

H. Magistrada.

Dra. MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA.

SALA CIVIL.

E. S. D.

Referencia: Radicado N° **110013199001-2020-99579-01**

Demandante: Advisors of Trade Marketing.

Demandado: Salesland S.A.S y Lenovo Asia Pacific Limited sucursal Colombia.

Asunto: Sustentación Recurso de Apelación – Sentencia del 25 de mayo de 2021 Superintendencia de Industria y Comercio.

German Leonardo Plazas Acevedo, identificado civil y profesionalmente como aparece bajo mi firma, obrando en mi condición de apoderado especial de la sociedad demandante **ADVISORS OF TRADE MARKETING S.A.S.**, por medio de la presente y dentro del término legal consagrado en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 y el Auto que admitió el recurso interpuesto, notificado por anotación en Estado electrónico el pasado 22 de julio 2021, me permito **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la Sentencia proferida el despacho del señor Superintendente Delegado para Asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio a efectos de que sean revisados los siguientes reparos hechos a la Sentencia Proferida El 25 de mayo de 2021, por el despacho del señor Superintendente Delegado para Asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en la cual se declaró la inexistencia de actos de competencia desleal en las conductas desarrolladas por las demandadas Lenovo Asia Pacific Limited Sucursal Colombia y Salesland S.A.S. omitiendo que tal como se ha establecido por la doctrina que la conducta profesional de los comerciantes en atención al evidente conflicto de intereses y en la competencia exige lealtad y buena fe.

1. PRIMER MOTIVO DE INCONFORMIDAD. INDEBIDA APRECIACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO de los supuestos facticos de la Inducción a la ruptura contractual y actos de desorganización.

El despacho del señor Superintendente Delegado, no hace una valoración, ni referencia alguna a las pruebas documentales aportadas al proceso, correos electrónicos, estados financieros, en los cuales se evidencia que la demandada Lenovo Asia Pacific Limited sucursal Colombia, incurre en la conducta de competencia desleal descrita de Inducción a la Ruptura Contractual, cuando de manera unilateral modifica el contrato legalmente celebrado con la demandante, haciéndole más oneroso el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de promotoría, e induciéndolo a fin de conjurar las pérdidas a terminar el contrato de manera anticipada el 28 de junio de 2018.

El demandado Lenovo, Modifica de manera unilateral las condiciones del contrato inicialmente aceptadas en la oferta incumpliendo la buena fe comercial y el principio que el contrato es ley para las partes e incurre en actos de competencia desleal, tanto en la prohibición general como en la inducción a la ruptura contractual cuando.

- Amplía o extiende los tiempos para la expedición de las órdenes de compra mensuales, retrasando con ello los tiempos para la facturación de los servicios prestados.
- Amplia los tiempos para el pago de las facturas de 30 días a 60, 90 y hasta 120 días, causando con ello que la demandante debe acudir a préstamos del sector bancario para atender las obligaciones laborales.
- Unilateralmente modifica el FEE o comisión inicialmente **aceptada del 16,94% al 13.5% y luego al 10.75%** con lo cual el sostenimiento del servicio de promotoría para el demandante se hace más oneroso, afectando las utilidades de la empresa tal y como se evidencia en los estados financieros aportados como pruebas en el proceso.

La ley 256 de manera objetiva establece en su artículo 7 “*Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones **el principio de la buena fe comercial***”.

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

Es claro que, en materia mercantil, los contratantes pueden renegociar las condiciones de los contratos y para ello se debe hacer de común acuerdo, a través de acuerdos comerciales, otrosí a los contratos, transacciones y demás figuras jurídicas y no a través de la imposición de modificaciones unilaterales a las condiciones inicialmente aceptadas.

De igual manera las conductas desplegadas por LENOVO ASIA- PACIFIC LIMITED, hacia su contratista quien le prestaba el servicio de promotoría de manera ininterrumpida desde el año 2009, tuvieron como efecto la desorganización interna de Advisors of Trade Marketing S.A.S. (antes Critertec S.A.S), entidad que para poder cumplir con las **obligaciones laborales** con los empleados dedicados a la promotoría de la marca Lenovo, debió acudir a endeudamiento con el sector bancario.

La ampliación de la capacidad de endeudamiento y los cambios en las condiciones inicialmente pactadas, afectaron los estados financieros de la entidad demandante, conforme al material probatorio que no fue apreciado por el a-quo en el fallo objeto de apelación. De manera objetiva la ley 256 considera que se incurre en actos de desorganización toda conducta “*que tenga por objeto o **como efecto desorganizar internamente la empresa**, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno*”.

De igual forma el despacho del señor Superintendente delegado omite valorar las pruebas documentales aportadas al proceso como son los correos electrónicos, en los que se evidencia que la sociedad demandada Lenovo Asia Pacific Limited Sucursal Colombia, no realiza con la demandante ninguna renegociación de tarifas como lo argumenta en su testimonio la señora Carolina Jiménez, lo que existió fue una imposición para el cambio de las condiciones inicialmente aceptadas en el contrato y una tolerancia por parte del contratista a fin de continuar con el negocio.

El a-quo en su decisión, no aprecia de manera conjunta el material probatorio, en el que se evidencia que Advisors of trade Marketing S.A.S., es inducido por la demandada Lenovo Asia Pacific Limited Sucursal Colombia a terminar el contrato de promotoría, por la negativa de la contratante a revisar y reestablecer el equilibrio económico del contrato de promotoría que fue alterado por las modificaciones unilaterales realizadas por el contratante Lenovo Asia Pacific Limited Sucursal Colombia, en un clara violación del principio de buena fe comercial de la que se concluye que si no se toleraban los cambios, la demandante Advisors of trade Marketing, sería perjudicada prolongándose los tiempos para la expedición de ordenes de compra y para el pago de facturas o simplemente no se expedirían las ordenes de compra debiendo eso si continuar con la prestación del servicio de promotoría.

Omite el señor Superintendente Delegado para asuntos Jurisdiccionales en el fallo objeto de impugnación que el material probatorio (pruebas documentales, interrogatorios y testimonios) prueba de manera objetiva la incursión de las demandadas en las conductas descritas por la norma como actos de competencia desleal.

2. SEGUNDO MOTIVO DE DISENSO. INDEBIDA APRECIACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO de la Inducción a la ruptura contractual de los contratos de trabajo de los trabajadores de la demandante, orquestados por las demandadas.

El despacho de conocimiento en primera instancia, al estudiar si las demandadas Salesland S.A.S y Lenovo Asia Pacific Limited sucursal Colombia, incurrieron en conductas de competencia desleal, no realiza una apreciación de los interrogatorios de parte practicados a los representantes legales de las entidades demandadas (Lenovo y Salesland) y los documentos aportados como prueba en los que estos dan cuenta que:

1. Lenovo Asia Pacific Limited sucursal Colombia estaba interesado en los trabajadores de la demandante en atención a que se trataba de personal calificado, conocedor de estrategia de ventas, conocedor de la marca y productos electrónicos e Lenovo y que entregó el listado de trabajadores de Advisors of trade Marketing a la demandada Salesland Colombia SAS, para que fueran contactados y les realizaren ofertas laborales para la prestación del servicio de promotoría que había sido contratado entre Lenovo y Salesland.

2. Salesland Colombia S.A.S. a través de su representante legal acepta que recibió de Lenovo la base de datos de los trabajadores de la entidad demandante y que los contactó porque en el mercado laboral no es fácil conseguir trabajadores con el perfil y conocimientos en ventas y en productos electrónicos, y que les realizó ofertas laborales, para vincularse con Salesland Colombia S.A.S. para prestar el servicio de promotoría de la marca Lenovo contrato que había sido ganado por ellos.

Las anteriores afirmaciones realizadas por parte de los representantes legales de las entidades demandadas dan cuenta de que entre ellas orquestaron en realizar a los trabajadores de Advisors of trade Marketing S.A.S. (antes Critertec S.A.S.) ofertas laborales, y (bonos de retiro) induciéndolos así a romper sus contratos laborales renunciando a sus trabajos.

Estas afirmaciones son corroboradas mediante correo electrónico, al que tampoco se da valor probatorio alguno por parte del fallador de primera instancia, en el que Salesland Colombia S.A.S. comunica a Lenovo el resultado de la labor de contacto a los trabajadores de la demandante, informando del éxito alcanzado y detallando quienes aceptaron los ofrecimientos laborales.

Es del caso indicar que la ley 256 define y considera la conducta de inducción a la ruptura contractual, “Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores”. **“La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.** (resaltados fuera de texto)

Incorre el despacho del señor Superintendente delegado en indebida apreciación del material probatorio, pues la norma en cita establece que se incurre en competencia desleal de inducción a la ruptura contractual pues las demandadas indujeron a los trabajadores a terminar sus contratos de trabajo con la demandante con un objetivo claro por parte de Salesland de expandirse en el sector de la promotoría de la marca Lenovo, con la clara intención de eliminar del mercado a un competidor como lo es la demandante quien desde el 2009 desarrollo la promotoría de la marca Lenovo en Colombia.

Argumenta en su fallo el señor Superintendente Delegado para asuntos Jurisdiccionales, que no existe inducción a la ruptura contractual porque no estuvo acompañada de engaño, porque las demandadas no engañaron a los trabajadores, pero deja de lado que las demandadas, orquestaron la inducción a la ruptura contractual de los trabajadores con la intención de eliminar a Advisosrs of Trade Marketing S.A.S., pues el hecho de que mas del 70% de la planta de personal operativo encargado de la promotoría de marca y cierre de ventas terminase de manera regular su contrato de trabajo, dejaría como en efecto sucedió sin posibilidad de operar a la demandante, ya que se trataba de personal altamente calificado en estrategia de ventas y conocedor de la marca Lenovo y de sus productos electrónicos, así como del funcionamiento del RETAIL en los puntos de venta, tal y como fue admitido y aceptado por los representantes legales de las entidades demandadas en los interrogatorios de parte.

TERCER REPARO A LA SENTENCIA. Falta de apreciación Individual y Conjunta de Las pruebas de Acuerdo con los Principios del Derecho Probatorio y de la Jurisprudencia, por Parte del Despacho del Señor Superintendente para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Las pruebas de acuerdo con la normatividad vigente, y los criterios establecidos en la jurisprudencia han de ser apreciadas de manera individual y conjunta, racionalmente, de acuerdo a las reglas de la sana critica, es decir que la obligación de motivar las providencias se satisface con un procedimiento de valoración objetivo, lógico, semántico y hermenéutico más allá del tecnicismo dogmático que realiza el H Despacho del Superintendente Delegado para asuntos Jurisdiccionales; así lo indicó la H Corte Suprema de Justicia en sentencia **SC-91932017** de marzo 29 de 2017, (M. P. Dr. Ariel Salazar Ramírez).

*“La apreciación individual y conjunta de las pruebas según las reglas de la sana crítica no es un concepto vacío, ni una válvula de escape de la que el juez puede echar mano para dar la apariencia de racionalidad y juridicidad a sus intuiciones, tabúes, posturas ideológicas, emociones, prejuicios culturales, políticos, sociales o religiosos, **o a sus***

sesgos cognitivos o de “sentido común”. Es, por el contrario, un método de valoración de las pruebas que impone a los jueces reglas claras y concretas para elaborar sus hipótesis sobre los hechos a partir del uso de razonamientos lógicos, analógicos, tópicos, probabilísticos y de cánones interpretativos adecuados, que constituyen el presupuesto efectivo de la decisión. (resaltado fuera de texto)

“La valoración del significado individual de la prueba es un proceso hermenéutico, pues consiste en interpretar la información suministrada por el medio de prueba a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para realizar tal labor, **el juez debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba, es decir su adecuación o correspondencia con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, a partir de las cuales infiere la coherencia del relato, es decir su ausencia de contradicciones y su mérito objetivo**”. (resaltado fuera de texto)

“La apreciación racional de la prueba en su singularidad se establece a partir de su consistencia y coherencia: una prueba es valiosa si la información que suministra explica la realidad a la que se refiere y no contiene contradicciones”.

“La suficiencia o plenitud de la prueba es siempre relativa al thema probandum, por un lado, y al contexto de referencia, por el otro, **pues no existe una prueba completa en sí misma** (a menos que la ley lo disponga expresamente), **sino unos medios que proveen el conocimiento con la aptitud o eficacia para explicar las circunstancias en que se basa la controversia**, a la luz de un análisis contextual de la realidad social, profesional o técnica en que se dan los hechos que se investigan”. (resaltado fuera de texto)

“Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a su análisis conjunto mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas, de suerte que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, es decir sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencial. Finalmente, todas las hipótesis probatorias comparecen ante el tribunal de la experiencia, tanto de las circunstancias por ellas referidas como del marco de significado que las hace objetivamente consistentes y valiosas, de manera que encajen fácilmente como si se tratase de piezas de un rompecabezas, quedando por fuera todas aquellas hipótesis explicativas que no concuerdan con los enunciados probados por ser inconsistentes, incompletas o incoherentes (método de falsación)”.

“La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en suma, trasciende las reglas estrictamente procesales porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades, sino que los instrumentos legales son un medio para

alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso, y esta función sólo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar completamente reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a «un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático tan querido por los exégetas de las reglas procesales ordinarias».¹

“Estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el juez de motivar las sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes”.

“No obstante, la valoración probatoria por parte del juez puede producir mejores resultados, evitando caer en errores, si su entrenamiento práctico se guía por el conocimiento formal de los asuntos teóricos, teniendo en cuenta que la decisión judicial es, finalmente, la aplicación práctica de los conceptos jurídicos. El correcto entendimiento del significado de “las reglas de la sana crítica” es, entonces, la pauta objetiva que permite detectar los errores en que incurren los jueces cuando aprecian los hechos a la luz de sus sesgos cognitivos, tabúes psicológicos o prejuicios sociales, y no a partir de **la racionalidad que impone la ley para establecer la correspondencia que debe haber entre sus enunciados fácticos y la realidad que dio origen al litigio**”.

Es aquí como la sentencia objeto de recurso carece de lo anterior, en tanto no se observa en la motivación un análisis individual y menos conjunto del material probatorio arrojado al proceso, que prueban de manera objetiva los supuestos fácticos establecidos en las normas que establecen o tipifican las conductas que se consideran competencia desleal.

PETICIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Con base en las anteriores reparos a la sentencia y los fundamentos expuestos, solicito comedidamente al H Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, revocar la Sentencia de primera instancia, no solo porque existen pruebas que evidencian la realización de Conductas de Competencia desleal por parte de las demandadas en contra de la demandante sino porque existe una violación a los principios probatorios y procesales establecidos para la valoración de las pruebas y la motivación de la sentencia.

De los H Magistrados.



GERMAN LEONARDO PLAZAS ACEVEDO.

C.C 9395.864 Exp en Sogamoso

TP. 94010 del C.S. de la J.

german_plazas@hotmail.com

Tel 3002125966

¹ Michele TARUFFO, La motivación de la sentencia civil. Madrid: Trotta, 2011. p. 20.

Honorables Magistrados:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Doctor LUIS ALFONSO ISAZA DAVILA

E. S. D.

Vía email: secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Proceso Verbal Promovido por DIME QUE SI SAS (Cesionaria de CATERING GOURMET 100% SAS) contra FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SA y FRESENIUS MEDICAL CARE ANDINA SAS.

Radicado: 110013103011**20190018901**

Asunto: Sustentación de Recurso de Apelación contra sentencia de primera instancia.

CARLOS ALBERTO GUTIERREZ VALENCIA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en el presente acto en nombre y representación de la parte demandante, mediante el presente escrito, muy respetuosamente, Sustento el RECURSO DE APELACIÓN presentado contra la sentencia de primera instancia, así:

I. Sentencia objeto del Recurso de Apelación

Se trata de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once (11) Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 20 de enero de 2021 y notificada en el Estado No. 007 del 22 de enero de 2021.

II. Oportunidad de la Sustentación del Recurso

Teniendo presente que El Recurso de Apelación fue admitido mediante auto del 16 de julio de 2021 y notificado por Estado el día jueves 22 de julio de 2021, la presente sustentación del Recurso se presenta en forma oportuna, esto es, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de su notificación, de acuerdo lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

III. Sustentación del Recurso

La sentencia recurrida, al pronunciarse sobre el fondo del asunto, niega las pretensiones de la demanda al considerar que (i) no se acreditó ningún acto o manifestación de las demandadas que permita inferir que hubo una aceptación tácita de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS en el año 2017 y/o (ii) no se demostró por la parte demandante que las sociedades demandadas hayan querido celebrar un contrato distinto al que había nacido legalmente a la vida jurídica y que las venía rigiendo.

