a la infracción de uno de aquellos bienes jurídicos protegidos por este último régimen, en este caso, la entrega de información veraz y suficiente para tomar decisiones de compra.

De esta forma, es posible que con la emisión de publicidad que no cumpla con las disposiciones contenidas en el estatuto de protección del consumidor se generen efectos negativos no sólo a los consumidores sino al mercado y a la competencia, configurándose entonces un acto restrictivo de la competencia. Pero también es posible que ocurra lo primero pero no lo segundo, caso en el cual habrá una infracción a las normas de protección al consumidor, pero no una violación al régimen de protección de la competencia.

En efecto, cuando un agente emite una publicidad que no muestre las características, componentes y propiedades del producto o servicio ofrecido, de manera completa, suficiente, veraz y real al consumidor, es posible que se induzca a error al mismo desviando la demanda de éste afectando así a otros agentes que si se encuentran compitiendo en el mercado de manera transparente. En este caso, puede que la afectación sea de tal entidad que modifique o amenace con modificar la estructura del mercado, caso en el cual se estará frente a una práctica comercial restrictiva.

En consecuencia cuando un agente emite cualquier tipo de publicidad que induzca a error al consumidor y que con su actuar no sólo infrinja las normas contenidas en el estatuto de protección al consumidor, sino que a su vez genere efectos anticompetitivos en el mercado que recaen en la forma en la que compiten otros agentes, dicha conducta constituirá un acto restrictivo de la competencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

Por el contrario, si la publicidad engañosa no modifica la estructura del mercado, o por lo menos no amenaza su modificación, se estará ante un caso de infracción a las normas del consumidor pero no a las normas de competencia.

Finalmente, y habiendo establecido las relaciones que existen entre el régimen de competencia y el régimen de protección de los consumidores, este Despacho procede a estudiar el caso concreto, para determinar si la conducta desplegada por la FLA en el mercado de los licores en Colombia se configura como un acto restrictivo de la competencia, para lo cual se analizará la extensión, gravedad y efectos de la violación de las normas de publicidad al interior del mercado, para así verificar si la empresa investigada es responsable de la conducta que se investiga.

6.4 DETERMINACIÓN DE SI LA CONDUCTA DESPLEGADA POR LA FLA CONSTITUYE UN ACTO RESTRICTIVO DE LA COMPETENCIA DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 1 DEL ARTÍCULO 48 DEL DECRETO 2153 DE 1992.

A efectos de establecer si la conducta desplegada por la FABRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA se configura como un acto restrictivo de la competencia por la infracción de las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, este Despacho procede, en primera medida, a realizar un análisis del mercado en el que fue emitida la publicidad. De manera posterior, se presentará la pieza publicitaria que fue emitida por la FLA, así como la forma en la que se desarrolló la estrategia de medios que culminó con su emisión, para luego analizar en qué consistió la infracción a las normas de publicidad.

Finalmente, se determinará se presentaron cambios en el proceso de elección del consumidor y efectos restrictivos de la competencia en el mercado.

6.4.1 Estructura del Mercado de licores en Colombia

De conformidad con la estructura del mercado propuesta por la Delegatura en su Informe Motivado, a continuación se describe de manera general el mercado de licores en Colombia, las características de funcionamiento del mismo, así como de los productos involucrados y los agentes que participan en él.

El mercado de licores en Colombia comprende la producción, distribución, ventas e introducción de bebidas alcohólicas, cuyo contenido principal corresponde al etanol (C₂H₆OH), el cual corresponde a un líquido incoloro, de baja masa molecular y de olor característico, menos denso que el agua, aunque soluble en ella.

Adicionalmente, las bebidas alcohólicas pueden diferenciarse de acuerdo a su elaboración en dos grupos a saber: (i) Las producidas por fermentación, como el vino o la cerveza en las que el contenido en alcohol no suele superar los 18-20 grados y, (ii) las producidas por destilación¹² (generalmente a partir de un producto de fermentación¹³) como el whisky, la ginebra, el brandy, aguardientes, vodka, el mezcal y el tequila y otros licores que suelen superar los 40 grados alcoholimétricos¹⁴. Así las cosas, existen dos grandes grupos de bebidas alcohólicas: las que tienen un grado de alcohol superior a los 20 grados alcoholimétricos y las que tienen un grado inferior a los 20 grados alcoholimétricos.

Ahora bien, la **estructura del mercado de licores en Colombia** se caracteriza por la existencia de monopolios rentísticos sobre la producción, introducción, distribución y comercialización de licores destilados, además de la cerveza y otros productos. Es así como en los 32 departamentos de Colombia, se encuentran diferentes productos que se pueden clasificar en los siguientes grupos.

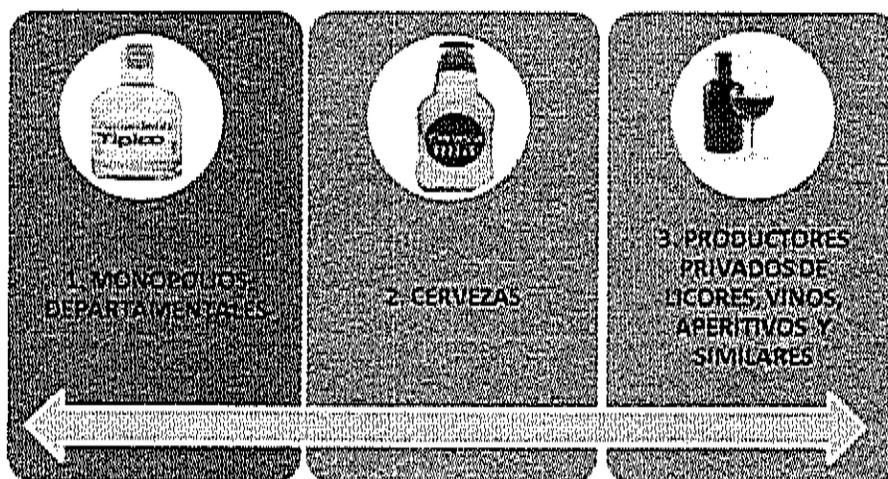
¹² Destilación: Es el resultado de enfriar los vapores que se han generado tras hervir un líquido con contenido alcohólico. A este proceso de enfriamiento se le denomina condensación y su efecto es la obtención de una nueva sustancia en forma líquida. Pero el objetivo principal de la destilación es extraer selectivamente los constituyentes volátiles o arrastables del líquido y el alcohol, lo que se consigue gracias a sus diferentes puntos de ebullición.

¹³ Fermentación: Es el proceso mediante el cual los azúcares se convierten en alcohol y dióxido de carbono por acción de las levaduras. Los fermentadores se enfrían a temperaturas óptimas para las levaduras, pues las reacciones que tienen lugar son de naturaleza exotérmica.

¹⁴ Definidos en el Decreto 3192 de 1983, Capítulo VII, Artículo 49, Numeral 1, Grados Alcoholimétricos: Porcentaje en volumen de alcohol a 20° C.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Diagrama No. 1. Mercado de licores en Colombia



Fuente: Construcción SIC con base en la información del Expediente No. 10-75291

- **Monopolios Departamentales:** De conformidad con lo dispuesto en la constitución política en su artículo 336, el mercado de los licores constituye un monopolio rentístico, que corresponde al conjunto de actividades productivas cuyo objeto inmediato no es únicamente la transformación de la materia (producción), sino también la distribución del producto industrial, su comercialización, directamente por el departamento o a través de terceros a su nombre y previa la celebración de los contratos respectivos. Es decir, el monopolio se extiende a la introducción y venta en la jurisdicción de un departamento bien de los licores de producción nacional elaborados en otro departamento o bien de los licores importados¹⁵. Por esta razón, los departamentos pueden impedir la entrada a sus respectivos mercados de cualquier tipo de licor que consideren puede entrar a competir con sus productos.

En virtud de la existencia del monopolio, el departamento tiene la facultad de limitar la entrada de productos a su jurisdicción, es decir de conceder autorizaciones y definir qué productos de licores destilados y alcoholes potables se venden en la jurisdicción del departamento y en qué condiciones de tiempo y cantidad se venderán dichos productos. Adicionalmente, la explotación (producción y comercialización) de sus propias marcas se puede hacer en forma directa con infraestructura propia, o a través de particulares que a su nombre realicen dichas actividades.

Cabe anotar que esta prerrogativa se ejerce sobre las bebidas denominadas en la ley como licores destilados, nacionales como importados, y no se aplica a bebidas de menos de 20 grados de alcohol, como vinos y cervezas, ni sobre alcoholes impotables.

Dentro de los productos más comúnmente explotados en Colombia a través de monopolio se encuentran los licores destilados anisados (aguardiente), el ron y el de alcoholes potables.

¹⁵Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 7 de noviembre de 2002, radicado 1458, Consejera ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri.

RESOLUCIÓN NÚMERO 4839 DE 2013 Hoja N°. 18

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En el mercado de los licores destilados a nivel nacional y departamental en Colombia, participan diversos agentes económicos que se muestran en la Tabla No. 1.

Tabla No. 1. Agentes que participan en la producción, distribución y comercialización de licores destilados en Colombia.

Agente	Actividad
Productores Oficiales	Son las licoreras departamentales que elaboran sus propios licores o los de otros departamentos.
Contratistas Privados	Quienes por medio de un modelo de concesión exclusiva o figuras similares, elaboran los productos que son propiedad de los departamentos.
Productores Privados	Que elaboran sus propias marcas y el departamento les permite la comercialización.
Importadores Directos de Bebidas Alcohólicas	Corresponden a los mayoristas, minoristas y grandes superficies.
Comercializadores mayoristas y minoristas	Son quienes desarrollan la comercialización de productos nacionales e importados.
Contrabandistas Nacionales	Introducen licores de manera ilegal al país.
Contrabandistas Departamentales	Introducen y venden licores de manera ilegal en otros departamentos, o los exportan hacia el exterior, y luego ingresa de contrabando evadiendo el pago de los impuestos, en una modalidad conocida como "carrusel".

Fuente: EVALUACION DE LA EXPLOTACIÓN DEL MONOPOLIO DE LICORES EN EL DEPARTAMENTO DEL HUILA¹⁶.

De igual manera, los agentes de mercado antes relacionados participan en el mercado por el tipo de licor destilado, ya sea aguardiente, ron, whisky, entre otros.

- **Cervezas:** La cerveza es una bebida alcohólica no destilada que se fabrica con granos de cebada. Existen dos tipos de cerveza, la industrial y la artesanal, cuya principal diferencia se encuentra dada en las proporciones, en el tratamiento de la materia prima y en el proceso de elaboración. Las cervezas artesanales no utilizan ningún aditivo artificial, y el proceso de elaboración es manual desde el molido de las maltas hasta el embotellamiento.

