



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 03370 DE 2006  
( 16 FEB. 2006 )

Por la cual se resuelve un recurso

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

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO.** Que mediante escritos radicados bajo los números 02091581-40071 y 02091581-40072, el doctor Enrique Álvarez Posada, en su condición de apoderado de la empresa Cadbury Adams S.A. y del señor Jorge Avilán Aristizabal, presentó en tiempo y con el lleno de los requisitos de ley, recurso de reposición en contra de la decisión contenida en la Resolución N° 22624 de 2005, por medio de la cual se impone una sanción a la sociedad Cadbury Adams S.A., antes Chiclets Adams S.A. (en adelante ADAMS) y al señor Jorge Avilán Aristizabal, como persona natural investigada.

**SEGUNDO.** Que el recurso a que hace referencia el numeral anterior se fundamentó, en síntesis, en los siguientes aspectos:

**2.1 Posición de dominio**

**2.1.1 Determinación del mercado relevante**

El recurrente se refiere al análisis de la Posición de Dominio que el Despacho llevó a cabo en la resolución de sanción respecto de la empresa Cadbury Adams Colombia S.A. Para ello, indica que teniendo en cuenta la determinación del mercado relevante y los conceptos de mercado producto y geográfico definidos por esta Entidad, se llegó a la conclusión *"que el mercado producto en el presente caso está constituido por las gomas de mascar refrescantes pertenecientes al segmento adultos, del cual se excluyen las gomas de mascar con sabor a frutas, las mentas, dulces duros y blandos y la confitería en general"*.

Bajo este contexto, precisa el impugnante que se demostrará, con fundamento en las pruebas obrantes en el expediente y las solicitadas en el recurso, cómo *"no es posible definir el mercado producto en el presente caso, como aquel constituido únicamente por las gomas de mascar refrescantes pertenecientes al segmento adultos"*. Por ello, en su escrito analiza cada una de las condiciones que determinan la intercambiabilidad de un bien o servicio y que fueron tomadas en cuenta en la resolución objeto de estudio de la siguiente manera:

**A. Precio**

Respecto de la condición del precio, señala que se demostró a lo largo de la investigación que existen *"diversos productos que corresponden al segmento bajo precio al cual pertenece la goma de mascar refrescante CLARKS, como son: las mentas duras y blandas, los dulces duros en pepa o en otras presentaciones, los caramelos, entre otros"*.

Para apoyar el citado argumento hace énfasis en los estudios y documentos aportados al expediente, entre los que destaca:

- Las "Tablas de Estructura de Precios Hipermercados y Estructura de Precios Mayorista, Distribuidor, Coodistribuidores a Enero 1 de 2001" y "los volantes con precios de productos que reposan a folios 491, 492 y 2304 del expediente" con los cuales se evidencia que "dentro del género confitería en general, existen diversos productos que pertenecen al segmento bajo precio, como son:
  - Gomas de mascar de sabores por unidades (marcas Motitas y Bubbalo) a un precio sugerido de \$100;
  - Dulces duros de sabores diversos (marca Sparkies) , a un precio sugerido de \$100;
  - Mentas refrescantes (marca Halls), a un precio sugerido de \$100".
- El "análisis de AC Nielsen que contiene los cuadros de Precio por Unidad de Consumo en Ciudades de más de 20.000 habitantes<sup>1</sup>". Con el cual se demuestra "cómo las mentas comercializadas bajo la marca Menta Helada producida por Colombina S.A. y los productos dulces duros con empaque producidos por Aldor S.A. y Colombina S.A., oscilan entre \$50.60 y \$124.50 por unidades de consumo entre los años 1999 a 2002". Por lo tanto, "estos precios pertenecen al segmento de bajo precio".
- El "cuadro comparativo de Precio por Unidad de Consumo de la categoría de gomas de mascar que se encuentra en la página siguiente del estudio allegado a ese Despacho" se puede "apreciar que en el período analizado el precio de las referencias Adams Chiclets x 2, hoy comercializada por la sociedad sancionada osciló entre \$145.80 y \$192.40; de Chiclets Ice x 2 osciló entre \$183.90 y \$186.50 el de Charms x 2 de Gran Colombia/Frito Lay osciló entre \$139.90 y \$173.20; el de Tumix de Confiteca osciló entre \$59.30 y \$100.10; y el de Clarks osciló entre \$80.70 y \$92.70".

Al respecto concluye que "contrario a lo argumentado por esa Superintendencia en la Resolución que se impugna, si se aportaron a ese Despacho los precios de los productos gomas de mascar, mentas, dulces y caramelos, durante el período analizado, los cuales demuestran claramente que el segmento bajo precio del género de confitería se encuentra conformado por las gomas de mascar y las mentas, los dulces duros y los caramelos en diversas presentaciones. Como queda demostrado los precios de todos estos productos hace que el consumidor pueda sustituir cualquier producto con otro que pertenezca al mismo segmento, pues los precios de todos son competitivos".

Soporta el anterior argumento con el estudio de la empresa AC Nielsen denominado "Mercado Confitería Colombia" en el que se indica que el mercado de confitería en Colombia esta "conformado por dulces duros y chicles refrescantes, chicles bomba, bombones, caramelos blandos y gomitas' mientras el segmento de adultos incluye 'chicles recubiertos en pastillas o en formato barra, mentas, caramelos duros y blandos que refrescan el aliento'" con el cual se demuestra:

<sup>1</sup> Anexo 4 de nuestro memorial radicado el 6 de junio de 2003 ante ese despacho denominado Estudio de AC Nielsen, y que obra a folios 494 a 529 del expediente.

- Como los "productos de alto desembolso tienen un 14% del volumen de ventas, mientras los de bajo desembolso alcanzan el 86%".
- Como los volúmenes de ventas de los productos de bajo desembolso de Cadbury Adams van "desde un 38% hasta el 34% entre el 2002 y el 2005, y los de bajo desembolso alcanzan solo un 66%".
- Como "las presentaciones de bajo desembolso a lo largo de los años (2002 - 2004), son las que realmente tienen un crecimiento sostenido en el mercado e Confitería".

De otra parte, el recurrente indica que se demostró que "los productos del segmento bajo precio presentan una altísima elasticidad debido a que cualquier variación en el precio genera un cambio inverso en la demanda. Es decir cuando el precio de un producto se incrementa, su consumo disminuye, y viceversa<sup>2</sup>", sustentando dicha afirmación en los estudios de AC Nielsen aportados a la investigación y en la declaración del señor Juan Diego Isaza, que permiten concluir que en este "mercado el consumidor es altamente sensible al precio y en consecuencia puede desplazarse de un producto a otro, que supla sus necesidades de la misma forma, motivado únicamente por el precio". (Subrayas originales)

Concluye en este punto que "con las bases de datos ya aportadas al expediente y con las nuevas pruebas que se allegan, que se refieren tanto a gomas de mascar como a mentas, dulces y caramelos, el precio es uno de los factores esenciales que tienen en cuenta los consumidores al adquirir productos de confitería".

Pasa a explicar que "el desplazamiento del consumo antes explicado ocurre entre los diferentes productos del mercado de confitería. Ello es así por cuanto todos los productos que conforman ese mercado son sustitutos entre sí", lo cual soporta probatoriamente con los estudios de Napoleón Franco denominados 'Diagnóstico de Chicles en los países de Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela' e "Informe Final- Estructural e Imagen de Gomas de Mascar" y la declaración de la señora Esperanza Young, pruebas que según el recurrente demuestran que las "gomas de mascar son una categoría que no solamente compite internamente entre sus marcas, sino que también compite directamente con otras categorías tales como las mentas, los caramelos, dulces, entre otros, los cuales son consumidos simultáneamente a la categoría de gomas de mascar"

- Las "preferencias del público cuando dispone solo de una determinada suma de dinero. Así por ejemplo, se preguntó a los encuestados qué comprarían con \$100 si tuvieran hambre, a lo cual el 34% respondió que compraría caramelos, el 14% que compraría gomas de mascar, el 11% prefiere comprar mentas y un 10% dulces".
- Que para el consumidor no solo "las gomas de mascar se caracterizan por la durabilidad de su sabor, sino incluso en mayor proporción las mentas y los caramelos tiene esta característica.

Indica el recurrente que para "corroborar a ese Despacho la incidencia del precio en la definición del mercado relevante en el presente caso, es importante resaltar el resultado del estudio sobre productos sustitutos de goma de mascar para determinar qué elegirían los consumidores en caso de no conseguir la goma de mascar de su preferencia (Anexo 3).

<sup>2</sup> Ibidem

*Según las conclusiones del estudio, la mayoría de los encuestados elegiría mentas, seguidas por HALLS, y luego sí elegirían una marca diferente de gomas de mascar”.*

*Finaliza sus argumentos respecto de la condición del precio, señalando que se demostró en la investigación que las “gomas de mascar de bajo precio, como es el caso de Clarks, pertenecen a un segmento de la confitería en el cual se encuentran otros productos como las mentas, los dulces y los caramelos, y por lo tanto las gomas que el mercado relevante incluye además de las gomas de mascar las mentas, los dulces y los caramelos”.*

#### **B. Calidad**

*Respecto de la condición de calidad, indica el recurrente que “La calidad de los productos es otro aspecto relevante en el análisis que se realiza para determinar el mercado producto. En efecto, la homogeneidad o similitud de las calidades de un producto harán que el mismo pueda considerarse o no intercambiable con otros de su género”.*

*Precisa que el Despacho debe tener en consideración el hecho de que “el empaque conocido como PILLOW PACK que es utilizado en el producto Clarks, se utiliza en casi todos los productos que pertenecen al mismo segmento” y se apoya en la declaración de la señora Liliana Rivera Viana, para luego concluir que el “empaque pillow pack es utilizado por diversos productos de confitería en el mercado para lo cual adjunto como ANEXOS 6 y 15 varias muestras de diversos productos que usan otros competidores y la sociedad sancionada con este tipo empaque, que se caracteriza por ser de bajo costo. Por lo tanto, varias empresas lo utilizan para sus productos mentas, caramelos, dulces y gomas de mascar pertenecientes al segmento de bajo precio”.*

*Considera importante analizar la motivación del consumidor para escoger las gomas de mascar y otros productos del segmento. Para este efecto, cita textualmente las conclusiones a las cuales llegó el Despacho sobre este tema, indicando que las “[L]as características citadas (...) son las menos importantes para los consumidores: el sabor prolongado de la goma tan sólo un 8% la consideró importante, y la consistencia adecuada de la goma tan sólo el 5% la consideró como factor decisivo para escoger la goma”.*

*Resalta que los factores que la mayor parte de los encuestados consideró importantes no fueron tenidos en cuenta en el análisis del caso y esos factores son los que las gomas de mascar comparten con otros productos como las mentas, los dulces y los caramelos. Indica que el “buen aliento, el precio económico, el buen sabor, son aspectos comunes a productos diferentes a las gomas de mascar como ya se ha dicho, y como se ha demostrado, los consumidores no sólo buscan satisfacer esas necesidades con las gomas de mascar”.*

*Se apoya en las declaraciones de los señores Carlos García Castro y Esperanza Young para concluir respecto del tema de calidad de los productos que “las gomas de mascar refrescantes del segmento bajo precio comparten con las mentas, dulces y caramelos iguales características si se tiene en cuenta su empaque (pillow pack), la sensación de frescura que brindan, el buen aliento, e incluso la masticabilidad. Por lo tanto, las mentas blandas y duras los dulces blandos y duros, los caramelos y las gomas de mascar son sustitutos entre sí y por tanto conforman un mismo mercado relevante”.*

### C. Otras condiciones de competencia

Respecto de otras condiciones de competencia, el recurrente considera importante analizar diversos aspectos como la publicidad de los productos y la utilización de canales de comercialización comunes, para determinar el mercado producto.

Al analizar el tema de la publicidad destaca que *"los productos que pertenecen al segmento bajo precio adulto confitería refrescante, utilizan idéntica publicidad (...)"* y afirma que lo que sí se ha demostrado con las pruebas aportadas es que *"los comerciales utilizan las mismas locaciones, los mismos modelos, el mismo tema, la misma disposición de todos los elementos, en fin utilizan un mismo comercial para las mentas JAZZ y para las gomas TUMIX. Lo único que varía en el comercial es un cuadro en el que aparece el producto específico"*.

Por lo tanto, *"lo anterior resulta tener mucho sentido si se tiene en cuenta que este tipo de productos se dirigen a un mismo segmento de la población (adultos), que busca satisfacer una necesidad concreta (refrescar el aliento), con un bajo presupuesto (precios bajos)"*.

Finaliza este punto, afirmando que se debe tener en cuenta la publicidad como otro elemento para analizar la sustitución, pues *"concluir que se utiliza la misma publicidad para productos que compiten entre sí resulta totalmente lógico y además completamente comprobable con las pruebas allegadas a ese Despacho"*.

A renglón seguido hace mención a la utilización de canales de comercialización comunes, puntualizando que *"(...) Es evidente que tanto gomas de mascar como mentas, dulces y caramelos se encuentran disponibles al público en supermercados, tiendas, kioscos, chaceros, etc. Es evidente también, que el consumidor de la tienda, supermercado, kioscos o cajón, encontrará muy seguramente cerca de los mencionados productos otros, tales como cigarrillos, gaseosas, entre muchos otros. De hecho, todos los productos comestibles pertenecientes a todo tipo de género y que satisfacen cualquier clase de necesidad y se dirijan a todos los consumidores se encuentran en su mayoría en los mismos lugares, tiendas, supermercados, kioscos"*.

Analiza este tema con las pruebas que obran en el expediente en especial con el Estudio AC. Nielsen, allegado como Anexo 4 en nuestro memorial de 6 de Junio de 2003, para luego concluir que las *"las gomas de mascar se distribuyen a través de los mismos canales utilizados para distribuir las mentas, los caramelos y los dulces"*.

Por último, precisa que el citado argumento sumado a *"todos los demás elementos antes explicados, permiten concluir que se trata de productos sustitutos entre sí: Son consumidos preferentemente por adultos, satisfacen las necesidades de refrescar el aliento, pertenecen al segmento de bajo precio, gozan de calidades y propiedades similares como sabor y empaques, entre otros. Como complemento de todo lo anterior, el consumidor los encuentra en los mismos lugares cuando tiene el impulso de consumirlos, de tal forma que puede escoger cualquiera de ellos según le antoje"*.

En este punto el recurrente analiza el proceso de fabricación de los productos mentas, dulces, caramelos y gomas de mascar, con el fin de aclarar la existencia de sustitución en la oferta. Posteriormente, se refiere al análisis llevado a cabo por el Despacho en el cual se compararon los procesos de producción de las gomas de mascar y el de los dulces (mentas)

y apoyado en estudio de Napoleón Franco, elabora un cuadro comparativo de los procesos productivos de mentas, dulces y gomas de mascar.

Finaliza, precisando que si bien "(...)los procesos no son idénticos, lo cual por supuesto sería imposible si se tiene en cuenta que el producto resultado es similar pero diferente, tampoco sus diferencias son sustanciales y, en consecuencia, cualquier productor de unos puede perfectamente producir los otros, sin incurrir en altos costos adicionales de materia prima, obra, maquinaria o infraestructura".

Concluye respecto del mercado relevante que se ha demostrado a la Superintendencia que el mismo es el conformado por las "gomas de mascar, dulces, mentas y caramelos refrescantes dirigido al sector adulto pertenecientes al segmento bajo precio". (Subrayado del texto original)

2.1.2 Situación de CADBURY ADAMS S.A. dentro del mercado relevante (participación porcentual, medida por volumen y/o valor de las ventas, capacidad de producción e infraestructura) y situación de los competidores

Considera el recurrente que habiendo demostrado que el mercado relevante es el conformado por *"las gomas de mascar, mentas, dulces y caramelos refrescantes que pertenecen al segmento bajo precio dirigidos a adultos"*, comprobará que Cadbury Adams Colombia S.A. no ostenta posición de dominio en el mismo, para lo cual se basará en los estudios aportados y los testimonios obrantes en el expediente, como se expone a continuación:

- De acuerdo con el estudio AC Nielsen en el cual se encuentra el análisis de volumen de ventas en el segmento adulto bajo precio de las compañías más representativas del mercado para el período comprendido entre los meses de Octubre-Noviembre de los años 2000, 2001 y 2002, se ilustra cómo *"la compañía Colombina mantuvo durante los tres periodos analizados un volumen de ventas superior a sus demás competidores, ocupando un segundo lugar la compañía Cadbury Adams S.A. con volúmenes de venta mucho más bajos que Colombina"*.

- En el mismo estudio al referirse al porcentaje de volumen de ventas en el segmento adulto bajo precio, se hace evidente como *la "compañía Colombina alcanza los porcentajes más altos en el mencionado segmento alcanzando picos de 49% en el año 2000, y solo bajando 3 puntos para el año 2002. Por su parte, la compañía Cadbury Adams S.A., demuestra su porcentaje de volumen de ventas más alto en el 2000 con un 34%, llegando a tener tan solo un 26% en el año 2002"*.

- Con el estudio denominado *"Mercado Confeitería Colombia"*, elaborado por la firma AC Nielsen, se ilustra como *"Colombina es el líder en el mercado de Confeitería, entendiéndolo el mercado de confeitería como aquel conformado por "Dulces duros y chicles refrescantes, chicles bomba, bombones, caramelos blandos y gomitas", mientras que el segmento de adultos incluye "chicles recubiertos en pastillas o en formato barra, mentas, caramelos, duros y blandos, que refrescan el aliento"*.

Con fundamento en los documentos citados, el recurrente indica que *la "compañía Cadbury Adams S.A. no es la compañía líder en el segmento mencionado. Por el contrario, comparte el mercado con al menos cinco grandes competidores, de los cuales ni siquiera él es el primero, pues por encima con una gran diferencia, se encuentra la compañía Colombina*

S.A. Es de anotar que los 5 grandes competidores tienen todas las condiciones similares para competir en el mercado, lo que hace que ninguno de ellos pueda actuar sin considerar a los demás”.