No compartimos la decisión del juzgado de primera instancia, por cuanto es contrario a la realidad de los hechos y de lo efectivamente probado en el proceso, como se explica a continuación:

3.1. En la Invitación a cotizar (ES 17 001 09) no está establecida la celebración de un contrato u otro sí para el perfeccionamiento del mismo.

Aunque era una práctica habitual entre las partes la celebración de un otro sí cuando terminaba el proceso de licitación, y con el mismo se daba continuidad a los contratos

anteriores, es de resaltar que dentro de los términos de referencia en cada licitación o invitación a cotización, incluyendo la presente licitación (ES 17 001 09), NO SE ESTABLECÍA la celebración del otro sí para que se perfeccionara el contrato surgido con la aceptación de la Oferta.

Así las cosas, y partiendo de la base que la invitación a cotizar contenía los elementos esenciales del contrato de suministro de alimentos, como así lo verificó la señora Juez de Primera Instancia, con la aceptación de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, como efectivamente ocurrió, dicha oferta se volvió vinculante e irrevocable, por tanto, no requería de la celebración de un otro sí para que iniciara su ejecución.

Se dio la espera a la celebración de los otros sí a los contratos, para respetar las relaciones que de larga data se tenía con las compañías demandadas, pero aclaramos que no eran necesarios los mismos, pues con la aceptación de la oferta ya se habían perfeccionado los contratos, además siempre se dejó claro que las tarifas que regían eran las presentadas en la oferta y no las que regían para los contratos anteriores, incluso se les solicitó el pago retroactivo. Dichas comunicaciones son reconocidas por la señora Juez de Primera Instancia.

3.2. El desayuno no era parte del “SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL” y, por el contrario, sí hacía parte del objeto del contrato establecido en los términos de referencia de la invitación a cotizar (ES 17 001 09).

Contrario a lo que manifestó la señora Juez de Primera Instancia, el desayuno sí hizo parte de la licitación (ES 17 001 09) pues, aunque no se identificó en los numerales 5.2 y 5.3, lo cual atribuyo a un error de digitación al fusilar los modelos de licitaciones anteriores, en el numeral 8 (página 9 de la invitación a cotizar) se identifica claramente el desayuno como uno de los ítems a presentar en las ofertas (condiciones), como se puede ver a continuación:

La calificación de las propuestas se basará en la documentación, información y anexos correspondientes, por lo cual, es requisito indispensable consignar y adjuntar toda la información detallada que permita su análisis. Lo anterior teniendo en cuenta los horarios y condiciones que a continuación se establecen:

Desayunos:

Horario 05:10 a.m. a 06:00 a.m.

Composición:

Bebidas	Chocolate, leche, café, té, milo, caldo, avena, agua de panela, changua, colada, jugo, agua, etc.	Mínimo 7 Onzas.
Acompañamiento:	Huevos, pan, queso, torta, pan de bono, arepa con queso, sándwich, empanada, hojaldre, pancake, pastel, tamal, changua, caldo de costilla, patacón, carne desmechada, salchicha, caldo de carne, calentado, yogurt con cereal en vaso, porción de fruta con crema de leche.	Mínimo 250 Gramos.

Además de lo anterior, todas las empresas que participaron en la licitación ofertaron también el servicio de desayuno, como se puede ver en las pruebas documentales aportadas en el proceso, muy particularmente las pruebas allegadas por los demandados como prueba de exhibición solicitada de oficio por la señora Juez de Primera Instancia.

Nuevamente se aclara que el servicio de desayuno no hacía parte del suministro en los contratos anteriores, en esos contratos solamente estaban los servicios de almuerzo, refrigerio diurno, refrigerio nocturno y cena, por tanto, no es "coincidencia" que el precio ofertado por CATERING GOURMET 100% SAS haya sido el precio que pagaron las sociedades demandadas por el servicio de desayuno después de celebrada la licitación, y menos aún que el servicio de desayuno haya estado dentro de lo que se identifica como SUMINISTRO ESPECIAL DE ALIMENTACIÓN, pues este servicio hace referencia al suministro de alimentación para los EVENTOS que llevaban a cabo las demandadas, y eran negocios que no eran permanentes, por eso, siempre tenían una previa negociación de precios (oferta y aceptación).

El desayuno era un servicio permanente, no tuvo una negociación previa como los eventos, pues el precio del desayuno se estableció en la Oferta presentada con ocasión de la Invitación a Cotizar (ES 17 001 09).

En las facturas aportadas como pruebas documentales, se puede ver que antes de la licitación no se facturaban los desayunos pero sí se facturaban eventos, y después de la licitación se puede ver en las facturas el ítem de desayunos, junto con los refrigerios, almuerzos y cenas, y muy aparte de eso, están los eventos que, reitero, eran los que se identificaban como SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL y era lo que tenía una negociación previa para cada caso.

De acuerdo con esto, el suministro del desayuno al precio ofertado por CATERING GOURMET 100% SAS, se entiende como un acto inequívoco de aceptación de la Oferta presentada que perfecciona los contratos de suministro con las demandadas, a los precios ofertados por CATERING GOURMET 100% SAS.

3.3. La implementación y pago del sistema biométrico y las auditorías SÍ constituyen actos inequívocos de aceptación de la Oferta.

La señora Juez de Primera Instancia manifiesta que la implementación del sistema biométrico y las auditorías no constituyen indicio contundente de una aceptación tácita de la Oferta, lo cual no compartimos, más aún si tenemos en cuenta el momento en que estas situaciones ocurren, pues se presentan cuando hay un proceso de licitación de por medio.

Las auditorías iniciaron precisamente después de presentarse la licitación, por tanto, era lógico entender que el inicio o ejecución de las mismas, estuvieran relacionadas con la licitación y, muy particularmente, con la aceptación de la propuesta presentada, pues de no ser así, es decir, si no se pretendía aceptar la oferta, por qué iniciar un nuevo proceso de auditoría y solicitar toda esa cantidad de informes.

Lo mismo ocurre con el sistema biométrico, pues si se está solicitando hacer una inversión de ese tipo, que va a funcionar única y exclusivamente para el casino de las demandadas, tiene toda la lógica entender que se está aceptando la Oferta, pues no tiene sentido alguno que le exijan el pago de este rubro para luego no admitir su oferta y contratar a un tercero.

Si, por ejemplo, las demandadas hubieran llamado a otro de los oferentes a solicitarles la implementación de un sistema biométrico de este tipo, muy seguramente van a entender esta solicitud como la aceptación de su oferta.

Así las cosas, la Juez de Primera Instancia se queda corta en la valoración de estos hechos y pruebas, pues no los valora teniendo en cuenta el momento en que se presentan (cuando hay una licitación de por medio) y las connotaciones de las mismas, pues claramente se generaron expectativas legítimas con respecto a la aceptación de una oferta.

De acuerdo con esto, la implementación y pago del sistema biométrico y las auditorias Sí constituyen actos inequívocos de aceptación de la Oferta por parte de las demandadas.

3.4. CATERING GOURMET 100% SAS nunca tuvo la intención de dar continuidad a los contratos anteriores.

Como ya se ha manifestado a lo largo de este documento, CATERING GOURMET 100% SAS nunca tuvo la intención de que los contratos anteriores continuaran vigentes, y así lo manifestó por escrito a las demandadas quienes, aunque en varias ocasiones se le solicitó información sobre el resultado de la licitación, nunca hicieron una manifestación expresa de rechazar la oferta o de declarar desierta la licitación.

Si se continuó facturando con precios anteriores, fue porque estaba de por medio la licitación, la cual cambiaría las condiciones de los contratos y que posteriormente se haría unos otros sí retroactivos. Las comunicaciones enviadas por el representante de CATERING GOURMET 100% SAS indicando que el precio vigente era el de la oferta y que se debía hacer un retroactivo son prueba suficiente de su clara intención de no mantenerlos vigentes, por tanto, no había una voluntad de las partes de continuar con los mismos.

3.5. NO PUEDE INTERPRETARSE QUE LA INTENCIÓN DE LAS DEMANDADAS ERA SEGUIR CON LOS CONTRATOS ANTERIORES.

El hecho de iniciar un proceso de licitación es una prueba clara de que las demandadas no querían seguir con los contratos anteriores, pues en los términos de referencia de la licitación o invitación a cotizar (ES 17 001 09) no se establece que esta era solo para sondear los precios del mercado, por el contrario, de la forma en que se presenta la licitación y como está redactada, puede verse que sí tiene vocación de ser vinculante, pues no solo cumple con todos los requisitos, pues los elementos esenciales del contrato de suministro están allí establecidos, sino que en la licitación se hizo una invitación formal a varias empresas para que presentaran sus ofertas.

De haber sido diferente, las demandadas habrían violado el deber de BUENA FE precontractual, pues habrían violado el sub deber de SERIEDAD el cual marca la *lealtad* con que se debe incursionar en las actividades precontractuales.

Si las demandadas no tenían la intención real de negociar, sino de hacer un mero sondeo de precios, sin la real voluntad de concluir un negocio, habrían hecho perder tiempo y gestión a los oferentes, faltando al deber de seriedad con que se debe actuar en la etapa precontractual.

No se puede partir de la base o, simplemente asumir, que compañías como las demandadas, que hacen parte de un conglomerado internacional, líder a nivel mundial en su ramo, no cumplan con los postulados básicos de la buena fe y que sus licitaciones y/o invitaciones a cotización no tienen la seriedad mínima exigida en una etapa precontractual. De saberse, simplemente nadie participaría en los procesos de licitación.

De acuerdo con esto, yerra la señora Juez de Primera Instancia al interpretar que las demandadas tenían la intención de mantener vigente los contratos anteriores, más aún cuando contractualmente la vigencia ya había expirado y en su cláusula se manifestaba clara y expresamente que no había prórroga automática y que como ha pasado a lo largo de la vigencia de los contratos, esta se ha prorrogado solo mediante otro sí, lo cual no ocurrió en este caso.

Sumado a lo anterior, cuando el representante legal de CATERING GOURMET 100% SAS solicitó información sobre el estado de la licitación, estos nunca manifestaron que esta no era válida, ni que se rechazaba o que quedaba desierta, por el contrario, guardaron silencio al respecto cuando fácilmente hubieran podido contestar diciendo que esta no iba a culminar o se iba declarar desierta y que iban a seguir con los contratos anteriores, situación que no paso.

3.6. Se hace una lectura e interpretación errada del contrato, con respecto a la forma de pago de las facturas, para argumentar que no hubo nunca pago de facturas retroactivas.

Dice la señora Juez de Primera Instancia en el inciso tercero del numeral 5.4 de la sentencia, que se confirma la versión de los demandados con respecto a que el pago de las facturas era de hasta 35 días, lo cual coincidía con las fechas en que se realizaban los otros sí a los contratos, para argumentar que efectivamente nunca se presentó un pago retroactivo de suministros, luego de terminadas las licitaciones de periodos anteriores.

Lo anterior es errado, pues si la Factura se presentaba el día 30 de cada mes, y el pago se hacía dentro de los cinco días contados a partir del siguiente mes a la presentación de la Factura, la realidad es que el tiempo de pago de las facturas era de 5 a 6 días calendario, dependiendo si el mes era de 30 o 31 días, por tanto, no es cierto que las demandadas tuvieran hasta 35 días para cancelar las facturas como así lo asevera la señora Juez de Primera Instancia.

De acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, puntualmente en los contratos, los otros sí y las pocas actas de Comité con Aprobación de Propuestas aportadas por la parte demanda en la exhibición de documentos, se puede ver en forma clara que en todas las licitaciones anteriores siempre se hizo un reconocimiento retroactivo, me explico:

Para el Otro Sí No. 1 del Contrato DFA-02482-12, El Acta de aprobación del Comité fue de Fecha 8 de octubre de 2013 y el otro sí que aumentó la vigencia del Contrato (de abril 30 de 2013 a abril 30 de 2014) fue de fecha 1 de mayo de 2013, siendo claro que solo con el acta de aprobación de comité se permitía celebrar el otro sí.

Para el Otro Sí No. 3 del Contrato DFA-02482-12, El Acta de aprobación del Comité fue del 13 de mayo de 2015 y el otro sí que aumentó la vigencia del Contrato (del 30 de abril de 2015 a 31 de diciembre de 2015) fue de fecha 1 de junio de 2015.

Para el Otro Sí No. 4 del Contrato DFA-02482-12, la parte demandada no presentó acta de aprobación del Comité y el Otro sí que aumentó la vigencia del Contrato (del 31 de diciembre de 2015 al 28 de abril de 2017) y ajustó las tarifas a partir del 1 de mayo de 2016, fue de fecha 1 de junio de 2016, siendo claros que la Oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS fue de fecha 28 de marzo de 2016, como así lo demuestra el mismo otro sí.

Así las cosas, los documentos que reposan en el expediente dan Fe que efectivamente hubo varios actos en las anteriores licitaciones en donde se hicieron reconocimientos retroactivos, esto es, se formalizaron los cambios en una fecha pero empezaron a tener efectos desde una fecha anterior, en algunos casos hasta con más de un mes de diferencia.

3.7. NO HUBO CONFESIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Yerra también la señora Juez de Primera Instancia, al interpretar un hecho de la demanda como una confesión de que los contratos continuaron vigentes y que se estaba ante la vigencia de los mismos, por las siguientes razones:

- (i) Por la naturaleza del suministro, que es de alimentos, y que estaba en proceso la licitación para su contratación, siendo CATERING GOURMET 100% SAS el proveedor desde el año 2010 y también oferente en la licitación, necesariamente se debía seguir con el suministro de alimentos, a sabiendas que máximo unos meses después iba a haber un nuevo proveedor, si otra compañía ganaba la licitación, o se iba a hacer un otro sí, si ganaba CATERING GOURMET 100% SAS, donde se aumentara la vigencia de los contratos y se fijaran los precios nuevos.

Habría sido desleal, de mala fe, e incluso contraproducente, de parte de CATERING GOURMET 100% SAS para con las demandadas, haber suspendido en forma abrupta el suministro de alimentos (a la terminación de la vigencia de los contratos) y al mismo tiempo participar en la licitación. La suspensión del suministro habría ocasionado perjuicios a las demandadas y claramente habría sido la terminación de las relaciones contractuales entre las partes.

- (ii) La vigencia del contrato no tenía prórroga automática. Así lo establece la cláusula Décima Tercera del Contrato DFA-02482-12 (Ver todos los otros sí al Contrato).
- (iii) Como se ha visto en la historia de estos contratos, y así lo reconoció la Juez de Primera Instancia en la sentencia, estos contratos solamente se le prorrogaba su vigencia mediante otro sí, situación que no ocurrió en este caso.
- (iv) Con la aceptación tácita de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, como ocurrió en este caso, se dio inicio a un nuevo contrato de suministro cuyas condiciones se establecen en los términos de referencia de la invitación a cotizar o licitación (ES 17 001 09) y la Oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS y cuya vigencia inició apenas se presentaron los actos inequívocos de aceptación, es decir, con la solicitud por parte de las demandadas del suministro de los desayunos, la implementación y pago del sistema biométrico por parte de CATERING GOURMET 100% SAS y la elaboración de los nuevos informes, para ser presentados por CATERING GOURMET 100% SAS a las demandadas. Es decir, este nuevo contrato surgido con la aceptación tácita reemplazó y dejó sin efectos cualquier contrato anterior.
- (v) Había una confianza y expectativa legítima de CATERING GOURMET 100% SAS de que la invitación a cotizar o licitación (ES 17 001 09) era SERIA, y que las empresas demandadas respetarían los postulados de la Buena Fe

Precontractual. No había razón para pensar diferente, de lo contrario, la compañía CATERING GOURMET 100% SAS habría suspendido el suministro de alimentos, al terminar la vigencia de los contratos, y no habría participado en la licitación.

- (vi) El representante legal de CATERING GOURMET 100% SAS manifestó en contadas ocasiones, como lo ha reconocido la señora Juez de Primera Instancia en el escrito de la sentencia, que los precios de los suministros, luego de la licitación, eran los que estaban en la Oferta.

Así las cosas, se puede determinar con claridad que no se presentó la confesión como así lo afirma la señora Juez.

3.8. La Juez no valoró, ni tuvo en cuenta varias pruebas practicadas y obrantes en el proceso

3.8.1. Interrogatorio de los demandados

Como se puede ver en los videos que contienen los interrogatorios a los demandados, estos argumentaron llevar poco tiempo en el cargo de representación legal y, por tanto, no tener pleno conocimiento de lo que sucedía, lo cual es una falta de compromiso con las circunstancias y una falta de respeto con la justicia, pues dicha argucia llevó a que muchas de las preguntas realizadas por el suscrito, e incluso por la misma Juez de Primera Instancia, no tuvieran una respuesta clara y contundente.