En la producción de cerveza, la industria se caracteriza por un nivel elevado de concentración, diferenciación de productos y explotación de economías de escala. En Colombia, la industria cervecera representa el 2.8% del PIB y su relevancia se ve

¹⁶ Véase:

http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=EVALUACION+DE+LA+EXPLOTACION+DEL+monopolio+de+licores+&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.contratos.gov.co%2Farchivos+puc1%2FDA%2F241000001%2F07-1-27480%2FDA_PROCESO_07-1-27480_241000001_364941.pdf&ei=Fa0BUFG4IYbS9ASmoldwBQ&usg=AFQjCNG_rwDw9shebtwYs0cqqKPCsyNO9g

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

plasmada en el nivel de tributos que representa para el Estado, los cuales ascendieron durante el año 2008, a más de 9 mil millones de dólares.¹⁷

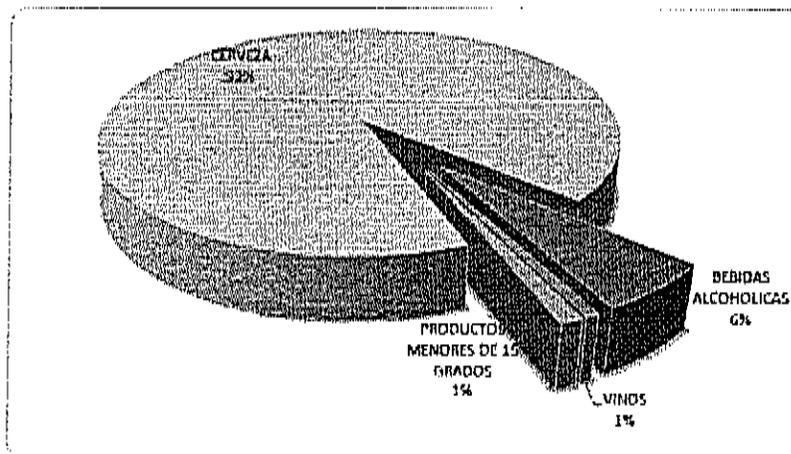
Por muchos años, el mercado cervecero nacional se caracteriza por la total posición de dominio de BAVARIA (SABMILLER), empresa que posee una participación del 99.91% del mercado representado por las empresas BAVARIA S.A., CERVECERÍA DEL VALLE y CERVECERÍA UNIÓN.

El mínimo restante de participación, es decir, el 0.09% lo tienen empresas productoras de cerveza artesanal, las cuales ascienden a 21 cervecerías artesanales, entre las cuales se encuentran: CERVECERIA BBC S.A., ARTESANA BEER COMPANY, INDUCERV S.A.S, CERVECERIA COLON S.A. y TRIANGULO EMPRESARIAL¹⁸. Si bien el consumo de cerveza industrial representa el mayor volumen de las ventas, en los últimos años se ha presentado un incremento en el consumo de la cerveza artesanal.

- **Productores privados de licores, vinos, aperitivos y similares:** En este segmento, se encuentran ubicadas todas las empresas dedicadas a la fabricación de licores y aperitivos de diferentes sabores y denominaciones además de vinos. Según la Superintendencia de Salud, existen más de 116 empresas privadas registradas a nivel nacional dedicadas a la producción distribución y comercialización licores, vinos, aperitivos y similares¹⁹.

En conclusión, el mercado de las bebidas alcohólicas en Colombia se caracteriza por la existencia de: (i) una empresa con poder de mercado respecto de la producción y comercialización de cerveza; (ii) monopolios de licores departamentales; y (iii) importadores y productores de licores, vinos, aperitivos y similares, cuya participación se aprecia en la Grafica No. 1, a continuación:

Gráfica N° 1. Mercado de bebidas alcohólicas nacionales e importadas para el 2010



Fuente: Empresa de Licores de Cundinamarca Gerencia General Dr. Hernán Valdivieso Laverde Informe De Gestión Año 2010

¹⁷Superintendencia Nacional de Salud Situación Financiera Empresas Productoras de Cervezas y Sifones Vigencia 2010.

¹⁸ Ibídem

¹⁹ Ibídem

Se puede apreciar entonces que, la industria licorera Colombiana se concentra principalmente en la producción de cerveza²⁰, con un 92% del mercado, seguido de las bebidas alcohólicas como el aguardiente y el ron con un 6%, y los vinos y otras bebidas (aperitivos y similares con menos de 15 grados de alcohol).

Así las cosas, en términos generales se puede establecer que las diferencias de las bebidas alcohólicas que se producen, distribuyen y comercializan en este mercado son:

- Los licores fermentados como la cerveza, tienen diferencias en cuanto a las características físicas, técnicas de producción, precio, hábitos, preferencia y ocasiones de consumo, respecto de los licores destilados, los vinos y otras bebidas como aperitivos y similares.
- En cuanto al precio, es evidente la gran diferencia entre los licores fermentados y los licores destilados, en la medida en que existe una fuerte diferencia entre el contenido de alcohol, la presentación y el proceso de producción.
- No obstante lo anterior, cuando hablamos de las preferencias, hábitos y ocasiones de consumo, para el caso colombiano, el aguardiente y la cerveza, serían sustitutos ya que las ocasiones de consumo son diversas, pero en la mayoría de los casos coinciden con la ingesta de cerveza. La fuerte competencia ha llevado a las empresas licoreras a realizar importantes inversiones en innovación buscando acercarse a nuevos consumidores o aumentando las ocasiones de consumo²¹.

6.4.2 La Pieza Publicitaria Objeto de la Presente Investigación

De conformidad con la información que obra en el expediente, la FLA emitió la publicidad que se muestra en la Imagen No. 1, en el mes de octubre de 2009, en las revistas SOHO y ALO, así:

²⁰ Decreto 761 de 1993 "Por la cual se modifica parcialmente el Decreto 3192 del 21 de noviembre de 1983", artículo primero, define la Cerveza. Es la bebida obtenida por fermentación alcohólica de un mosto elaborado con cebada germinada y otros cereales o azúcares, adicionado de lúpulo o su extracto natural, levaduras y agua potable, tendrá una graduación alcohólica entre 2.5° y 12° grados alcoholimétricos".

²¹ Estudio de mercado de la cerveza en Colombia abril de 2011, documento elaborado por la oficina de Comercial de Prochile en Colombia.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Imagen No. 1 Publicidad revistas SOHO y ALO

¿QUIÉN DIJO QUE EL AGUARDIENTE ES EL TRAGO QUE MÁS SUBE DE PESO?

COMO SEA PA' LAS QUE SEA

TIPO DE LICOR	GRADO DE ALCOHOL	GRAMOS DE ALCOHOL POR TRAGO	CANTIDAD DE LICOR UTILIZADA	KILOCALORÍAS POR TRAGO
Cerveza	4%	12.2 gr	una botella 330 cm ³	72.6 kcal
Ginebra	40%	12.2 gr	una copa 30 cm ³	10 kcal
Whisky	40%	12.2 gr	una copa 90 cm ³	36 kcal
Vodka	40%	12.2 gr	una copa 30 cm ³	36 kcal
Tequila	38%	11.4 gr	una copa 30 cm ³	33 kcal
Brandy	35%	12.2 gr	una copa 30 cm ³	33 kcal
Ron	35%	12.2 gr	una copa 30 cm ³	33 kcal
Champaña	10%	1.2 gr	una copa 100 cm ³	67 kcal
Vino	12%	1.2 gr	una copa 90 cm ³	75 kcal
Aguardiente	45%	17 gr	una copa 30 cm ³	41 kcal

Investigación Clínica de Obesidad Clínica Medellín

Fuente: Documento obrante en el Expediente 10-75291, Folio 31 del Cuaderno Público No. 1

Del contenido del aviso publicitario se puede observar que en la parte superior derecha del mismo aparece como enseña principal la frase "¿QUIÉN DIJO QUE EL AGUARDIENTE ES EL TRAGO QUE MÁS SUBE DE PESO?", la cual se encuentra al lado de una imagen de una botella de Aguardiente Antioqueño rodeada de un metro, junto a una copa de aguardiente.

En la parte inferior del aviso se muestra una tabla comparativa en la que se encuentra información de diez tipos de licores a saber: cerveza (encabezando el listado), ginebra, whisky, vodka, tequila, brandy, ron, champaña, vinos y aguardiente (al final del listado).

La información que suministra la tabla para cada uno de los licores antes mencionados se refiere a: (i) el grado de alcohol, (ii) los gramos de alcohol por trago, (iii) la cantidad de licor - utilizando para la cerveza la medida de una botella de 330 cm³ y para el resto de licores una copa de 30 o 90 cm³, y (iv) el valor de kilocalorías por trago que contienen cada uno de los licores.

Finalmente, el aviso señala en la parte inferior derecha que la fuente de la información contenida en la tabla proviene de una investigación adelantada por el Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín.

6.4.3 Forma en que se implementó la campaña publicitaria por la FLA

Tal y como lo refirió la Delegatura en su informe motivado, la FLA encargó a la agencia de medios EURO RSCG GOMEZ CHICA, la edificación de la campaña publicitaria objeto de investigación. A continuación se describen las etapas que se adelantaron para llevar a cabo dicha implementación. El proceso, según información entregada por EURO RSCG GOMEZ CHICA, tuvo una duración aproximada de 5 meses contados a partir de la solicitud por parte de la FLA y su posterior aprobación en octubre de 2009, como se resume a continuación:

(i) Solicitud: Por medio de correo electrónico del 24 de marzo de 2009, el señor JUAN JOSE DE LOS RÍOS, adscrito a la Subgerencia de Mercadeo y Ventas de la FLA, solicitó a la agencia publicitaria la creación de un aviso publicitario para la marca aguardiente ANTIOQUEÑO, anexando copia de una tabla con información de grados de alcohol y calorías de los licores. Veamos:

"(...) Tomas (sic) te anexo un estudio de las calorías de los licores, es una información muy interesante ya que el creer de la población es que el aguardiente es el que más engorda, que tal si nos creamos un volante bien bacano y un aviso para sin azúcar donde se hable de esto, pone (sic) a los creativos a trabajar este tema (...)"²²

(ii) Boceto No. 1: Una vez efectuada la solicitud, la agencia de medios desarrolló un primer boceto de la publicidad con la información de la tabla enviada el 24 de marzo de 2009, cuyo lema era "61 CALORIAS HACEN DE AGAURDIENTE ANTIOQUEÑO EL TRAGO MÁS LIGHT Y LAS CURVAS MAS DESEADAS DE TODA COLOMBIA" - "CON MENOS CALORÍAS COMO SEA PA LAS QUE SEA".