En este tema el recurrente hace mención a que la compañía Adams no está en capacidad de “determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado” ya que se demostró al Despacho que con el relanzamiento del producto Clarks, se definió como precio sugerido al público la suma de \$50, pero fueron los canales de distribución los que determinaron que el precio de venta al público fuera finalmente \$100, lo cual permite concluir que “Cadbury Adams S.A. no tiene control sobre sus distribuidores que actúan en forma independiente, y menos aún sobre el detallista que vende directamente al consumidor, y que son quienes llevaron el precio del producto a la suma de \$100 pesos contrariamente a la intención que tuvo Cadbury Adams S.A. de lograr que su producto fuera adquirido por sus consumidores a \$50”.

Finaliza el impugnante este tema indicando que según se desprende de los “estados financieros que reposan en el expediente, la diferencia entre el precio sugerido al público y el precio al que finalmente se vendió este producto en el mercado no benefició a Cadbury Adams sino solamente a la cadena de distribución”.

### 2.1.3 Existencia de barreras de acceso al mercado relevante

El recurrente analiza el tema de barreras de acceso al mercado relevante y luego de exponer que se debe entender por inversión inicial, el recurrente señala que no entiende por que se valora por parte del Despacho la inversión inicial para entrar al mercado relevante tomando como punto de referencia el valor actual de una compañía como Adams, pues según las pruebas obrantes en el expediente, en especial las respuestas dadas por los competidores, se puede vislumbrar “cómo entraron al mercado con cifras muy por debajo de la que ese Despacho entiende como inversión inicial, y aún hoy se mantienen en él de manera exitosa”.

Reitera que “cualquier compañía que desee entrar al mercado de las mentas, los dulces, los caramelos y las gomas de mascar no deberá contar con las cifras que indica la Superintendencia, como se ha demostrado”.

A su vez señala que si lo que se busca con los requerimientos al cuestionar a los competidores sobre la valoración de la empresa era determinar la inversión inicial mínima para entrar al mercado relevante, el Despacho “cometió un error al considerar que la valoración de la empresa respectiva era un concepto igual al de inversión mínima inicial”.

Concluye este argumento indicando que en casos como el de las compañías Nabisco y Confitecol es importante tener en cuenta que para que tengan “presencia en el mercado colombiano de dulces, mentas, gomas de mascar y caramelos, no requiere siquiera tener presencia en nuestro país a través de plantas de producción o infraestructura, toda vez que como también se demostró dentro de la investigación, muchos competidores son importadores de los productos, y en Colombia sólo requieren de un distribuidor que se encargue por su propia cuenta de comercializar el producto”.

De otra parte, apoyado en las pruebas testimoniales que obran en el expediente, considera el recurrente que “vale la pena recordar a este Despacho que en el presente caso no puede considerarse que los costos hundidos sean elevados, ni siquiera que asciendan a una suma

*importante, si se tienen en cuenta que el producto Clarks ni siquiera fue objeto de una campaña o estrategia publicitaria”.*

Resalta la certificación otorgada por la firma MINDSHARE que maneja la publicidad de Cadbury Adams S.A., en la cual se comprueba que la inversión en publicidad a través de medios masivos para el producto Clarks es igual a \$0, lo cual implica que *“los costos hundidos son mínimos y por lo tanto no constituyen tampoco una barrera de entrada en el mercado relevante del presente caso”.*

Al referirse al acceso a los canales de distribución por parte de nuevos competidores, el recurrente se limita a concluir que esto *“no constituye una barrera de entrada porque existe un gran número de distribuidores independientes y mayoristas con alta concentración geográfica en todas las ciudades del país. Ninguno de tales distribuidores tiene relaciones de exclusividad con las empresas fabricantes o importadoras de productos de confitería”.*

*“En relación con la capacidad instalada analizada por ese Despacho en el numeral 4.2.5 de la resolución que se impugna, se hace referencia a las capacidades instalada, utilizada y ociosa de varios competidores que no fue posible verificar dado que dicha información se encuentra en cuadernos reservados que no fueron puestos a disposición de mi poderdante. En este sentido, es imposible determinar si el análisis y los cálculos son correctos por cuanto mi poderdante no tuvo acceso a la información suministrada por tales competidores. En este sentido los datos e información que sirvieron de base para que ese Despacho realizara sus cálculos son secretos. Esta circunstancia es violatoria de los derechos al debido proceso y de defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto el expediente tiene varias pruebas que no son públicas y por tanto me es imposible determinar si ellas favorecen o no a mi poderdante”.*

## **2.2 La Circunstancia Abusiva**

Anota el recurrente que para se configure la práctica predatoria consagrada en el numeral 1 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 es necesario que concurren dos conductas: *“(i) la reducción de los precios por debajo de los costos y (ii) que la reducción de tales precios tenga como propósito eliminar uno o varios competidores o, prevenir su entrada o expansión”*, los cuales no han sido realizados por la empresa Cadbury Adams S.A.

Posteriormente y previo a llevar a cabo el análisis de cada uno de los supuestos que hacen parte de la conducta abusiva, el impugnante precisa los siguientes puntos:

- a) *Que “[l]as gomas de mascar con sabor a menta de marca Clarks se introdujeron al mercado varios años antes (once), de la fecha en que la empresa Confiteca, a través de su distribuidor Confitecol lanzara al mercado el producto de marca Tumix; y*
- b) *Que el “empaque pillow pack fue utilizado en Colombia Cadbury Adams S.A. muchos años antes de que lo hiciera por la empresa Confiteca. En efecto, tal y como se mencionó atrás el empaque Pillow Pack se utilizó en el producto de marca CLARKS desde 1988. Pero adicionalmente, como ha quedado demostrado atrás, este tipo de empaque es utilizado por Cadbury Adams S.A. en Colombia desde hace aproximadamente 40 años en el Producto Halls.”*

### **2.2.1 ADAMS no redujo los precios del producto CLARKS por debajo de sus costos**

El recurrente indica que *"Tal y como la misma Superintendencia lo resalta el precio es abusivo cuando se sitúa por debajo de los costos variables medios de la empresa dominante<sup>3</sup>. Esta aclaración es fundamental por cuanto para entender a cabalidad el fenómeno de los precios predatorios, es necesario construir en forma correcta el modelo de los costos del producto respecto del cual supuestamente se ejerció la conducta predatoria"*.

Hace referencia a que en la decisión de la Comisión Europea citada por el Despacho en la resolución de sanción, se definen los costos variables medios como los *'costos que varían en función de las cantidades producidas'* y luego afirma que en contraposición a los costos variables, existen los costos fijos que son *"aquellos que no varían en razón de las cantidades producidas"*.

Pasa a definir qué debe entenderse como costos fijos y variables, haciendo referencia especial a sus características, para luego argumentar que *"[t]al y como se desprende de los estados financieros de Cadbury Adams S. A. que reposan en el expediente, cuando se realizó el relanzamiento de las gomas de mascar de marca CLARKS, sus costos fijos no aumentaron, mientras que los variables sí"* e indicar que la Superintendencia en el numeral 4.3.3 de la resolución confunde *"los dos conceptos anteriores"*, lo que llevó a que los cálculos allí elaborados sean equivocados.

*"Es así como ese Despacho asume equivocadamente que en razón a que Cadbury Adams S.A. además de fabricar productos confitería, realiza actividades de comercialización, todos los costos de dicha comercialización deben distribuirse proporcionalmente a cada producto, y consecuencia en forma simplista aplica a CLARKS una proporción de tales costos"*.

Argumenta que los *"únicos costos que deben aplicarse en estricto sentido, son los que efectivamente sufrieron algún incremento en términos reales según se desprende de los estados reales financieros (...). Estos son los correspondientes al incremento que se genera en los fletes en el valor del bodegaje en que incurre la empresa en razón de este producto. Los demás costos en términos generales no sufrieron variación, es decir son fijos, y la compañía hubiera incurrido en ellos así no hubiera manufacturado el producto de la CLARKS"*.

Resalta que el Despacho *"incluyó en forma errónea para realizar sus cálculos el "overhead". Tal y como se desprende de la certificación expedida por los revisores fiscales de la compañía contenida en el ANEXO 10, el "overhead" no es un costo variable puesto que es un costo indirecto fijo según la norma internacional de contabilidad No. 2 NIC 2), y por tanto la empresa hubiera incurrido en ellos así no se hubiera manufacturado el producto CLARKS"*.

Hace énfasis en el argumento esgrimido por el Despacho según el cual no *"es sostenible en un período superior a un año, fijar los precios por debajo de los precios unitarios totales<sup>4</sup>"*, puntualizando que se trata de una mera teoría que se aleja de la realidad contable y

<sup>3</sup> Decisión de la comisión de la Comunidad Europea del 20 de Marzo de 2001. asunto COMP/35.141-Deutsche Post AG. Citado por la propia Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución 22624 de 2005 que es objeto del presente recurso de reposición.

<sup>4</sup> Página 41 de la Resolución 22624 de 2005 que es objeto del presente recurso de reposición.

financiera de Cadbury Adams S.A., pues está "soportada simplemente por la tesis de un autor<sup>5</sup>", ya que los estados financieros de dicha compañía permiten concluir que "los costos fijos y la utilidad esperada por los accionistas son de sobra absorbidos con el margen que la empresa obtiene en el fabricación de cada uno de sus productos", lo cual puede comprobarse con el análisis contable y financiero aportado como prueba al recurso y que fue preparado por la firma DELOITTE & TOUCHE LTDA.

Con base en lo expuesto, procede a elaborar la "estructura de costos del producto de marca CLARKS".

Análisis incremental de rentabilidad por display del producto Clarks (1)		
Rubro	2002	2003
Número de unidades vendidas del producto Clarks	151.372	403.000
Ingresos netos totales producto Clarks (\$) (2)	348.536.000	936.572.000
Precio promedio por unidad producto Clarks (\$/display)	2.303	2.324
Costos variables totales de producto Clarks (excluyendo los overhead que son costos fijos) (3)	231.626.000	611.616.000
Costos variables totales de fabricación por unidad del producto Clarks (excluyendo los overhead que son costos fijos)	1.530	1.518
Diferencia precio vs. Costo variable de fabricación del producto Clarks (\$/display)	773	806
Costo variable de comercialización por unidad del producto Clarks (\$/display) (4)	37	30
Costo variable total del producto Clarks (incluyendo las variables de comercialización)	1.567	1.548
Contribución incremental por unidad del productos Clarks (\$/display)	736	776
Notas:		
(1) Análisis de la utilidad incremental que produce el producto Clarks a la compañía Cadbury Adams		
(2) Clarks representó el 0.18% de los ingresos netos totales de Cadbury Adams en el 2002.		
(3) excluye costos fijos de producción (overhead) de Col \$88,056,000 en 2002 y Col\$238,387,000 en 2003		
(4) Costos de comercialización variables certificados por revisor fiscal de 1.6% y 1.3% para el 2002 y 2003		
Respectivamente como porcentaje de los ingresos netos de cada año		

Culmina este acápite del recurso, aclarando que "los precios del producto CLARKS son y siempre han sido superiores a sus costos, razón por la cual es preciso concluir que CADBURY Adams S.A. nunca incurrió en la conducta reprobable que en forma equivocada ese Despacho le ha imputado".

2.2.2 CADBURY ADAMS S.A. nunca ha tenido la intención de eliminar a sus competidores o prevenir su entrada o expansión

En este punto, sostiene el recurrente que el análisis llevado a cabo por la Superintendencia en el numeral 4.3.4 de la resolución impugnada, se limitó a inferir o deducir que el propósito de Cadbury Adams fue "eliminar o frenar la expansión de Tumix", pues carece de pruebas que lleven a determinar que esa era la intención de dicha empresa. Por tal razón, procede a desvirtuar cada una de las conclusiones del Despacho relacionadas con el elemento subjetivo de la conducta, en el siguiente orden:

Respecto de las presentaciones y sabores utilizados por Adams con el producto Clarks, aclara que las "gomas de mascar de marca CLARKS con sabor a menta en empaque "pillow pack", se introdujeron al mercado por parte de Adams desde 1998", por lo tanto, "[c]uando mi poderdante decidió lanzar al mercado el producto Tumix con las presentaciones y sabores mencionados, no seleccionó los que se parecieran a Tumix, pues para esa fecha dicho

<sup>5</sup> Mankiw, N. Gragory en Principios de Economía" citado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la nota al pie No. 60.

*producto no se encontraba en el mercado y la empresa Confitecol S.A. ni siquiera se había constituido. Ahora bien, la decisión de Cadbury Adams S.A. de relanzar el producto CLARKS, obedece a una estrategia de fortalecer su presencia en el segmento de productos de bajo desembolso, lo cual poco o nada tiene que ver la existencia de Tumix. Adicionalmente tal y como se demuestra en el ANEXO 14 los productos con menta son los más representativos de Cadbury Adams S.A. pues alcanza el 63% de sus ventas en los años 2003 a 2005, razón por la cual es obvio que el producto Clarks tuviera este sabor".*

Al referirse al argumento esbozado por el Despacho, en el que se cuestiona las zonas en las cuales fue lanzado el producto Clarks, por ser aquellos lugares donde Tumix estaba teniendo mayor acogida y, en adición, hacerlo con un precio de venta sugerido al público inferior al del producto de confiteca, el recurrente indica respecto del precio público sugerido de Clarks, que el mismo resultó irrelevante, pues el producto se vendió al consumidor en \$100 pesos y la decisión de lanzarlo obedeció a la *"mejor presencia de su producto estratégico principal Chiclets, es decir, en el área de Medellín, Cali, Eje Cafetero y Costa Atlántica, tal como se desprende del cuadro que se adjunta como ANEXO 11"*. Reitera que no *"sobra advertir que como se desprende del cuadro antes mencionado en la otra región, es decir, en Bucaramanga y Bogotá, Tumix tenía una presencia significativa, y no fue allí donde Cadbury Adams inició la venta de Clarks"*.

Continúa su exposición refiriéndose a que la Superintendencia presume que la introducción de Clarks se dio como estrategia eminentemente ofensiva en contra de Tumix, para lo cual argumenta el recurrente que *"Cadbury Adams S.A. relanzó el producto sin elementos predatorios por cuanto el producto no solamente cubría sus costos promedio, incluidos los variables, sino que además arrojaba un margen de utilidad"*.

Así mismo señala que *"es necesario aclarar que la estrategia de Cadbury Adams S.A. consistió en fortalecer la presencia en el mercado de bajo costo. Del estudio de Mercado elaborado por AC Nielsen que se adjunta como Anexo 2 antes mencionado, se concluye que los productos de bajo desembolso son los que representan un mayor volumen de venta y que a diferencia del resto de sus competidores, Cadbury Adams S.A. tenía una participación baja en ese mercado. Por esta razón decide realizar los siguientes lanzamientos para esos mercados:*

- Sparkies en línea \$100: Octubre 2002*
- Chiclets Ice dos pastillas \$200: Mayo 2002*
- Clarks \$50: Agosto 2002*
- Trident individual \$200: Octubre 2002*
- Certs Pepa \$50: Abril 2003*
- Certs Chewy \$100: Agosto 2004*

*"De dicho estudio también se puede concluir en la gráfica de precios promedio al consumidor que Cadbury Adams logró ubicarse en la tendencia de precios que predominan en el mercado de confitería en Colombia después de haber lanzado los productos antes mencionados". Concluye que se ha demostrado que" Cadbury Adams S.A. ingresó al mercado de bajo costo por razones ajenas efecto, a la presencia de Tumix en este mercado".*

Finalmente y a manera de conclusión solicita *"(...)revocar en todas sus partes la Resolución 22624 de 15 de septiembre de 2005 y en su lugar declarar que Cadbury Adams S.A. no ha*

*incurrido en prácticas abusivas consistentes en reducir los precios del producto Clarks por debajo de sus costos, y en consecuencia se ordene archivar el expediente”.*

**TERCERO:** Que en los recursos presentados se solicitó la práctica de pruebas, razón por la cual esta Superintendencia, en orden de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de los recurrentes, decidió mediante acto de fecha 15 de noviembre de 2005, decretar las pruebas presentadas que cumplieran los requisitos consagrados en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, las de oficio que consideró tenían relación con los recursos interpuestos y rechazó las impertinentes, inconducentes y superfluas.

Así mismo, con el fin de garantizar el debido proceso, el Despacho consideró importante evacuar la totalidad de las pruebas decretadas, para luego resolver los recursos interpuestos<sup>6</sup>.

**CUARTO:** Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, en la presente decisión se resolverán todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso.

#### 4.1 Mercado Relevante

Atendiendo las diferencias expresadas por el recurrente en cuanto a la determinación del mercado relevante, particularmente lo concerniente al mercado producto, es preciso tener en cuenta ciertos aspectos señalados frente al tema por esta Entidad en la resolución recurrida, así como otros que surgen a partir del análisis efectuado.

##### 4.1.1 Consideraciones iniciales

Según se expresará en la resolución que se recurre, el mercado relevante comprende dos dimensiones: mercado de producto y mercado geográfico. Cabe señalar que dentro de las diferencias expresadas por el recurrente, ninguna de ellas está referida a la delimitación de mercado geográfico, razón por la cual no es necesario precisar sobre este aspecto en el presente proveído. Esencialmente, los argumentos expresados por el recurrente están dirigidos a la delimitación del mercado producto.

Sobre el particular, es preciso recordar que para la delimitación del mercado producto es necesario tener en cuenta que el elemento clave corresponde al grado de sustituibilidad que presenten los bienes. Bajo esta perspectiva, el mercado de producto incluye todos aquellos bienes y/o servicios considerados intercambiables o sustituibles por el consumidor, en función de sus características, precios y su supuesto uso<sup>7</sup>. En otras palabras, se considera que un bien puede ser incluido dentro del mercado de producto, si es visto por el consumidor como sustituto, teniendo en cuenta los tres elementos anotados.

Atendiendo los criterios señalados para la delimitación del mercado de producto, el punto de partida consiste en identificar el bien o servicio empleado por la empresa investigada para

<sup>6</sup> Mediante oficio de radicación 0591581-0040113 del 06 de enero de 2006, se comunicó a las partes el cambio en el plazo por la demora del INVIMA.