Es de tener en cuenta que cuando una persona jurídica tiene varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente.

Además, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 203 del Código General del Proceso, el interrogado deberá concurrir personalmente a la audiencia, debidamente informado sobre los hechos materia del proceso.

La falta de preparación de los interrogados sobre los hechos de la demanda, afectaron considerablemente la práctica de la prueba, y brilló por su ausencia un pronunciamiento al respecto de la señora Juez de Primera Instancia, pues guardó silencio al respecto, dejando que los interrogados y las demandadas representadas por ellos, pasaran por alto este compromiso con la justicia en perjuicio de la parte demandante y del sistema de administración de justicia.

Al margen de lo anterior, cuando efectivamente sí hubo un pronunciamiento concreto y contundente de la representante legal de la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SAS, señora CLAUDIA PATRICIA FLOREZ, en el interrogatorio practicado, que claramente constituye una confesión, pues manifestó en varias ocasiones que CATERING GOURMET 100% SAS sí se había ganado la licitación y que se sabía que el proveedor iba a ser CATERING GOURMET 100% SAS, la señora Juez lo pasa por alto y no le da la relevancia e importancia que esto amerita, pues este era uno de los hechos que buscaba probarse en el proceso, y al reconocer expresamente que CATERING GOURMET

100% SAS sí se había ganado la licitación estaba reconociendo que sí se había aceptado la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, surgiendo así el contrato de suministro de alimentos con las tarifas establecidas en la propuesta, y que la licitación no era un mero sondeo de precios de mercado, como así lo interpretó la Juez de Primera Instancia.

De acuerdo con esto, la señora Juez de Primera Instancia debió haber declarado probadas las pretensiones de la demanda.

3.8.2. Actas con cierre de licitaciones.

La señora Juez tampoco tuvo en cuenta las Actas de Cierre de licitaciones, con las cuales habría detectado que estas se hacían con varios días o hasta meses de diferencia con la licitación e, incluso, con los otros sí que formalizaban esos cambios de vigencias y tarifas.

Las actas de cierre de licitación fueron aportadas por la parte demandada, como pruebas solicitadas de oficio y como exhibición de documentos. Estas pruebas llegaron incompletas y fueron las últimos que se allegaron al proceso.

El acta de cierre de la licitación (ES 17 001 09) fue aportada por la parte demandada, junto con el documento que contiene el escrito con la licitación.

3.8.3. Facturas

Tampoco tuvo en cuenta y no verificó, en las facturas aportadas al proceso, que los desayunos que se ofertaron se empezaron a facturar inmediatamente después de presentarse la licitación, al precio de la oferta presentada con ocasión de la licitación, y que, antes de la licitación, los desayunos no hacían parte del servicio de suministro de alimentos.

También habría podido verificar en las facturas que lo denominado como SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL, hace referencia a servicios que no están incluidos en los suministros, que se negocian cada vez que se van a presentar, y que en todos los casos hacen referencia es a eventos especiales.

Le habría quedado claro a la señora Juez de Primera Instancia que los desayunos que estaba facturando CATERING GOURMET 100% SAS después de la licitación, no eran SUMINISTROS DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL, como así lo determinó en la sentencia.

3.8.4. La sociedad demandada FRESENIS MEDICAL CARE ANDINA SAS no aportó ni solicitó pruebas.

Pasó por alto la señora Juez de Primera Instancia que la sociedad demandada FRESENIS MEDICAL CARE ANDINA SAS, siendo la sociedad FRESENIUS MEDICA CARE COLOMBIA SA la única que solicitó y aportó pruebas. Esto se ve en el escrito de contestación de demanda, donde el apoderado de la parte demandada solo hizo referencia a las pruebas de la sociedad FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SA.

3.9. La Juez de Primera Instancia hizo una indebida valoración de las pruebas.

Como se ha indicado a lo largo de este escrito, y así se puede determinar, la Juez de Primera Instancia hizo una indebida valoración de las pruebas.

“El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.”

De acuerdo con lo anterior, vemos que la señora Juez de Primera Instancia hizo una indebida valoración de las pruebas, por las siguientes razones:

- (i) En contra de la evidencia probatoria, decidió separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido, como por ejemplo en el caso de la confesión por parte de la representante legal de la sociedad FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SA, en el interrogatorio que se le practicó.
- (ii) Adoptó una decisión en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro.
- (iii) Dio por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso; y
- (iv) No valoró pruebas debidamente aportadas en el proceso.

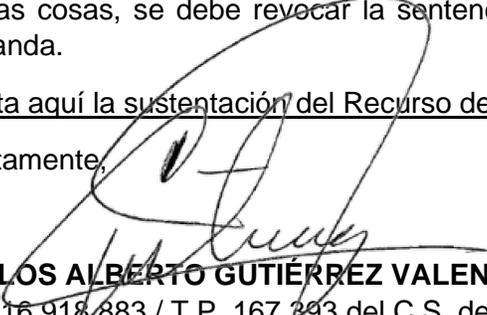
3.10. En resumen.

En resumen, contrario a lo manifestado por la señora Juez, (i) Si se acreditó la existencia de actos o manifestaciones de las demandadas que permiten inferir que hubo una aceptación tácita de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS en el año 2017 y (ii) Si se demostró que las sociedades demandadas si querían celebrar un contrato de suministro de alimentos, en los términos establecidos en los términos de referencia de la Invitación a Cotizar (ES 17 001 09) y la Oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, en virtud de la misma.

Así las cosas, se debe revocar la sentencia y declarar probadas las pretensiones de la demanda.

(Hasta aquí la sustentación del Recurso de Apelación)

Atentamente,


CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ VALENCIA
 C.C. 16.918.883 / T.P. 167.393 del C.S. de la J.
 Email: carlos.gutierrez@gutierrezvalencia.com

Honorables Magistrados:

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Doctor LUIS ALFONSO ISAZA DAVILA

E. S. D.

Vía email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Proceso Verbal Promovido por DIME QUE SI SAS (Cesionaria de CATERING GOURMET 100% SAS) contra FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SA y FRESENIUS MEDICAL CARE ANDINA SAS.

Radicado: 110013103011**20190018901**

Asunto: Sustentación de Recurso de Apelación contra sentencia de primera instancia.

CARLOS ALBERTO GUTIERREZ VALENCIA, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando en el presente acto en nombre y representación de la parte demandante, mediante el presente escrito, muy respetuosamente, Sustento el RECURSO DE APELACIÓN presentado contra la sentencia de primera instancia, así:

I. Sentencia objeto del Recurso de Apelación

Se trata de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once (11) Civil del Circuito de Bogotá, con fecha 20 de enero de 2021 y notificada en el Estado No. 007 del 22 de enero de 2021.

II. Oportunidad de la Sustentación del Recurso

Teniendo presente que El Recurso de Apelación fue admitido mediante auto del 16 de julio de 2021 y notificado por Estado el día jueves 22 de julio de 2021, la presente sustentación del Recurso se presenta en forma oportuna, esto es, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de su notificación, de acuerdo lo establecido en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

III. Sustentación del Recurso

La sentencia recurrida, al pronunciarse sobre el fondo del asunto, niega las pretensiones de la demanda al considerar que (i) no se acreditó ningún acto o manifestación de las demandadas que permita inferir que hubo una aceptación tácita de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS en el año 2017 y/o (ii) no se demostró por la parte demandante que las sociedades demandadas hayan querido celebrar un contrato distinto al que había nacido legalmente a la vida jurídica y que las venía rigiendo.

No compartimos la decisión del juzgado de primera instancia, por cuanto es contrario a la realidad de los hechos y de lo efectivamente probado en el proceso, como se explica a continuación:

3.1. En la Invitación a cotizar (ES 17 001 09) no está establecida la celebración de un contrato u otro sí para el perfeccionamiento del mismo.

Aunque era una práctica habitual entre las partes la celebración de un otro sí cuando terminaba el proceso de licitación, y con el mismo se daba continuidad a los contratos

anteriores, es de resaltar que dentro de los términos de referencia en cada licitación o invitación a cotización, incluyendo la presente licitación (ES 17 001 09), NO SE ESTABLECÍA la celebración del otro sí para que se perfeccionara el contrato surgido con la aceptación de la Oferta.

Así las cosas, y partiendo de la base que la invitación a cotizar contenía los elementos esenciales del contrato de suministro de alimentos, como así lo verificó la señora Juez de Primera Instancia, con la aceptación de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, como efectivamente ocurrió, dicha oferta se volvió vinculante e irrevocable, por tanto, no requería de la celebración de un otro sí para que iniciara su ejecución.

Se dio la espera a la celebración de los otros sí a los contratos, para respetar las relaciones que de larga data se tenía con las compañías demandadas, pero aclaramos que no eran necesarios los mismos, pues con la aceptación de la oferta ya se habían perfeccionado los contratos, además siempre se dejó claro que las tarifas que regían eran las presentadas en la oferta y no las que regían para los contratos anteriores, incluso se les solicitó el pago retroactivo. Dichas comunicaciones son reconocidas por la señora Juez de Primera Instancia.

3.2. El desayuno no era parte del “SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL” y, por el contrario, sí hacía parte del objeto del contrato establecido en los términos de referencia de la invitación a cotizar (ES 17 001 09).

Contrario a lo que manifestó la señora Juez de Primera Instancia, el desayuno sí hizo parte de la licitación (ES 17 001 09) pues, aunque no se identificó en los numerales 5.2 y 5.3, lo cual atribuyo a un error de digitación al fusilar los modelos de licitaciones anteriores, en el numeral 8 (página 9 de la invitación a cotizar) se identifica claramente el desayuno como uno de los ítems a presentar en las ofertas (condiciones), como se puede ver a continuación:

La calificación de las propuestas se basará en la documentación, información y anexos correspondientes, por lo cual, es requisito indispensable consignar y adjuntar toda la información detallada que permita su análisis. Lo anterior teniendo en cuenta los horarios y condiciones que a continuación se establecen:

Desayunos:

Horario 05:10 a.m. a 06:00 a.m.

Composición:

Bebidas	Chocolate, leche, café, té, milo, caldo, avena, agua de panela, changua, colada, jugo, agua, etc.	Mínimo 7 Onzas.
Acompañamiento:	Huevos, pan, queso, torta, pan de bono, arepa con queso, sándwich, empanada, hojaldre, pancake, pastel, tamal, changua, caldo de costilla, patacón, carne desmechada, salchicha, caldo de carne, calentado, yogurt con cereal en vaso, porción de fruta con crema de leche.	Mínimo 250 Gramos.

Además de lo anterior, todas las empresas que participaron en la licitación ofertaron también el servicio de desayuno, como se puede ver en las pruebas documentales aportadas en el proceso, muy particularmente las pruebas allegadas por los demandados como prueba de exhibición solicitada de oficio por la señora Juez de Primera Instancia.

Nuevamente se aclara que el servicio de desayuno no hacía parte del suministro en los contratos anteriores, en esos contratos solamente estaban los servicios de almuerzo, refrigerio diurno, refrigerio nocturno y cena, por tanto, no es "coincidencia" que el precio ofertado por CATERING GOURMET 100% SAS haya sido el precio que pagaron las sociedades demandadas por el servicio de desayuno después de celebrada la licitación, y menos aún que el servicio de desayuno haya estado dentro de lo que se identifica como SUMINISTRO ESPECIAL DE ALIMENTACIÓN, pues este servicio hace referencia al suministro de alimentación para los EVENTOS que llevaban a cabo las demandadas, y eran negocios que no eran permanentes, por eso, siempre tenían una previa negociación de precios (oferta y aceptación).

El desayuno era un servicio permanente, no tuvo una negociación previa como los eventos, pues el precio del desayuno se estableció en la Oferta presentada con ocasión de la Invitación a Cotizar (ES 17 001 09).

En las facturas aportadas como pruebas documentales, se puede ver que antes de la licitación no se facturaban los desayunos pero sí se facturaban eventos, y después de la licitación se puede ver en las facturas el ítem de desayunos, junto con los refrigerios, almuerzos y cenas, y muy aparte de eso, están los eventos que, reitero, eran los que se identificaban como SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL y era lo que tenía una negociación previa para cada caso.

De acuerdo con esto, el suministro del desayuno al precio ofertado por CATERING GOURMET 100% SAS, se entiende como un acto inequívoco de aceptación de la Oferta presentada que perfecciona los contratos de suministro con las demandadas, a los precios ofertados por CATERING GOURMET 100% SAS.

3.3. La implementación y pago del sistema biométrico y las auditorías SÍ constituyen actos inequívocos de aceptación de la Oferta.

La señora Juez de Primera Instancia manifiesta que la implementación del sistema biométrico y las auditorías no constituyen indicio contundente de una aceptación tácita de la Oferta, lo cual no compartimos, más aún si tenemos en cuenta el momento en que estas situaciones ocurren, pues se presentan cuando hay un proceso de licitación de por medio.

Las auditorías iniciaron precisamente después de presentarse la licitación, por tanto, era lógico entender que el inicio o ejecución de las mismas, estuvieran relacionadas con la licitación y, muy particularmente, con la aceptación de la propuesta presentada, pues de no ser así, es decir, si no se pretendía aceptar la oferta, por qué iniciar un nuevo proceso de auditoría y solicitar toda esa cantidad de informes.

Lo mismo ocurre con el sistema biométrico, pues si se está solicitando hacer una inversión de ese tipo, que va a funcionar única y exclusivamente para el casino de las demandadas, tiene toda la lógica entender que se está aceptando la Oferta, pues no tiene sentido alguno que le exijan el pago de este rubro para luego no admitir su oferta y contratar a un tercero.

Si, por ejemplo, las demandadas hubieran llamado a otro de los oferentes a solicitarles la implementación de un sistema biométrico de este tipo, muy seguramente van a entender esta solicitud como la aceptación de su oferta.

Así las cosas, la Juez de Primera Instancia se queda corta en la valoración de estos hechos y pruebas, pues no los valora teniendo en cuenta el momento en que se presentan (cuando hay una licitación de por medio) y las connotaciones de las mismas, pues claramente se generaron expectativas legítimas con respecto a la aceptación de una oferta.

De acuerdo con esto, la implementación y pago del sistema biométrico y las auditorias Sí constituyen actos inequívocos de aceptación de la Oferta por parte de las demandadas.

3.4. CATERING GOURMET 100% SAS nunca tuvo la intención de dar continuidad a los contratos anteriores.

Como ya se ha manifestado a lo largo de este documento, CATERING GOURMET 100% SAS nunca tuvo la intención de que los contratos anteriores continuaran vigentes, y así lo manifestó por escrito a las demandadas quienes, aunque en varias ocasiones se le solicitó información sobre el resultado de la licitación, nunca hicieron una manifestación expresa de rechazar la oferta o de declarar desierta la licitación.

Si se continuó facturando con precios anteriores, fue porque estaba de por medio la licitación, la cual cambiaría las condiciones de los contratos y que posteriormente se haría unos otros sí retroactivos. Las comunicaciones enviadas por el representante de CATERING GOURMET 100% SAS indicando que el precio vigente era el de la oferta y que se debía hacer un retroactivo son prueba suficiente de su clara intención de no mantenerlos vigentes, por tanto, no había una voluntad de las partes de continuar con los mismos.

3.5. NO PUEDE INTERPRETARSE QUE LA INTENCIÓN DE LAS DEMANDADAS ERA SEGUIR CON LOS CONTRATOS ANTERIORES.

El hecho de iniciar un proceso de licitación es una prueba clara de que las demandadas no querían seguir con los contratos anteriores, pues en los términos de referencia de la licitación o invitación a cotizar (ES 17 001 09) no se establece que esta era solo para sondear los precios del mercado, por el contrario, de la forma en que se presenta la licitación y como está redactada, puede verse que sí tiene vocación de ser vinculante, pues no solo cumple con todos los requisitos, pues los elementos esenciales del contrato de suministro están allí establecidos, sino que en la licitación se hizo una invitación formal a varias empresas para que presentaran sus ofertas.

De haber sido diferente, las demandadas habrían violado el deber de BUENA FE precontractual, pues habrían violado el sub deber de SERIEDAD el cual marca la *lealtad* con que se debe incursionar en las actividades precontractuales.

Si las demandadas no tenían la intención real de negociar, sino de hacer un mero sondeo de precios, sin la real voluntad de concluir un negocio, habrían hecho perder tiempo y gestión a los oferentes, faltando al deber de seriedad con que se debe actuar en la etapa precontractual.