(iii) Modificación de la información: Mediante correo electrónico del 19 de mayo de 2009 la FLA solicitó a la agencia de medios cambiar la información inicial contenida en la tabla, por una información que fue actualizada respecto de la misma tabla y que fue remitida a la FLA por el señor HÉCTOR VARGAS, miembro del Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín.

(iv) Bocetos No. 2,3,4: Posteriormente, la agencia de medios remite a la FLA de 3 bocetos para que sean evaluados, los cuales contienen la información de la tabla actualizada en días anteriores.

(v) Publicidad final: Mediante correo electrónico del 10 de agosto de 2009, el señor GUSTAVO ACOSTA, Director de mercadeo de la FLA, aprueba la publicidad realizada por la agencia de medios, propuesta a la que se le efectúan algunas modificaciones en los días 26 y 27 de agosto y, 6 y 8 de octubre de 2009, para ser finalmente publicada en las revistas SOHO y ALO.

(vi) Solicitud de cancelación: Por instrucción del señor JUAN JOSÉ DE LOS RÍOS, Directivo de la FLA, la publicidad es cancelada el día 15 de octubre de 2009²³.

En virtud de lo anterior, se puede concluir que el proceso para la elaboración de la publicidad fue iniciado por la FLA a través del envío de la información relativa a las

²² Documento obrante en el Cuaderno No. 2, folio 445.

²³ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 2, folio 471.

kilocalorías contenidas en ciertos licores, junto con la solicitud del desarrollo de una campaña publicitaria que indicara que el aguardiente no es el trago que más engorda.

De manera posterior y de conformidad con la correspondencia cruzada entre la empresa EURO RSCG GOMEZ CHICA y la FLA, la publicidad apareció en las revistas SOHO y ALO del mes de octubre del año 2009, siendo retirada por instrucción del directivo de la FLA, señor JUAN JOSÉ DE LOS RÍOS, el día 15 de octubre de 2009.

6.4.4 Infracción a las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor

Tal y como se refirió en líneas anteriores, la realización de un acto restrictivo de la competencia requiere: (i) que el mismo sea llevado a cabo de manera unilateral por un agente del mercado, que en este sería la FLA, sin que sea necesario que la empresa tenga posición de dominio; (ii) que el sujeto infractor goce de un poder de mercado suficiente; y (iii) que con la conducta (que para el caso que se investiga corresponde a la infracción de las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor) se generen efectos anticompetitivos en el mercado.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a exponer los resultados derivados de la actuación administrativa adelantada por la Delegatura de Protección al Consumidor, que derivó en la imposición de una sanción a la FLA por el incumplimiento de las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor. De manera posterior, se efectuará un análisis de las pruebas que obran en el expediente para efectos de que este Despacho realice una verificación del incumplimiento de las normas de publicidad por parte de la FLA.

Frente a este aspecto, es importante resaltar que para que se configure un acto restrictivo de la competencia por la infracción de las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor, no es necesario que exista una decisión administrativa previa que declare el incumplimiento de estas normas por parte de la Delegatura de Protección al Consumidor.

En efecto, podrán existir casos en los que la Delegatura para la Protección de la Competencia adelante investigaciones por la presunta comisión de este tipo de actos restrictivos, sin que exista una declaratoria previa del incumplimiento de las normas de publicidad, caso en el cual corresponde a la Delegatura efectuar una verificación fáctica que le permita establecer el incumplimiento de las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, toda vez que el ámbito de competencias asignados a la Delegatura corresponde a estudiar la conducta desde la óptica del régimen de competencia y no el régimen de protección de los consumidores.

En este caso, a pesar de que existe una decisión previa de la Delegatura de Protección de la competencia sobre la materia, este Despacho hará referencia a las razones por las cuales la publicidad de la FLA constituyó una infracción a las normas sobre protección al consumidor.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

6.4.4.1 La actuación administrativa adelantada por la Delegatura de Protección al Consumidor

La investigación que inició la Delegatura de Protección al Consumidor tuvo origen en la queja interpuesta por el señor MARIÓ ANDRÉS CRISTANCHO BERNAL, actuando como representante legal para asuntos judiciales de la sociedad BAVARIA, quien manifestó que de la pieza publicitaria emitida por la FLA se podía aducir que: (i) la bebida alcohólica que supuestamente aporta menos kilo calorías es el aguardiente; (ii) para llegar a tal conclusión, la medida seleccionada para comparar el aporte calórico de cada una de las bebidas alcohólicas correspondía a una copa de 30 cm³ (para algunas bebidas) y una copa de 90 cm³ (para otras bebidas), mientras que para la cerveza la medida utilizada correspondió a una botella de 330 cm³, por lo cual no se estarían comparando extremos que en principio fueran comparables.

Una vez estudiados los hechos que dieron origen a dicha investigación y valoradas las pruebas que fueron aportadas por las partes, la Delegatura de Protección al Consumidor, mediante Resolución No. 55595 del 19 de octubre de 2010, se pronunció frente al caso concreto, refiriendo, entre otros puntos, el siguiente:

"(...) es obligación de los productores y comercializadores brindar información veraz y suficiente respecto de los bienes y servicios que ofrezca en el mercado. En tal sentido están prohibidas las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

En este orden de ideas, cuando un productor o expendedor brinda información a los consumidores o emplea una determinada propaganda comercial, esta debe ser veraz y suficiente, por lo que aspectos como el precio correcto o las condiciones objetivas, sus limitaciones y restricciones deben ser expresados de tal manera que no tengan la potencialidad de inducir a error al consumidor²⁴.

De igual forman en la Resolución antes citada la Delegatura de Protección al Consumidor efectúa un análisis concreto de la publicidad denunciada por BAVARIA, señalando que:

"(...) Por otro lado tenemos que la tabla comparativa e informativa, sí suministra información objetiva, información que sí puede incidir de manera preponderante en el proceso de formación de la decisión de los consumidores, pues expone de manera clara cantidades de kilocalorías que aportan distintas bebidas alcohólicas en sus respectivas y acostumbradas presentaciones volumétricas en centímetros cúbicos. Es de ella entonces que se deberá hacer el análisis en cuanto a su suficiencia, veracidad y su capacidad de ser información comprobable (...)

Como se anotó, de la prueba aportada no es posible colegir que se haya tratado de un estudio clínico serio[en referencia al estudio que supuestamente soportó las afirmaciones contenidas en la publicidad], pues se desconoce su fecha de realización y los resultados concretos que arrojó; pero si en gracia de discusión se aceptara que el mencionado estudio cuenta con su respectiva ficha técnica que denote elementos formales que permitan aseverar que en efecto el aguardiente es la bebida alcohólica que menos poder energético aporta a los

²⁴ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 2, folios 583 a 593.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

consumidores, y la cerveza por el contrario, la que más, lo anterior nunca hizo parte del sumario (...)

De acuerdo con lo anterior, esta Dirección concluye que la publicidad objeto de investigación vulnera las normas de protección al consumidor, dado que no resulta veraz ni comprobable para el consumidor la información ofrecida, en la medida que compara varios aspectos varios productos (sic) de contenido alcohólico, ignorando el sustento profesional que realizó la investigación, máxime cuando no puede ser un artículo publicado en una revista nada especializada en el tema (...)²⁵

En virtud de las consideraciones expuestas por el Director de Protección al Consumidor en la Resolución antes citada, se impuso una multa a la FLA por encontrar que con la publicidad emitida se habían infringido las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor, artículo 14 del Decreto 3466 de 1982.

6.4.4.2 Verificación del cumplimiento de las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor por parte de este Despacho

En el Informe Motivado la Delegatura expone que a efectos de verificar la infracción a las normas de publicidad por parte de la FLA, llevó a cabo un análisis de la campaña en conjunto con otros medios de prueba, tales como: (i) El registro sanitario del aguardiente, (ii) el testimonio del jefe del grupo de obesidad de la Clínica Medellín, (iii) el antecedente de la Delegatura de Protección al Consumidor y (iv) la comunicación recibida por parte del INVIMA, llegando a la conclusión de que la publicidad emitida por la FLA no resultaba ni veraz, ni comprobable.

La Delegatura refirió que al confrontar el registro sanitario del Aguardiente Antioqueño con la publicidad desplegada en dichas revistas, no se encontró correspondencia entre la información que obra en el registro sanitario y la publicidad realizada, comoquiera que en aquel no se hace referencia a la cantidad de kilocalorías que tiene el aguardiente²⁶.

Frente a este punto este Despacho verificó que la información contenida en la Resolución No. 20080337216 del 15 de diciembre de 2008 -mediante la cual el Subdirector de Registros Sanitarios concedió un registro sanitario a la FABRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA para su producto aguardiente- corresponde a:

"(...)

ARTÍCULO PRIMERO: Conceder REGISTRO SANITARIO por el término de DIEZ (10) años al PRODUCTO: AGUARDIENTE ANTIOQUEÑO

REGISTRO SANITARIO No.: INVIMA 2008L-0004239 VIGENTE HASTA: 27 DIC 2018

TIPO DE REGISTRO: ELABORAR Y VENDER

TITULAR (ES): FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA con domicilio en MEDELLÍN-ANTIOQUIA

FABRICANTE (ES) FABRICA DE LICORES Y ALCOHOLES DE ANTIOQUIA con domicilio en MEDELLÍN-ANTIOQUIA

GRADO ALCOHOLICO: 29% Vol.

CLASIFICACIÓN: AGUARDIENTE-COLOMBIANO

²⁵ Ibidem.

²⁶ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 1, folio 86.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

EXPEDIENTE No. 19999934
RADICACIÓN No. 2008133583 (...)²⁷

Con respecto al registro sanitario antes transcrito, este Despacho encuentra que la información que muestra la publicidad emitida en las revistas SOHO y ÁLO no correspondía a la información contenida en el registro sanitario. Lo anterior, por cuanto en el referido registro no se hace mención alguna a la cantidad de kilo calorías que contiene el aguardiente, mientras que en la publicidad referida, la tabla informativa hace expresa mención a que una copa de aguardiente de 30 cm³ contiene 61 kilo calorías.

Así las cosas, la no correspondencia entre el registro sanitario y la publicidad emitida por la FLA se configura como un indicio de la infracción de las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.