<sup>7</sup> Comisión de las Comunidades Europeas; comunicación relativa a la definición del mercado de referencia, 97/C 372/03.

desplegar la conducta que se analiza. A partir de allí, se procede a determinar los productos o servicios que podrían ser considerados como sustitutos de éste por el consumidor.

En este punto, es preciso señalar que se emplea la óptica del comportamiento de la demanda para la determinación del mercado producto; en consecuencia, son las preferencias de los consumidores las que indican la intercambiabilidad entre los bienes. De tal forma, según se argumentó en la resolución que se recurre, *"al hablar de sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones de competencia, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad"*<sup>8</sup>.

La definición del mercado producto generalmente difiere de aquella utilizada por las empresas. Al respecto, la Comisión Europea ha advertido que *"el concepto de mercado relevante es diferente de los otros conceptos de mercado utilizados a menudo en otros contextos. Por ejemplo, las empresas utilizan generalmente el concepto de mercado para referirse al área donde ellas venden los productos o para referirse ampliamente a la industria o el sector al cual pertenece"*<sup>9</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho se aparta de la apreciación de la recurrente según la cual, *"la pregunta que se debe formular para determinar cuales son los sustitutos de un producto en particular debe hacer referencia a la carencia del producto"*<sup>10</sup>

En efecto, como se expuso anteriormente, para determinar el mercado producto es necesario identificar cuales son los bienes que, al ser propiedad de un solo agente, le permitirían a este comportarse como un monopolista<sup>11</sup>. De igual manera sucede con el test de precios o SNIP, comúnmente empleado como herramienta para la determinación del mercado producto. El test permite identificar el conjunto de productos a los cuales sería posible incrementarles en forma reducida pero significativa el precio, aunque de modo perdurable, por cuanto la demanda no tendría más opción de desplazarse a otro producto.

Bajo el anterior entendido se hace evidente que emplear como herramienta de definición del mercado producto el supuesto de no existencia de los productos en el mercado, no permitiría a una autoridad de competencia conocer el comportamiento habitual del mercado que se analiza, al suponer una circunstancia extrema que induce a los agentes a dar una respuesta. Por lo tanto, este Despacho encuentra que la hipótesis de sustraer al bien del mercado, empleada por el recurrente para definir la amplitud del mercado producto, es equivocada. En tal sentido, no resulta procedente considerar como relevantes las respuestas dadas por los encuestados a preguntas formuladas de la siguiente forma: *¿si no consigue los chicles que desea, con que los reemplazaría?*<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Resolución No. 22624 del 15 de septiembre de 2005, Superintendencia de Industria y Comercio, hoja 14.

<sup>9</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of community competition law. [http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma\\_en.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/relevma_en.html)

<sup>10</sup> Folio 2450 del expediente. Recurso a la resolución 22624, radicado bajo el número 02091581-40072.

<sup>11</sup> VISCUSI, Kip. VERNON, John y HARRINGTON, Joseph. Economics of Regulation and Antitrust. MIT Press, 2000. Pág. 109.

<sup>12</sup> Ver: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folio 23.

Es importante puntualizar, igualmente, que los criterios de sustituibilidad deben ser analizados en conjunto para cada uno de los productos que supuestamente cumplen tal condición. De esta forma, no es posible considerar, como lo hace el recurrente, como bienes sustitutos de las gomas de mascar refrescantes a otros productos que cumplan solamente alguno de los criterios de sustituibilidad. En el análisis de intercambiabilidad, se reitera, se debe verificar el cumplimiento de los tres criterios señalados de forma simultánea, de suerte que si respecto de algunos bienes no se cumple al menos uno de ellos, no es viable predicar la sustituibilidad y, por ende, no entrarán a formar parte del mercado producto.

Atendiendo a los criterios señalados se procederá a aclarar por que los productos identificados por el recurrente como sustitutos no pueden ser considerados como tales según se expuso en la resolución recurrida, para lo cual se procede a realizar el respectivo análisis observando si cumplen de manera simultánea con las condiciones necesarias (uso, características y precio). Para estos efectos, se tendrán en cuenta las pruebas testimoniales y documentales allegadas al expediente durante el trámite del recurso.

4.1.2 Punto de partida para la determinación del mercado producto: Gomas de mascar refrescantes en pastillas:

Las gomas de mascar refrescantes en pastillas se constituyen en el punto de partida para la delimitación del mercado de producto relevante, toda vez que este es el bien respecto del cual se materializa la conducta abusiva a través de la marca CLARKS. Se entiende como goma de mascar al producto elaborado con una base masticable plástica e insoluble en agua, azúcar, glucosa y sabores naturales, comúnmente denominado por el consumidor como 'chicle'.

4.1.3 Argumentos del recurrente acerca de la sustituibilidad por precio

El recurrente expresa que *"existen diversos productos que corresponden al segmento bajo precio al cual pertenece la goma de mascar refrescante CLARKS, como son: las mentas duras y blandas, los dulces duros en pepa o en otras presentaciones, los caramelos, entre otros"*, en razón a que *"el precio de todos estos productos hace que el consumidor pueda sustituir cualquier producto con otro que pertenezca al mismo segmento, pues los precios de todos son competitivos"*.

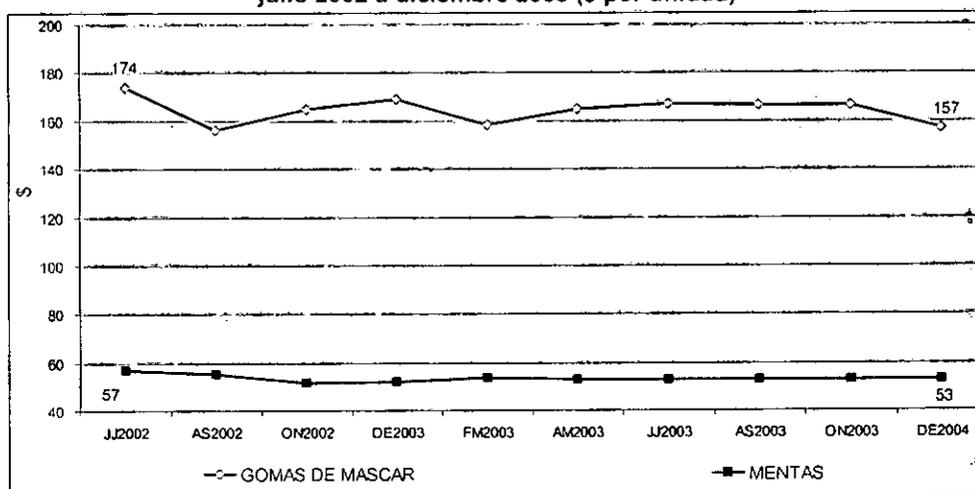
Al respecto, este Despacho se permite precisar que la categorización de *"bajo precio"* en gomas de mascar no está asociada a un concepto de precio como su denominación lo podría indicar y como el recurrente lo pretende hacer ver. En efecto, el señor Juan Diego Isaza Aristizabal, ejecutivo de servicios de la empresa AC Nielsen, al preguntársele qué debe entenderse por segmento *"bajo precio"* manifestó en su declaración que *"[s]e entiende por bajo precio las gomas de una sola unidad de consumo, es decir las que vienen en presentaciones por uno y/o por dos"*<sup>13</sup> (subraya fuera de texto). Así, pues, contrario a lo señalado por el recurrente, la categorización *"bajo precio"* hace referencia a la presentación en una o dos unidades, en la cual son llevadas al consumidor las gomas de mascar, independientemente del precio.

<sup>13</sup> Testimonio rendido por señor Juan Diego Isaza Aristizabal, ejecutivo de servicios de la empresa AC Nielsen, respuesta a la pregunta 16, folio 1692, carpeta 2 general de Chicle Adams S.A. del expediente 02091581.

Asumir la propuesta del recurrente de considerar un segmento de bajo precio, conllevaría la reducción del mercado de producto a un mercado conformado por gomas de mascar en presentación de dos (2) pastillas, excluyendo productos similares o idénticos fabricados por Adams en presentaciones de mayor número de pastillas. Adicionalmente, la segmentación "bajo precio" dada por el recurrente guarda correspondencia con prácticas de mercadotecnia, no circunscritas a aspectos de sustituibilidad, que develan una estrategia de ventas de las compañías de gomas de mascar, mas no la existencia de dos mercados relevantes distintos. Así, pues, contrario a lo señalado por el recurrente, no existe relación entre la categoría "bajo precio" y el precio del producto, ya que, como fue explicado, esta denominación corresponde al tipo de presentación.

Así mismo, este Despacho se aparta de la afirmación del recurrente según la cual la similitud en los precios lleva a que dos bienes puedan considerarse como sustitutos, habida cuenta que, como se ha explicado a lo largo del presente proveído, con tal supuesto se están ignorando los demás criterios, tales como uso y características, indispensables para que dos bienes puedan considerarse sustituibles entre si y formar parte del mismo mercado producto. Por lo demás, históricamente el precio de las gomas de mascar se ha encontrado muy por encima de las demás productos de confitería, particularmente del precio de las mentas. Sobre este particular, el siguiente gráfico muestra la evolución del precio promedio de las gomas de mascar en presentación unitaria para el período julio de 2002 a diciembre de 2003 respecto de los dulces de menta:

Gráfico No 1. Precio promedio de gomas de mascar y mentas, julio 2002 a diciembre 2003 (\$ por unidad)



Fuente: Datos suministrados por AC NIELSEN, documento de radicación 02091581-40112

Como puede observarse, el precio promedio de las gomas de mascar ascendió a \$174 por unidad en julio del 2002 y para finales del año 2003 había descendido a \$157 por unidad. Por su parte, el precio de las mentas se mantuvo relativamente estable entre \$57 y \$53 pesos la unidad. Lo anterior apunta a señalar que las mentas no son producto sustituto de las gomas de mascar desde el punto de vista del precio.

De otra parte, señala el recurrente "que los productos del segmentos (sic) bajo precio presentan una altísima elasticidad debido a que cualquier variación en el precio genera un cambio inverso en la demanda. Es decir, cuando el precio de un producto se incrementa, su consumo disminuye, y viceversa."<sup>14</sup> Como soporte de ello, describe el comportamiento del

<sup>14</sup> Folio 2445 del expediente. Recurso a la resolución 22624, radicado bajo el número 02091581-40072.

volumen de ventas de diferentes productos, entre ellos tumix, donde *"se ve claramente que ese producto ha mantenido su precio desde al año 2002 al 2005, y cómo ha respondido el mercado aumentando las unidades de consumo"*.<sup>15</sup> A partir de lo anterior el recurrente concluye que *"el desplazamiento del consumo antes explicado ocurre entre los diferentes productos del mercado de confitería. Ello es así por cuanto todos los productos que conforman ese mercado son sustitutos entre sí."*<sup>16</sup>

Sin embargo, no puede perderse de vista que la respuesta del volumen de ventas de un producto, como Tumix, ante su propio precio no puede considerarse como un hecho concluyente respecto de la sustituibilidad frente otros productos, tales como las mentas u otro producto del segmento de confitería. De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, así como aquellas aportadas con ocasión del recurso, este Despacho encuentra que la situación de desplazamiento descrita en el párrafo anterior, no ha sido probada, más aún, los estudios AC Nielsen evidencian un desplazamiento entre las diferentes marcas de una misma categoría<sup>17</sup>.

En efecto, al comparar los gráficos denominados 'Total Colombia Chiclets X2 Cadbury Adams' y 'Total Colombia Menta Helada Colombina'<sup>18</sup> se observa que, aún cuando el precio de las gomas de mascar *Chiclets* decreció, el volumen de ventas de menta helada Colombina, cuyo precio se mantuvo relativamente constante, se incrementó. Esto contradice la tesis del recurrente, de acuerdo con la cual lo que debería haber sucedido era que el volumen de ventas de las mentas se redujera.

Finalmente, carece de sentido el argumento del recurrente referente a que *"los productos de alto desembolso tienen un 14% del volumen de ventas, mientras los de bajo desembolso alcanzan el 86%"*, así como lo manifestado respecto del comportamiento del segmento donde *"las presentaciones de bajo desembolso a lo largo de los años (2002 - 2004), son las que realmente tienen un crecimiento sostenido en el mercado de Confitería"*, ya que no es indispensable que se demuestre la importancia del mercado para la empresa en términos de volumen, toda vez que tal análisis no guarda relación con la delimitación del mercado producto, que es la cuestión que nos ocupa.

Adicionalmente, no sobra indicar que las cifras se refieren exclusivamente al comportamiento de distintos bienes en términos de volúmenes de venta, los cuales fueron agrupados por el recurrente con la denominación *'bajo desembolso'* entre los que se encuentran: gomas de mascar, dulces, mentas y caramelos, sin que se explique claramente los criterios de sustituibilidad utilizados, además del precio, para realizar tal agrupación.

En suma, se observa que el comportamiento de los precios y las ventas de gomas de mascar refrescantes no tuvo incidencia en los precios y ventas de dulces duros, dulces

<sup>15</sup> Folio 2447 del expediente. Recurso a la resolución 22624, radicado bajo el número 02091581-40072.

<sup>16</sup> Folio 2448 del expediente. Recurso a la resolución 22624, radicado bajo el número 02091581-40072.

<sup>17</sup> Folio 2970-72, 2982-83, 2993, 2995, y2997 del expediente. Estudio Ac Nielsen aportado por Dulces de Colombia S.A., radicado bajo el número 02091581-40105.

<sup>18</sup> Folio 2506 y siguientes del expediente. Recurso a la resolución 22624, radicado bajo el número 02091581-40072.

blandos, mentas y caramelos, razón por la cual este Despacho concluye, contrario a lo argumentado por el recurrente, que no existe evidencia de la sustituibilidad entre estos productos. De este modo, se confirma que los dulces duros y blandos, las mentas y los caramelos no forman parte del mercado relevante de producto.

#### 4.1.4 Argumentos del recurrente de la sustituibilidad por calidad

Con el propósito de dar mayor claridad al tema de delimitación del mercado producto, es preciso tener en cuenta los argumentos presentados en la resolución que se impugna relativos a los otros criterios a tenerse en cuenta en la identificación de bienes sustitutos, esto es, características y usos, los cuales fueron parcialmente rebatidos en el recurso bajo el subtítulo de 'calidad'.

El recurrente indica que *"no solo las gomas de mascar se caracterizan por la durabilidad de su sabor, sino incluso en mayor proporción las mentas y los caramelos tiene esta característica"*. Más adelante expresa que es *"importante analizar otro aspecto fundamental, como es la motivación del consumidor para escoger las gomas de mascar y otros productos de ese segmento"*, respecto de lo cual precisa que las características de sabor prolongado de la goma y consistencia, citadas por este Despacho en la resolución que se recurre, son las menos importantes para los consumidores de gomas de mascar y por el contrario, *"[l]os factores que la mayor parte de los encuestados considera importantes no fueron tenidos en cuenta en el análisis del presente caso, y estos factores son los que precisamente las gomas de mascar comparten con otros productos como las mentas, los dulces y los caramelos. En efecto, el buen aliento, el precio económico, el buen sabor, son aspectos comunes a productos diferentes a las gomas de mascar"*.

Sobre los aspectos señalados por el recurrente, este Despacho procede a reiterar los elementos que busca un consumidor al momento de adquirir y *'utilizar'* o consumir una goma de mascar, según se encuentra en las diversas pruebas documentales allegadas al expediente durante el trámite del caso y del recurso.

Así las cosas y de acuerdo con los resultados de los estudios, se pudo comprobar que las variables que influyen en el consumo de gomas de mascar en determinado momento, así como otros aspectos importantes que hacen que la motivación de consumo aumente, asociados a la vida cotidiana, son<sup>19</sup>:

- Sentir un sabor fresco.
- Buscar una entretención con 'algo' en la boca.
- No tener mal aliento y evitar el aliento del licor y el cigarrillo
- Por antojo.
- Calmar el estrés y la ansiedad: el hecho de estar masticando un chicle disminuye la ansiedad que causa el exceso de trabajo o de estudio.
- Para quitar el sabor y el olor después de comer: de gran importancia para aquellos que estudian o trabajan y que necesariamente se ven obligados a almorzar fuera de casa.

<sup>19</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folios 40 y ss.

- Para evitar el sabor y el olor que la comida deja en la boca, recurren al Chicle buscando fresca y un sabor agradable.
- Por costumbre o rutina: para aquellos consumidores que comen Chicle todos los días, convirtiéndose para algunos en costumbre.
- Compartir con los amigos/rumbas: para los consumidores, la participación del Chicle en todas las reuniones de amigos es importante y no puede faltar en ninguna salida, especialmente si se va de "rumba". Entre más amigos estén en cada reunión más chicle se consume.

Bajo esta línea argumental se observa en los estudios allegados con ocasión del recurso, que los aspectos citados anteriormente están directamente ligados a ciertas características de la goma de mascar que influyen para que los consumidores la prefieran y diferencien respecto de otra golosina. Entre estas características se encuentran las siguientes<sup>20</sup>:

- Sabor: los consumidores prefieren consumir un chicle atraídos especialmente por el sabor, ellos buscan una sensación refrescante que les de un buen aliento. Es notoria la preferencia por el sabor a menta, especialmente cuando se trata de tener un sabor y aroma refrescante.

Sobre el particular, según se expresara en la resolución recurrida, el producto Clarks corresponde a una goma de mascar refrescante, la cual se asocia a un consumo de adolescentes y adultos, siendo el sabor a menta el de mayor preferencia entre los consumidores<sup>21</sup>.