No se puede partir de la base o, simplemente asumir, que compañías como las demandadas, que hacen parte de un conglomerado internacional, líder a nivel mundial en su ramo, no cumplan con los postulados básicos de la buena fe y que sus licitaciones y/o invitaciones a cotización no tienen la seriedad mínima exigida en una etapa precontractual. De saberse, simplemente nadie participaría en los procesos de licitación.

De acuerdo con esto, yerra la señora Juez de Primera Instancia al interpretar que las demandadas tenían la intención de mantener vigente los contratos anteriores, más aún cuando contractualmente la vigencia ya había expirado y en su cláusula se manifestaba clara y expresamente que no había prórroga automática y que como ha pasado a lo largo de la vigencia de los contratos, esta se ha prorrogado solo mediante otro sí, lo cual no ocurrió en este caso.

Sumado a lo anterior, cuando el representante legal de CATERING GOURMET 100% SAS solicitó información sobre el estado de la licitación, estos nunca manifestaron que esta no era válida, ni que se rechazaba o que quedaba desierta, por el contrario, guardaron silencio al respecto cuando fácilmente hubieran podido contestar diciendo que esta no iba a culminar o se iba declarar desierta y que iban a seguir con los contratos anteriores, situación que no paso.

3.6. Se hace una lectura e interpretación errada del contrato, con respecto a la forma de pago de las facturas, para argumentar que no hubo nunca pago de facturas retroactivas.

Dice la señora Juez de Primera Instancia en el inciso tercero del numeral 5.4 de la sentencia, que se confirma la versión de los demandados con respecto a que el pago de las facturas era de hasta 35 días, lo cual coincidía con las fechas en que se realizaban los otros sí a los contratos, para argumentar que efectivamente nunca se presentó un pago retroactivo de suministros, luego de terminadas las licitaciones de periodos anteriores.

Lo anterior es errado, pues si la Factura se presentaba el día 30 de cada mes, y el pago se hacía dentro de los cinco días contados a partir del siguiente mes a la presentación de la Factura, la realidad es que el tiempo de pago de las facturas era de 5 a 6 días calendario, dependiendo si el mes era de 30 o 31 días, por tanto, no es cierto que las demandadas tuvieran hasta 35 días para cancelar las facturas como así lo asevera la señora Juez de Primera Instancia.

De acuerdo con las pruebas que reposan en el expediente, puntualmente en los contratos, los otros sí y las pocas actas de Comité con Aprobación de Propuestas aportadas por la parte demanda en la exhibición de documentos, se puede ver en forma clara que en todas las licitaciones anteriores siempre se hizo un reconocimiento retroactivo, me explico:

Para el Otro Sí No. 1 del Contrato DFA-02482-12, El Acta de aprobación del Comité fue de Fecha 8 de octubre de 2013 y el otro sí que aumentó la vigencia del Contrato (de abril 30 de 2013 a abril 30 de 2014) fue de fecha 1 de mayo de 2013, siendo claro que solo con el acta de aprobación de comité se permitía celebrar el otro sí.

Para el Otro Sí No. 3 del Contrato DFA-02482-12, El Acta de aprobación del Comité fue del 13 de mayo de 2015 y el otro sí que aumentó la vigencia del Contrato (del 30 de abril de 2015 a 31 de diciembre de 2015) fue de fecha 1 de junio de 2015.

Para el Otro Sí No. 4 del Contrato DFA-02482-12, la parte demandada no presentó acta de aprobación del Comité y el Otro sí que aumentó la vigencia del Contrato (del 31 de diciembre de 2015 al 28 de abril de 2017) y ajustó las tarifas a partir del 1 de mayo de 2016, fue de fecha 1 de junio de 2016, siendo claros que la Oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS fue de fecha 28 de marzo de 2016, como así lo demuestra el mismo otro sí.

Así las cosas, los documentos que reposan en el expediente dan Fe que efectivamente hubo varios actos en las anteriores licitaciones en donde se hicieron reconocimientos retroactivos, esto es, se formalizaron los cambios en una fecha pero empezaron a tener efectos desde una fecha anterior, en algunos casos hasta con más de un mes de diferencia.

3.7. NO HUBO CONFESIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

Yerra también la señora Juez de Primera Instancia, al interpretar un hecho de la demanda como una confesión de que los contratos continuaron vigentes y que se estaba ante la vigencia de los mismos, por las siguientes razones:

- (i) Por la naturaleza del suministro, que es de alimentos, y que estaba en proceso la licitación para su contratación, siendo CATERING GOURMET 100% SAS el proveedor desde el año 2010 y también oferente en la licitación, necesariamente se debía seguir con el suministro de alimentos, a sabiendas que máximo unos meses después iba a haber un nuevo proveedor, si otra compañía ganaba la licitación, o se iba a hacer un otro sí, si ganaba CATERING GOURMET 100% SAS, donde se aumentara la vigencia de los contratos y se fijaran los precios nuevos.

Habría sido desleal, de mala fe, e incluso contraproducente, de parte de CATERING GOURMET 100% SAS para con las demandadas, haber suspendido en forma abrupta el suministro de alimentos (a la terminación de la vigencia de los contratos) y al mismo tiempo participar en la licitación. La suspensión del suministro habría ocasionado perjuicios a las demandadas y claramente habría sido la terminación de las relaciones contractuales entre las partes.

- (ii) La vigencia del contrato no tenía prórroga automática. Así lo establece la cláusula Décima Tercera del Contrato DFA-02482-12 (Ver todos los otros sí al Contrato).
- (iii) Como se ha visto en la historia de estos contratos, y así lo reconoció la Juez de Primera Instancia en la sentencia, estos contratos solamente se le prorrogaba su vigencia mediante otro sí, situación que no ocurrió en este caso.
- (iv) Con la aceptación tácita de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, como ocurrió en este caso, se dio inicio a un nuevo contrato de suministro cuyas condiciones se establecen en los términos de referencia de la invitación a cotizar o licitación (ES 17 001 09) y la Oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS y cuya vigencia inició apenas se presentaron los actos inequívocos de aceptación, es decir, con la solicitud por parte de las demandadas del suministro de los desayunos, la implementación y pago del sistema biométrico por parte de CATERING GOURMET 100% SAS y la elaboración de los nuevos informes, para ser presentados por CATERING GOURMET 100% SAS a las demandadas. Es decir, este nuevo contrato surgido con la aceptación tácita reemplazó y dejó sin efectos cualquier contrato anterior.
- (v) Había una confianza y expectativa legítima de CATERING GOURMET 100% SAS de que la invitación a cotizar o licitación (ES 17 001 09) era SERIA, y que las empresas demandadas respetarían los postulados de la Buena Fe

Precontractual. No había razón para pensar diferente, de lo contrario, la compañía CATERING GOURMET 100% SAS habría suspendido el suministro de alimentos, al terminar la vigencia de los contratos, y no habría participado en la licitación.

- (vi) El representante legal de CATERING GOURMET 100% SAS manifestó en contadas ocasiones, como lo ha reconocido la señora Juez de Primera Instancia en el escrito de la sentencia, que los precios de los suministros, luego de la licitación, eran los que estaban en la Oferta.

Así las cosas, se puede determinar con claridad que no se presentó la confesión como así lo afirma la señora Juez.

3.8. La Juez no valoró, ni tuvo en cuenta varias pruebas practicadas y obrantes en el proceso

3.8.1. Interrogatorio de los demandados

Como se puede ver en los videos que contienen los interrogatorios a los demandados, estos argumentaron llevar poco tiempo en el cargo de representación legal y, por tanto, no tener pleno conocimiento de lo que sucedía, lo cual es una falta de compromiso con las circunstancias y una falta de respeto con la justicia, pues dicha argucia llevó a que muchas de las preguntas realizadas por el suscrito, e incluso por la misma Juez de Primera Instancia, no tuvieran una respuesta clara y contundente.

Es de tener en cuenta que cuando una persona jurídica tiene varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente.

Además, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 203 del Código General del Proceso, el interrogado deberá concurrir personalmente a la audiencia, debidamente informado sobre los hechos materia del proceso.

La falta de preparación de los interrogados sobre los hechos de la demanda, afectaron considerablemente la práctica de la prueba, y brilló por su ausencia un pronunciamiento al respecto de la señora Juez de Primera Instancia, pues guardó silencio al respecto, dejando que los interrogados y las demandadas representadas por ellos, pasaran por alto este compromiso con la justicia en perjuicio de la parte demandante y del sistema de administración de justicia.

Al margen de lo anterior, cuando efectivamente sí hubo un pronunciamiento concreto y contundente de la representante legal de la empresa FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SAS, señora CLAUDIA PATRICIA FLOREZ, en el interrogatorio practicado, que claramente constituye una confesión, pues manifestó en varias ocasiones que CATERING GOURMET 100% SAS sí se había ganado la licitación y que se sabía que el proveedor iba a ser CATERING GOURMET 100% SAS, la señora Juez lo pasa por alto y no le da la relevancia e importancia que esto amerita, pues este era uno de los hechos que buscaba probarse en el proceso, y al reconocer expresamente que CATERING GOURMET

100% SAS sí se había ganado la licitación estaba reconociendo que sí se había aceptado la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, surgiendo así el contrato de suministro de alimentos con las tarifas establecidas en la propuesta, y que la licitación no era un mero sondeo de precios de mercado, como así lo interpretó la Juez de Primera Instancia.

De acuerdo con esto, la señora Juez de Primera Instancia debió haber declarado probadas las pretensiones de la demanda.

3.8.2. Actas con cierre de licitaciones.

La señora Juez tampoco tuvo en cuenta las Actas de Cierre de licitaciones, con las cuales habría detectado que estas se hacían con varios días o hasta meses de diferencia con la licitación e, incluso, con los otros sí que formalizaban esos cambios de vigencias y tarifas.

Las actas de cierre de licitación fueron aportadas por la parte demandada, como pruebas solicitadas de oficio y como exhibición de documentos. Estas pruebas llegaron incompletas y fueron las últimos que se allegaron al proceso.

El acta de cierre de la licitación (ES 17 001 09) fue aportada por la parte demandada, junto con el documento que contiene el escrito con la licitación.

3.8.3. Facturas

Tampoco tuvo en cuenta y no verificó, en las facturas aportadas al proceso, que los desayunos que se ofertaron se empezaron a facturar inmediatamente después de presentarse la licitación, al precio de la oferta presentada con ocasión de la licitación, y que, antes de la licitación, los desayunos no hacían parte del servicio de suministro de alimentos.

También habría podido verificar en las facturas que lo denominado como SUMINISTRO DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL, hace referencia a servicios que no están incluidos en los suministros, que se negocian cada vez que se van a presentar, y que en todos los casos hacen referencia es a eventos especiales.

Le habría quedado claro a la señora Juez de Primera Instancia que los desayunos que estaba facturando CATERING GOURMET 100% SAS después de la licitación, no eran SUMINISTROS DE ALIMENTACIÓN ESPECIAL, como así lo determinó en la sentencia.

3.8.4. La sociedad demandada FRESENIUS MEDICAL CARE ANDINA SAS no aportó ni solicitó pruebas.

Pasó por alto la señora Juez de Primera Instancia que la sociedad demandada FRESENIUS MEDICAL CARE ANDINA SAS, siendo la sociedad FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SA la única que solicitó y aportó pruebas. Esto se ve en el escrito de contestación de demanda, donde el apoderado de la parte demandada solo hizo referencia a las pruebas de la sociedad FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SA.

3.9. La Juez de Primera Instancia hizo una indebida valoración de las pruebas.

Como se ha indicado a lo largo de este escrito, y así se puede determinar, la Juez de Primera Instancia hizo una indebida valoración de las pruebas.

“El supuesto fáctico por indebida valoración probatoria se configura, entre otros, en los siguientes supuestos: (i) Cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; (ii) cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva; (iii) en la hipótesis de incongruencia entre lo probado y lo resuelto, esto es, cuando se adoptan decisiones en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro; (iv) cuando el funcionario judicial valora pruebas manifiestamente inconducentes respecto de los hechos y pretensiones debatidos en un proceso ordinario, no por tratarse en estricto sentido de pruebas viciadas de nulidad sino porque se trata de elementos probatorios que no guardaban relación con el asunto debatido en el proceso; (v) cuando el juez de conocimiento da por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso y (vi) cuando no valore pruebas debidamente aportadas en el proceso.”

De acuerdo con lo anterior, vemos que la señora Juez de Primera Instancia hizo una indebida valoración de las pruebas, por las siguientes razones:

- (i) En contra de la evidencia probatoria, decidió separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido, como por ejemplo en el caso de la confesión por parte de la representante legal de la sociedad FRESENIUS MEDICAL CARE COLOMBIA SA, en el interrogatorio que se le practicó.
- (ii) Adoptó una decisión en contravía de la evidencia probatoria y sin un apoyo fáctico claro.
- (iii) Dio por probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso; y
- (iv) No valoró pruebas debidamente aportadas en el proceso.

3.10. En resumen.

En resumen, contrario a lo manifestado por la señora Juez, (i) Si se acreditó la existencia de actos o manifestaciones de las demandadas que permiten inferir que hubo una aceptación tácita de la oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS en el año 2017 y (ii) Si se demostró que las sociedades demandadas si querían celebrar un contrato de suministro de alimentos, en los términos establecidos en los términos de referencia de la Invitación a Cotizar (ES 17 001 09) y la Oferta presentada por CATERING GOURMET 100% SAS, en virtud de la misma.

Así las cosas, se debe revocar la sentencia y declarar probadas las pretensiones de la demanda.

(Hasta aquí la sustentación del Recurso de Apelación)

Atentamente,

CARLOS ALBERTO GUTIÉRREZ VALENCIA

C.C. 16.918.883 / T.P. 167.393 del C.S. de la J.

Email: carlos.gutierrez@gutierrezvalencia.com



Magistrados
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

PROCESO DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE:

DEMANDANTES: NASSOLI BIBIANA ANGOLA MEJIA
MAIRA LIZETH ANGOLA MEJIA
IARA GISELA ANGOLA MEJIA

DEMANDADO: LA EQUIDAD SEGUROS DE VIDA O.C.

REFERENCIA: 11001310302520180048000

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**

DANIEL RICARDO SARMIENTO CRISTANCHO, identificado con el número de cédula 80.187.243 de Bogotá D.C., portador de la Tarjeta Profesional No. 188208 proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando en nombre y representación de las demandantes, formulo tres reparos concretos a la sentencia de primera instancia y procedo a **sustentar** el recurso de apelación conforme con los **artículos 327 del C.G.P.** en concordancia con el **artículo 14 del Decreto 806 de 2020**, con el fin de no tener que presentar este mismo memorial dos veces y eventualmente se declare desierto el recurso bajo el argumento de que no se ha sustentado el recurso.

I. Reparos concretos

- 1.1. El Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, prohibieron categóricamente llamar en garantía y vincular a la Equidad Seguros de Vida O.C.
- 1.2. La demanda que se adelantó ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. interrumpió la prescripción del contrato de seguro conforme con el artículo 94 del C.G.P.



- 1.3. El A Quo derogó el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor en relación con el silencio administrativo positivo.

II. **Sustentación del recurso de apelación**

- 2.1. *El Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, prohibieron categóricamente llamar en garantía y vincular a la Equidad Seguros de Vida O.C.*

El A Quo en las consideraciones de la sentencia echó de menos que las demandantes no vincularan a la Equidad Seguros de Vida O.C. al proceso Ejecutivo Hipotecario 11001310304220130070900 ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. Afirmación que permite concluir que las pruebas:

3.1.2. Pruebas de las actuaciones judiciales.

3.1.2.1. Copia de la Sentencia de primera instancia del JUZGADO 42 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

3.1.2.2. Copia de la Sentencia de segunda instancia del TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA DE DECISIÓN CIVIL.

No fueron valoradas, porque cómo se podría explicar que el A Quo echara de menos la “falta de vinculación” de la Equidad Seguros de Vida O.C. en aquel proceso, si en las pruebas citadas con claridad se establecen las razones por las cuales el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso Ejecutivo Hipotecario prohibió expresamente tal vinculación. Decisión que fue recurrida y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, de forma contundente confirmó la decisión, negando la solicitud de aquella vinculación y llamamiento en garantía, que a su vez impidieron que se interrumpiera la prescripción de la acción de reclamación frente a la aseguradora.