De otra parte, la Delegatura refirió en su Informe Motivado que no existía ningún estudio que soportara las afirmaciones hechas en la publicidad, para lo cual transcribe como prueba de esta afirmación algunos apartes del testimonio²⁸ que rindió el Doctor HECTOR VARGAS TAMAYO, en su calidad de Jefe del Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín, veamos:

Pregunta: *Usted sabe si el grupo de obesidad ha publicado algún tipo de estudio en algún medio de comunicación impreso, ustedes han realizado estudios?*

Respuesta: *Nosotros no hemos realizado ningún estudio.*

Pregunta: *Ningún tipo de estudio que refiera el tema de la obesidad?*

Respuesta: *No.*

Pregunta: *Y en cuanto a artículos o boletines que tengan que ver con el tema de la obesidad, se ha publicado algún documento de los tipos que ya relacione, en algún medio de comunicación?*

Respuesta: *" (...) le explico de que se trata, porque más o menos entiendo que es la cosa, me permite se lo explico van del COLOMBIANO y de la revista NUEVA, al Grupo y se acercan a pedir que si le dábamos algo del tema de la obesidad. Dentro de las cosas que nosotros utilizamos para los pacientes es un tabla que yo ahorita se la muestro, que **no es una tabla realizada, sino es un estudio realizado por nosotros ni nosotros nunca le dimos la autoría de esta tabla simplemente nosotros la compartimos con los pacientes como se comparte toda la información de nutrición para eso están diseñadas estas tablas.** La revista NUEVA hace una publicación con respecto a nosotros en la cual nosotros no participamos en ninguno de los textos que ellos escribieron, solo utilizaron incluso las imágenes que utiliza la REVISTA NUEVA no se la dimos, nosotros simplemente les facilitamos la tabla y no solo esa tabla, les dimos información de nutrición de obesidad y nos pareció interesante que dentro de eso tuvieran la información si lo querían mirar cómo y aprovechar la información del conteo calórico de las bebidas que tienen alcohol no más, pero la tabla nosotros no la elaboramos la elaboró otra persona ahí está escrita publicada y esa tabla la elaboran para que la nutricionista y los grupo de obesidad la compartan con sus paciente y les enseñen a los paciente el contenido calórico que tienen los tragos que contienen alcohol".*

²⁷ Ibídem.

²⁸ CD obrante en el Cuaderno Público No. 2, folio 356.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En relación con lo manifestado por el testigo, la FLA, en su momento, remitió a esta Superintendencia información refiriendo que la fuente de la información era confiable, veamos:

"(...) llega a través de fuentes tan valiosas y prestigiosas de comunicación, como el periódico local, El Colombiano revista "NUEVA" el día 13 de junio de 2009, en la página No. 10 Trucos y Nutrición, donde se muestra un estudio de calorías que planteaba una tabla en la que realmente muchos licores no aportaban la cantidad de calorías que mlticamente se habla informado a los consumidores.

Partiendo desde la positiva comunicación, la altísima y clara fuente de información y su veracidad, se construyó un mensaje con el fin de comunicar y darle al consumidor una fuente más confiable sobre este asunto.

En este sentido, el manejo de la información, mensaje, tablas y números fueron tomados de una información veraz y autentica, que observando el contenido de la información e interpretándola, se deduzca que realmente el Aguardiente, no es un trago que aporte un número superior de calorías a las que realmente posee, según los mitos (...)"²⁹

Sin embargo, y pese a las afirmaciones efectuadas por la FLA, este Despacho encontró que no obra prueba en el expediente que demuestre que la FLA buscó cerciorarse de la veracidad de la información que usó como insumo para el desarrollo de la publicidad que hoy se investiga, razón por la cual este Despacho encuentra que de conformidad con lo relatado en la audiencia de testimonio por el Doctor HECTOR VARGAS TAMAYO, la información utilizada para la emisión de la publicidad no provino de una fuente comprobable.

Por lo tanto, la referencia a la fuente de información que apareció en la publicidad desplegada en las revistas SOHO y ALO, no correspondió con la realidad, como se desprende de la versión entregada por el Jefe del Grupo de Obesidad de la Clínica Medellín, lo que permite concluir que ésta no cumplió con el requisito de veracidad de que trata el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982.³⁰

Finalmente, la Delegatura señala que la publicidad objeto de estudio no había sido autorizada por el INVIMA y que no contenía la leyenda obligatoria a la que hace referencia el artículo 3 de la Ley 124 de 1994. En relación con este punto, este Despacho encontró que el INVIMA informó a esta Entidad que la publicidad objeto de investigación no había sido autorizada por dicha entidad.

En consecuencia, este Despacho verificó que la publicidad emitida por la FLA, que hoy es objeto de investigación, no cumplió con el requisito de veracidad exigido por el artículo 14 del Decreto 3466 de 1982, violando así las normas de publicidad contenidas en el estatuto

²⁹ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 1, folios 12 a 21.

³⁰ Artículo 14. Marcas, leyendas y propagandas: Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, las marcas, las leyendas y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos. (...) (subrayas fuera de texto).

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

del consumidor. Ahora bien, una vez verificado el supuesto relativo al incumplimiento de las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor, este Despacho procede a estudiar si la FLA, con su actuar, generó efectos anticompetitivos en el mercado y de generar modificaciones en el comportamiento de los consumidores, para finalmente establecer si su conducta configuró un acto restrictivo de la competencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

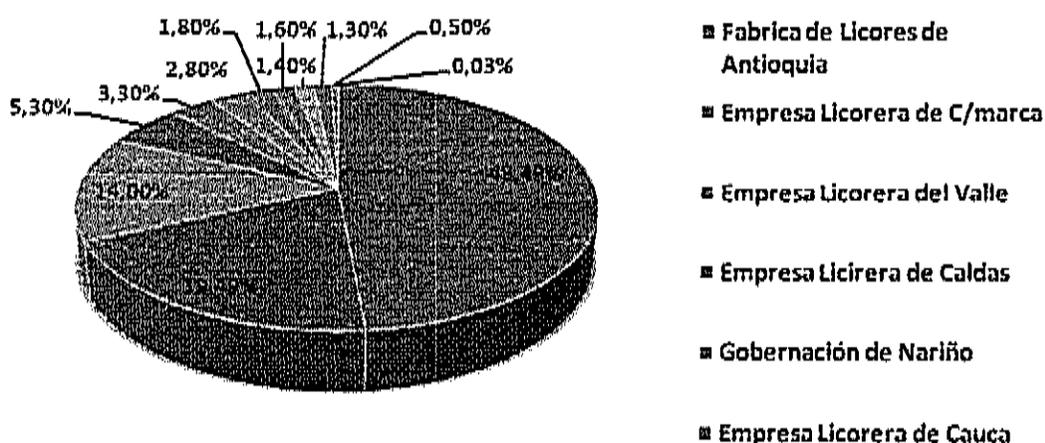
6.4.5 Efectos que generó la publicidad emitida por la FLA

Tal y como se refirió en líneas anteriores, para que la conducta desplegada por la FLA sea considerada un acto restrictivo de la competencia, es necesario que dicho agente haya infringido las normas de publicidad contenidas en el estatuto del consumidor -hecho que ya se verificó por este Despacho-, y que con dicha infracción se generen efectos anticompetitivos en el mercado.

En primera medida, este Despacho considera relevante establecer la participación que la FLA tiene a nivel nacional en el mercado de producción, distribución y comercialización de aguardiente, toda vez que si bien para la configuración de un acto restrictivo no se requiere que quien lo ejecute sea un sujeto calificado -que ostente posición dominante en un mercado- sí se requiere que el mismo con su actuar tenga un poder de mercado suficiente para generar cambios a la estructura del mercado o de generar efectos negativos en el mismo.

En la Gráfica No. 2 se aprecia la participación que tiene la FLA en el mercado nacional de aguardiente con su producto AGUARDIENTE ANTIOQUEÑO. Veamos:

Gráfica No.2. Participación de Licoreras por Ventas de Aguardiente a nivel nacional para el año 2009



Fuente:Asociación Colombianas de Empresas Licoreras - ACIL- obrante en el Cuaderno Público No. 1, folio 40

De la información que muestra la gráfica anterior se puede establecer que la FLA tenía para el año 2009 -época en la que se emitió la publicidad que es objeto de investigación-, el 48.49% de participación del mercado de aguardiente a nivel nacional. Dichacuota de participación denota que la FLA tenía un poder de mercado considerable que le hubiera permitido modificar la estructura de éste o incluso generar efectos anticompetitivos en el mismo con la realización de conductas que desviarán la demanda de forma indebida.

Así las cosas, a continuación se procede a estudiar la influencia que la publicidad realizada por la FLA tuvo en el consumo de bebidas alcohólicas, en especial respecto de la cerveza producida por BAVARIA S.A. en el entorno nacional, ya que la publicidad objeto de análisis fue publicada en revistas de amplia circulación a nivel nacional, y por otro lado la FLA, distribuye sus productos en todo el país.

En primer lugar se analizarán los efectos de la publicidad en los consumidores de bebidas alcohólicas, a efectos de establecer si la misma tenía la facultad de modificar la elección de los consumidores como consecuencia de la información contenida en la tabla que aparecía en la parte inferior de la pieza publicitaria. En segundo lugar, este Despacho verificará si la pieza publicitaria desvió la demanda de consumo de cerveza hacia el consumo de aguardiente, a efectos de establecer si con la infracción de las normas de publicidad contenidas en el estatuto se produjo un efecto anticompetitivo en el mercado de bebidas alcohólicas, configurándose así un acto restrictivo de la competencia.

6.4.5.1 Efecto que la publicidad emitida por la FLA en los consumidores de bebidas alcohólicas en Colombia.

A continuación se expone de manera general cuales son los efectos que tiene la publicidad en la opción de elección de los consumidores respecto de los bienes y servicios que se ofertan en un mercado, para de manera posterior efectuar un análisis de los efectos que en concreto tuvo la publicidad emitida por la FLA en las revistas SOHO y ALÓ, teniendo en cuenta para este fin los resultados del dictamen pericial que fue practicado en la etapa de instrucción de la investigación por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia.

6.4.5.1.1 Efectos generales de la publicidad sobre el consumidor

La Delegatura en su Informe Motivado señaló que desde el punto de vista del consumidor los mensajes publicitarios o las acciones promocionales que realizan los diferentes agentes en un mercado respecto de los bienes y servicios que ofrecen, generan efectos en la elección de un tipo de bien o servicio por parte de los consumidores. Dichos efectos pueden ser mayores o menores en cada consumidor dependiendo del mercado en el que se emita la publicidad.

Serán mayores cuando en el mercado se presentan problemas de asimetría de información, los cuales usualmente se presentan en todos los mercados en diferentes grados, ya que los agentes que ofertan sus bienes o servicios siempre tendrán mayor información de sus productos que los consumidores, quienes solo conocen la información que el agente pone a su disposición, impidiendo que el consumidor conozca la totalidad de la información necesaria para tomar una decisión racional³¹.

En este orden de ideas, es posible que los mensajes publicitarios a los que se encuentra expuesto el consumidor afecten las cantidades demandadas de los bienes y/o servicios ofertados por un agente en el mercado, ya sea porque la publicidad modifique las preferencias del consumidor o porque le da a conocer características adicionales de un bien

³¹ Stiglitz Joseph, Microeconomía, Ariel Economía y Empresa, 2008, Página 370.

que ya conocía o de la existencia de uno nuevo que supla en mejor medida sus necesidades.