- Duración: este concepto se refiere a que la goma conserve su sabor durante la mayor parte del tiempo que la persona lo tiene en la boca. El aspecto de sabor va unido directamente con su duración, pues es para los consumidores un elemento importante que el chicle conserve su sabor por un tiempo prolongado.
- Textura: la textura es fundamental en el momento de consumir un chicle y se prefiere una suavidad media, es decir no tan dura que canse la mandíbula, ni tan suave que se deshaga en la boca. Esta textura debe conservarse durante todo el tiempo que el chicle permanezca en la boca.
- Color y el olor: son dos características fundamentales que distinguen un chicle, relacionados directamente con el antojo. El público entrevistado se siente atraído y estimulado por el olor el cual se distingue por el color del chicle o su empaque.
- Relleno: este aspecto está claramente relacionado con el sabor y con la sensación de sentir 'algo rico' en la boca.
- Empaque y publicidad: un empaque llamativo y una publicidad relacionada con fresca, aliento fresco o con bombas, son motivadores fuertes para que se prefiera consumir chicle en un momento dado, provocan el antojo.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 56 y Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folios 74 y 75.

Por tanto, los usos y características anteriormente señalados, deben verse en conjunto, de tal forma que los productos considerados como sustitutos cumplan con aquellos aspectos más relevantes que busca un consumidor al demandar gomas de mascar refrescantes. De incumplir o cumplir parcialmente los aspectos relevantes, el consumidor no estaría satisfaciendo las mismas necesidades asociadas a las gomas de mascar refrescantes, de manera que no podrían asumirse como sustitutos económicos cercanos, caso en el cual no pueden adjudicárseles la condición de intercambiabilidad, desde el punto de vista de características y usos.

Si bien el recurrente pone de relieve que las mentas, dulces y caramelos cumplen con alguno o varios de los aspectos arriba señalados, los estudios no muestran que alguno de ellos cumple, al menos de modo comparable, los usos y características señalados y, en caso de satisfacerlos, no los hace en forma similar para los consumidores de gomas de mascar refrescantes<sup>22</sup>.

En lo que hace a las mentas, como se señaló en la resolución recurrida, aún cuando son coincidentes con las gomas de mascar en la función de producir buen aliento y ser refrescantes, no puede pasarse por alto que existen marcadas diferencias en la percepción y preferencia de los consumidores hacia las gomas de mascar<sup>23</sup>.

Si bien el Despacho no desconoce las conclusiones a las que llegan algunos de los estudios de evaluación del comportamiento de la marca Chiclets Adams, en las que se encuentran apreciaciones tales como: *"parece ser que la competencia más fuerte de las gomas de mascar son las mentas y los dulces debido a que: Las mentas compiten con el beneficio básico de los Chiclets en: frescura, buen aliento y precio. Los dulces compiten con sabor agradable y precio"*<sup>24</sup>, no debe olvidarse que a tal conclusión se llega bajo el supuesto de que los consumidores carecen del dinero para adquirir el producto, lo cual, como se expresó en líneas anteriores, es una forma errónea para determinar el mercado de producto.

En efecto, según se expresa dentro del estudio *"[l]os usuarios de gomas de mascar se desplazan a otras gomas de menor precio y/o a otras categorías al momento de estar presente en el mostrador y cuando no tienen el suficiente efectivo para comprar. Como el Chicle es un producto que se compra más por antojo que por necesidad, en el punto de compra estos antojos puede ser desplazado por otros productos de menores precios, en este sentido Chiclets Adams, la presentación de dos pastillas, específicamente, es fácilmente reemplazado por: Gomas de mascar como: Bubaloo; Motitas, bolitas, Agogo, etc. Otras categorías como: Mentas, dulces, frunas, galletas y chocolates"*<sup>25</sup>. Sobre este mismo aspecto, se encuentra en los estudios que *"[e]l precio es el aspecto que en última instancia define la compra o no de una goma de mascar, si no se dispone de dinero suficiente se*

<sup>22</sup> Ver: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folios 19 y 22.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 150 y Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folios 79 a 83.

<sup>25</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 155.

*compra una golosina de un menor valor (...) Si no se tiene dinero para comprar un Chicle, éste se reemplaza por una menta o un Halls –marca de Adams- que por lo general son más baratos<sup>26</sup>. Igualmente es señalado que “[l]a menta se constituye en un fuerte competidor –de la marca Chiclets Adams- cuando el presupuesto es limitado.<sup>27</sup> (Subraya fuera de texto)*

Sobre las consideraciones arriba señaladas, este Despacho observa que la condición de sustituibilidad entre las mentas y las gomas de mascar, argüida por el recurrente, está asociada esencialmente a la disponibilidad de ingreso<sup>28</sup>. *“La cuestión que debe resolverse es la de si los clientes de las partes estarían dispuestos a pasar a productos sustitutos fácilmente disponibles o a proveedores localizados en otro lugar en respuesta a un pequeño (5 % a 10 %) y permanente incremento hipotético de los precios relativos para los productos y zonas considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutos y zonas hasta que el conjunto de productos y zonas geográficas sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos<sup>29</sup>”.*

<sup>26</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 53 y Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 82.

<sup>27</sup> Ver: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folio 5.

<sup>28</sup> La agencia antimonopolio de Reino Unido señala que *“la metodología detrás del test de Reducción Sustancial de la Competencia, corresponde a asumir un incremento del precio para el grupo de productos bajo análisis en un rango entre el 5 al 10%, mientras que los otros precios permanecen constantes. Mientras que el tamaño absoluto del incremento del precio utilizado dependerá de las circunstancias de la operación, la Comisión [de competencia del Reino Unido] normalmente supondrá un incremento alrededor del 5%, mientras que se asumen que todos los demás precios permanecen constantes. (...). La Comisión utilizará generalmente el 5% para el test de reducción sustancial de la competencia, por encima del más común 5-10%, debido a que en muchas circunstancias un incremento en el precio de un producto alrededor del 5%, mientras que los otros precios permanecen constantes, pueden razonablemente ser juzgados de tener un efecto considerable sobre el gasto de los consumidores en esos productos y por lo tanto, provee un nivel apropiado al cual considerar el test”.* Ver: Merger References: Competition Commission Guidelines, Marzo 2003, págs. 12-13.

Por su parte, la agencia antimonopolio de Estados Unidos señala que, *“en el intento de determinar objetivamente el efecto de un incremento pequeño pero significativo y permanente en el precio, la Agencia utilizará, en la mayoría de los casos, un incremento del precio de 5% perdurable por el futuro cercano. Sin embargo, lo que constituye un incremento pequeño pero significativo y permanente en el precio dependerá de la naturaleza de la industria, y la Agencia puede utilizar en algunos casos un incremento de precios mayor o más pequeño del 5%”.* Ver: 1992 Horizontal Merger Guidelines, with april 8, 1997, Revisions to Section 4 on Efficiencies, page 7.

Finalmente, la Comisión Europea considera que *“la pregunta que debe contestarse es si los clientes de las partes podrían cambiar a sustitutos disponibles rápidamente o a oferentes localizados en cualquier otra parte en respuesta a un hipotético incremento pequeño (en el rango de 5%-10%), permanente en el precio relativo de los productos y áreas consideradas; si la sustitución sería suficiente para no hacer rentable el incremento del precio debido a las pérdidas de ventas resultantes, sustitutos y áreas adicionales, deberán incluirse en el mercado relevante. Esto deberá hacerse hasta que el conjunto de productos y áreas geográficas son lo suficientemente pequeños, que incrementos permanentes en los precios relativos sean rentables”.* Ver: Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of community competition law, page 4.

<sup>29</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 P. 0005 - 0013, punto 17.

Bajo este escenario, para la definición del mercado producto, no se puede partir del supuesto de si el consumidor tiene suficiente ingreso para acceder a tal bien, sino que se parte de los consumidores habituales del bien, esto es, de los que adquieren el producto. La importancia del ingreso disponible surge en un segundo momento, después de realizar el hipotético incremento de los precios, para determinar los productos que por usos, características y precio, satisfacen las mismas necesidades y brindan los mismos beneficios a los consumidores del producto sobre el cual se parte.

Del mismo modo, como se explicara en párrafos anteriores, es erróneo suponer la no existencia del producto para la definición del mercado relevante. Adicionalmente, respecto del estudio de la región Andina, en la resolución que se recurre fue expresado por este Despacho que *"el cuestionamiento no estaba referido a sí se reemplazaría o no la goma de mascar por otros productos, sino a "¿qué producto lo reemplazaría mejor?", con lo cual, la pregunta indefectiblemente conducía a que el encuestado tuviera que elegir para su respuesta alguno de los productos incluidos en la lista, por que no constituye una respuesta que refleja el verdadero comportamiento de los consumidores. (...) Por consiguiente, la formulación de la pregunta no dilucida la condición de sustituibilidad entre los dos bienes, sino que supone la ausencia de uno de ellos y, por ende, la nulidad de alguna competencia posible, supuesto que no puede tenerse en cuenta en el momento de definir el mercado relevante"*<sup>30</sup>.

Aclarando lo anterior, efectuado el análisis de sustituibilidad en la forma que debe realizarse, los estudios muestran que la goma de mascar es preferida sobre las mentas, cuando el consumidor dispone del dinero para acceder a cualquiera de los dos; al respecto se encuentra que los consumidores expresan que, cuando *"se quiere algo refrescante y que de un buen aliento: Si se tiene dinero se compra un Chicle"*<sup>31</sup>. Lo anterior, confirma la ausencia de sustituibilidad entre estos productos.

Adicionalmente, aunque se encuentra que las mentas superan en la asociación del consumidor en lo referente a frescura/fresco/refrescante, también se observa que no cumple con otros atributos asociados a las gomas de mascar y consideradas como importantes por los consumidores, tales como masticabilidad, entretenimiento, duración<sup>32</sup>. Aún en el eventual caso que tales atributos no fueran considerados de importancia por el consumidor, se encuentra que la preferencia de los chicles supera en cerca de tres veces a las mentas cuando se tiene un antojo o se busca un sabor que dure<sup>33</sup>. Igualmente, si por asociación beneficio-costos se refiere, el 59% de los clientes prefiere por ahorrar comprar una caja de dos pastillas en lugar de dos mentas<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Resolución No. 22624 del 15 de septiembre de 2005, Superintendencia de Industria y Comercio, hoja 18.

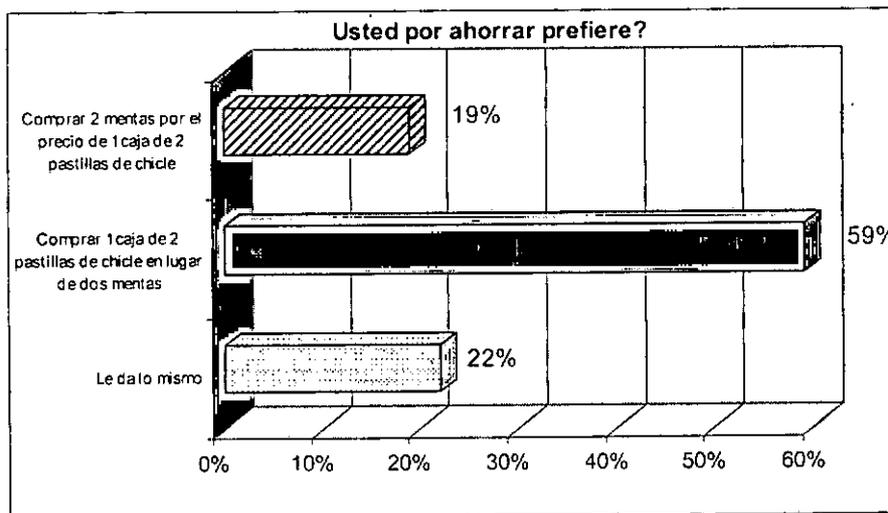
<sup>31</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 35.

<sup>32</sup> Ver: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folio 19.

<sup>33</sup> Ver: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folios 21 y 22.

<sup>34</sup> Ver: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folio 24.

Gráfico No. 2.



Fuente: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folio 24

Acorde con lo anterior, en la resolución recurrida se indica que, *“la goma de mascar tiene por ingrediente principal la goma base, la cual proporciona al producto las características de ser masticable durante periodos prolongados y no deshacerse en la boca. Por el contrario, las mentas no tienen por ingrediente la goma base y, por lo mismo, no poseen las características físicas de la goma de mascar. Así, el consumidor de la goma de mascar mastica el producto hasta que pierde su sabor y entonces lo desecha,<sup>35</sup> mientras que el consumidor de mentas, duras o masticables, retiene el producto en su boca hasta que éste se deshace o lo mastica para deglutirlo<sup>3637</sup>”*.

Como argumento adicional para verificar la ausencia de sustituibilidad entre los chicles y otros productos tales como mentas, dulces y caramelos, los tenderos señalan que tanto por precio o por marca, el producto esencial es la goma de mascar. En efecto, se indica dentro de los estudios que teniendo en cuenta la variable precio *“las personas, especialmente los niños, llegan preguntando primero por el valor de la goma de mascar que desean. Si no tienen el dinero suficiente lo cambian por una marca más barata o no compran nada”* y teniendo en cuenta la marca, *“[a]lgunas personas llegan preguntando por un chicle determinado, si el tendero no lo tiene se deciden por otra goma o se van a comprarla a otro lugar<sup>38</sup>”*.

<sup>35</sup> Sobre el punto, el señor Álvaro González Molina, Director Nacional de Ventas de la empresa Adams, al serle preguntado: *“Cuál considera usted, es la diferencia entre una goma de mascar refrescante y un dulce de menta”*, contestó: *“la diferencia es en la forma y el otro se diluye en la boca. Es la forma como se consume. Al final la sensación es refrescante”*.

En el mismo sentido la empresa Confitecol S.A., en respuesta al requerimiento de información formulado por esta Entidad, señaló que *“...el consumidor del producto [goma de mascar] mastica la goma de mascar hasta que esta pierde su sabor. El producto debe ser, entonces, desechado por el consumidor”*. Folio 1295, carpeta reservada, expediente 02091581.

<sup>36</sup> *“Uso del producto: el consumidor pone el producto [caramelos duros o blandos y chupetes] en su boca, para que se deshaga o para masticarlo y deglutirlo en pedazos.”* Ibidem. Folio 1288, carpeta reservada, expediente 02091581.

<sup>37</sup> Resolución No. 22624 del 15 de septiembre de 2005, Superintendencia de Industria y Comercio, hojas 17 y 18.

<sup>38</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 64,

Cabe señalar que ciertas situaciones de intercambiabilidad entre las gomas de mascar y las mentas y dulces, se presentan también por la costumbre del trueque empleada por los tenderos cuando el cambio de una compra de una goma de mascar corresponde a un valor de \$50 o \$100: “[e]l tendero entrega un producto en vez de una moneda o el cliente no quiere recibir monedas (...) Por este valor se ofrece Chicle de \$50, menta, Coffee Delight, Café Gourmet, Caramelo Noel, Bonbonbum, bananas, confites, supercoco”<sup>39</sup>. De lo anterior se observa que cuando la devolución corresponde a un valor no superior a \$100, al consumidor le es entregado a cambio de las ‘vueltas’ un producto como la menta o un confite, con lo cual, no se puede concluir que las mentas o dulces sustituyen a las gomas de mascar sino simplemente que, en algunas ocasiones, es frecuente entregar estos productos a fin de evitar devolver monedas de \$50 a \$100<sup>40</sup>.

Adicionalmente, la preferencia de los chicles sobre las mentas se observa una vez más cuando el cambio o ‘vuelta’ sobrepasa los \$200, lo cual confirma la ausencia de sustituibilidad entre estos productos. En efecto, los estudios indican que: “[e]n este caso si la persona es adulta se le puede dar la alternativa de escoger Chicles o mentas, ante esto el consumidor prefiere las gomas de mascar”<sup>41</sup>. Subraya nuestra.

En lo referente a dulces duros, blandos y otros productos de confitería, que el recurrente expresa que además del precio, podrían ser sustitutos de las gomas de mascar en el sentido que “todos estos permiten refrescar el aliento, dulce, cambiar el sabor en la boca y masticar”, sustentándose en respuesta a testimonio por parte de la señora Esperanza Young Gómez, Vicepresidente de Proyecto de Napoleón Franco & Cia., cabe señalar que este testimonio fue tenido en cuenta en la resolución que se recurre y, por tanto, no existen elementos de prueba adicionales aportados por el recurrente para argumentar tal sustituibilidad entre estos productos.

En efecto, si bien no se puede argumentar que los dulces cumplen con la característica de cambiar el sabor, carece de aspectos tales como masticabilidad, frescura y durabilidad del sabor, esenciales para los consumidores de goma de mascar. Aún en el evento que tales características no sean vistas como importantes para las gomas de mascar, dentro de los estudios se señala una marcada preferencia de ellas respecto de las otras golosinas, lo cual confirma la ausencia de sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda.

En particular, se señala que cuando se va a comprar determinados chicles en pastilla y no los encuentra, el 43% se dirige a otro lugar a comprarlos, el 31% compra cualquier otra marca del mismo producto, el 7% no compra nada y solamente el 17% compra otra

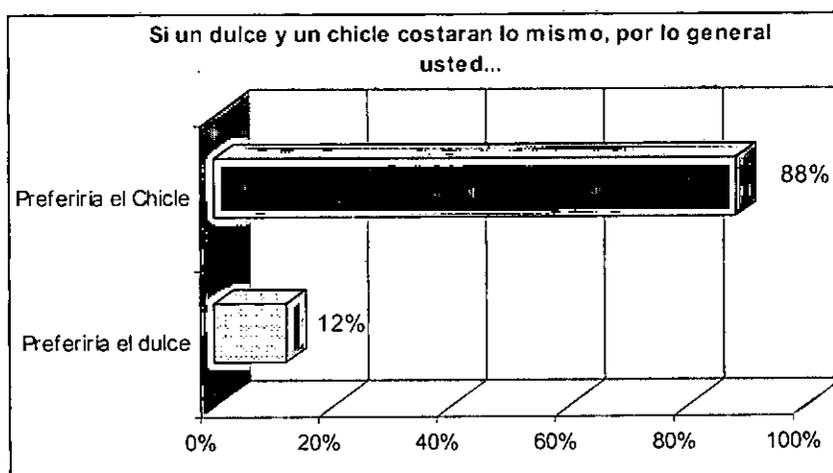
<sup>39</sup> Ver al respecto estudios elaborados por Napoleón Franco: Diagnostico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, folio 94 y Diagnóstico de la Marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, folio 50.