No entendemos como en un proceso nos impiden vincular a la aseguradora en llamamiento en garantía y en otro, que guarda relación con los mismos hechos, partes y pruebas, se nos recrimine no haberlo hecho. Esto contradice el principio de identidad ya que ontológicamente es imposible que una misma cosa sea y no sea al mismo tiempo, es decir, es imposible lógica y jurídicamente que la vinculación de la Equidad Seguros de Vida O.C. al proceso ejecutivo hipotecario 11001310304220130070900 no se permita, pero se cuestione el hecho de que la Equidad Seguros de Vida O.C. no haya sido vinculada al proceso ejecutivo hipotecario bajo el número de radicado: 11001310304220130070900.

Razón por la cual el argumento del A Quo sobre el particular, no tiene fundamento, abriendo paso al segundo reparo concreto de esta sustentación.

2.2. La demanda que se adelantó ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. interrumpió la prescripción del contrato de seguro conforme con el artículo 90 del C.G.P.

En la misma línea argumentativa que se viene exponiendo desde el primer reparo concreto de esta sustentación, la demanda que abrió el proceso ejecutivo hipotecario ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. bajo el número de radicado: 11001310304220130070900 entre la Financiera Comultrasan vs María Obdulia Soledad Mejía Castellanos – herederos determinados e indeterminados, interrumpió la prescripción desde 28 de agosto de 2013 conforme con el artículo 94 del C.G.P. que establece: “*La presentación de la demanda interrumpe el termino de prescripción [...]*”.

No puede perderse de vista que la Financiera Comultrasan y la Equidad Seguros de Vida O.C. ostentan la misma posición contractual en atención a los contratos coligados de mutuo y seguro vida grupo deudores. Esta coligación contractual se encuentra en que el contrato principal de mutuo de préstamo de dinero a interés que celebró la Financiera Comultrasan con María Obdulia Soledad Mejía Castellanos, estaba condicionado al contrato accesorio de seguro de vida grupo



deudores con la Equidad Seguros de Vida O.C. Es decir, los contratos no podían existir el uno sin el otro, dependían entre sí. Nótese como la Financiera Comultrasan celebra este contrato de seguro en calidad de tomador, beneficiario y asegurado con la Equidad Seguros de Vida O.C.

Por otro lado, la prescripción que debió ser analizada es la extraordinaria en atención a la voluntad del legislador vertida en el contenido del **artículo 1131 del Código de comercio** de la siguiente forma:

*“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. **Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuándo la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial**”.*

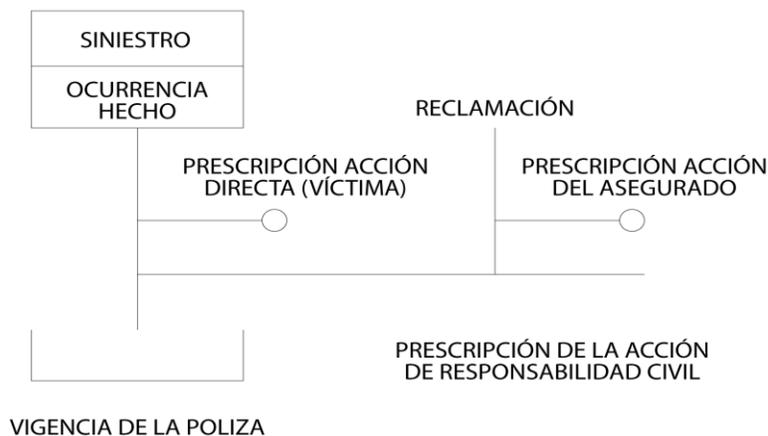
Así las cosas, la Financiera Comultrasan le presentó la reclamación a la Equidad Seguros de Vida O.C. para hacer efectivo el pago del siniestro, lo que interrumpió la acción de prescripción conforme con el artículo 94 del C.G.P. porque “[...] *El termino de prescripción se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. [...]*”

De igual manera las herederas de María Obdulia Soledad Mejía Castellanos, las demandantes, reclamaron en la contestación de la demanda del proceso ejecutivo hipotecario ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. bajo el número de radicado: 11001310304220130070900 el pago del valor del importe del seguro de vida grupo deudores que respaldaba el crédito del contrato de mutuo con la Equidad Seguro de Vida O.C. En otras palabras, las herederas de María Obdulia Soledad Mejía Castellanos presentaron la reclamación para afectar el seguro de responsabilidad civil conforme lo establecido en el citado artículo 1131 del Código de Comercio. Demanda que como se dijo con antelación, interrumpió los términos de prescripción conforme con el artículo 94 del C.G.P.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, ha sostenido que “*La acción directa se rige por la prescripción extraordinaria por su característica objetiva*” (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 29 de junio de 2007)



y (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 20 de septiembre de 2010 exp. 00428 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar (Cafam vs. Seguros del Estado))¹ de la siguiente manera:



En este mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, precisó que en los seguros de responsabilidad civil subsisten dos subreglas, cuya observación es muy importante para resolver conflictos:

- i. El término de prescripción de las acciones que puede ejercer el agredido contra el ofensor corre desde la ocurrencia del riesgo asegurado (siniestro).

¹ Problema Jurídico: ¿Si bien el artículo 1131 del Código de Comercio no exceptuó la aplicación del artículo 1081, si consagró una excepción al sistema, que consiste en que a la acción directa de la víctima contra el asegurador es aplicable únicamente la prescripción extraordinaria? Sí. Tesis: <<En ese orden de ideas, surge diáfano que, a la acción directa del damnificado contra el asegurador, autoriza por el artículo 87 de la ley 45 de 1990, es aplicable únicamente la prescripción extraordinaria contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio, cuyo término extintivo es de cinco años, contados desde la ocurrencia misma del siniestro, o sea, desde la fecha en que aconteció el hecho extremo imputable al asegurado>>. Providencia en igual sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 29 de junio de 2007, exp. 04690; sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7615.



- ii. Para la aseguradora dicho término inicia su conteo a partir de que se le plantea la petición judicial o extrajudicial de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero, no antes ni después de uno de tales acontecimientos.

Como refuerzo, la Sala Civil indicó que basta con que al menos se haya formulado una reclamación judicial o extrajudicial, ya que a partir de ese hito podrá dirigirse contra la aseguradora, en virtud del contrato de seguro.

Así las cosas, mal se haría al computarle la prescripción de las acciones que puede promover contra su garante desde época anterior al instante en que el perjudicado le reclama a él como presunto infractor. Por lo tanto, sin mediar reclamación de la víctima el asegurado no puede exhortar al asegurador a que le responda con ocasión del seguro de responsabilidad civil contratado, pues no se le ha pedido nada.

Por el contrario, si lo hace, el asegurador podrá aducir, con total acierto, que no le es exigible la satisfacción de la obligación indemnizatoria derivada del seguro, ya que tal exigibilidad está condicionada no solo a la realización del hecho externo imputable al asegurado, que se materializa con el siniestro, detonante de la responsabilidad civil, sino que se requiere, además, que se haga valer por vía judicial o extrajudicial contra el agente dañino (asegurado).

Para el caso de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, esta explicó que en el fallo reprochado se cometió un defecto sustantivo y se desconoció el precedente, particularmente cuando abordó y resolvió favorablemente la excepción de prescripción extintiva que invocó la aseguradora, tras convencerse que desde la fecha en que ocurrieron los hechos (2006) hasta aquella en que los herederos de los lesionados acudieron al aparato judicial (2016) corrió un lapso superior al quinquenio previsto en el artículo 1081.

No obstante, la corte señaló que no se tuvo en cuenta que la excepcionante no concurrió al certamen como demandada en acción directa, sino como llamada en garantía por causa de la citación que en tal sentido le hizo la empresa transportadora contra la cual se dirigió la acción resarcitoria, por lo que era necesario integrar las dos disposiciones normativas, para definir la suerte de la defensa (M. P. Octavio Augusto Tejeiro Duque).Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia STC-139482019 (11001020300020190276400), 11/10/19.



En esta misma línea argumentativa, mediante sentencia STC13948-2019 de fecha 11 de octubre de 2019, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, resolvió una acción de tutela interpuesta por una empresa transportadora (asegurado) en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Antioquia. El accionante alegó la aplicación incorrecta del término de prescripción de la acción del asegurado frente a la aseguradora en el seguro de responsabilidad.

En el litigio en cuestión, los causahabientes de las víctimas demandaron al asegurado por los perjuicios causados por la muerte de sus familiares en un accidente de tránsito. Posteriormente, la aseguradora fue vinculada al proceso como llamada en garantía en virtud de la póliza que amparaba la responsabilidad del transportador.

La aseguradora interpuso la excepción de prescripción bajo el argumento de que ya habían pasado más de cinco años desde el acaecimiento del siniestro, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio. Esta tesis fue acogida por el Tribunal Superior del Distrito de Antioquia.

Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia indicó que el Tribunal Superior del Distrito de Antioquia desconoció el precedente judicial en la materia, pues omitió aplicar la norma especial para los seguros de responsabilidad prevista en el artículo 1131 del Código de Comercio.

En virtud de dicha norma, la fecha que debe considerarse para efectos de calcular el término de prescripción aplicable a la acción del asegurado frente a la aseguradora es aquella en la que la víctima o sus causahabientes formularon ante el asegurado la reclamación, ya sea judicial o extrajudicial, y no la del accidente.

En este caso, como los causahabientes de las víctimas no ejercieron la acción directa contra la aseguradora sino contra el asegurado, el término de prescripción de la acción del asegurado frente a la aseguradora debía contarse desde la fecha de notificación de la demanda.

Podemos concluir entonces que el A Quo aplicó mal la norma. El A Quo debió aplicar el artículo 1131 del Código de Comercio por ser la norma que establece la configuración del siniestro e inicio de la prescripción del seguro de



responsabilidad (Sección IV) que a su vez hace parte del seguro de daños (capítulo II) y no el artículo 1081 del mismo estatuto, en virtud del principio de especificidad o ley especial conforme con lo establecido en los artículos 2 y 5 de la Ley 153 de 1887.

2.3. *El A Quo derogó el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor en relación con el silencio administrativo positivo.*

La Financiera Comultrasan no presentó recurso de reposición a la objeción que opuso la Equidad Seguros de Vida O.C., así que las herederas de María Obdulia Mejía Castellanos le presentaron el 25 de septiembre de 2017 recurso de reposición a la objeción de la Equidad Seguros de Vida O.C. Recordemos que los términos de prescripción se habían interrumpido por la reclamación que la Financiera Comultrasan le había presentado a la Equidad Seguros de Vida O.C. en el 2013.

Este recurso de reposición no fue contestado, y conforme con el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto Financiero, operó a favor de las herederas, las demandantes, el silencio administrativo positivo de la siguiente manera:

“[...] El recurso de reposición deberá resolverse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su interposición. (...)”

“Transcurrido el término para resolver la petición, queja, recurso de reposición (PQR) o solicitud de indemnización sin que se hubiere resuelto de fondo y notificado dicha decisión, operará de pleno derecho el silencio administrativo positivo y se entenderá que la PQR o solicitud de indemnización ha sido resuelta en forma favorable al usuario, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar. [...]”

De esta manera, y por ser una norma de orden público y de obligatorio cumplimiento como lo señala el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011 “Las disposiciones contenidas en esta ley son de orden público” en concordancia con el



artículo 13 del C.G.P. “Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.” Se debe entonces tener como aceptada la reclamación que hicieron las herederas y demandantes el 25/09/2017 en virtud del silencio administrativo positivo.

III. Conclusiones.

- 3.1. La reclamación presentada por la Financiera Comultrasan en calidad de: tomador, beneficiario y asegurado, interrumpió el termino de prescripción porque “*La presentación de la demanda interrumpe el termino de prescripción [...]*”. (Art. 94 C.G.P.)
- 3.2. La presentación de la demanda en el proceso Ejecutivo Hipotecario No. 11001310304220130070900 ante el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá D.C. interrumpió la prescripción porque “[...] *El termino de prescripción se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. [...]*”
- 3.3. Las herederas de María Obdulia Soledad Mejía Castellanos interrumpieron el termino de prescripción al presentarle recurso de reposición a la objeción de la Equidad Seguros de Vida O.C. el **25 de septiembre de 2017** porque “[...] *El termino de prescripción se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. [...]*” estando dentro del quinquenio establecido por el artículo 1131 del Código de Comercio. El termino empieza a contarse desde la muerte de María Obdulia Soledad mejía Castellanos el 20/04/2013 y se desarrolla de la siguiente manera:
 - 3.3.1. Entre el 20/04/2013 y el 20/04/2014 **un año;**
 - 3.3.2. Entre el 20/04/2014 y el 20/04/2015 **dos años;**
 - 3.3.3. Entre el 20/04/2015 y el 20/04/2016 **tres años;**



3.3.4. Entre el 20/04/2016 y el 20/04/2017 **cuatro años;**

3.3.5. Entre el 20/04/2017 y el 25/09/2017 **4 años, 5 meses, 5 días.**

Es decir, se presentó en tiempo conforme con el artículo 1131 del Código de Comercio.

3.4. El A Quo derogó el artículo 79 de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto Financiero, al desconocer el silencio administrativo positivo a favor de las demandantes porque la Equidad Seguros de Vida O.C. al no contestar el recurso de reposición presentado el 25/09/2017.

3.5. El A quo incurrió en un defecto sustantivo al desconocer los precedentes pues omitió aplicar la norma especial para los seguros de responsabilidad prevista en el artículo 1131 del Código de Comercio.

3.6. Razones por las cuales no debe prosperar la excepción de prescripción propuesta por la demandada, la Equidad Seguros de Vida O.C. y en consecuencia se deberá declarar infundada.

Con base en los argumentos y fundamentos de derecho, la excepción de prescripción no está llamada a prosperar. Por consiguiente, solicito muy comedidamente se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se profiera una de reemplazo que acoja las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,

Daniel Ricardo Sarmiento Cristancho.
CC. No. 80.187.243 de Bogotá D.C.
T.P. No. 188208 del C. S. de la J.

Señor

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO DE BOGOTA - SALA CIVIL

E.

S.

D.

REF: IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

ACCIONANTE: ANGIE LIZETH AVENDAÑO RAMIREZ

ACCIONADO: JUZGADO CUARENTA (40) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Rad. 110013103040201900016 01

María Victoria Asprilla Cuartas, persona mayor de edad e identificada con cedula de ciudadanía número 52.559.580 de Bogotá, abogada en ejercicio y portadora de la Tarjeta profesional número 284960 del C.S. de la J. actuando en calidad de apoderada de la señora Angie Lizeth Avendaño Ramírez, persona mayor de edad, domiciliada y vecina en la ciudad de Bogotá identificada con CC No 1019058615, me dirijo ante su despacho judicial para sustentar los reparos contra sentencia judicial emitida por el Juzgado Cuarenta (40) Civil del Circuito de Bogotá.

PRIMERO. Impetre Demanda por Prescripción Adquisitiva Ordinaria el día 17 de abril del año 2.019 con Radicado 2019-00016 por poder otorgado por la señora Angie Lizeth Avendaño Ramírez en calidad de poseedora de buena fe de un lote identificado como número 14 que hace parte de uno de mayor extensión llamado Lote Santo Domingo en el cual ella y otros poseedores más realizaron promesas de compraventa y han ejercido la posesión de manera quieta , pacífica e ininterrumpida.

SEGUNDO. El Juzgado Cuarenta Civil del circuito de Bogotá, inadmitió la demanda y solicito la subsanación mediante el aporte de los siguientes documentos:

1. Allegar poder en el que se me faculte como apoderada para dirigir la acción en contra del Señor Miguel de Antonio Quiñonez
2. Identificar mi dirección física para efecto de notificación
3. Indicar dirección de correo electrónico de mi poderdante
4. Autoliquidación de impuesto predial del año gravable 2.019
5. Anexar folios de escritura pública número 584 de 1997 donde se especifique ubicación y linderos del predio de mayor extensión.

TERCERO. Se aportaron las promesas de compraventa que datan la suma de posesiones de mi cliente y en ningún momento desde la admisión de la demanda hasta el día del fallo 11 de junio de 2.021, hubo pronunciamiento con relación al justo título como requisito fundamental de la Prescripción Adquisitiva Ordinaria. No hubo reparo alguno por parte del Juzgado con relación a los títulos que soportaban la tradición ni a la suma de las posesiones, por lo tanto se acreditaron dentro de la demanda como legítimos.

CUARTO. Mi prohijada ha ostentado la posesión del inmueble con suma de posesiones manera quieta, pacífica e ininterrumpida desde el año 2.017 fecha en la que procedió a realizar la compra del lote número 14 el cual hace parte de uno de mayor extensión, en el cual se guarda un vehículo y el dinero percibido por este arriendo hace parte del ingreso de mi cliente para pagar el arriendo de su lugar de vivienda y el de sus hijos el cual se encuentra en el mismo barrio, ya que por razones de carácter económico no le ha sido posible realizar la construcción de su vivienda en este lote.