Así las cosas, una publicidad "exitosa" tendrá como efecto el desplazamiento de la curva de la demanda del producto ya sea porque genera una percepción en el consumidor de que dos productos que eran considerados como sustitutos ya no lo son, o porque introduce en la percepción del usuario una característica adicional al producto ofrecido que cambia la preferencia por el mismo, caso en el cual el productor puede aumentar el precio del producto por la misma cantidad vendida o puede vender más del producto al atraer nuevos consumidores³².

Como se mencionó previamente en esta Resolución, los efectos de la publicidad sobre los consumidores pueden generar beneficios para el productor del bien o servicio, y fomentar la competencia entre las empresas de un mercado, incentivando la entrada de nuevos consumidores al mercado en disputa.

Sin embargo, en algunas ocasiones la emisión de una publicidad que induzca a error al consumidor puede afectar negativamente su proceso de elección como consecuencia de la toma de decisiones con poca información o con información errónea, así como puede afectar el mercado, pues la decisión que tome el consumidor puede alejar su demanda de la adquisición de bienes y servicios que sean ofertados por agentes que sí se encuentran compitiendo de manera transparente, configurándose así la realización de un acto restrictivo de la competencia que debe ser estudiado por esta autoridad.

Tal y como lo refiere la Delegatura en su Informe Motivado, este escenario es más crítico si se introduce un análisis del comportamiento del consumidor, mediante las herramientas denominadas como economía del comportamiento, análisis que parte de la idea de que el consumidor tiene dificultades para actuar de la manera prevista en los modelos tradicionales económicos, es decir, como consumidor racional, en la medida en que para que un consumidor pueda decidir de manera racional requiere que en el mercado exista: (i) acceso a la información sobre varios oferentes dentro del mercado; (ii) acceso a las ofertas del mercado de una manera sistemática y lógica y (iii) que el consumidor actúe con dicha información de una forma analítica adquiriendo así el bien que ofrezca el mayor valor agregado para él³³.

Sin embargo, de acuerdo con los estudios relacionados con la economía del comportamiento³⁴ el consumidor tiene tres clases de prejuicios que reducen su capacidad de tomar una decisión racional a la hora de adquirir un producto. En primer lugar tienden a pagar más por un producto independientemente de su calidad; en segundo lugar los consumidores no encuentran los mejores bienes y servicios ya que sus criterios de búsqueda no son racionales y; en tercer lugar, los consumidores compran productos que no satisfacen sus necesidades o que tienen baja calidad. Así las cosas, los efectos comunes en el

³² Ibid, Página 384

³³ Office of Fair Trading, Document OFT 1224: "What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?" March 2010, Página 10-11.

³⁴ Véase *Behavioral economics and the experimental analysis of costume behavior*, William Montgomery U. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Peru.

"Por la cual se ordena el archivo de una Investigación"

comportamiento del consumidor que se ocasionan como consecuencia de estos prejuicios son los siguientes:

- **Tendencia al pago y efectos de punto de referencia:** La valoración del consumidor sobre un producto obedece más al contexto en donde se entrega la información, su experiencia pasada con el producto, o expectativas sobre el producto, circunstancias que se relacionan con la aversión al riesgo de las personas y que tiene como consecuencia que exista fidelidad a marcas o productos por parte de los consumidores que obedecen más al miedo a equivocarse en el proceso de elección del bien o servicio que a una decisión racional relacionada con la calidad real del producto³⁵.
- **Tendencia al pago y errores de percepción de cantidades deseadas a futuro:** Los consumidores tienden a equivocarse al estimar su necesidad respecto de un bien o servicio, por la tendencia a creer que la necesidad es la misma para el momento de la compra que después, así como por la existencia de sobreestimación de las necesidades reales, pues el consumidor subestima el costo real de un bien o aprecia descuentos de manera excesiva como ganancia inmediata frente a consecuencias o pagos posteriores.
- **Inercia:** Los prejuicios o la idiosincrasia del consumidor limita su búsqueda a la hora de seleccionar un producto, aumentando de manera artificial sus costos de búsqueda de mejores ofertas.
- **Falta de criterio para evaluar costos o precio:** Si los precios de un producto son complejos (como las tasas de interés en tarjetas de crédito), o son presentados de manera compleja, los consumidores incurren en el riesgo de no poder valorar de manera efectiva el precio a pesar de que hagan una búsqueda exhaustiva de oferentes.
- **Errores de percepción de atributos deseable en un producto:** Los consumidores tienden a tener dificultades para determinar las características que realmente debe tener un producto para satisfacer sus necesidades.
- **Errores de percepción en comparación de calidades (verticales):** Los consumidores no logran identificar patrones adecuados para comparar calidades de productos similares, por lo cual pueden terminar comprando productos con vicios ocultos o de mala calidad.

Ahora, estos errores de percepción o prejuicios del consumidor pueden ser explotados por parte de los productores de bienes o servicios. Ejemplos de manipulación de estos prejuicios del consumidor para mantener clientela analizados en otras autoridades de competencia³⁶ son: a) El ocultamiento de información relacionada con el precio o establecimiento de sistema de precios complejos y b) La utilización de promociones "por tiempo limitado" o "hasta agotar existencias" que eviten el cambio de proveedor en condiciones normales de competencia.

³⁵ United Kingdom's Office of Fair Trading, Document OFT1324: Final Report "Consumer Behavioural Biases in Competition. A Survey", May 2011, Pág.11.

³⁶ What does Behavioural Economics mean for Competition Policy, Office of Fair Trading. Marzo 2010 pág 16

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En este orden ideas, la publicidad puede ser utilizada por los agentes de un mercado como un mecanismo de manipulación del consumidor cuyo último fin corresponde a mantener su participación y posición al interior del mercado o a buscar el aumento de dicha participación, esto es así por cuanto con la publicidad el agente puede fortalecer los prejuicios del consumidor respecto a la escogencia de una marca; inducir a decisiones erróneas al consumidor, al generar información que confunde acerca de las características fundamentales de un producto o la satisfacción que espera obtenerse sobre tal, así como reducir la percepción objetiva del consumidor afectando su decisión racional.

En este orden de ideas, un consumidor mal informado puede llegar ser una fuente de generación de rentas a un competidor no eficiente y generar mayores distorsiones en el mercado³⁷. Por ejemplo, en algunos mercados hay una proporción importante de consumidores que conocen sus prejuicios y toman medidas correctivas (denominados sofisticados en la literatura), y una proporción de los que no lo son (denominado "miopes").

En esos mercados, las firmas tiene incentivos para explotar a los clientes "miopes", ysi bien la competencia les exige hacer mejoras, la forma en que expongan las variables de competencia (precio/calidad) tendría como objetivo obtener una mayor proporción de clientes "miopes". Los consumidores sofisticados son los únicos que reciben los beneficios de la competencia, mientras que los consumidores "miopes" son quienes subsidian a los consumidores informados³⁸.

De este modo, una publicidad engañosa en un cliente mal informado o con prejuicios, puede lograr que éste se mantenga fiel a un producto o puede hacer que el mismo tome una decisión por aspectos no racionales en términos económicos, trasladando su demanda hacia el productor de bienes o servicios que está emitiendo la publicidad, afectando así el proceso de competencia entre agentes que sí se encuentran desarrollando su actividad de manera transparente en el mercado.

En el caso objeto de estudio corresponde a este Despacho determinar sila pieza publicitaria implementada por la FLA y que fue publicada en las revistas SOHO y ALÓ, tenía como objetivo crear, frente al consumidor de bebidas alcohólicas, un parámetro de evaluación del producto, fundamentado en que el aguardiente no era el trago que más kilo calorías tenía respecto de otros licores, y si dicha información suministrada al consumidor tenía la facultad o potestad de cambiar el proceso de elección de bebidas alcohólicas de otros licores, principalmente el de la cerveza, que según la tabla era la bebida alcohólica que más kilo calorías contenía- hacia el aguardiente.

Así las cosas, este Despacho procede a evaluar el desarrollo y resultados obtenidos con el dictamen pericial practicado en la etapa de instrucción de la investigación por la Delegatura para la Protección de la Competencia, como se expondrá a continuación.

³⁷ What does Behavioural Economics mean for Competition Policy, Office of Fair Trading, Marzo 2010 Pág. 18

³⁸ Ibid.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

6.4.5.1.2 Desarrollo y conclusiones del estudio pericial

La Delegatura para la Protección de la Competencia, mediante Resolución de pruebas No. 55078 del 5 de octubre de 2011, decretó la realización de un dictamen pericial especializado en comportamiento del consumidor cuyo objeto consistía en:

"(...)

- *Evaluar la influencia de la publicidad objeto de discusión, en la decisión de compra del consumidor.*
- *Determinar los factores que inciden en la decisión del consumidor, en la elección de compra de licores.*
- *Establecer el nivel de credibilidad de la publicidad impresa objeto del proceso, para los consumidores.*
- *Establecer si la publicidad impresa objeto de este proceso beneficia la imagen del aguardiente antioqueño y que valoración se hace de la misma por parte de los consumidores.*
- *Realizar un estudio con consumidores de bebidas alcohólicas para establecer si la publicidad impresa objeto del proceso influye en la intención de comprar aguardiente u otros licores.*
- *Adicionalmente, el estudio debe permitir identificar el conjunto de creencias relacionadas con la composición, ingredientes y efectos sobre la salud, de las categorías de bebidas alcohólicas mostradas en la publicidad impresa objeto del proceso (...)*³⁹

Así las cosas, el estudio pericial que se desarrolló por el perito experto consistió en probar la influencia de la publicidad sobre diferentes elementos asociados con el proceso de decisión de los consumidores, así como con las actitudes frente a las marcas en virtud de la exposición a avisos centrados en argumentos de salud y estética, realizando un estudio que combinó técnicas cuantitativas y cualitativas tanto en el desarrollo de la metodología como en el análisis de resultados. Lo anterior con el fin de contrastar información y profundizar en las razones de las personas para calificar las propiedades de la publicidad objeto del presente proceso, partiendo de las siguientes condiciones:

Muestra: Se seleccionaron 80 participantes de manera intencional y no probabilística, de acuerdo con los objetivos del estudio. Para esto se diseñó un perfil de muestra con proporciones equilibradas a nivel de género, estrato socioeconómico y frecuencia de consumo de alcohol. Estos fueron los filtros empleados para el reclutamiento de los participantes. Resaltaron que cuando se trata de estudios pre-experimentales o experimentales, el tamaño de la muestra no es un criterio de representatividad. Por esta razón la muestra fue intencional y con sujetos tipo.

³⁹ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 2, folios 482 a 483.