<sup>40</sup> El estudio señala además que: “[l]os tenderos opinan que es difícil devolver con un chicle por el costo y aunque Dragus tiene un chicle de \$50 en muy pocos casos se da como devuelta.” Fuente: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 54.

<sup>41</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 95.

golosina<sup>42</sup>. En este contexto, encuentra también este Despacho que los consumidores prefieren ampliamente a los chicles en pastilla sobre los dulces en general cuando el precio es el mismo, supuesto congruente para la delimitación del mercado producto. En efecto, el 88% de los consumidores prefiere los chicles sobre los dulces en general si estos costaran lo mismo<sup>43</sup>.

Gráfico No. 3.



Fuente: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folio 25

Así, a pesar del hecho de aportar los precios de los productos durante el período analizado, las pruebas adicionales presentadas no muestran en efecto un desplazamiento del consumidor de gomas de mascar hacia los dulces. Así mismo, si bien los dulces cumplen con ciertas características asociadas a los chicles, se deduce de los estudios una clara preferencia sobre estos últimos, por lo que se concluye que los dulces y los chicles no forman parte del mismo mercado producto.

Respecto de los chicles bomba<sup>44</sup>, estos productos están dirigidos esencialmente a la población infantil, donde la presencia de ciertos sabores toma especial relevancia, como se evidenció en los testimonios transcritos en la resolución que se recurre<sup>45</sup>. Así mismo, se encuentra en los estudios que "[p]ara los pequeños una goma de mascar debe ser: dulce, que haga bombas y sabores ácidos (...) Además la publicidad de estas gomas de mascar se hace utilizando muñecos o caricaturas tratando de llamar la atención de los pequeños. (...)

<sup>42</sup> Diagnóstico de la Categoría Dulces. Colombia, Perú, Venezuela y Ecuador, diciembre de 2001, elaborado por Napoleón Franco, folio 101.

<sup>43</sup> Ver: Informe Final Estructural e Imagen de Gomas de Mascar, enero de 2001. Napoleón Franco, folio 25

<sup>44</sup> Son considerados como tales las siguientes marcas asociadas a cada compañía: De ADAMS: MOTITAS, BUBALOO, SUPERBOMBA; de NOEL: BOLON, BOLON YUMBO, BOLON MINIATURA, BOLON LOCO YUMBO, CHUBY, GLOBO, WOW; de CONFITECA: AMERICAN, A GO GO, A GO GO CENTRO LIQUIDO, KATABOOM, SUPER HIPER ACIDO, ZIP ZAP, GLOBOOM; de COLOMBINA: PAPAUPA, BOMBABUM PLANO, BEACH TATTOOS, BOOMER SQUIRT, BOOMER BARBIE, BON BON BUM, BOMBABUM BOLA; de SUPER DE ALIMENTOS: TRUKIN; de ARCOR: BARBIE; de OTROS FABRICANTES: BUBBLE GUM. Fuente: Información AC-Nielsen.

<sup>45</sup> Testimonio rendido por la señora Esperanza Young Gómez, vicepresidente de la firma Napoleón Franco & Cía, respuesta a la pregunta 19. Folio 1704, carpeta 3 reservada de Chicle Adams S.A. del expediente 02091581; Testimonio del señor Álvaro González Molina, Gerente de Ventas de la empresa Adams, respuesta a pregunta 14; Testimonio de Carlos García Castro, Gerente General de Confitecol S.A., respuesta a la pregunta No. 13, folios 624 y ss. del expediente 02091581.

*Para los jóvenes/adultos, ellos se identifican más con los Chiclets refrescantes, suaves o con menos contenidos de azúcar como los Adams, Trident, Ice o Clorets*<sup>46</sup>.

En línea con lo anterior, las gomas de mascar que hacen bomba son consideradas por los consumidores como chiclets cuya duración del sabor es corta, no tiene consistencia suave y distinto tamaño, lo cual hace que tales bienes sean observados distintos y no cumplan las mismas necesidades respecto de las gomas de mascar refrescantes. En efecto, los estudios señalan que *"los chiclets Motitas, Bubaloo e inclusive el Bonbonbum -considerado como chupeta por AC-NIELSEN-, a pesar de tener un agradable sabor, su gusto se pierde en cuestión de minutos. Contrario sucede con otros Chiclets como Ice, trident o Adams, en los cuales su sabor se conserva más tiempo. (...)Para los entrevistados, los chiclets para hacer bombas con el tiempo se vuelven tan duros que parece 'que se estuviera masticando un caucho', en este sentido mencionan a Motitas, Bubaloo y el Bonbonbum". Finalmente, "el tamaño del Chiclet se elige dependiendo del motivo y del momento del consumo; se prefiere un Chiclet grande si se desea hacer bombas y se prefiere menos grande si se trata de estar en el trabajo o con los amigos en el bar o una discoteca"*<sup>47</sup>.

De esta manera, teniendo en cuenta las características particulares y los consumidores hacia los cuales se dirigen los chiclets bomba, estos no pueden considerarse como parte del mismo mercado producto al cual pertenecen las gomas de mascar refrescantes.

Finalmente, conviene llamar la atención sobre el argumento del recurrente en cuanto a que *"el empaque conocido como PILLOW PACK que es utilizado en el producto Clarks, se utiliza en casi todos los productos que pertenecen al mismo segmento. En efecto, en el mercado se encuentran dulces, mentas, caramelos y gomas de mascar en presentación pillow pack".* Al respecto, este Despacho se aparta de las conclusiones a las que llega el recurrente, en razón a que el hecho que los productos utilicen un mismo material del empaque no les otorga la consideración de sustituibilidad. En cuanto al empaque, lo que los estudios demuestran es que los consumidores de gomas de mascar les importa lo llamativo del empaque y no su material, teniendo en cuenta la publicidad del mismo: *"[u]n empaque llamativo y una publicidad relacionada con frescura, aliento fresco o con bombas, son motivadores fuertes para que se prefiera consumir Chiclet en un momento dado, provocan el antojo"*<sup>48</sup>.

De otra parte, al considerar el comportamiento de los ingresos por ventas de dulces duros, se observa que presentan una tendencia creciente, así como un pico de consumo en el mes de octubre; por su parte, el comportamiento de las ventas de gomas de mascar no evidencia tal circunstancia.<sup>49</sup> Por lo tanto, es posible afirmar que el comportamiento de las ventas de dulces duros no presenta parecido con el comportamiento de las ventas de gomas de

<sup>46</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar – Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folios 129 y 130.

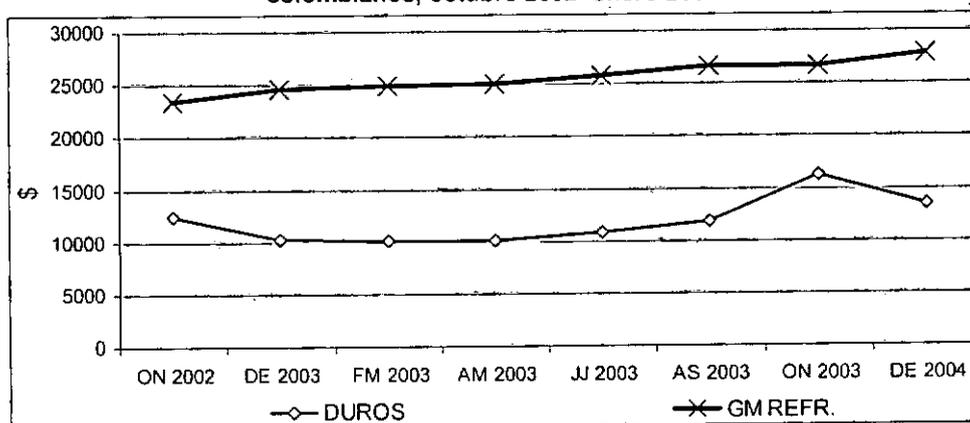
<sup>47</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar – Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folios 57 y 58.

<sup>48</sup> Ver: Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar – Consumidores, Octubre de 2000, elaborado por Napoleón Franco, folio 44.

<sup>49</sup> Estudio Ac Nielsen aportado por Dulces de Colombia S.A. obrante a folio 2988 del expediente. Documento radicado bajo el número 02091581-40105.

mascar refrescantes, lo cual se constituye en un fuerte argumento en contra de la sustituibilidad entre los referidos productos.

Gráfico No 4. Ventas gomas de mascar refrescantes vs. dulces duros, millones de pesos colombianos, octubre 2002- enero 2004



Fuente: datos suministrados por AC NIELSEN, documento de radicación 02091581-40112

En suma, después de considerar el análisis de intercambiabilidad de las gomas de mascar, frente a los otros productos señalados por el recurrente como sustitutos, esto es, "gomas de mascar bomba, dulces, mentas y caramelos refrescantes dirigidos al sector adulto pertenecientes al segmento bajo precio"<sup>50</sup>, encuentra este Despacho que estos productos no pueden considerarse sustitutos de las gomas de mascar refrescantes.

#### 4.2 Potencialidad y barreras a la entrada

En relación con la existencia de sustituibilidad entre los procesos de fabricación de mentas, dulces, caramelos y gomas de mascar, el recurrente señala que hay diferencias evidentes entre los procesos que responden a que los productos no son idénticos entre sí, pero que dicha circunstancia no implica la inexistencia de sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta. Así, con el propósito de argumentar su existencia, resalta la simplicidad que se evidencia en ambos procesos, en razón a la cual "resulta fácil para un productor de confitería, hacer gomas de mascar y fabricar dulces o mentas, como en efecto, la mayoría de compañías lo hacen en la actualidad". Así mismo, presenta el estudio, 'Descripción del proceso productivo', realizado por empresa consultora Napoleón Franco<sup>51</sup>.

Al respecto, este Despacho no encuentra pruebas adicionales que permitan llegar a tal conclusión, distintas a las analizadas por este Despacho en la resolución impugnada. En efecto, afirma el recurrente que "cualquier productor de unos [dulces o mentas] puede perfectamente producir los otros [gomas de mascar], sin incurrir en altos costos adicionales de materia prima, obra, maquinaria o infraestructura"; sin embargo, no allega sustento alguno de ello, que le permita a este Despacho arribar a la conclusión expresada por el recurrente. En particular, no es señalado el tiempo necesario y las inversiones de capital adicionales para convertir el proceso productivo de un fabricante de mentas o dulces hacia la reorientación del negocio a la fabricación y venta de gomas de mascar refrescantes.

<sup>50</sup> Documento de radicación 02091581-0040072, folio 28.

<sup>51</sup> Ver expediente en los folios 553 a 653.

Aún en el caso que existiera la mencionada sustituibilidad del proceso productivo, también es cierto que el entrante debe considerar la importancia de la marca para lograr la venta de su producto. En el caso de los chicles, se encuentra que estos se comercializan normalmente bajo una marca y que al ser productos de impulso, la importancia del marketing y la marca es significativa.

Así mismo, el fuerte posicionamiento de la marca ADAMS se constituye en un gran limitante para que una empresa que se encuentre en otro sector decida entrar al mercado. En efecto, los estudios señalan que en el lugar de compra, *"es de resaltar la concordancia que existe entre el comprador y el vendedor cuando se pide una 'cajita de Chicles' o 'una caja grande Chicles', aquí el vendedor sabe que es Adams y el comprador espera Adams. (...) Por su parte, cuando se quiere un Chicle diferente a Adams se pide por su nombre o se señala en la exhibición"*<sup>52</sup>.

Adicionalmente, se confirma que las marcas más reconocidas y las efectivamente adquiridas tanto por consumidores habituales como no habituales de gomas de mascar, corresponden a aquellas pertenecientes a Adams tales como: Chiclets Adams, Trident, Ice y Clorets e inclusive marcas dirigidas al segmento infantil como Motitas y Bubaloo<sup>53</sup>. En efecto, se encuentra dentro de los estudios que *"[l]a marca más comprada y vendida por los tenderos en gomas de mascar, es Adams, se tiene un alto grado de aceptación y en cuanto a la imagen que tiene de esta empresa"*<sup>54</sup>.

Por tanto, para lograr penetrar efectivamente el mercado, se requerirían grandes esfuerzos en materia de publicidad. En este contexto, se deduce de los estudios que para los consumidores, *"la publicidad es muy importante para dar a conocer un determinado Chicle y es a través de los medios de comunicación donde se llama la atención para consumir un producto porque, según ellos, un Chicle sin publicidad no se conoce o se olvida. La mayoría de los Chicles que actualmente se consumen, se conocieron por medio: La televisión, la radio, los afiches en las tiendas, las vallas en la calle"*<sup>55</sup>.

Lo anterior contradice lo señalado por el recurrente en cuanto a que en el caso que se analiza, no puede considerarse que los costos hundidos sean elevados, ni siquiera que asciendan a una suma importante, si se tiene en cuenta que el producto Clarks no fue objeto

<sup>52</sup> Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, folio 93 y Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, folios 62 y 63.

<sup>53</sup> Ver al respecto estudios elaborados por Napoleón Franco:

- Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, folios 121 a 123.
- Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría De Gomas De Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, folios 68, 73.
- **Estructural e imagen de gomas de mascar, enero de 2001**, folio 45 a 49.
- Turf Análisis Chiclets 5 Nuevos Sabores, Febrero de 2005, folios 12 y 13.
- Prueba de producto comparativa : nueva goma base para Chiclets con Extend 2004, Junio 2004, folios 8, 9 y 21.

<sup>54</sup> Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, folio 73.

<sup>55</sup> Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Consumidores, Octubre de 2000, folio 132.

de una campaña o estrategia publicitaria. Así mismo, es preciso indicar por parte de este Despacho que, si bien la conducta se considera sobre el producto Clarks, el análisis de entrada se hace frente al mercado relevante definido, esto es, el mercado nacional de gomas de mascar refrescantes, para el cual, como se señaló en la resolución impugnada, existen elevados costos hundidos, toda vez que *"los costos irrecuperables son considerables si se tiene en cuenta los requerimientos de capital por concepto de publicidad, así como aquellos derivados de promoción introductoria del producto en los diferentes canales de distribución y comercialización"*<sup>56</sup>.

De esta manera, aún bajo el supuesto de que existiera sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta, lo anterior no implica la existencia de competencia efectiva en el mercado, ya que existe un claro limitante para aquellos que deciden entrar como es el posicionamiento de la marca.

Adicionalmente, como se expresó en la resolución impugnada, los nuevos entrantes requieren importantes recursos para ingresar al mercado. Al respecto, el recurrente expresa que *"no entiende porqué se valora la inversión inicial para entrar al mercado relevante tomando como punto de referencia el valor actual de una compañía como Cadbury Adams, que opera en Colombia desde 1953"*. Si bien, el recurrente acierta al señalar que *"la inversión inicial (...) es aquella que requerirá un competidor para iniciar operaciones, esto es, para entrar al mercado"*, se aparta de la realidad al concluir que es posible ingresar *"al mercado con cifras muy por debajo de la que ese Despacho entiende como inversión inicial"*, sustentándose en el hecho de la presencia de empresas como Productora de Dulces y Chicles Mac Dulces Ltda.

Según se expresara por esta Entidad en la resolución que se impugna, en general, una empresa puede *"tener un poder de mercado significativo si el segmento competitivo que enfrenta está constituido de muchas empresas pequeñas de limitada capacidad (...)"*. Así, pues, a partir de esta afirmación, este Despacho insiste en apreciar el contexto en el cual deben ser analizadas las características de ingreso a un mercado y las razones para tomar como referente el valor actual de la compañía que, se supone, ostenta una posición de dominio en un mercado.

Al respecto, aún cuando sea posible empezar a participar en un mercado determinado por parte de cualquier empresa, ello no implica que esto sea suficiente para contrarrestar el poder de mercado de una firma líder establecida; por tanto, es de importancia determinar la existencia de fuerzas de mercado que pudieran significar un contrapeso efectivo frente al comportamiento de una firma, i.e para la empresa investigada respecto de cual se pretende establecer si ostenta o no una posición de dominio en el mercado relevante definido.

Bajo este contexto, el análisis se dirige a buscar fuentes de contrapeso que limiten las actuaciones que deliberadamente pudiera emprender la empresa que, se supone, ostenta una posición dominante y, por ende, resulta de vital importancia no dejar de lado el tipo de entrada que sería considerado efectivo en términos de competencia. En consecuencia, la capacidad productiva, comercial y financiera del entrante ha de ser de la suficiente magnitud para significar un contrapeso competitivo efectivo a la empresa investigada.

<sup>56</sup> Resolución 22624 de 2005, Página 30

Por tanto, la posibilidad de ingreso al mercado de pequeñas empresas, con niveles mínimos de capacidad, bien sea productiva, comercial o financiera, no resulta un aspecto apreciable al momento de analizar la existencia de barreras a la entrada; lo contrario llevaría a la conclusión errónea que los mercados no evidencian barreras de entrada significativas frente a este tipo de empresas. De esta manera, el análisis debe considerar empresas de envergadura considerable que tengan la posibilidad de representar un contrapeso competitivo efectivo en el mercado en términos de precios y oferta.

Ahora bien, el recurrente afirma que el Despacho se equivoca al considerar que *"la valoración de la empresa respectiva era un concepto igual al de inversión mínima inicial"*; sin embargo, no aporta argumentos que sustenten tal afirmación, en razón a lo cual este Despacho se abstendrá de pronunciarse al respecto.

A pesar de ello, conviene recordar lo que involucra el concepto de valoración de una empresa y su relación con la inversión inicial que se analiza en el contexto de barreras a la entrada. La valoración de una empresa corresponde a estimar, bien sea por su valor en libros o su valor histórico, todos y cada uno de los activos que le permiten participar en el mercado. De esta forma, constituyen una aproximación al tamaño de la capacidad de la empresa, aspecto que como se señalara anteriormente, resulta de vital importancia al momento de analizar los requerimientos indispensables para ingresar en un mercado.