QUINTO. el día 11 de Junio del año 2.021 se dictó sentencia por parte del Juzgado cuarenta Civil del Circuito en contra de mi prohijada de manera confusa en la cual se le ordena entregar el inmueble al Señor Miguel de Antonio Quiñonez quien actúa como contraparte dentro del proceso en mención argumentando que mi cliente no cuenta con el justo título para ser poseedora del inmueble, desconociendo y realizando una pobre valoración de las pruebas aportadas y otorgándole este derecho a una persona que solo aparece como titular dentro del Certificado de Libertad y tradición pero que por más de 10 años nunca ha hecho presencia dentro del predio que aduce como suyo y sin haber ejercido algún acto positivo dentro del mismo.

La señora Angie Lizeth Avendaño al igual que los demás 15 poseedores que habitan en el predio de mayor extensión adquirieron sus lotes bajo promesas de compraventa de antiguos poseedores, pero ha sido ella quien por su condición económica pues su oficio es ser recicladora y líder comunitaria le ha sido imposible conseguir el capital para construir el predio.

SEXTO. Las pruebas testimoniales aportadas por la contraparte y las propias no fueron tenidas en cuenta y todos estos testimonios datan de conocer al señor Miguel de Antonio Quiñonez desde el año en que los poseedores instauraron demandas de pertenencia en el predio tiempo atrás nunca fue visto el señor en el sector aun cuando manifiesta haber adquirido el inmueble desde el año 1.997 nunca ha ejercido acciones de señor y dueño, legales y mucho menos posesorias.

SEPTIMO. El abogado de la contraparte ni la misma contraparte en diligencias y en testimoniales manifestaron en algún momento prueba alguna de haber ejercido al acto de posesión sobre el inmueble es más el mismo señor Quiñones en la diligencia llevada a cabo por el IDU en el año 2.019 manifestó que hace más de 5 años tenía conocimiento de la existencia de las construcciones dentro del lote.

OCTAVO. El señor Miguel de Antonio Quiñonez quien aparece en el Certificado de libertad y tradición como titular del predio lo adquirió desde hace mas de 20 años por una herencia , durante este tiempo nunca ha ejercido animo de señor y dueño sobre el predio, el mismo reconoce que se entero de las construcciones y aun así no instauro ninguna acción legal, estuvo en mora por concepto de impuestos, muestra de esto es el embargo que llevo a cabo el IDU sobre el predio y que solo se logro levantar por el pago que realizaron los comuneros habitantes del predio y solo hasta cuando la comunidad dio inicio a las diferentes demandas de prescripción adquisitiva que hoy cursan en diferentes Juzgados es que ejerce reclamación sobre el predio desconociendo el tiempo, dinero y esfuerzo de los poseedores para levantar sus viviendas, tan es así que los mismos testigos que apporto el sr. Quiñonez dieron cuenta de que nunca ejerció posesión en el predio.

NOVENO. Me opongo a la decisión emitida por el Juzgado toda vez que desconocen el derecho a la vivienda digna y a la posesión de mi prohijada y los demás poseedores para darle lugar a una persona que de manera oportuna aparece a reclamar un derecho que nunca ejerció sin tener una valoración suficiente de las pruebas y los testimonios de los habitantes del predio.

PRETENSIONES PRINCIPALES

Ruego al despacho amparar los derechos fundamentales de mi cliente como el Debido Proceso, la Propiedad y el Mínimo Vital.

En el caso de la protección tutelar aquí invocada, está orientada a que se ordene suspender la diligencia de entrega del inmueble (lote numero 14) en diez días a partir del día 12 de junio dispuesta como medida consecencial de la sentencia firme que fue dictada en el proceso de Prescripción Adquisitiva Ordinaria pues bajo esta circunstancia se vería afectada mi cliente en su mínimo vital toda vez que estaría privada de un ingreso el cual hace parte de su sustento para el pago de arriendo del lugar donde habita, la alimentación, jardín de sus hijas atendiendo a que su actividad como recicladora no le provee ingresos suficientes por tal razón la falta de capacidad económica para poder construir el predio que adquirió y que pretende adecuarlo como hogar permanente de su familia.

Solicito ante su despacho de manera respetuosa se tenga en cuenta su condición de vulnerabilidad y se ampare su derecho a la Igualdad pues la condición de mi cliente y demás poseedores y comuneros es la misma todos poseen el predio con ánimo de señor y dueño y amparados bajo las promesas de compraventa que realizaron de buena fe y con el fin de lograr acceder a viviendas dignas.

2. Se decrete nulo el fallo y se cambie el sentido de la apelación de efecto devolutivo a suspensivo, toda vez que el fallo con respecto a la valoración de la prueba posee un defecto factico ya que uno de los requisitos procedimentales para la aceptación

de la demanda de prescripción ordinaria de dominio es el de tener justo título y en el momento de la inadmisión de la misma a la fecha nunca se pronunció sobre este particular y si al momento del fallo, luego de más de dos años de litigio desconociendo con esto la pertenecía de mi cliente y generando una lesión enorme en su único capital, máxime cuando en contrario dentro del proceso de pertenencia la contra parte nunca manifestó ni dio siquiera luces mínimas de haber ostentado la posesión del bien en mención, más aún cuando si se tiene en cuenta la cuota parte a la que hace referencia el presente proceso es uno de los pocos lotes sin construcción dentro de un terreno de mayor extensión del cual la contraparte nunca tomo posesión.

ANEXOS

Auto de inadmisión de la demanda y posterior admisión de la demanda

NOTIFICACIONES

JUZGADO CUARENTA (40) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTA

ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Carrera 10 Numero 14-33 piso 2 Bogotá – Teléfono 2863585

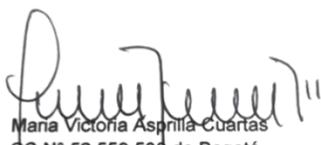
María Victoria Asprilla Cuartas

Celular 313 8874562

Correo electrónico: victoriaasprilla55@gmail.com;

asprillacuartasabogados@gmail.com

Atentamente,



María Victoria Asprilla Cuartas
CC N° 52.559.580 de Bogotá
T.P. N° 284960 del C.S. de la J.

JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ



RAD. 11001-310-03-040-2019-00016-00

Bogotá D. C., 17 ENE. 2019

De conformidad con lo previsto en el artículo 90 del Código General del Proceso, se INADMITE la presente demanda para que, dentro del término de cinco (5) días, so pena de rechazo, se subsane en los siguientes aspectos:

1. Dirijase el poder al juez conocimiento e indíquese en el mismo la clase de prescripción alegada en la presente demanda (inciso 2° del artículo 74 *ibidem*).
2. Indíquese el domicilio de la parte demandante (numeral 2° del artículo 82 *eiusdem*).
3. Señálese la dirección electrónica del extremo actor para efectos de notificaciones (numeral 10° del artículo 82 *idem*).
4. Apórtese el avalúo catastral del inmueble objeto de litigio (numeral 3° del artículo 26 *ibidem*).
5. Especifíquense los linderos actuales que identifican tanto el inmueble a usucapir como el predio de mayor extensión del que hace parte (artículo 89 *eiusdem*).
6. Alléguese copia de la demanda y sus anexos, tanto en físico como en medio magnético, para los respectivos traslados (artículo 89 *idem*).

Del escrito subsanatorio y sus anexos, si los hubiera, preséntese copia para el archivo del Juzgado y el traslado respectivo, conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 89 del C. G. del P.

NOTIFIQUESE,

JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ



RAD. 1100131030402019-00016-00

Bogotá, D.C., quince (15) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Subsanada en legal forma la demanda y como quiera que reúne los requisitos establecidos en los artículos 82, 84, 89 y 375 del Código General del Proceso, el Juzgado dispone:

1. **ADMITIR** la anterior demanda declarativa de **PERTENENCIA** por prescripción ordinaria adquisitiva de dominio promovida por **ANGIE LIZETH AVENDAÑO RAMÍREZ** en contra del señor **DEANTONIO QUIÑONES MIGUEL** y contra las **DEMÁS PERSONAS** que se crean con derechos sobre el respectivo bien.

2. Notifíquese personalmente a la parte demandada y córrasele traslado por el término de veinte (20) días.

3. Se ordena el emplazamiento de las personas indeterminadas que se crean con derechos sobre los bienes materia de la pertenencia, en la forma establecida en el numeral 7° del artículo 375 del Código General del Proceso, en concordancia con el canon 108 de la misma obra, en los diarios El Tiempo o El Espectador y en día Domingo.

Efectuada la publicación, por secretaría incluyanse los datos de los emplazados, conforme lo prevé la mencionada norma y el artículo 5 del acuerdo PSAA14-10118 del 4 de marzo de 2014 del CSJ.

Inscrita la demanda en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y aportadas las fotografías por el demandante, se ordenará la inclusión del contenido de la valla en el Registro Nacional de Procesos de pertenencia que lleva el Consejo Superior de la Judicatura, por el término de un (1) mes, dentro del cual podrán contestar la demanda de las personas emplazadas.

4. En atención a que el demandante expresa en la demanda que desconoce el lugar en donde puede ser citada la demandada, se decreta el emplazamiento de **DEANTONIO QUIÑONES MIGUEL**, conforme a lo establecido en los artículos 108 y 293 del Código General del Proceso. Para el efecto publíquese en un diario de amplia circulación nacional, ya sea en El Tiempo o El Espectador, con inclusión de los datos que exige el referido artículo 108 y en día Domingo.

5. Oficiése al Registrador de Instrumentos de la zona respectiva a fin de que se sirva inscribir la demanda en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble pretendido en usucapión.

6. Por la secretaría infórmese de la existencia de este proceso a las entidades indicadas en el inciso 2 del numeral 6° del artículo 375 del Código General del Proceso, para los efectos allí establecidos. Inclúyanse los datos para la completa identificación del inmueble de este asunto.

7. Se reconoce personería a la abogada **MARÍA VICTORIA ASPRILLA CUARTAS** como apoderado de la parte actora, en los términos y para los efectos del poder conferido a folio 49.

NOTIFÍQUESE

(M)
AIDA VICTORIA LOZANO RICO
JUEZ

MPTM

JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ D. C.

18 FEB. 2019

Hoy 18 FEB. 2019 se notifica a las partes el
provido anterior por anotación en el Estado No.

(L)
LUIS ORLANDO CHENGILLA VARGAS
Secretario

Honorable Magistrado
JUAN PABLO SUAREZ OSORIO.
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C. – SALA
CIVIL.
E. S. D.

Referencia: Proceso Recursos de Anulación de Laudo Arbitral. Convocante: LUZ ENNA BAQUERO NOVA. Convocada: FIDEICOMISO 147 SQUARE y OTRO. Radicación: 110012203020210135600.

Cordial saludo,

JUAN CARLOS PARRA ACEVEDO, identificada con la Cédula de Ciudadanía No 79.460.931 de Bogotá, y como abogado con la Tarjeta Profesional 71.994, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, con domicilio profesional y lugar de notificaciones Calle 120 No. 20^a-71, celular 313 441 70 40 y dirección electrónica parrajuanca_2@hotmail.com, actuando como apoderado de la parte convocada sociedad **AYALA CONSTRUCCIONES LTDA**, muy respetuosamente y dentro del término establecido por el artículo 331 del Código General del Proceso, me permito manifestar a usted que interponer el **RECURSO DE SUPLICA** contra el auto de fecha 26 de Julio de 2021, notificado en estado No. 127 de fecha 27 de Julio de 2021, mediante el cual declaro:

1. “ ... **RESUELVE:**

PRIMERO: DEJAR SIN VALOR NI EFECTO el auto de fecha 1° de julio, hogaño, por medio del cual se admitió a trámite el presente medio impugnativo.

SEGUNDO: RECHAZAR DE PLANO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad convocada AYALA CONSTRUCCIONES LTDA., contra el Laudo proferido el pasado 5 de abril del año en curso, por el Tribunal Arbitral conformado únicamente por la Dra. ANA GABRIELA MONROY TORRES, en la CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, para dirimir las diferencias suscitadas entre LUZ ENNA BAQUERO NOVA, de un lado, y FIDUCIARIA BOGOTÁ S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo FIDEICOMISO 147 SQUARE – FIDUBOGOTA S.A. y la aquí recurrente, del otro.

TERCERO: En firme la presente providencia, ofíciase a la oficina judicial de origen informándole sobre la decisión aquí adoptada. ...”

2. La parte convocada la cual represento, no encuentra ajustada a la realidad la decisión tomada por su despacho, por las siguientes razones:

Se sustenta tal decisión tomada bajo los siguientes argumentos: “... *Examinado ese contexto refutatorio, se patentiza, sin dificultad, la ausencia de razonamientos para fundamentar el recurso, si en mente se tiene que ningún argumento concreto se exteriorizó para explicar las causales de anulación 7 y 9 invocadas, esto es, “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” o “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”, pues, basilarmente, la sociedad impugnadora extrae 4 directamente su configuración de motivaciones genéricas relacionadas con elementos probatorios sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales, desconociendo que, a voces de la jurisprudencia vernácula, “la sustentación del recurso no consiste en la sola indicación del texto*

legal que consagra una determinada causal, como tampoco en que, al amparo de la mención de alguna o de varias de las causales enlistadas en la ley, se aduzcan argumentaciones que en verdad no configuran ninguna de las previstas por el legislador’, se concluye que la recurrente no cumplió con su carga argumentativa relativa a la debida fundamentación de la causal.”

4. En esas condiciones, debe darse aplicación al artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, según el cual “[l]a autoridad judicial competente rechazará de plano el recurso de anulación [entre otras razones] cuando (...) no se hubiere sustentado (...); 2 situación que ha debido valorar sesudamente el cuerpo arbitral, previamente a dar curso al trámite de que trata el artículo 4º, ibidem, en cuya virtud el prenotado medio impugnativo extraordinario “deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral”;3 máxime si jurisprudencialmente se ha reiterado que “[l]os poderes del juez del recurso de anulación están limitados por el llamado ‘principio dispositivo’, según el cual, es el recurrente quien delimita, con la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra; en consecuencia, no le es permitido interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y, menos aún, pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso extraordinario de anulación. Dado el carácter restrictivo que caracteriza el recurso, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente (...)”...”

3. A continuación me permito presentar el inconformismo respecto a lo manifestado por su despacho, ya que el recurso de anulación interpuesto por el suscrito contra el el laudo arbitral dictado por el árbitro único de fecha 5 de Abril de 2021, aclarado, corregido y adicionado mediante auto No.33 de fecha 19 de abril de 2021, fue sustentado en debida forma como lo establece el artículo 40 de la ley 1563 de 2012, de igual manera se invocaron las causales 7 y 9, *del artículo 41* de la ley 1563 de 2021, esto es, “Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” y “Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”, es claro que en la argumentación esbozada por el suscrito se puede establecer con facilidad que al no tenerse en cuenta y no pronunciarse el tribunal de arbitramento al momento de proferir el laudo arbitral cuya anulación se pide, respecto a excepción de contrato no cumplido consistente en que ninguna de las partes está en mora aun dejando de cumplir lo pactado, mientras la otra parte no cumpla o no se disponga a cumplir (1609 C.C.), tal conducta o proceder del tribunal de arbitramento se enmarca en la causal séptima, esto es “*Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”, de igual manera con la parte final de la causal 9 , esto es “... o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento. ...”, y es claro que al no haberse pronunciado respecto a la solicitud presentada en los alegatos de decretar de oficio la excepción antes mencionada, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 282 del Código General del Proceso, en su inciso inicial estable, “*En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. ...*”, con lo cual a pesar de existir suficientes prueba que demostraba el incumplimiento por parte de la convocante señora LUZ ENNA BAQUERO NOVOA, no se dio respuesta alguna a lo solicitado.

Que de acuerdo a lo manifestado anteriormente, queda plenamente demostrado que el recurso de anulación interpuesto por el suscrito, en contra del laudo arbitral

dictado por el árbitro único de fecha 5 de Abril de 2021, aclarado, corregido y adicionado mediante auto No.33 de fecha 19 de abril de 2021, fue sustentado en debida forma de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 40 de la ley 1563 de 2012, y que la argumentación allí esbozada va concatenada con las causales 7 y 9 de la ley 1563 de 2012, razón por la cual solicito se revoque la decisión tomada por el auto de fecha 28 de Julio de 2021, proferida por su despacho, y en su defecto se deje incólume la decisión tomada mediante auto de fecha 1 de Julio de 2021, por medio del cual se Admitió el recurso de anulación y se proceda a resolver el mismo.