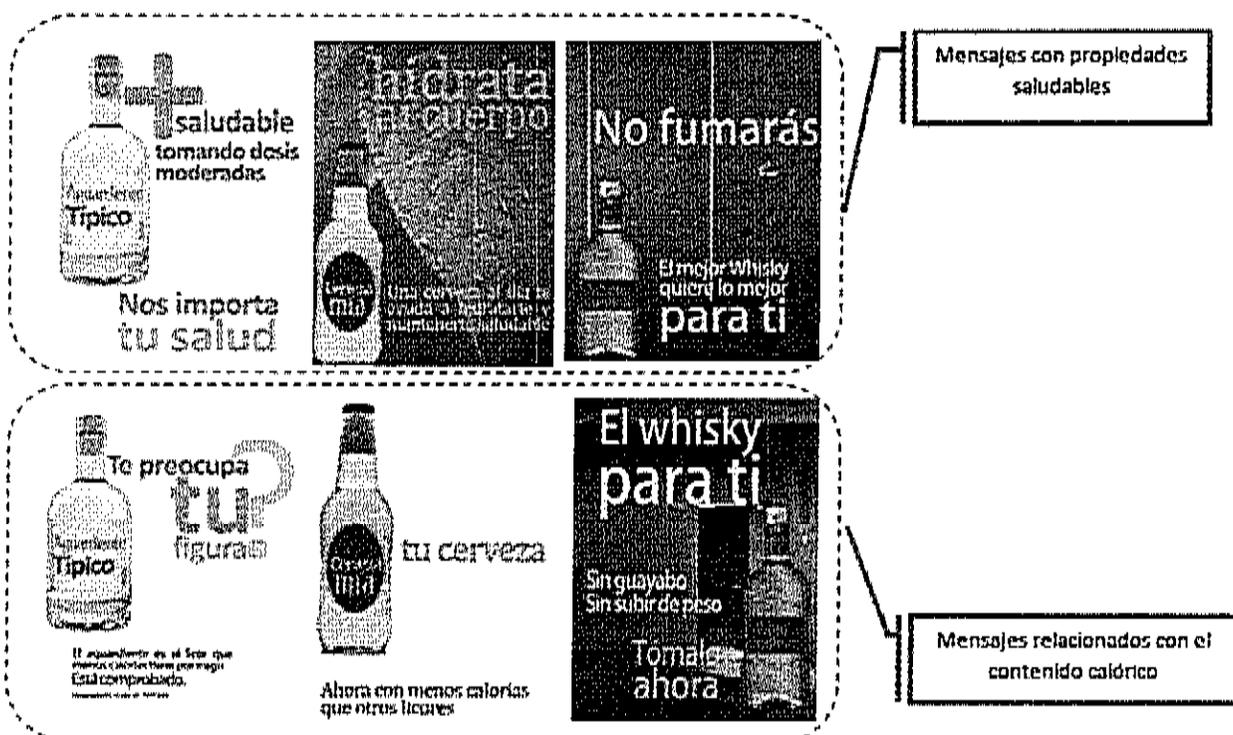
"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

Duración: El estudio se desarrolló durante dos días continuos en un espacio contratado para tal fin y el procedimiento fue aplicado por dos psicólogos expertos tanto en metodología experimental, como en entrevistas a consumidores.

Fases: Para responder a los objetivos del peritaje fue necesario asegurar que las personas respondieran de manera espontánea a una serie de preguntas dirigidas a evaluar sus creencias, actitudes y valoraciones asociadas con las bebidas alcohólicas, sin sesgos relacionados a la exposición publicitaria a corto plazo. Por esto, se diseñaron tres fases secuenciales que finalizaron con la exposición al aviso objeto del proceso.

- **Primera Fase:** Se aplicó un cuestionario a las personas seleccionadas en el experimento cuya finalidad fue establecer los patrones generales de consumo, así como las actitudes y creencias hacia las bebidas alcohólicas. Igualmente, se establecieron las principales variables que afectan el proceso de decisión y elección de los consumidores.
- **Segunda Fase:** Con el fin de comprobar la incidencia de contenidos publicitarios asociados con la salud y la estética, se diseñaron 6 avisos para tres marcas ficticias de bebidas alcohólicas. Se muestran dos avisos para aguardiente, dos para una marca de whisky y dos para cerveza (Aguardiente Típico, Whisky Original y Cerveza Mía, respectivamente). El primer aviso para cada bebida resaltaba propiedades saludables del consumo de esa marca, mientras que el segundo hacía énfasis en el contenido calórico.

Imagen No. 2
Avisos diseñados para la fase N°2



Fuente: folios 649 a 654 del cuaderno 2 del expediente

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

- **Tercera Fase:** Se presentó a los consumidores una copia impresa ampliada, con alta Resolución y de un octavo, del aviso original publicado en las revistas SOHO y ALÓ del mes de octubre del año 2009 por la FLA. Adicionalmente, se permitió a los participantes examinar el aviso durante 45 segundos y posteriormente se retiró el aviso para que los sujetos verbalizaran los aspectos que más recordaron y les llamó la atención del aviso.

Imagen No. 3
Aviso realizado por la FLA en octubre de 2009



Fuente: folio 656 del cuaderno 2 del expediente

De conformidad con los resultados presentados por el perito experto, el estudio permitió definir las características de los consumidores de licores y su percepción acerca de variables como: (i) los grados alcoholimétricos, (ii) el contenido calórico de las bebidas alcohólicas, (iii) además de la influencia de otros medios de comunicación, y por último, (iv) la reacción del consumidor frente a la publicidad relacionada con esta investigación.

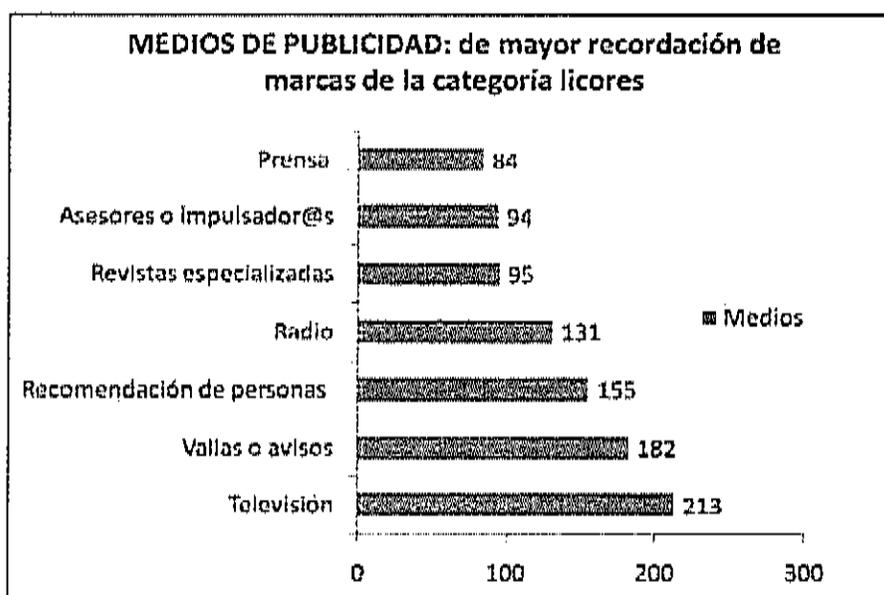
A continuación, se presentan los resultados arrojados por el dictamen pericial en cada una de las fases del estudio, para de manera posterior presentar la valoración que este Despacho efectuó de dichas conclusiones con el propósito de establecer si la pieza publicitaria emitida por la FLA tuvo algún efecto en el proceso de elección de los consumidores de bebidas alcohólicas, es decir si la información suministrada en el anuncio tenía la potencialidad de desplazar la demanda de los consumidores de cerveza al consumo de aguardiente. Así las cosas la primera fase del estudio, arrojó las siguientes conclusiones:

- De la muestra objeto de estudio se pudo establecer que la cerveza es la bebida alcohólica que se consume con más frecuencia en un 86%, seguida por el aguardiente en un 55% y el ron y el whisky en un 22.5% respectivamente.
- Que las marcas que poseen una mejor imagen y posicionamiento son el Aguardiente Nectar, seguido por el Aguardiente Antioqueño, la cerveza Club Colombia, Bavaria y el Ron Viejo de Caldas.
- Que las personas subestiman consistentemente los grados de alcohol de la mayoría de las bebidas fuertes. En general, los consumidores creen que el whisky posee la mayor cantidad de grados de alcohol, seguido por el ron y el aguardiente. Mientras que la cerveza y el vino son calificadas como licores suaves.
- Los participantes consideran que las razones por las cuales las marcas de licor son las mejores se relaciona directamente con los atributos del producto tales como el sabor, calidad, confiabilidad de la marca y efectos posteriores menores después de ingerir el licor (guayabo), y su suavidad.
- En cuanto a la evaluación del contenido calórico de las bebidas, las personas estimaron que en su orden la bebida que más posee calorías es el ron, seguido por el aguardiente. Por su parte, el whisky, la cerveza y el vino se evaluaron como menos calóricos con una diferencia significativa.
- Que las personas tienden a estar de acuerdo en que si se ingiere comida mientras se toma alcohol la embriaguez es menor; que los licores fuertes son malos para el organismo; que la combinación de licores aumenta el guayabo; que la cerveza engorda mucho; que el whisky no engorda; que con una sola copa se da positivo en el examen de alcoholemia; y que el trago regional es más fuerte.
- Se evidenció una tendencia al desacuerdo con la idea de que las bebidas alcohólicas en bajas dosis son buenas para la salud; que la cerveza y el aguardiente si se relacionan con el aumento de peso; y que las bebidas alcohólicas en general no son recomendables para la salud. Se observó, en general, que la mayoría de personas juzga de manera negativa los efectos de las bebidas alcohólicas sobre la salud, no así en el caso de los efectos estéticos asociados al peso.
- En la evaluación de los efectos estéticos, las personas piensan que el consumo de cerveza aumenta mucho de peso, mientras que una tercera parte de las personas piensa que el aguardiente genera un aumento moderado de peso, pero un 22.5% afirma que engorda mucho. El vino y el whisky se asocian para los participantes con bajos incrementos de peso, siendo más benévolos para la estética de las personas.
- Las personas afirmaron que la cerveza engorda por la cebada, dañando el hígado (como las bebidas fuertes que también afectan el cerebro; que todas las bebidas engordan; que el vino en pequeñas cantidades ayuda al corazón; que el aguardiente sube la tensión; y que el whisky la baja. Algunas personas creen que las bebidas con ingredientes dulces u oscuros son bebidas con mayores efectos negativos y calóricos y entre algunos efectos positivos resaltan que la cerveza y el vino sirven para mejorar la digestión y la circulación respectivamente.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

- En lo que respecta al momento de la decisión de compra de bebidas alcohólicas, por parte del consumidor, se registró que parece ser más importante la publicidad televisiva que la publicidad impresa en revistas. Así las cosas, el boca a boca, la radio, las revistas especializadas, los asesores comerciales y la prensa ocupan lugares inferiores. Tal y como se muestra en la Gráfica No. 3.