De otra parte, señala el recurrente en el memorial allegado a este Despacho, que *"el mercado relevante considerado en el presente caso no se caracteriza por tener barreras de acceso, que impidan la entrada de nuevos competidores"*, lo anterior por la posible presencia de compañías que participan en el mercado internacional, tales como: W.M. WRIGLEY JR. COMPANY JOYCO FOODSTUFF (CHINA) COMPANY LIMITED; igualmente señala que *"existe un gran número de distribuidores independientes y mayoristas con alta concentración geográfica en todas las ciudades del país. Ninguno de tales distribuidores tiene relaciones de exclusividad con las empresas fabricantes o importadoras de productos de confitería"*.

Al respecto, conviene señalar que Wrigley, fue incapaz de obtener una participación superior al 1% en el mercado relevante entre el año 2002 a 2005<sup>57</sup>. Asimismo, con la sola excepción de Confiteca, no han aparecido nuevos competidores en el mercado en el período de análisis. Finalmente, conviene recordar lo señalado por este Despacho en la resolución que se impugna sobre este aspecto: *"aún si el competidor entrante no ingresara al mercado mediante la construcción de una planta de producción, ya sea porque se encuentra instalado en un país vecino, o bien porque opte por subcontratar dichas actividades de producción y comercialización con empresas instaladas, igual deberá enfrentar barreras importantes como son el posicionamiento y nivel de recordación de la marca Adams, la fortaleza que le adjudica a la empresa Adams contar con un portafolio variado de productos, las economías de escala y la concentración de la oferta, las cuales vistas en conjunto representan importantes barreras a la entrada"*<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Cálculos a partir de información de ventas en valor en el mercado de gomas de mascar refrescantes, suministrada por AC-NIELSEN.

<sup>58</sup> Resolución No. 22624 del 15 de septiembre de 2005, Superintendencia de Industria y Comercio, hoja 32.

Por tanto, aún en el evento de considerar la existencia de firmas en mercados externos y la disposición de canales de distribución, lo anterior no ha conllevado la entrada de competidores al mercado relevante, a excepción de Confiteca, por lo que se puede deducir que existían barreras que desalientan la entrada de nuevas compañías, entre ellas, la existencia de marcas de fuerte tradición en el mercado.

Con relación al poder de mercado, se destaca el dominio de Adams en el mercado relevante en razón a su capacidad para diferenciar precios entre presentaciones y entre segmentos del mercado. Al respecto, encuentra este Despacho que *"Chiclets –marca Chiclets Adams– hasta el año 98 mantuvo una diferencia de precios con sus competidores del 100%, hoy – Octubre de 2000– la diferencia con los productos de bajo precio es del 200%. Los incrementos de precio empezaron a resentir la participación de la marca en Enero del 99, (habiéndose realizado el incremento más fuerte en Nov del 98). Este mismo comportamiento se vio en Noviembre del 99, tiempo que volvió a hacerse un incremento adicional"*<sup>59</sup>.

Así, pues, dado que el recurrente no aporta pruebas diferentes a las ya conocidas por este Despacho al momento de pronunciarse en la resolución que se impugna, y que puedan indicar que se ha incurrido en un error, este Despacho mantiene inalterada su conclusión frente a la existencia de barreras a la entrada al mercado nacional de gomas de mascar refrescantes, así como la existencia de posición de dominio por parte de Cadbury Adams Colombia S.A. durante el período analizado, apartándose de esta forma de las conclusiones a las que llega el recurrente.

#### **4.3 Elemento Objetivo de la conducta**

##### **4.3.1 Consideraciones generales**

Según se indicó en la resolución que se impugna, el elemento objetivo de la conducta supone establecer si efectivamente Adams efectuó ventas del producto Clarks por debajo de sus costos. El recurrente señala en su escrito que los costos para hacer tal valoración corresponden a los costos variables medios, apoyando su argumento en la jurisprudencia europea citada por este Despacho en la resolución recurrida. De esta forma, indica el recurrente que la definición de costos a tener en cuenta para realizar la correspondiente comparación precio–costo, corresponde al 'costo incremental', entendiéndose éste como la variación en los costos generada con el lanzamiento del producto.

En el mismo sentido, manifiesta el recurrente que resultaría incorrecto incluir una proporción de los costos de comercialización, así como incluir la cuenta denominada 'overhead', por cuanto esto implicaría la inclusión de costos fijos, los cuales por definición no forman parte del costo incremental. Por tanto, señalan que los únicos costos que deben ser tenidos en cuenta *"son los correspondientes al incremento que se genera en los fletes y en el valor de bodegaje en que incurre la empresa en razón de este producto"*.

En principio, corresponde aclarar que el costo incremental es uno de los métodos de aproximación empleados para calcular el costo variable medio al que comúnmente se refiere la teoría económica de costos.

<sup>59</sup> Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar - Tenderos, Octubre de 2000, folio 8.

Por otra parte, si bien este Despacho no se aparta de las definiciones correspondientes a los conceptos de costo total, fijo y variable, señalados por el recurrente, sí difiere de la interpretación que hace el recurrente de la resolución, en relación con el nivel de costo a tenerse en cuenta para el control de prácticas comerciales restrictivas, toda vez que lo señalado en la resolución recurrida indica que la comparación precio-costo debe hacerse a partir del **costo total promedio** del producto objeto de análisis.

Por una parte, conviene observar los elementos que forman parte del precio y que, en todo caso, tiene en cuenta un empresario al momento de determinar el nivel de precio de venta<sup>60</sup>:

Materia Prima +	Mano de obra directa	+ Carga Fabril	+ Gastos de comercialización	+ Gastos Financieros	+ Ganancia
Costo Primo					
	Costo de Conversión				
	Costo de Producción				
	Costo de Venta				
	Costo Total				
	Precio de Venta				

De lo anterior se observa que el precio de venta se determina con base en un costo total, en este caso compuesto por materia prima, mano de obra directa, carga fabril, gastos de comercialización y gastos financieros. Sin lugar a dudas, los rubros correspondientes a materia prima y mano de obra directa son por definición variables. Por su parte, los restantes rubros, esto es, carga fabril, gastos de comercialización y gastos financieros, involucran costos fijos y variables, y a pesar de ello, son tenidos en cuenta por el empresario al momento de determinar el precio de venta de cualquier producto.

Afirmar que los costos fijos no deben tenerse en cuenta para efectos de verificar la conducta predatoria, en tanto que son costos en los que la compañía hubiera incurrido, aún sin tener en cuenta el producto de que se trata, es desconocer los más elementales principios de microeconomía, según los cuales el precio total de un producto está dado por la sumatoria de los costos fijos, los costos variables y la utilidad.

En ese orden de ideas, si un empresario fijara el precio de su producto de tal forma que sólo recuperase el costo variable medio asociado o el costo incremental, como lo argumenta el recurrente, y no el costo total medio o unitario<sup>61</sup>, la venta del producto no sería entonces un negocio atractivo, ya que los costos incurridos por maquinaria, planta, equipo y demás costos considerados fijos, no podrían ser recuperados y, en consecuencia, la inversión en dicha actividad económica conllevaría una pérdida neta, en la medida que los ingresos totales percibidos serían inferiores a los costes totales de producción y venta del producto.

Ahora bien, aun en el evento de que los costos fijos de una empresa sean reducidos, ya sea por eficiencia o porque las amortizaciones son menores, no pueden dejar de ser tomados

<sup>60</sup> Donde corresponde a "**Materias primas**: Todos aquellos elementos físicos que es imprescindible consumir durante el proceso de elaboración de un producto, de sus accesorios y de su envase. Esto con la condición de que el consumo del insumo debe guardar relación proporcional con la cantidad de unidades producidas; **Mano de obra directa**: Valor del trabajo realizado por los operarios que contribuyen al proceso productivo; **Carga fabril**: Son todos los costos en que necesita incurrir un centro para el logro de sus fines; costos que, salvo casos de excepción, son de asignación indirecta, por lo tanto precisa de bases de distribución".

Fuente: <http://www.monografias.com/trabajos4/costos/costos.shtml>

<sup>61</sup> Corresponde al valor obtenido de dividir la cifra de costos totales por el número de unidades producidas, se denomina costo total medio, costo total unitario o costo total promedio.

en cuenta para evaluar si existe o no una conducta exclusionaria, pues de otra manera se crearía una desventaja frente a la empresa que está incursionando en el mercado, para la cual los costos derivados de la amortización son más elevados y, en general, más elevados son también sus costos de publicidad.

El criterio enunciado en precedencia para la medición de costos, es igualmente utilizado por diferentes autoridades de competencia<sup>62</sup>, así como por el Tribunal de Justicia Europeo, donde de manera inequívoca se toma como parámetro de medición, el costo total medio<sup>63</sup>.

De esta manera, es equívoca la afirmación del recurrente, según la cual en el caso Deutsche Post AG se toma el costo variable medio como parámetro de determinación de un precio abusivo, pues en el caso señalado se hace mención, adicionalmente, a los costos totales unitarios, tal como se aprecia cuando se afirma que un precio puede ser considerado predatorio cuando se encuentra "*por debajo de los costos unitarios variables o de los costes totales de dicho producto*".<sup>64</sup>

Se concluye, entonces, que un precio fijado por debajo del costo total medio permite a la autoridad de competencia, afirmar que se encuentra establecido el elemento objetivo de la conducta predatoria.

<sup>62</sup> Caso AKZO/86 del Tribunal de justicia Union Europea, Casos Detusche Post, LaRoche y Tetrapack II de la Comisión de Competencia de la Unión Europea, entre otros, consultados en la página Web: <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/>.

<sup>63</sup> Véase también:

- Enforcement guidelines of predatory pricing, publicadas por la Comisión de Competencia de Canadá.
- Predatory pricing policy under EC and US Law, Christian Barthel, 2002. University of Lund.
- Recent developments in the definition of abusive pricing in european competition policy, Paul A. Grout. University of Bristol. Agosto de 2000.

<sup>64</sup> Es importante advertir que el citado caso hace referencia al precedente establecido en el caso AKZO / 86, sancionado por el Tribunal de Justicia europeo en 1991, particularmente a lo señalado en sus apartados 71 a 72, los cuales indican que:

- Los precios fijados por debajo del costo total promedio, esto es, el costo fijo mas el costo variable, pero que se encuentran por encima del costo variable promedio, deben ser considerados abusivos si estos se determinan como parte de un plan para eliminar al competidor. Tales precios pueden expulsar del mercado empresas tan eficientes como la empresa dominante, pero que dado que poseen una menor capacidad financiera, son incapaces de soportar la competencia iniciada en contra de ellas. (subraya fuera de texto)
- Los precios por debajo del costo variable promedio, es decir, aquellos que varían dependiendo de las cantidades producidas, mediante los cuales una empresa dominante busca eliminar a un competidor, son abusivos. Una empresa dominante no tiene otro interés en fijar tales precios excepto el de eliminar a su competidor, lo que posteriormente le permitirá incrementar los precios aprovechado su posición monopolística, por cuanto cada venta generó una pérdida, correspondiente al costo fijo mas el costo variable no recuperados de cada unidad producida.

Se observa entonces que la autoridad de competencia europea tiene en cuenta al costo total medio al momento de realizar la comparación precio-costos y determinar si existió una conducta abusiva. Así mismo, se encuentra que la jurisprudencia europea ha entrado a precisar la definición del costo a efectos de aplicar una presunción de abuso que evite a la autoridad de competencia entrar a probar la intencionalidad de la conducta abusiva. Es así como esta entidad establece que, en aquellos casos en los cuales el precio del producto sea fijado a un nivel que se encuentre por debajo del costo variable medio del producto, se presume la existencia de una conducta predatoria por cuanto se hace evidente que la empresa dominante no tenía otra motivación diferente a eliminar a su competidor.

4.3.2 Medición del costo total promedio de la goma de marcar marca Clarks.

Bajo el anterior entendido, a continuación se presenta la definición de costos de Clarks que debe ser tenida en cuenta para valorar el elemento objetivo de la conducta que se investiga.

Las tablas a continuación muestran la siguiente información:

- Precio por display: precio al cual ADAMS vendió efectivamente la goma de mascar marca Clarks; también denominado PRECIO IMPLÍCITO y es obtenido de dividir los ingresos por ventas de CLARKS entre el volumen de displays vendidos mes a mes de este producto.
- Costo de producción: Costo de producción de un display de producto Clarks, el cual es resultado de la suma de los costos directos e indirectos de fabricación del producto Clarks, datos estimados por ADAMS en su medición del costo estándar.
- Costo comercial: costos en que incurre la empresa ADAMS al realizar las actividades de comercialización del producto Clarks y el cual corresponde a una proporción del gasto operacional de ventas<sup>65</sup> exceptuando las subcuentas de publicidad y promoción. Según se señalara en la resolución recurrida, ADAMS no sólo se dedica a la producción de la goma de mascar Clarks, sino que adicionalmente lleva a cabo la comercialización del producto. Es importante notar que estos valores no se encuentran incluidos dentro de los costos denominados OVERHEAD por la empresa ADAMS<sup>66</sup>.
- Costo de publicidad: corresponden a la subcuenta particular en las que se cargan las erogaciones que por concepto de publicidad realiza la empresa ADAMS para el producto Clarks<sup>67</sup>.
- Costo promocional: corresponden a la subcuenta particular en las que se cargan las erogaciones que por concepto de promoción realiza la empresa ADAMS para el producto Clarks<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Para lo cual aplicó la metodología empleada en la resolución que se recurre: "Específicamente, al comparar los acumulados al cierre de cada uno de los períodos, se encuentra que los 'Gastos operacionales de administración' representaron entre el 6.1% y el 7.5% de los ingresos netos de la empresa Adams y, por su parte, los 'Gastos operacionales de ventas' oscilaron entre el 14.6% y el 15.9%. Teniendo en cuenta los dos rubros anteriores, se encuentra que los gastos operacionales representaron un poco más de un 21% de los ingresos netos para la empresa Adams. Una escasa variación en los porcentajes se evidenció, de manera similar, con las partidas correspondientes a 'Corrección Monetaria' y 'Provisión de impuesto a la renta y complementarios'" Hoja 39 de la Resolución 22624 del 15 de septiembre de 2005.

<sup>66</sup> De acuerdo con la información corroborada durante la visita administrativa realizada por este Despacho a las instalaciones de la empresa, se encontró que dentro de los costos indirectos –denominados por la empresa 'overhead'- que forman parte del costo estándar que maneja la compañía para el producto, no se incluyen erogaciones realizadas por la empresa por concepto de comercialización o distribución (nota al pie). A su vez, se corroboró que dichas erogaciones se cargan a la cuenta denominada en el PUC como Gastos Operacionales de Ventas, respecto de la cual no se realiza ninguna asignación a los diferentes productos que elabora la empresa sino que se maneja un gran total, excepto para las subcuentas relacionadas con Publicidad y Promociones, para las cuales se tiene un registro de cada producto. "Los gastos de comercialización incurridos en el área de ventas son comunes a todos los productos de la empresa, es decir no se tiene para Clarks de manera específica. Los mismos se reflejan en el G&P en las cuenta (sic) 52 del PUC -Gastos operacionales de ventas-. (...) "Las cuentas relacionadas con los gastos de promociones y publicidad cuentan con un código que permite identificar las erogaciones efectuadas para cada producto." Folios 2780 y 2785, carpeta reservada 23 del expediente 02091581.

<sup>67</sup> Ver folios 2823 a 2826 de la carpeta reservada 23 del expediente 02091581.

<sup>68</sup> Ibídem

➤ Costo total: corresponde a la suma del costo de producción, costo comercial, costo de publicidad y costo promocional.

Tabla No. 1. Comparación precio costo para Clarks, 2002-2003  
(pesos colombianos por display)

Rubro	2002	2003
Precio Implícito	2.303	2.324
Costo Producción	2.112	2.109
Costo Comercial	374	315
Costo publicidad	23	9
Costo promocional	174	8
Costo Total	2.683	2.441
Diferencia Precio/Costo	-380	-117

Como resultado de los cálculos para cada uno de los conceptos anteriores, se encuentra que el costo total promedio del producto Clarks en el año 2002 fue de \$2.683 por display, mientras que el precio al cual fue vendido un display fue de \$2.303. En consecuencia, ADAMS habría incurrido en una pérdida de \$380 por cada display vendido durante el año de referencia.

De igual forma, se observa que durante el año 2003 el costo total promedio de Clarks fue de \$2.441 por display, mientras que el precio al cual fue vendido cada display fue de \$2.324. Por ende, ADAMS incurrió en una pérdida promedio de \$117 por cada display vendido en el año 2003.