Con distinción y respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Parra', with a stylized flourish at the end.

JUAN CARLOS PARRA ACEVEDO
C.C. 79.460.931 de Bogotá.
T.P. 71.994 del C.S.J.



Francisco Rodríguez García
Abogado

Doctor

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

Tribunal Superior de Bogotá.

Sala Civil

E. S. D.

Ref: 2015/054 **PERTENENCIA DE AMPARO ESTEVEZ RODRIGUEZ**
V.s **JAIME RODRIGUEZ RAMIREZ Y OTROS**
ORIGEN: **JUZGADO 1° CIVIL DEL CIRCUITO**

ASUNTO: SUSTENTACION APELACION REPAROS ART. 322 C.G.P.
ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL DE BOGOTA
SALA CIVIL

FRANCISCO RODRIGUEZ GARCIA, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, obrando como apoderado de la parte demandante, estando dentro la oportunidad concedida en el inciso 2° del numeral 3° del art. 322 del C. G. del P.¹, me permito precisar ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, los **REPAROS** a la decisión adoptada por el señor Juez de primera instancia a la sentencia proferido dentro del auto de la referencia, de fecha 17 de noviembre del presente año.

PRIMER REPARO. INDEBIDA VALORACION DE LAS PRUEBAS.

De antemano solicito de esta Corporación se proceda a revocar en su integridad la sentencia proferida por el señor Juez 51 Civil del Circuito, dado que la misma no corresponde a la realidad procesal inmersa en el proceso de pertenencia sometido a su estudio; a más de que no se evidencia una debida valoración de las pruebas recaudas durante el debate probatorio, desconociéndose en un todo los lineamientos jurisprudenciales y doctrinales referentes a los postulados que se deben tener en cuenta para analizar cada caso en forma particular y no general.

1. En efecto el fallador de primer grado, como se puede observar sin dubitación alguna, al momento de proferir la sentencia en donde se definió la instancia, hace un análisis sesgado respecto de todas y cada una las pruebas recaudas al interior de la causa, en especial en las pruebas documentales y de conformidad a lo expresado en el Registro Civil de Matrimonio expedido por la Notaría Quinta (5) del círculo de Notarios de Bogotá, el cual fue puesto a su disposición de acuerdo al requerimiento que hiciera el a quo mediante oficio número 1582 de fecha 13 de octubre de 2.017, el cual evidencia que entre los ya mencionados demandante y demandado existe el vínculo de matrimonio católico celebrado en la parroquia de San Pedro Velasco, celebrado el día 30 de enero de 1.975, el cual se encuentra vigente, ya que no existe nota marginal o pie de página que diga otra cosa, lo cual implica determinar que la sociedad conyugal se encuentra vigente a la fecha y que naciera con el matrimonio católico el día 30 de enero de 1.975 hasta el día 22 de noviembre de 2016 fecha en la que el demandado falleciera de acuerdo al registro de defunción No 81555873-4 expedido por el Dane, el cual reposa en el proceso.

¹ Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.



Francisco Rodríguez García
Abogado

2. Vale la pena entrar a establecer si la identidad del bien cuya usucapión pretende la demandante con respecto a la prescripción adquisitiva es posible, habida cuenta de la relación conyugal que existe entre los contendientes, simultáneamente a la aludida posesión.
3. De conformidad al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala Civil, sentencia proferida en el proceso 110013103006-2005-00314-01 de fecha 20 de mayo de 2.010 ha determinado que no es posible la prescripción entre cónyuges, como aquí se estableció: (Acompaño copia de la correspondiente sentencia)
 - a. Porque mientras perdure la sociedad conyugal, que en este caso aconteció entre el 30 de enero de 1.975 hasta el día 22 de noviembre de 2016, el usufructo de todos los bienes pertenece a esta, hasta tanto se liquide, estos son bienes sociales, así lo disponen los artículos 1 y 4 de la Ley 28 de 1932, en armonía con el inciso 1º del artículo 180 del C.C., modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974.
 - b. Permitir que uno de los consortes prescriba en su favor contra el otro implicaría desconocer los fines de la institución matrimonial conforme lo establece el artículo 113 del C.C. y sería tanto como autorizar donaciones irrevocables entre estos, negocio sancionado con nulidad absoluta por el artículo 3 de la Ley 28 de 1932.
 - c. Esta diferenciación, propia de la teoría jurídica, ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias C-1046, 4 10 2001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
 - d. Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación.
 - e. "En el caso de liquidación de que trata el artículo 1 de la citada Ley, se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código".
4. No se tuvo en cuenta que la demandante **AMPARO ESTEVEZ DE RODRIGUEZ** no desconoció el derecho de dominio del demandado **JAIME RORIGUEZ RAMIREZ**, particularmente cuando en su representación dejó viviendo en el inmueble materia de litigio a su hija **ADRIANA RODRIGUEZ ESTEVEZ**, quien falleciera el 13 de noviembre de 2012, junto con sus tres (3) hijos y nietos del demandado, señores **JUAN SEBASTIAN ESPITIA RODRIGUEZ**, **ALEJANDRO ESPITIA RODRIGUEZ** y **NICHOLS HELENA ESPITIA RODRIGUEZ**, sin pagar ni un solo peso de arriendo motivo por el cual después del deceso de su madre y enfermedad de su abuelo, fueron obligados a salir en forma violenta del inmueble así:
 - a. En el caso del señor **JUAN SEBASTIAN ESPITIA RODRIGUEZ** cinco (5) días después del fallecimiento de su señora madre o sea el día 18 de noviembre de 2.012, ya que su abuela le pidió que se fuera de la casa y como no lo quiso hacer, su tío, el hermano de su señora madre y hoy demandado y coadyuvante de la demandante de nombre **JAIME ADRES RORIGUEZ** lo amenazo con un arma corto punzante, por lo cual su padre **JUAN MANUEL ESPITIA NEVA** se



Francisco Rodríguez García
Abogado

presentó a la policía y formulo la denuncia correspondiente, copia de la cual se aportó en la contestación de la demanda.

- b. Idéntica forma ocurrió con la nieta **NICHOLS HELENA OSPITIA RODRIGUEZ**, quien fuera golpeada y maltratada por su abuela señora **AMPARO PEREZ DE RODRIGUEZ**, quien la obligo a salir del inmueble en el mes de abril de 2.015.
- c. Igual suerte corrió con el señor **ALEJANDRO ESPITIA RODRIGUEZ** quien fue echado por su abuela, el día sábado 26 de noviembre de 2.016, en las horas de la tarde, después de que su abuela se percatara por el celular de su nieto, que llegaba de cumplir una cita con el suscrito abogado.

Por tal razón la hoy demandante no ha desplegado ella sola, actos de posesión de señora y dueña ya en forma violenta expulso a sus nietos quienes permanecieron en posesión en representación de su abuelo, hasta el día 26 de noviembre de 2.016.

SEGUNDO REPARO. INDEBIDA INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS

También se equivoca el fallador:

- a. Al no tener en cuenta que mientras perdure la sociedad conyugal, que en este caso aconteció entre el 30 de enero de 1.975 hasta el día 22 de noviembre de 2016, el usufructo de todos los bienes pertenece a esta, hasta tanto se liquide, estos son bienes sociales, así lo disponen los artículos 1° y 4° de la Ley 28 de 1932, en armonía con el inciso 1° del artículo 180 del C.C., modificado por el artículo 13 del Decreto 2820 de 1974
- b. Permitir que uno de los consortes prescriba en su favor contra el otro implicaría desconocer los fines de la institución matrimonial conforme lo establece el artículo 113 del C.C. y sería tanto como autorizar donaciones irrevocables entre estos, negocio sancionado con nulidad absoluta por el artículo 3 de la Ley 28 de 1932.
- c. Esta diferenciación, propia de la teoría jurídica, ha sido aplicada por la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias C-1046, 4 10 2001, M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.
- d. Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación.

TERCER REPARO. INDEBIDA INTERPRETACION DE POSESION PACIFICA

No se existe justificación alguna para que el juez de primera instancia no tuviera en cuenta:

- a. En el caso del señor **JUAN SEBASTIAN ESPITIA RODRIGUEZ** cinco (5) días después del fallecimiento de su señora madre o sea el día 18 de noviembre de 2.012, ya que su abuela le pidió que se fuera de la casa y como no lo quiso hacer, su tío, el hermano de su señora madre y hoy demandado y coadyuvante de la demandante de nombre **JAIME ADRES RORIGUEZ** lo amenazo con un arma corto punzante, por lo cual su padre **JUAN MANUEL ESPITIA NEVA** se



Francisco Rodríguez García
Abogado

presentó a la policía y formulo la denuncia correspondiente, copia de la cual se aportó en la contestación de la demanda.

- b. Idéntica forma ocurrió con la nieta **NICHOLS HELENA OSPITIA RODRIGUEZ**, quien fuera golpeada y maltratada por su abuela señora **AMPARO PEREZ DE RODRIGUEZ**, quien la obligo a salir del inmueble en el mes de abril de 2.015.
- c. Igual suerte corrió con el señor **ALEJANDRO ESPITIA RODRIGUEZ** quien fue echado por su abuela, el día sábado 26 de noviembre de 2.016, en las horas de la tarde, después de que su abuela se percatara por el celular de su nieto, que llegaba de cumplir una cita con el suscrito abogado.

Por tal razón la hoy demandante no ha desplegado ella sola, actos de posesión de señora y dueña ya en forma violenta expulso a sus nietos quienes permanecieron en posesión en representación de su abuelo, hasta el día 26 de noviembre de 2.016.

Es decir, no existe una evidencia, que conduzca a la certeza de que la posesión que ha venido ostentando que la demandante no fue pacífica y tranquila.

Los cánones procesales y así lo ha entendido la jurisprudencia nacional, han establecido que las pruebas recaudas al interior de un proceso deben ser analizadas y valoradas en conjunto y no en forma separada; y que su apreciación debe hacerse con total desprendimiento, atendiendo la sana crítica que cada una de ellas merece.

Sean estos breves reparos los que han de ser tenidos en cuenta por la Magistratura y los cuales serán esbozados más ampliamente dentro de la oportunamente procesal oportuna, esto es, al momento de sustentar la apelación ante la superioridad, para adoptar la decisión que corresponda en segunda instancia, que como ya dije deben conducir a la revocatoria integral de la sentencia, para que en su lugar se acojan las excepciones planteadas.

Anexo: copia De la sentencia ya referida

De los señores Magistrados atentamente:

FRANCISCO RODRIGUEZ GARCIA
C.C. No 5.314.286 de Ricaurte Nariño
T.P. No 94.228 del C.S.J.
Email: rogarabogado@gmail.com
Tel: 3002012915

RUBIO ESCOBAR ABOGADOS
Calle 94 A No. 13-34 Of 102
Bogotá, Colombia
Tel. (571) 6183279

HONORABLE MAGISTRADO
LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
Bogotá D.C.

Ref: Radicado: **110013199001 2019 08051 03.**
Accionante **Central Cervecera de Colombia S.A.S**
Accionado **Bavaria S.A.**
Sustentación Recurso de Apelación

JAIRO RUBIO ESCOBAR, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No 79.108.890 y portador de la tarjeta de profesional No 35306 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado judicial de la sociedad **CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S.**, sociedad colombiana, legalmente constituida mediante documento privado de 29 de octubre de 2014, debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, identificada con NIT. 900785905-3, de conformidad con el poder que ya obra en el expediente, por medio por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal, sustentó el recurso de apelación formulado contra la sentencia No 4407 proferida el pasado 20 de abril de 2021, cuya aclaración y/o adición fue negada mediante auto No 63701 del 26 de mayo de 2021, en los siguientes términos, que corresponden a las razones concretas que se expresaron al momento la interposición del recurso:

FRENTE A LA NO DECLARATORIA DEL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL CONSAGRADO EL ARTICULO 19 DE LA LEY 256 DE 1996 “POR EFECTO”

DECISIÓN DEL A-QUO:

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

haya ocurrido con todos los establecimientos de mayor recordación y volumen como se acusa en la demanda, por lo que no podría hablarse de una restricción efectiva a la luz de lo planteado por CCC”

RAZONES DE INCONFORMIDAD

Para el *aquo*, entonces, para que se configure el acto de competencia desleal establecido en el artículo 19 de la ley 256 de 1996 por el pacto de cláusulas de exclusividad que tengan como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, es necesario que esas exclusividades se hubieren suscrito “*con los propietarios de todos los establecimientos de mayor recordación y volumen de compra*”, aspecto no contemplado en la norma.

Y es que, para el efecto restrictivo de acceso al mercado por el pacto de cláusulas de exclusividad, basta que se produzca efectivamente la restricción, sin que para ello sea necesario, como lo afirma a quo, que esos pactos de exclusividad se suscriban con todos los establecimientos de mayor recordación y volumen de compra. Y ello es así, pues como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C 535 de 1997, para determinar el efecto real restrictivo que se desprende del uso de pactos de exclusividad es necesario analizar “*entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.*” En otras palabras, como lo expresa la misma Corte constitucional en la referida sentencia, la licitud de este tipo de pactos de exclusividad está reservada a los eventos en que **no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados**. Por ello, si bien la prohibición no es absoluta, de todas formas, **si lo es cuando se proyecta en una disminución así sea mínima de la competencia**.

En la mayoría de las veces las cláusulas de exclusividad no producen una disminución, así sea mínima, de la competencia, porque el agente que las impone no tiene un importante poder de mercado, valga la redundancia, en el mercado relevante en que se pactan.

Sin embargo, en el presente caso, nos encontramos frente al mercado de la cerveza, mercado frente al cual BAVARIA tiene no solamente una alta participación de mercado, no menor del 95%, sino una posición dominante en el mismo, como lo señaló el juez de primera instancia al indicar que “*Al respecto, comencemos por traer a colación el contenido de la Resolución 24329 de 2016 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio (allegada con la demanda) de la que se extrae que dicha entidad reconoció que para ese momento la demandada contaba con posición de dominio dentro del mercado nacional de la cerveza, aspecto que fue aceptado por Bavaria al contestar el hecho 2 de la demanda.*”

Así las cosas, siguiendo los criterios de la corte constitucional para determinar si las cláusulas de exclusividad pactadas por Bavaria tienen como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, es necesario resaltar que en el expediente está acreditado lo siguiente:

1.- Respecto del tipo de mercado, está demostrado que las exclusividades están pactadas en el mercado relevante de la comercialización de la cerveza (ver los contratos de patrocinio que reposan en el expediente), aspecto reconocido en la sentencia recurrida.

2.- Que Bavaria, como lo señala el *aquo*, “[H]a ostentado y ostenta un importante poder de mercado en el que incluso ha tenido posición de dominio reconocida por la Superintendencia de Industria y Comercio”.

3- Que Bavaria, como igualmente se indica en la sentencia que se recurre “vende casi la totalidad de los hectolitros de cerveza del mercado y en el que el segundo participante tiene un porcentaje que se aleja por mucho del de Bavaria”, lo que demuestra que en este mercado existe un alto nivel de concentración, asimetría y dominancia por parte de Bavaria en el mercado de la cerveza.

4. Que Bavaria, como lo señala igualmente el *aquo* “aun teniendo el aludido poder mercado, ha suscrito cláusulas de exclusividad con propietarios de establecimientos que representan importantes niveles de ventas del total de la industria”.

5.- Que la cerveza no tiene sustitutos cercanos que permitan ampliar la dimensión del producto (Ver pág. 20 Resolución 24329 de 2016), lo cual fue ratificado por la Superintendencia en la resolución 23569 del 23 de abril de 2021.

6.- Que en el mercado de la cerveza existen barreras significativas de entrada y/o expansión, como lo son, entre otras, la red de distribución, el reconocimiento de marca y la capacidad ociosa que tiene Bavaria. (Ver pág.56 de la Resolución 24329 de 2016), lo cual fue ratificado por la Superintendencia en la resolución 23569 del 23 de abril de 2021, cuya copia se adjunta al presente recurso. (ver pág. 71).

7.- Que los establecimientos de comercio con los cuales Bavaria tiene pactados cláusulas de exclusividad, además de ser los establecimientos más importantes, por ejemplo, por su ubicación, están en el subgrupo de establecimientos que generan mayor venta o tienen potencialidad de generar mayor venta de cerveza frente a un establecimiento de comercio promedio. (ver declaración del señor Santiago Ambroggio).