Gráfica No.3 Medios de Publicidad de Mayor Recordación



Fuente: Folio 614 del cuaderno 2 del expediente

- Se observó ambigüedad en la recordación de las campañas publicitarias, en donde los detalles que quedan en la memoria del consumidor se refieren a la situación que muestra la publicidad y a eslóganes rápidos y cortos.
- Para las personas resultan muy importantes en su orden: los sellos de garantía, la confiabilidad del lugar de compra, el sabor de la bebida, la calidad de la marca, la imagen de la marca, el precio y el envase. Se observó que la cantidad de calorías que posea la bebida es de poca importancia en un 36% y sin importancia en un 30% para las personas al momento de ingerir una bebida alcohólica.

Por su parte, la **segunda fase** del peritaje permitió concluir que aun tratándose de marcas diseñadas para los propósitos del estudio, con un diseño limpio y una plataforma publicitaria, la misma no logró impactar en las preferencias de los participantes ni en el caso de las marcas ni en la evaluación de la pieza como tal.

La publicidad, asociada con temas calóricos y de salud, no contribuye de manera importante a mejorar la imagen de marca, y la confianza que estos temas provocan en el consumidor es baja, al menos en el caso de nuevas marcas no conocidas.

Finalmente, la **tercera fase** del estudio (que corresponde a aquella en la que se presentó a los consumidores una copia impresa ampliada de la publicidad de la FLA, para que la observaran durante 45 segundos y luego expusieran los aspectos que más recordaron y les llamó la atención del aviso), presentó las conclusiones que se resaltan a continuación:

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

- Para la muestra tomada, el aspecto que más les llamó la atención a los consumidores respecto del aviso publicitario fue que lo consideraron como un aviso de carácter informativo y educativo, debido a que maneja estadísticas en la tabla comparativa de calorías de los diferentes licores e identificaron "*que el aguardiente no sube de peso*" y "*que no engorda*".
- Respecto de si el aviso había cambiado de alguna manera sus creencias e intenciones de compra, tanto de la marca publicitada como de otros tipos de bebidas alcohólicas, el 83.5% de las personas manifestaron que están en desacuerdo con la idea de que la exposición al aviso incrementó su intención de comprar más aguardiente que antes.
- Frente a si la publicidad afectó su posible decisión de compra de otros licores en beneficio del aguardiente, el 76.9% de las personas encuestadas manifestaron estar en desacuerdo con esta idea.
- Por último, al indagar a los encuestados, si el aviso cambió su intención de tomar cerveza, el 74.7% de las personas encuestadas no está de acuerdo con dicha afirmación.
- En relación a la influencia sobre el proceso de decisión acerca de otros licores, el 64.8% de las personas están de acuerdo en que la exposición del aviso suministró información que modifica los aspectos que tomaban en cuenta para comprar un licor, por lo que la pieza publicitaria sí posee una influencia importante sobre el proceso de decisión y la intención de compra, aunque no pueda afirmarse que dicho efecto sea permanente o transitorio pues no se realizó un estudio longitudinal.
- Que el 63.8% de las personas cree que el aviso no afecta la imagen de otros licores, pues se mostraron en desacuerdo con la idea que la pieza publicitaria haga quedar mal a los otros tragos.
- Que la publicidad afectó positivamente la imagen de marca en el 78.5% de las personas, y que el 58.2% de las personas se lleva la idea que la marca aporta un concepto menos calórico. Sin embargo, este aporte no implica cambios importantes para la intención de compra de otras categorías de bebidas alcohólicas.
- Luego de la exposición del aviso, las personas no cambiaron de manera importante su intención de compra de otros licores, como tampoco estiman que consumirán más aguardiente de lo que consumen habitualmente. El impacto del aviso se da principalmente en el nivel de conocimiento y actitudes frente a los niveles calóricos de los tipos de bebida. Aunque la credibilidad del aviso resultó apenas moderada, las personas reportan que en adelante analizarán las calorías de las bebidas que consumen. En este sentido, el aviso afecta la etapa de búsqueda de información del proceso de decisión del consumidor.
- Aquellos consumidores que consumen ocasional o frecuentemente la marca de aguardiente antioqueño poseen una buena imagen de la misma y consistentemente indican que el aviso solo confirma lo que ya sabían de la marca.

Una vez presentadas las conclusiones a las que llegó el dictamen pericial, este Despacho procede a efectuar un análisis de las mismas a efectos de establecer si con la conducta desplegada por la FLA se afectó el proceso de elección de los consumidores y como consecuencia de ello se desvió la demanda de cerveza hacia el aguardiente, efectos que se analizarán en el siguiente acápite.

De toda la información suministrada por el estudio, este Despacho pudo establecer que los consumidores de bebidas alcohólicas tienen una serie de conceptos o creencias sobre los factores que posiblemente influirían en su decisión de compra. Así mismo, comprobó que el comportamiento de los consumidores cambia al verse expuestos a una pieza publicitaria.

También se pudo verificar que de manera generalizada las personas que hicieron parte del estudio creen que las bebidas alcohólicas no son buenas para la salud y que en materia estética, el contenido de calorías no tiene una injerencia en la decisión del consumidor al momento de adquirir bebidas alcohólicas.

Ahora bien, frente a la pieza publicitaria emitida por la FLA el estudio arrojó que en algún porcentaje los sujetos objeto del estudio vieron modificado su comportamiento pues, de un lado, empezaron a considerar la posibilidad de evaluar las bebidas alcohólicas desde el punto de vista de los argumentos de salud y estética; y de otro, fortalecieron el prejuicio de que la cerveza engorda y el aguardiente no.

De igual forma, se estableció que si bien las personas se vieron motivadas por la publicidad y se presentó un posible cambio en la intención de compra, dicho cambio no significó, en modo alguno, que la compra e ingesta de otras bebidas alcohólicas se viera afectada, es decir las personas que consumen cerveza no dejarían de hacerlo por considerar que el aguardiente tiene un contenido calórico menor.

En virtud de lo anterior, este Despacho considera que en efecto la publicidad objeto de la presente investigación sí tenía la potencialidad de modificar el proceso de elección del consumidor al momento de adquirir aguardiente y, en consecuencia, corresponde evaluar si en efecto se presentó una desviación de la demanda de cerveza al aguardiente, en un grado suficiente como para considerar la conducta desplegada por la FLA como un acto anticompetitivo.

6.4.5.2 Efecto que la publicidad emitida por la FLA causó en el mercado de licores en Colombia.

En primer lugar, se debe tener en cuenta el periodo de tiempo en el que se emitió la publicidad de la FLA y al que estuvieron expuestos los consumidores, para así evaluar el efecto que la publicidad tuvo en el mercado, analizando el comportamiento de la demanda de cerveza y aguardiente para el periodo en el que ocurrieron los hechos investigados, a efectos de establecer posibles desviaciones de la demanda de la primera al segundo como.

6.4.5.2.1 Exposición de la publicidad a los consumidores

Como se ha señalado en la presente Resolución, el medio de difusión a través de cual se emitió la publicidad de la FLA fue mediante dos revistas especializadas, a saber: SOHO, en su edición No. 114 del mes de octubre de 2009; y ALÓ, en su edición No. 541 del 16 al 29 de octubre de 2009.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En virtud de lo anterior, este Despacho pudo establecer que el periodo de exposición de la publicidad corresponde al mes de octubre de 2009. Esto es así por cuanto de la información que obra en el expediente se pudo verificar que la circulación de la publicidad en el mercado fue cancelada por parte de la FLA, tal y como se lee en el siguiente correo electrónico:

"(...)

De: Gustavo.Acosta@fla.com.co

Enviado el Jueves, 15 de octubre de 2009 08:00 a.m

Para: Tomas Cárdenas; Tatiana Correa

C.c gacostal@fla.com.co

Asunto: AVISO DE CALORIAS urgente

Buenos días Tomas

En el día de ayer nos demandaron por el aviso de calorías. Por instrucción de Juan José debemos parar este aviso para toda publicación.

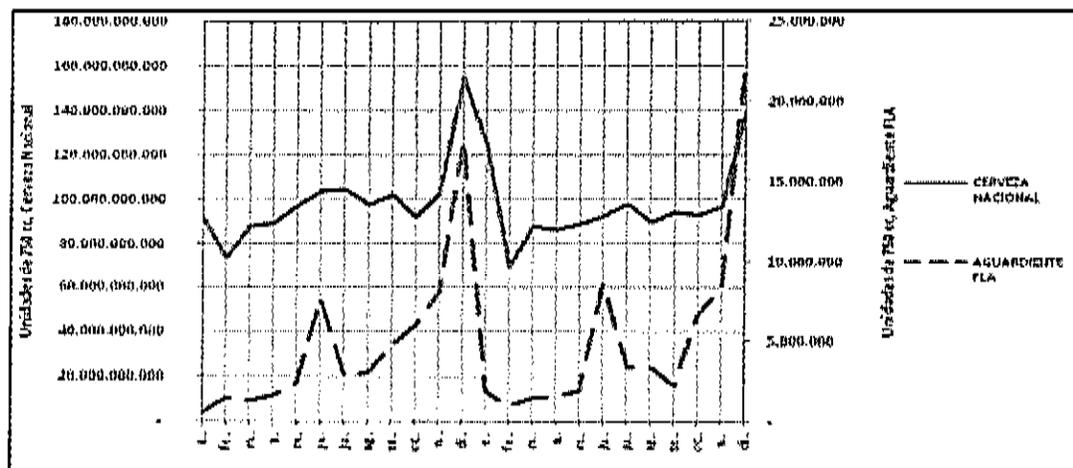
OJO ESTO ES URGENTE!!!!!!!!!! (...)

Así las cosas, teniendo en cuenta como referencia el tiempo en el que se llevó a cabo la publicación, se podría presumir, desde el punto de vista económico, que de haberse producido un efecto en el mercado, las ventas de aguardiente Antioqueño habrían tenido una tendencia aumentar y por el contrario, los consumos de cerveza debían disminuir, situación que se analizará a continuación.