La anterior situación puede corroborarse igualmente al comparar el precio y los costos de manera mensual para el período de investigación, de donde se observa que, a excepción del mes de noviembre de 2003, la empresa ADAMS incurrió en pérdidas sucesivas del producto CLARKS durante dieciséis (16) meses:

Tabla No. 2. Comparaciones precio costo para Clarks mensual, agosto 2002 a diciembre 2003  
(pesos colombianos por display)

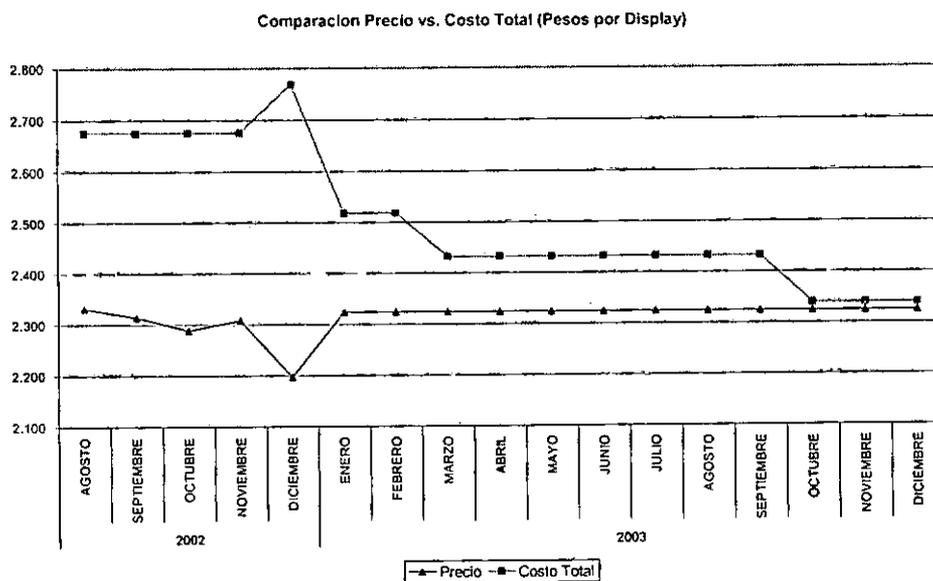
	2002				
	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
Precio Implícito	2.331	2.314	2.288	2.308	2.197
Costo Producción	2.103	2.103	2.103	2.103	2.196
Costo Comercial	374	374	374	374	374
Costo publicidad	23	23	23	23	23
Costo promocional	174	174	174	174	174
Costo Total	2.675	2.675	2.675	2.675	2.768
Diferencia Precio/Costo	-343	-361	-387	-367	-571

	2003					
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
Precio Implícito	2.324	2.324	2.324	2.324	2.324	2.324
Costo Producción	2.196	2.196	2.110	2.110	2.110	2.110
Costo Comercial	305	305	305	305	305	305
Costo publicidad	9	9	9	9	9	9
Costo promocional	8	8	8	8	8	8
Costo Total	2.518	2.518	2.432	2.432	2.432	2.432
Diferencia Precio/Costo	-194	-194	-108	-108	-108	-108

	2003					
	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
Precio Implícito	2.324	2.324	2.324	2.324	2.324	2.324
Costo Producción	2.110	2.110	2.110	2.017	2.017	2.017
Costo Comercial	305	305	305	305	305	305
Costo publicidad	9	9	9	9	9	9
Costo promocional	8	8	8	8	8	8
Costo Total	2.432	2.432	2.432	2.340	2.340	2.340
Diferencia Precio/Costo	-108	-108	-108	-16	-16	-16

Es importante anotar que las cifras empleadas en el cálculo de los resultados que se presentan en la anterior tabla, difieren parcialmente de aquellos contenidos en la resolución recurrida por cuanto, a partir de las pruebas recaudadas con motivo del recurso, se tuvieron en cuenta los datos exactos para las cuentas de publicidad y promoción que forman parte del costo de comercialización atribuidos exclusivamente al producto Clarks por parte de la empresa investigada.

Gráfico No. 5. Comparación precio vs. Costo Total Unitario agosto 2002 - diciembre 2003 (pesos por display)



No obstante haberse realizado tales precisiones, el resultado obtenido de la comparación precio - costo para el producto Clarks continúa indicando que efectivamente el precio de venta del producto se ubicó a un nivel por debajo de sus costos totales medios durante el periodo investigado, cumpliéndose de esta forma el elemento objetivo de la conducta.

#### 4.4 Elemento subjetivo de la conducta

Con relación al elemento subjetivo de la conducta, enmarcado en la intención de eliminar a sus competidores o evitar su entrada o expansión, indica el recurrente que este no ha sido vulnerado por Adams. Como sustento de su tesis, expone los argumentos que se puntualizan a continuación.

##### 4.4.1 Sostenibilidad económica de un negocio

El recurso señala que *"en forma contradictoria la Superintendencia afirma que no es sostenible en un período superior a un año, fijar los precios por debajo de los precios(sic) unitarios totales"*<sup>69</sup>. Esta afirmación está soportada simplemente por la tesis de un autor<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Página 41 de la Resolución 22624 de 2005, objeto del presente recurso de reposición.

<sup>70</sup> Mankiw, N. Gragory en Principios de Economía" citado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la nota al pie No. 60.

*pero no considera la realidad contable y financiera de Cadbury Adams S.A. Es decir, lo que allí se sostiene es una mera teoría que no se confronta con los estados financieros de Cadbury Adams S.A. que se encuentran a folios 2329 a 2376 del expediente, y de los cuales se puede concluir que los costos fijos y la utilidad esperada por los accionistas son de sobra absorbidos con el margen que la empresa obtiene en el(sic) fabricación de cada uno de sus productos. En efecto, Cadbury Adams S.A. es una empresa rentable y no tiene por qué considerar en un mediano plazo el retiro de un determinado producto del mercado, máxime si dicho producto presenta un margen de producción y por tanto contribuye positivamente en los resultados de la empresa."*

En relación con la teoría económica citada por este Despacho en la resolución recurrida relativa al punto de cierre de una empresa en el largo plazo, es preciso señalar que no corresponde a la opinión particular del autor citado, sino que coincide con el contenido de cualquier texto de teoría microeconómica, así como con la metodología de análisis de diferentes autoridades de competencia. En particular, es importante entrar a explicar el trasfondo de tales afirmaciones, que no son otra cosa sino la respuesta racional de un empresario a un problema de supervivencia en un mercado.

De esta forma, es importante partir de un supuesto racional, mismo que fuera señalado anteriormente, según el cual un empresario fija, por regla general, el precio de su producto a un nivel que cubra sus costos totales unitarios<sup>71</sup>.

De igual manera, la teoría económica señala que existen circunstancias particulares en las que una empresa puede fijar un precio inferior al costo total unitario de su producto. Estas circunstancias son excepcionales y el empresario no está haciendo otra cosa que "minimizando una pérdida", ya que en tal escenario le resulta preferible vender el producto a un precio que, aunque no permita recuperar el costo total del producto, le permita recuperar parte del costo fijo, toda vez que esta pérdida sería inferior a la pérdida en la que incurriría por no vender nada del producto<sup>72</sup>. Sin embargo, como se señala, estas situaciones son excepcionales y no pueden ser parte del normal funcionamiento de una empresa.

Ahora bien, la situación descrita en el párrafo anterior corresponde a un problema de decisión en el corto plazo, sin embargo ello varía si se considera un escenario de tiempo mayor o largo plazo, entendido este último como "una situación en la cual los agentes económicos pueden realizar pleno ajuste a cualquier cambio de su actividad económica. De esta forma, todos los factores de producción son variables"<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> En efecto, para señalar los beneficios o pérdidas de las empresas, la comparación que se realiza es entre el precio del producto respecto de su costo total medio, más no respecto de su coste variable medio. Cuando el precio es igual al coste total medio, se tiene que la empresa enfrenta beneficios nulos o normales.

Al respecto ver: Le Roy, R. y Meiners R. (1990), Microeconomía, tercera edición Mc Graw-Hill, Págs. 344, 350, 391, 393, 467; Osorio, Edgar (1994) Manual de Gerencia Financiera, pág. 314; Nicholson, Walter, Microeconomía intermedia y sus aplicaciones, Octava edición, Mc Graw-Hill, págs 256, 301, 304.

<sup>72</sup> Véase Le Roy, R. y Meiners R. (1990), Microeconomía, tercera edición Mc Graw-Hill, Págs. 344.

<sup>73</sup> Roger Le Roy Miller, Microeconomía, pg 301. Tercera edición Mc Graw-Hill. Ver también: Nicholson, Walter, Microeconomía intermedia y sus aplicaciones, Octava edición, Mc Graw-Hill, pág. 187.

De esta forma, se evidencia que en un escenario de largo plazo no resulta lógico que un empresario desee fabricar y comercializar un producto, respecto del cual sabe de antemano que no recuperará su costo total, por lo cual la decisión racional del empresario es no producirlo. De ahí que sea posible afirmar que la venta de un producto a un precio por debajo del costo total medio, no resulta sostenible, tal como se indicó por este Despacho en la resolución recurrida.

#### 4.4.2 Estrategia de penetración de nuevos mercados

En cuanto a las razones que motivaron a la empresa investigada a introducir la goma de mascar Clarks al mercado, el recurrente pretende demostrar en su escrito que la estrategia de Cadbury Adams S.A. consistió en fortalecer la presencia de la empresa en el mercado de "bajo desembolso".

Adicionalmente el recurrente manifiesta que Cadbury Adams S.A. ingresó al mercado de bajo desembolso por razones ajenas a la presencia de Tumix en este mercado. En tal sentido argumenta que, después de haberse realizado los estudios de mercado respectivos, la empresa decidió entrar al mercado por ser este el que registraba los mayores volúmenes de venta en la categoría de confitería.

Al respecto este Despacho encuentra necesario resaltar que el mercado en cuestión, según se ha explicado, es uno solo: mercado de gomas de mascar refrescantes para adultos. Tal como se expuso en el ítem previo relacionado con la determinación del mercado relevante. En consecuencia, mal podría entenderse que Adams pretendiera penetrar un mercado en el cual ya participaba, más aún, con una posición de dominio en el mismo, tal como quedó demostrado anteriormente.

Adicionalmente es importante tener en cuenta que si la motivación de ADAMS era la penetración de un 'nuevo mercado', mediante el posicionamiento de Clarks, era de esperarse una estrategia de despliegue publicitario por parte de la empresa que le permitiese alcanzar dicho objetivo.

En este sentido, las pruebas recaudadas permitieron verificar que el lanzamiento de Clarks no estuvo respaldado de una inversión publicitaria importante, capaz de generar la expectativa y recordación necesaria que exige la penetración de un mercado. Por el contrario, Adams careció del interés e inversión en Clarks, propios de una empresa cuyo objetivo es posicionar un nuevo producto en un mercado en el que no participa<sup>74</sup>, aun cuando era de su total conocimiento la importancia que esta herramienta de mercadeo tiene

<sup>74</sup> Certificación expedida el 27 de septiembre de 2005 por la directora de MindShare Insight:

"Nos permitimos certificar que la marca Clarks de nuestro anunciante Cadbury Adams no ha tenido inversión en medios desde su re-lanzamiento en el 2001 hasta la fecha."

-Jorge Avilán, director de mercado de la empresa Adams, afirmó:

"PREGUNTA 33: Podría indicarnos cuál ha sido la estrategia competitiva que se ha tomado para lograr el posicionamiento del producto "Clarks"

"Respondió: El producto clarks no tiene ningún posicionamiento, ya que no tiene sino el 1% de participación en el mercado. De todas maneras la estrategia ha sido dirigida a consumidores que buscan productos de bajo desembolso. El apoyo a la marca es mínimo y se limita solo a afiches y esporádicamente promociones."  
(subrayas fuera de texto)

para alcanzar tal objetivo, según se desprende de las sugerencias y resultados de diversos estudios realizados para Adams que fueron aportados en este trámite<sup>75</sup>.

En efecto, la publicidad constituye un factor de gran relevancia cuando de conocer y vender un producto se trata, especialmente tratándose de productos nuevos. Reflejo de ello es que las empresas diseñan campañas publicitarias dirigidas a consumidores específicos a fin de cumplir con la labor de generar impacto y recordación del producto, así como el reconocimiento de la marca que lo distingue<sup>76</sup>, lo que en teoría deberá repercutir en las posteriores ventas, algo que tratándose del mercado de gomas de mascar conocía de antemano Cadbury Adams<sup>77</sup>.

Así mismo, según se desprende de la información recolectada durante la visita administrativa realizada a la empresa investigada con ocasión del trámite del recurso, el

<sup>75</sup> Ver entre otros los estudios de Napoleón Franco denominados 'Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar'. Octubre de 2000.

<sup>76</sup> MUÑIZ González Rafael La comunicación integral en el Marketing <http://www.marketing-xxi.com/la-publicidad-en-espana-109.htm>

"La importancia de la publicidad radica en cuatro características fundamentales:

"• Su carácter masivo. Puede hacer llegar el mensaje que queremos transmitir a la mayoría del público objetivo al que va dirigido.

"• Su rapidez. Sus acciones tienen resultados inmediatos en el tiempo.

"• Su economicidad. Aunque inicialmente la publicidad puede parecer costosa, lo cierto es que el costo por impacto útil es pequeño.

"• Su eficacia. Sus acciones obtienen una respuesta inmediata sea cual sea el objetivo propuesto: incremento de las ventas, reconocimiento de marca o notoriedad de la empresa." (subrayas fuera de texto)

<sup>77</sup> Ver estudio 'Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar Consumidores'. Pág 132. Octubre 2000:

"Se solicitó a los jóvenes que hicieran todo tipo de sugerencias con respecto a lo que esperarían que se les ofreciera en cuanto la comunicación, nuevos productos, presentaciones, opinando lo siguiente:

"Los entrevistados consideran que la publicidad es muy importante para dar a conocer un determinado Chicle y es a través de los medios de comunicación donde se llama la atención para consumir un producto porque, según ellos, un chicle sin publicidad no se conoce o se olvida. (subrayas fuera de texto)

"La mayoría de los chicles que se consumen, se conocieron por medio de:

- Televisión
- La Radio
- Los afiches en las tiendas
- Las vallas en las calles

- Estudio "Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar – Mayoristas, folio 29. Octubre 2000:

"FACTORES QUE DETERMINAN LA COMPRA

"LA PUBLICIDAD: "Según los mayoristas, hay productos que se venden solos, entre ellos se encuentran los Chiclets Adams en sus dos presentaciones.

"Sin embargo, cuando una empresa realiza una campaña publicitaria hacia el consumidor, a través de los medios masivos de comunicación, las ventas <se disparan> y los clientes empiezan a pedir estos productos

"La publicidad es un aspecto importante para que la marca este siempre presente en la mente del consumidor, frente a esto Chiclets Adams, si bien ha realizado campañas importantes y que aún son recordadas, en el momento no existe publicidad que la destaque de otras categorías que sí lo están haciendo."

producto goma de mascar Clarks, el cual supuestamente formaba parte de una estrategia planeada para incursionar en el mercado de 'bajo desembolso', no se tuvo en cuenta al momento de realizar el presupuesto para el 2002, básicamente "en razón a que este no se encontraba dentro de los planes de ser relanzado"<sup>78</sup>.

Por lo anterior, y bajo los supuestos esgrimidos por el recurrente, no es claro y contundente que la intención de ADAMS al iniciar la venta y comercialización de Clarks en el mes de agosto del 2002, fuera la de introducirse y posicionarse en el "mercado productos de confitería de bajo desembolso".

#### 4.4.3 Independencia entre Clarks y la presencia de Tumix

El recurrente asegura que iniciar la venta y comercialización de Clarks a un precio por debajo de su costo, en el mes de agosto del año 2002, no tuvo relación alguna con la presencia de Tumix en el mercado y, que por el contrario, se dio como respuesta a los resultados de los estudios de mercado que se allegan con el memorial del recurso<sup>79</sup>. Bajo este contexto, es preciso analizar los argumentos citados así:

##### - *Presentación y sabor*

Respecto a las presentaciones y sabores utilizados por Adams para el lanzamiento de Clarks en el año 2002, señala el memorialista que para tal evento no se tuvieron en cuenta aquellas que para dicha época mostraba la goma de mascar Tumix, en la medida que Clarks se remontaba originalmente al año 1988, fecha en que fue introducido al mercado. Tal afirmación la soporta el recurrente en el registro sanitario RSI/V16M06087 otorgado por el Ministerio de Salud mediante resolución 12690 de 1987 en la cual se concede dicho registro a la empresa Chicle Adams S.A. para fabricar y vender goma de mascar en pastillas recubiertas de varios sabores "CLARKS" y cuya copia original fue allegada al Despacho del Superintendente el día 15 de febrero de 2006, trasladada de la Delegatura de Propiedad Industrial.

Ahora bien, en relación con dichos alegatos, este Despacho encontró varios elementos que lo hacen apartarse de la opinión del recurrente, los cuales se detallan a continuación:

- El hecho de que se aporte la copia del registro sanitario prueba que Adams obtuvo el otorgamiento legal para fabricar y vender gomas de mascar en pastillas recubiertas de varios sabores en el año 1988, pero no que el empaque y el producto hubieran sido comercializados en dicho año y con posterioridad al mismo. Al respecto, no existe prueba en el expediente que indique que el producto Clarks se comercializó en el periodo de tiempo referido anteriormente.
- Los estudios allegados, así como su fecha de realización, confirman que Adams tenía conocimiento del comportamiento del mercado en relación con el crecimiento del volumen de venta del 'segmento de bajo desembolso', lo cual se contradice de manera directa con el hecho de que el lanzamiento del producto Clarks no hubiera sido incluido dentro de los cálculos de presupuesto realizados para el año 2002.

<sup>78</sup> Ver: Acta de visita a las instalaciones de Cadbury Adams S.A., 24 de noviembre de 2005, Pág. 3

<sup>79</sup> "Mercado Confitería Colombia". AC Nielsen. 2005. Folios 2505 y ss.

- El recurrente destaca los resultados de la gráfica allegada dentro del anexo 14 del memorial de recurso, relacionados con la importancia del sabor a menta dentro del mercado. Al respecto este Despacho encuentra que el argumento esgrimido por el recurrente podría ser válido; no obstante, al observar la fecha de realización del mismo, se encontró que el estudio corresponde al período comprendido entre los años 2003 al 2005, omitiéndose los años que resultaban relevantes para efectuar la planeación de la estrategia de penetración de mercado, es decir, aquellos previos a la época de lanzamiento de la goma de mascar Clarks.

> *Época del lanzamiento*

Al referirse a las presentaciones y sabores utilizados por Adams con el producto Clarks, manifiesta el recurrente que dicho producto se introdujo al mercado desde 1988, época para la cual no tenía presencia Tumix.

Al respecto, este Despacho encuentra que la copia del registro sanitario aportado por el INVIMA solo corrobora que la empresa Chicle Adams S.A. (hoy Cadbury Adams S.A.) obtuvo el registro sanitario necesario para fabricar y vender dicha goma, pero de ninguna manera permite demostrar que dicho producto fuera efectivamente introducido y comercializado en el mercado bajo la presentación *pillow pack* de dos pastillas con sabor a menta. De esta forma, la carencia de pruebas al respecto, impiden verificar que la entrada de Clarks al mercado para la segunda mitad del año 2002, correspondiera en realidad a un re-lanzamiento y no a su primera presencia comercial.