6.4.5.2.2 Análisis del volumen de ventas de cerveza y aguardiente

Con el propósito de verificar la el efecto que tuvo la publicidad de la FLA que fue emitida en el mes de octubre de 2009, este Despacho procede a efectuar un análisis del volumen de ventas de cerveza y aguardiente en relación con dicho periodo de tiempo, realizando una comparación entre las ventas de unidades de un producto versus el otro durante el periodo de tiempo comprendido entre los años 2009 a 2010. Como se muestra en la Gráfica No. 4:

Gráfica No. 4. Ventas de cerveza y aguardiente en Colombia durante 2009 y 2010



Fuente: Folios 37 y 38 del cuaderno 1 del expediente y folios 1136 del cuaderno 4 del expediente. Nótese el cambio de escala para cada magnitud, denotado por el uso de dos ejes de ordenadas.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

La gráfica anterior muestra las ventas de cerveza BAVARIA (agente presuntamente afectado por la publicidad objeto de estudio) y aguardiente de la FLA (agente que emitió la publicidad) a lo largo de los años 2009 y 2010 en Colombia. Se puede observar que mientras que las ventas de cerveza son más sostenidas y elevadas (rondando unas ventas de 90 millones de unidades de 750 cc.), las de aguardiente son notablemente más bajas (alrededor de 5 millones de unidades de 750 cc.).

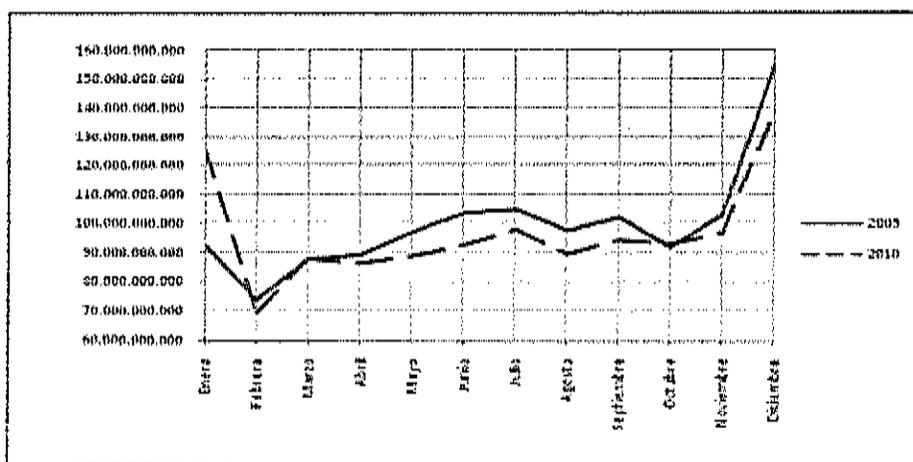
Además, se puede evidenciar que las ventas de aguardiente son más sensibles a la estacionalidad que las de cerveza. En efecto, así como la cerveza incrementa sus ventas alrededor de un 50% en el mes de diciembre con respecto al resto de meses, ese incremento en las ventas de aguardiente puede ser de al menos un 200%.

Asimismo, las ventas de aguardiente presentan una estacionalidad que no se puede distinguir en las ventas de cerveza: en el mes de junio de ambos años las ventas de aguardiente pueden triplicarse con respecto al mes anterior, cosa que no ocurre con las ventas de cerveza. En definitiva, se puede aseverar que en Colombia las ventas de cerveza son sustancialmente más altas y menos estacionales que las de aguardiente.

De igual forma, se puede concluir que el comportamiento de ventas de la cerveza y el aguardiente es similar, pues se puede observar los picos de consumo de los meses de junio y diciembre de 2009 y 2010, así como el aumento de las ventas de los dos productos después de la publicidad en el mes de agosto de 2009.

Por su parte, en la Gráfica No. 5 se discriminan las ventas de cerveza nacional entre el año 2009 y 2010. Aquí, se puede observar que las ventas en ambos años fueron más o menos estables a lo largo de ese periodo, con el pico de ventas alrededor de diciembre para ambos años.

Gráfica No. 5. Ventas de Cerveza Nacional (unidades de 750 cc.), 2009 vs 2010



Fuente: Folios 37 y 38 del cuaderno 1 del expediente y folios 1136 del cuaderno 4 del expediente. Nótese el cambio de escala para cada magnitud, denotado por el uso de dos ejes de ordenadas.

Así las cosas, este Despacho pudo observar que las ventas en el año 2010 fueron un poco inferiores a las del 2009, situación que tiene su explicación de conformidad con lo señalado en el Informe a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas sobre la gestión realizada

RESOLUCIÓN NÚMERO 4839 DE 2013 Hoja N°. 42

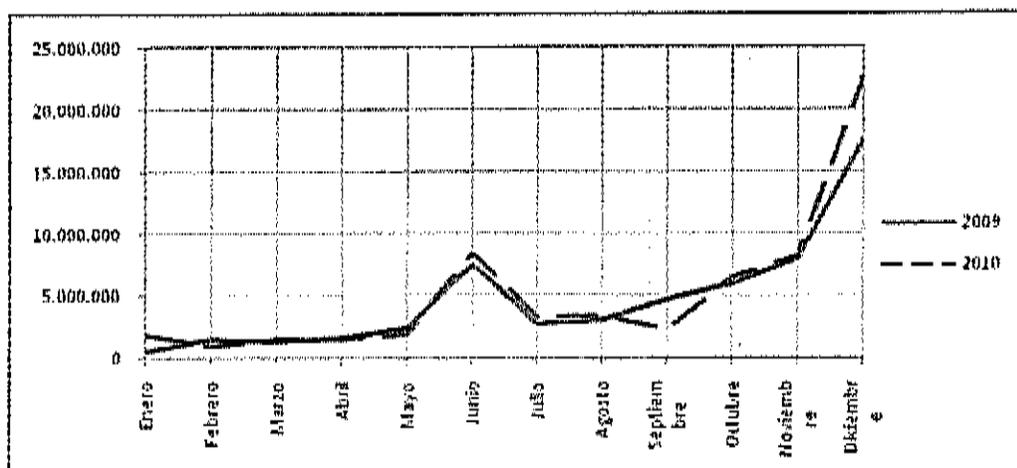
"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

por los Administradores de BAVARIA, durante el primer semestre del 2010⁴⁰, según el cual se destacan como causas de la caída de ventas en 2010 las siguientes:

- El aumento del tipo impositivo del IVA del 3% al 14% el 1 de febrero de 2010⁴¹.
- Las leyes secas decretadas en marzo, mayo y junio de 2010 por la concurrencia de elecciones en el país.
- El incremento del contrabando de cerveza desde Venezuela debido al aumento impositivo y la devaluación del bolívar venezolano.
- Las inundaciones derivadas de la temporada de lluvias originada por el fenómeno climatológico de la Niña que afectaron a la distribución del producto.

Sobre el efecto que pudo haber tenido la campaña publicitaria emitida por la FLA, se puede afirmar que el mismo fue nulo. Se podría apuntar que el mes de octubre de 2009 fue relativamente bajo en ventas en comparación con los meses vecinos. Sin embargo, no se puede decir con seguridad que ese nivel de ventas relativamente bajo haya sido debido a algún evento exógeno ocurrido en ese periodo, pues la tendencia general de las ventas no se ve afectada en el resto de periodos. Por lo tanto, se puede descartar que la campaña objeto de esta investigación haya afectado significativamente las ventas de Cerveza Nacional y que los consumidores de cerveza hubieran desplazado su demanda a la compra de aguardiente.

Gráfica No.6. Ventas de Aguardiente FLA (unidades de 750 cc.), 2009 vs 2010



Fuente: Folios 37 y 38 del cuaderno 1 del expediente y folios 1136 del cuaderno 4 del expediente. Nótese el cambio de escala para cada magnitud, denotado por el uso de dos ejes de ordenadas.

⁴⁰ Página 26 del Informe Motivado de la Delegatura con radicación No. 10-75291.

⁴¹ Este factor también puede explicar la diferencia positiva remarcable en las ventas del mes de enero de 2010, pues los consumidores podrían haber previsto el aumento de precios de la cerveza por el aumento del tipo impositivo anunciado, haciendo que la demanda se disparase justo antes para acopiarse de suministros a un precio más bajo.

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

En la gráfica anterior se muestra la evolución de la demanda de aguardiente de FLA (en unidades de 750 cc.) para los años 2009 y 2010. Como se puede observar, para ambos años dicha evolución fue idéntica. Las características fundamentales de las ventas en dicho período son: una tendencia general al alza a lo largo del año, un pico de ventas en el mes de junio y una explosión de ventas hacia final del año. La única diferencia reseñable se da en el mes de septiembre, cuando por algún motivo en el año 2010 se observó una caída de ventas que no se dio en el año 2009. Sin embargo, se puede considerar que esa diferencia puede ser debido a alguna coyuntura puntual del mes, pues, como ya se ha dicho, la tendencia de ambos años es casi idéntica.

Como ya se ha indicado, este Despacho considera que las ventas de aguardiente son notoriamente sensibles a la estacionalidad. En efecto, ambos años muestran un pico de ventas considerable en el mes de junio, así como una explosión de consumo hacia final del año, observándose el máximo de ventas en ambos casos en el mes de diciembre.

Así las cosas, este Despacho considera que la campaña publicitaria emitida por la FLA de octubre de 2009 en las revistas SOHO y ALO, no tuvo efecto alguno en las ventas de aguardiente de la FLA, pues como se ha dicho, en ambos años no existió diferencia sustancial en ventas, ni en el mes correspondiente a la emisión de la publicidad ni a partir de dicho mes. Por lo tanto, se puede rechazar la hipótesis de que dicha campaña tuvo efectos en el mercado a través de la desviación de la demanda de cerveza hacia la demanda de aguardiente.

En consecuencia, este Despacho considera que la conducta desplegada por la FLA, consistente en la infracción de las normas de publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor, no se configura como un acto restrictivo de la competencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

6.5 RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA FABRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA

Toda vez que este Despacho no encontró responsable a la empresa investigada, se desvirtúa de igual manera la existencia de responsabilidad en cabeza su representante legal para la época de los hechos, el señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA no incurrió en la conducta establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, ni en la conducta establecida en el numeral 1 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que el señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, Representante Legal de la FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA para la época de los hechos, no actuó en contravención de lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

RESOLUCIÓN NÚMERO 6074 - - 4839 DE 2013 Hoja N°. 44

"Por la cual se ordena el archivo de una investigación"

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante Resolución No. 6074 del 11 de febrero de 2011 en contra de la FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA.

ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR la terminación y archivo de la investigación iniciada mediante la Resolución No. 6074 del 11 de febrero de 2011, al señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la FÁBRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA y al señor ANDRÉS ISAZA PÉREZ, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a la misma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 15 FEB 2013

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Juliana Chinchilla G. / Miguel de Quinto
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Felipe Serrano Pinilla

NOTIFICACIONES:

FABRICA DE LICORES DE ANTIOQUIA

Apoderado

Doctora

MARCELA CASTILLO TORRES

Apoderado Especial

Calle 93 A No. 14-17, Oficina 311

Bogotá, D.C.

ANDRÉS ISAZA PÉREZ

Calle 20 A Sur No. 22A-197

Medellín, Antioquia