Así, pues, contrario a lo manifestado por el recurrente, las pruebas recaudadas a largo de la investigación evidencian que Clarks se lanzó en un empaque que no era habitualmente empleado por ADAMS para sus gomas de mascar y que coincidía con el tipo de presentación (presentación unitaria de dos pastillas) y con el tipo de empaque (*pillow pack*) que empleaba la empresa competidora Confiteca, en su goma de mascar de marca Tumix.<sup>80</sup>

> *Zonas geográficas*

En cuanto a las zonas de introducción de Clarks, el recurrente alega que fueron empleadas las áreas de mercado natural de Chiclets Adams, sin consideración a la presencia o no de Tumix. Para tal efecto, remite al cuadro de ventas por zona geográfica- 2002 que hace parte del estudio realizado por Nielsen denominado "Mercado Confitería Colombia"<sup>81</sup> en el que

<sup>80</sup> En testimonio del señor Carlos García Castro, gerente general de Confiteca, obrante a folio 623 del expediente, manifestó:

"PREGUNTA 9: De acuerdo con su respuesta anterior, podría indicar al Despacho, cuándo comenzó a comercializar Confitecol producto Tumix y bajo qué presentación lo hizo?

"Respondió: La fecha exacta la podemos encontrar en nuestra demanda por competencia desleal contra Chicle Adams. Sin embargo, iniciamos la comercialización en el año 1999, en una presentación unitaria de 2 pastillas de chicle menta, empacadas en *pillow pack* y contenidas en una bolsa plástica por 100 unidades."

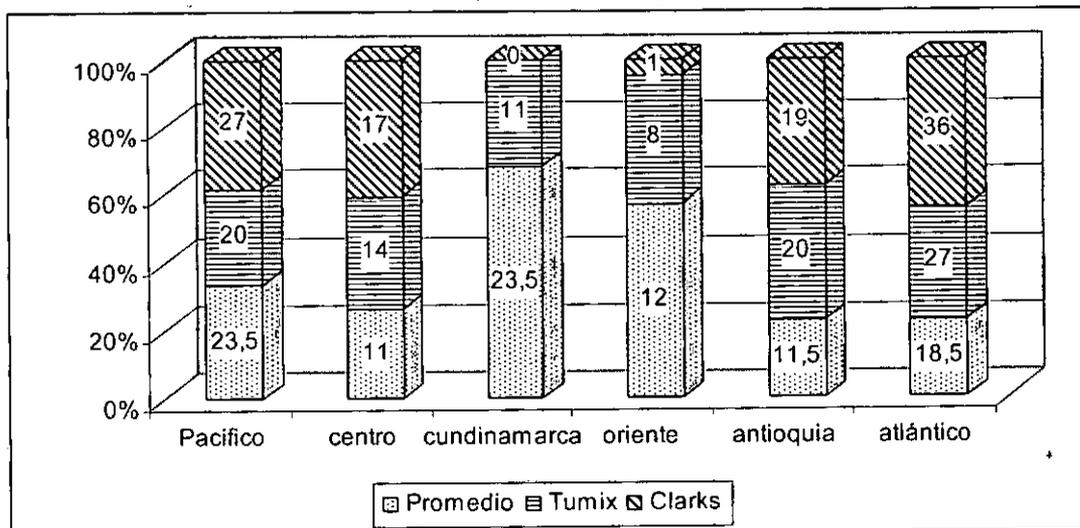
- Ver igualmente lo manifestado a lo largo de sus testimonios por los empleados de Cadbury Adams S.A., Jorge Ávilan, Directo de Mercadeo y Álvaro González, Director Nacional de Ventas

<sup>81</sup> Anexo No. 2 del recurso radicado bajo el número 02091581-40071

igualmente resalta las regiones de Bucaramanga y Bogotá, donde según ellos, tenía una presencia significativa Tumix y que no fueron tenidas en cuenta por Cadbury Adams para introducir el producto.

Al respecto, el Despacho encuentra que dicho estudio de Nielsen reafirma lo expresado en la resolución impugnada en la medida que demuestra que el lanzamiento de Clarks se realizó precisamente en las zonas de mayores ventas de Tumix, es decir, Costa Atlántica, Antioquia y Pacífico, y que al contrario de lo señalado por el recurrente, Cundinamarca y la zona Oriente hacían parte del segmento de menor relevancia. Lo mencionado encuentra mayor trascendencia si se tiene en cuenta que aquellas áreas de mercado como Cundinamarca, señalada en el mencionado gráfico como una zona de concentración de ventas de gomas de mascar y que incluye la principal plaza comercial del país como es Bogotá, hubiera sido relegada a una segunda instancia<sup>82</sup> en la que Adams igualmente contaba con una fuerte presencia, tal y como se muestra en el siguiente gráfico.

Gráfico No. 6. Volumen de ventas por Zona Geográfica. Segundo semestre 2002



Fuente: Estudio elaborado por AC Nielsen "ADAMS CATEGORIA DULCES Y GOMAS", Folio 508.

<sup>82</sup> Ibidem:

"PREGUNTA 46: Podría indicarnos si las gomas de mascar clarks, en el momento de su lanzamiento, fueron comercializadas a nivel nacional en todas las regiones que usted nos indicaba en respuestas anteriores?"

"Respondió: No, no en todas las regiones. Inicialmente, se concentró el lanzamiento en los departamentos de la Costa Atlántica y en Antioquia. En la actualidad se distribuye en todas las regiones del país." (subrayas fuera de texto)

- En declaración del señor Álvaro González Molina, Gerente de Ventas de la empresa Adams, manifestó:  
"PREGUNTA 8. Indíqueme al Despacho si Adams comercializa en Colombia la marca de goma de mascar Clarks, precisenos desde que fecha y en qué ciudades?"

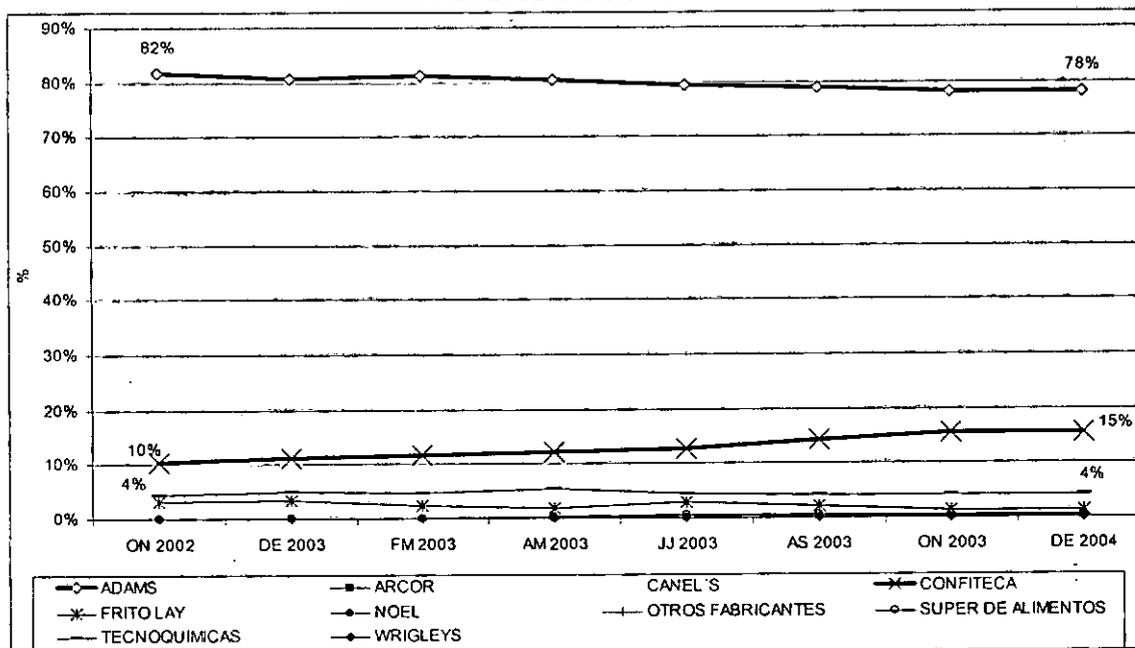
"Respondió: El producto se lanzó en la ciudad de Medellín a mediados del año pasado, tal vez en julio, y se inició el proceso de venta en algunas ciudades como Medellín, Pereira, Cali y la Costa Atlántica. Posteriormente, en enero, febrero de este año se amplió para la zona de Bucaramanga y Bogotá, hasta que se dejó de comercializar a raíz del problema que se estaba presentado, hace aproximadamente 3 o 4 meses." (subrayas fuera de texto)

De esta forma, Bogotá se mostraba para el momento más llamativa y efectiva para los fines esgrimidos por el recurrente de introducir y posicionar el nuevo producto sin tener que enfrentar el obstáculo que significaba penetrar en el mercado de mayor participación de Tumix. Tales consideraciones hicieron reafirmar aún más que la intención de Adams en el momento de lanzamiento de Clarks se enfocaba en atacar directamente el mercado de su competidor.

#### 4.4.4 Consideraciones adicionales

En este punto resulta importante señalar que el lanzamiento se presentó en la época en que el comportamiento de las ventas de la goma de mascar de marca Tumix era creciente, lo cual desplazó del mercado al propio del portafolio de productos de gomas de mascar de Adams<sup>83</sup>. La anterior circunstancia venía generando preocupación en la empresa investigada, tal y como lo demuestran los estudios que obran en el expediente.<sup>84</sup> Así mismo, el siguiente gráfico muestra la pérdida de mercado que presentó Adams frente a Confitecol cuyo producto principal es Tumix.

Gráfico No. 7. Evolución de las ventas en el mercado de gomas de mascar refrescantes -octubre de 2002 a diciembre de 2004-



Fuente: datos suministrados por AC NIELSEN

<sup>83</sup> "PREGUNTA 66: Sabe usted, si se produjo una disminución de la participación de mercado de Chicle Adams S.A., como consecuencia del ingreso a Colombia de la empresa Confitecol S.A. En caso afirmativo, especifique sobre cuales productos tuvo impacto:

"Respondió: Si hubo reducción de participación de mercado de Adams y las marcas afectadas han sido Chiclets Adams, motitas y bubbalo".

-En declaración del señor Álvaro González Molina, Gerente de Ventas de la empresa Adams, manifestó: "PREGUNTA 7: Indique al Despacho si lo sabe, cuál ha sido la tendencia de las ventas de cada una de las marcas de gomas de mascar durante los últimos 5 años.

Respondió: Trident, su tendencia es creciente; Motitas y Bubbalo también es creciente; Chiclets Adams hay una tendencia decreciente; Ice creciente; Clorets es estable". Obrante a folio 611 del expediente, cuaderno 1

<sup>84</sup> Ver entre otros estudios "Diagnóstico de la marca Chiclets Adams Categoría de Gomas de Mascar" Octubre 2000:

En este mismo sentido, las pruebas aportadas con ocasión del recurso corroboran que para la empresa Adams, la entrada y desenvolvimiento de Tumix eran de gran relevancia, a tal punto que era considerado como uno de sus principales competidores<sup>85</sup>.

Por lo anterior, el Despacho encontró como indicio en contra, que Adams lanzara su producto Clarks bajo los mismos estandartes de presentación (pillow pack de dos pastillas) y sabor (menta) de Tumix, enfocándolo igualmente al segmento de población adulta, sin realizar estudios de mercado específicos para tal efecto<sup>86</sup> y cuando para tal fecha existía una amplia gama de posibilidades para tales variables, lo cual hubiera resultado mas acorde con la tendencia que presentaba Adams para el período de tiempo en que ocurrieron los hechos<sup>87</sup>.

En todo caso, es preciso resaltar que este Despacho no considera reprochable el hecho de lanzar un producto al mercado como herramienta de competencia con la cual se pretenda ganar presencia o recuperar clientela. Lo reprochable, para el caso en cuestión, es la forma como esta conducta se realizó, es decir, por fuera de los estándares de la sana competencia, utilizando como soporte la posición de dominio que ostentaba Adams en el mercado para vender por debajo de sus costos durante un período de tiempo prolongado, como una reacción agresiva frente a la afectación que estaba generando Tumix en las arcas de la empresa.

---

<sup>85</sup> En declaración del señor Álvaro González Molina, Gerente de Ventas de la empresa Adams, manifestó:  
"PREGUNTA 24: Cuál considera es su principal competidor para las gomas de mascar refrescantes. Indique cuál es el producto de la competencia y con cual de los productos de Chicle Adams compite directamente?"

Respondió: En este momento se tienen varios competidores. Charms ha sido históricamente el competidor de Adams, Confiteca o Tumix entró hace 2 o 3 años, inclusive lo hicieron mucho antes con otras marcas como Artic o American, que no le dieron resultado. Recientemente Tumix ha tenido un buen desempeño en el mercado y su estrategia inicial fue para que el consumidor lo comprara a \$50, posteriormente promovieron llevar el precio a \$100 en la tienda. Creo que Tumix bajo el segmento de bajo precio es el que más fuerte esta compitiendo. Tenemos otros productos del mercado como Douglas de la compañía Fritolay; Colombina trabajó Wrigles, producto importado. Respecto a Adams, se tiene a Chiclets Adams, Ice, Clorets, Trident y Clarks. (subraya fuera de texto)

Frente al punto, el señor Jorge Avilán, director de mercado de la empresa Adams, afirmó:  
"PREGUNTA 29: Cual considera es su principal competidor para las gomas de mascar refrescantes. Indique cuál es el producto de la competencia y con cual de los productos de Chicle Adams compite directamente:  
"Respondió: En este momento es Tumix y la arca afectada directamente es chiclets adams."

<sup>86</sup> PREGUNTA 28: Podría indicarnos si lo sabe, si la compañía Adams ha realizado algún tipo de estudio económico donde encontremos la participación por marca de las gomas de mascar refrescantes en el mercado colombiano? De ser afirmativa su respuesta, podría indicarnos con qué compañía de llevo a cabo?  
Respondió: No se ha hecho ese estudio.

<sup>87</sup> En declaración del señor Álvaro González Molina, Gerente de Ventas de la empresa Adams, manifestó:  
"PREGUNTA 19: Podría explicar al despacho, si Adams enfoca la venta del producto, de acuerdo al tipo de presentación del mismo. Es decir por unidades o por cajas de 12 o 2 unidades o tipo de empaque?:  
"Respondió: No podría hablar de un enfoque como tal, sino de necesidades de mercado a las cuales la compañía responde basado en estudios de mercado. Esto de alguna manera le va mostrando a la compañía hacia donde debe desarrollar sus presentaciones. Tenemos productos en cajita y el pillow pack. En pillow pack tenemos Halls, Certs, Clarks, Bubbalo, Trident y casi todos las presentaciones tienen otra presentación mas grande" Obrante a folio 611 del expediente, cuaderno 1

Así las cosas, estos hechos se constituyen en indicios de que la intención de Adams no fue la de introducir el producto para posicionarlo de manera efectiva y obtener una rentabilidad que le permitiera, cuando menos, cubrir sus costos, sino llanamente utilizarlo como herramienta predatoria a fin de eliminar o evitar la expansión mostrada por Tumix.

Para finalizar, se recalca que la sanción impuesta a la empresa impugnante se tipificó con base en el material probatorio obrante en el expediente y que fue aportado durante la vía gubernativa, lo cual sopesa la legalidad de la misma y deja sin valor la argumentación del recurrente respecto a la carencia de pruebas sobre la cual se basó la resolución objeto del presente estudio.

#### **4.5 Responsabilidad de personas naturales**

En lo que respecta a la responsabilidad individual del señor Jorge Avilán Aristizabal, en vista que fueron confirmados los supuestos fácticos de responsabilidad de la empresa Cadbury Adams S.A. y que no se esgrimieron nuevos argumentos tendientes a desvirtuar de manera específica el papel desarrollado por el señor Avilán, el Despacho mantendrá la posición expresada en la resolución que ahora se impugna, así como la sanción establecida.

#### **4.6 Otras Consideraciones: Acceso al expediente**

Al referirse al tema de la capacidad instalada, utilizada y ociosa, el recurrente manifiesta que el Despacho no puso a su disposición los cuadernos reservados donde se encontraba la información pertinente, y que por lo mismo, no pudo determinar si el análisis y cálculos realizados son adecuados. Por lo tanto, afirma el memorialista, que los datos que sirvieron de base de tales cálculos son secretos, circunstancia que resulta violatorio de los derechos al debido proceso y de defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en la medida que no se le permitió determinar si las pruebas favorecían o no a su representada.

Al respecto vale mencionar que resulta temerario el cargo de ocultamiento de pruebas que esgrime el apoderado de la investigada, en cuanto carece de fundamentación fáctica y de soporte legal. A este respecto, es preciso hacer énfasis en que los sujetos vinculados a la actuación tuvieron a su disposición permanente el respectivo expediente en las dependencias de la Secretaría General de esta Entidad, permitiéndoles de esa manera conocer cada una de las actuaciones evacuadas y los documentos obrantes en el mismo, incluyendo la información reservada.

Así, pues, debe entonces concluirse que esta Superintendencia obró siguiendo paso a paso el ordenamiento jurídico aplicable a este tipo de tramites, ciñéndose a los pilares constitucionales y legales de su competencia y permitiéndole a las partes conocer cada una de las decisiones, documentos y participar en las diligencias practicadas, todo lo cual implica de por sí, el respeto pleno al derecho de contradicción y de defensa.

En mérito de lo expuesto, esta Entidad

#### **RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.** Confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución No. 22624 de septiembre 15 de 2005.

RESOLUCIÓN NÚMERO 03370 DE 2006 Hoja N°. 45

**ARTÍCULO SEGUNDO.** Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Enrique Álvarez Posada, como apoderado de la sociedad Cadbury Adáms S.A. y del señor Jorge Avilán Aristizabal, entregándole copia de la misma e informándole que en contra de la presente decisión no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa conforme a lo dispuesto en el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **16 FEB. 2006**

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
**JAIRO RUBIO ESCOBAR**

Notificar:

Doctor:  
**ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA**  
C.C. 79.150.571  
Apoderado  
*CADBURY ADAMS S.A.*  
Calle 72 No 5 – 83, piso 5  
Ciudad.

Doctor:  
**ENRIQUE ÁLVAREZ POSADA**  
C.C. 79.150.571  
Apoderado  
*Jorge Avilán Aristizabal.*  
Calle 72 No 5 – 83, piso 5  
Ciudad.