8.- Que las cláusulas de exclusividad están pactadas en su gran mayoría en el canal *on premise*. (Ver declaración del RL de Bavaria)

9.- Que los pactos de exclusividad de Bavaria pasaron de 35 a 7521, de 31 de diciembre de 2016 a 31 de diciembre de 2017, lo que representa un aumento de 21488%. Y a 28204, a 31 de diciembre de 2018, lo que representa un incremento, con respecto al 31 de diciembre de 2017, de 37,5% y del 80583% con respecto al 31 de diciembre de 2016. (Ver certificaciones remitidas por Bavaria en la audiencia de exhibición).

Sin embargo, estos porcentajes son mayores si nos basamos en los reportes que la misma accionada remitió a la Delegatura de Protección a la Competencia, reportes que, conforme lo indica el señor Superintendente Delegado en su respuesta, *“corresponden a relaciones comerciales en la que están incluidas exclusividades, pues esa era la condición para que Bavaria tuviera que reportarlas”*. Y dado que los pactos de preferencia también son exclusividades, pues así lo determinó el señor Superintendente de Industria y Comercio en la resolución 23569 de 2021 (pág. 83), al indicar que dichos pactos no se diferencian mucho de los de exclusividad, pues en los dos *“existe la posibilidad de exigir a los establecimientos patrocinados que no celebren contratos o realicen actividades, adquieran obligaciones o cumplan prestaciones similares con otras empresas competidoras”*, entonces la conducta de Bavaria es mucho más gravosa.

10. Que los acuerdos de exclusividad, conforme a los reportes dados a la Delegatura de Protección de la Competencia, pasaron de 136 a 13535 del 31 de diciembre de 2016 a 31 de diciembre de 2017, lo que representa un aumento de 9952%. Y a 53658 a 31 de diciembre de 2018, lo que representa un aumento de 396,43% y del 39454% con respecto al 31 de diciembre de 2016.

11. Que los establecimientos de comercio con los cuales BAVARIA tiene pactados cláusulas de exclusividad llegaron a representar, a diciembre de 2018, el 10.73% (53.658 / 500.109) frente al total de establecimientos de comercio que venden cerveza en Colombia y al 16.76% (53.658 / 320.070) frente al número de establecimientos de comercio a los que Bavaria le vende cerveza (ver reportes de la Delegatura frente a los acuerdos de exclusividad y dictamen pericial en lo referente a los establecimientos que venden cerveza en Colombia).

12.- Que los establecimientos de comercio con los cuales BAVARIA tiene pactados cláusulas de exclusividad le permitieron vender a BAVARIA, de manera exclusiva frente a cualquier otro competidor, no menos del 20% del mercado total de las ventas de toda la industria en el 2020 y no menos del 25.4% del mercado total en el 2019, (Ver declaración de Santiago Ambroggio), lo que implica que si ese dato lo extrapolamos a todos los acuerdos de exclusividad, es decir, pactos de preferencia y exclusividad, esos porcentajes serían a 31 de diciembre de 2019 de 41,25% y a 31 de diciembre de 2020 de 33,5%.

RUBIO ESCOBAR ABOGADOS
Calle 94 A No. 13-34 Of 102
Bogotá, Colombia
Tel. (571) 6183279

Por todo lo expuesto, es evidente que en el expediente está probado que al ser el mercado de la cerveza un mercado concentrado, asimétrico y con dominancia por parte del accionado, es claro que las exclusividades pactadas por BAVARIA no solamente tienen el objeto sino el efecto de restringir el acceso de CENTRAL CERVECERA al mercado o, en palabras de la Corte, esas exclusividades han producido una disminución, así sea mínima, de la competencia, porque en los establecimientos de comercio donde Bavaria tiene pactadas cláusulas de exclusividad, que representan, en volumen de ventas, el 33,5% de las ventas totales de la industria, CENTRAL CERVECERA o cualquier otra compañía comercializadora de cerveza no puede vender sus productos, lo cual le ha permitido a BAVARIA mantener por la vía de los acuerdos de exclusividad la dominancia y poder monopólico del mercado, impidiendo que un competidor eficiente como CENTRAL CERVECERA rivalice de manera libre y vigorosa en dicho mercado.

Y es que la cifra de 44280 establecimientos con acuerdos de exclusividad con BAVARIA a 31 de diciembre de 2020, (ver reporte del Delegado de Protección de la Competencia) que corresponden a los establecimientos de mayor recordación y volumen de venta en los distintos municipios del país, pues representan no menos de 32,50% de las ventas totales de la accionada, no solamente restringen que mi representada pueda acceder a estos establecimientos de comercio que hacen parte del mercado de la cerveza, sino que esa restricción es más que significativa para una disminución de la competencia. Y es que el análisis de los efectos de la conducta de BAVARIA no requiere de un estudio exhaustivo sobre la evidencia cuantitativa de la obstrucción en un canal de comercialización determinado, como lo señaló la propia Superintendencia en la resolución 534013 de 2013”

En suma, el crecimiento exponencial y desenfrenado a partir del año 2017 de los establecimientos con exclusividades vigentes a favor de Bavaria, compañía con posición dominante, ha provocado efectos nocivos en la competencia, **pues ha restringido el acceso de mi representada en estos establecimientos, que hacen parte del mercado de la cerveza, lo que ha provocado un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente**, sin que sea necesario, para que se haya producido esa disminución, que los pactos de exclusividad se hayan suscrito *“con los propietarios de todos los establecimientos de mayor recordación y volumen de venta”*

FRENTE A LA NEGACION DE LA PRETENSION 3.2 REFERENTE A ORDENAR SUPRIMIR DE LOS CONTRATOS VIGENTES LAS CLAUSULAS DE EXCLUSIVIDAD

DECISION DEL AQUO

El fallador de primera instancia desestimó esta pretensión “*por cuanto no se puede ordenar suprimir las exclusividades vigentes en la medida que, como se afirmó, no se demostró la restricción efectiva de la competencia, sino que el acto se configuró en nivel potencial, luego no estaría acorde con esa potencialidad una orden de suprimir los contratos vigentes que en sí mismo no han generado una efectiva restricción*”.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Como se indicó en la primera parte de este recurso, las cláusulas de exclusividad suscritas por BAVARIA, que representan más del 33,5% de las ventas de todo el sector, han generado una restricción efectiva de la competencia, pues aunque suene reiterativo esas exclusividades están pactadas en un mercado concentrado, con altas barreras a la entrada, por el operador con posición dominante y con una participación del 95% del mismo, lo que ha generado una disminución de la competencia, pues CENTRAL CERVECERA no ha podido acceder a esos establecimientos con exclusividades.

Por lo anterior, al haberse demostrado la restricción efectiva de la competencia, el fundamento en que se basó el *aquo* para no acoger la pretensión no es correcto y, en tal sentido, debió acoger la misma.

FRENTE A LA ORDEN DADA A BAVARIA DE ABSTENERSE DE SUSCRIBIR, A FUTURO, CONTRATOS DE SUMINISTRO QUE INCLUYAN CLAUSULAS DE EXCLUSIVIDAD.

DECISION DEL AQUO.

En el artículo segundo de la sentencia se ordena a “*Bavaria & Cia S.C.A. abstenerse de suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza. Lo anterior, sin perjuicio de que Bavaria & Cia S.C.A. puede conservar las exclusividades que tenga pactadas a la fecha de notificación de la presente providencia*”.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

Aceptando en gracia de discusión, como se indica en la sentencia , “*que solo se encontró configurada la comisión del acto de competencia desleal consagrado en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 por cuanto Bavaria ejecutó una conducta potencialmente apta para restringir el acceso de los competidores al mercado, entre ellos CCC*”, que no lo es, pues la ejecución de la conducta también restringió efectivamente la competencia, la orden dada en el artículo 2 de la sentencia no remueve el acto de competencia desleal, pues conforme al auto 63701 del 26 de mayo de 2021, la orden impartida a BAVARIA de abstenerse de suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza, no comprende las renovaciones y/o prorrogas de los contratos vigentes.

RUBIO ESCOBAR ABOGADOS
Calle 94 A No. 13-34 Of 102
Bogotá, Colombia
Tel. (571) 6183279

En otras palabras, la decisión contenida en el artículo segundo de la sentencia No 4407 del 29 de abril de 2021, no es congruente con la declaración efectuada en el artículo primero, ni con la argumentación de la sentencia, pues si la orden de no suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad no comprende las renovaciones y/o prorrogas de los contratos vigentes, se está permitiendo que el acto declarado desleal perdure en el tiempo, por lo que Bavaria estaría desarrollando conductas -al menos- potencialmente aptas para restringir la competencia, cada vez que prorrogue, renueve o extienda los contratos vigentes, aspecto este que resulta particularmente gravoso, si se considera que la sentencia fue enfática al concluir que con dichos pactos se incurre en el comportamiento desleal previsto en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, por lo que resulta contradictorio que los efectos de la calificación de deslealtad del Despacho de primera instancia sean tan limitados como para predicarse solo de los contratos nuevos que celebre la demandada.

En este sentido, si como producto del análisis del *aquo* se concluyó que la celebración de los contratos de patrocinio con cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza Bavaria estaría siendo desleal, debido a que dichos pactos tienen la identidad suficiente para restringir el acceso de competidores al mercado, cómo es que se permitió a la demandada mantener los vínculos contractuales vigentes cuya existencia, precisamente, fue el fundamento de la decisión de instancia y, más importante aún, como es que los pactos que son idóneos para configurar la conducta desleal analizada pueden perpetuarse en el tiempo?.

PETICIONES

Por lo anterior, reitero las peticiones formuladas al momento de interponer el recurso, esto es:

PRIMERO: Modificar el artículo primero de la sentencia de primera instancia, para que la declaratoria de que Bavaria & Cia S.C.A incurrió en el acto de competencia desleal denominado pactos desleales de exclusividad consagrado en el artículo 19 de la ley 256 de 1996 no se limite a que la suscripción de las cláusulas, en las condiciones particulares de este caso, es potencialmente apta para restringir el acceso de los competidores al mercado, sino también porque las mismas, en las condiciones particulares del caso, restringen el acceso de los competidores al mercado, es decir, que el acto de competencia desleal también lo fue por efecto.

SEGUNDO: Adicionar la sentencia de primera instancia para que se acoja la pretensión 3.2 de la demanda, en el sentido de ordenar que se suprima de los contratos vigentes, las cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza

En subsidio de las anteriores, en el evento que el Honorable Tribunal considere que el acto de competencia desleal solo fue por objeto, solicito:

RUBIO ESCOBAR ABOGADOS
Calle 94 A No. 13-34 Of 102
Bogotá, Colombia
Tel. (571) 6183279

PRIMERO: Modificar el artículo segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de que la orden de no suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza comprende las renovaciones y/o prorrogas de los contratos vigentes,

Del Honorable Magistrado,



JAIRO RUBIO ESCOBAR.
C.C. 79.108.890
T.F. 35306

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

**ACCIÓN POR COMPETENCIA DESLEAL DE
CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S.
CONTRA
BAVARIA & CÍA. S.C.A.**

Exp. 19-108051

**Sustentación del recurso de
apelación contra la sentencia de primera instancia de la
Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC**

Sentencia 4407 del 20 de abril del 2021

Documento Presentado por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., 29 de julio de 2021

ÍNDICE

I. Peticiones.....	4
II. Oportunidad.....	5
III. Contextualización	6
IV. Sustentación del recurso de apelación	7
1. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR HABER SIDO DICTADA POR UN FUNCIONARIO SIN COMPETENCIA, LO CUAL FUE ADVERTIDO OPORTUNAMENTE	7
1.1. La pérdida de competencia se alegó antes de dictar sentencia	10
1.2. El incumplimiento del plazo no se encuentra justificado por causa legal.....	11
1.3. Se prorrogó la competencia y aun así se incumplió el plazo.....	16
1.4. La conducta de las partes no incidió en el incumplimiento del término de duración del proceso.....	16
1.5. La sentencia no fue proferida en un plazo razonable	18
2. LA ACCIÓN DE CCC POR COMPETENCIA DESLEAL SE ENCUENTRA PRESCRITA .	18
2.1. Heineken, accionista de CCC, sabía de los contratos de patrocinio al menos desde 2007	24
2.2. Heineken pasó su conocimiento sobre las cláusulas de exclusividad en venta a CCC, desde su entrada al mercado en el año 2015.....	27
2.3. En 2016, CCC manifestó públicamente su conocimiento sobre las exclusividades en venta de Bavaria.....	33
3. BAVARIA NO PACTÓ EXCLUSIVIDADES QUE TUVIERAN POR OBJETO O COMO EFECTO RESTRINGIR LA ENTRADA DE CCC AL MERCADO	47
3.1. No es desleal <i>per se</i> el realizar pactos de exclusividad y su connotación de desleal dependerá de si tienen la intención o el efecto de restringir la competencia	47
3.2. Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen la intención de restringir la competencia en el mercado, ni pusieron en peligro la libre competencia, pues tienen el objeto y el efecto de generar beneficios para Bavaria, para los establecimientos de comercio, para los consumidores y para el mercado en general	57
3.2.1. Los pactos de exclusividad generan beneficios tanto para Bavaria como para el mercado, lo cual explica su razonabilidad económica	60
3.2.2. Los pactos de exclusividad de Bavaria generan beneficios para los establecimientos de comercio.....	65
3.2.3. Los pactos de exclusividad de Bavaria generan beneficios para los consumidores	70
3.2.4. Bavaria ha actuado conforme al principio de buena fe, pues siempre ha monitoreado y controlado el alcance de los pactos de exclusividad.....	72
3.3. Los pactos de exclusividad de Bavaria no han tenido el efecto de restringir la entrada de CCC al mercado.....	74

3.4.	Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen la potencialidad de restringir la entrada de CCC al mercado.....	93
3.4.1.	El término de duración de los pactos de exclusividad es en promedio de un (1) año.....	94
3.4.2.	Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen cláusula de renovación automática y cada año se debe negociar nuevamente la exclusividad y otorgar beneficios adicionales a los tenderos.....	95
3.4.3.	Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen cláusula penal y su incumplimiento no genera sanciones para los establecimientos de comercio.....	96
3.4.4.	El número de exclusividades de Bavaria es inferior al 10% de establecimientos del mercado	101
3.4.5.	El número de exclusividades se ha mantenido en los últimos tres (3) años	106
3.4.6.	No es cierto, ni se acreditó, que Bavaria esté dispuesto a aumentar el número de exclusividades	112
4.	INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA	113
4.1.	Indebida valoración del dictamen pericial elaborado por Markup.....	113
4.2.	Indebida valoración de otros medios de prueba practicados en el proceso por parte del juez de primera instancia	119
5.	NO SE HAN DEMOSTRADO LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA DECLARAR A BAVARIA CIVILMENTE RESPONSABLE.....	124
5.1.	Inexistencia del daño – Sin daño no hay responsabilidad.....	125
5.2.	Inexistencia de culpa o dolo	126
5.3.	Inexistencia del nexo causal entre el supuesto daño y la hipotética culpa..	129
6.	LA SENTENCIA TIENE CONSIDERACIONES Y DECISIONES QUE NO SON LÓGICAS ENTRE ELLAS.....	130
7.	EL HECHO DE QUE SE DECLARE EN LA ACTUALIDAD QUE UN COMPORTAMIENTO QUE NO HA SIDO REALIZADO, RESTRINGIRÁ A FUTURO LA COMPETENCIA EN EL MERCADO, NO ES NADA DISTINTO A DESCONOCER LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE Y DE INOCENCIA QUE DEBERÍA OTORGARSE A BAVARIA. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA	132
8.	LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA LE IMPONE UNA RESTRICCIÓN DE MERCADO PERPETUA A BAVARIA	136

Bogotá D.C., 29 de julio de 2021

Doctor
Luis Roberto Suárez González
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá D.C.

E. S. D.

Rad.: 110013199001 2019 08051 03.

Ref.: Acción por competencia desleal de **Central Cervecera de Colombia S.A.S.** contra **Bavaria & Cía. S.C.A.**

Asunto: Sustentación del Recurso de Apelación contra la Sentencia No. 4407 del 20 de abril de 2021.

Apreciado Doctor Suárez:

Alfonso Miranda Londoño, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No 19.489.933 de Bogotá D.C. y portador de la Tarjeta Profesional No. 38.447 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi reconocida calidad de apoderado especial de la sociedad **Bavaria & Cía. S.C.A.** (en adelante "**Bavaria**"), con fundamento en lo establecido en los artículos 320 y siguientes del Código General del Proceso, respetuosamente procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia No. 4407 del 20 de abril de 2021, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. PETICIONES

De la manera más respetuosa solicito a los señores Magistrados lo siguiente:

PETICIONES PRINCIPALES

1. Que se declare la nulidad la Sentencia No. 4407 de 20 de abril de 2021, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, por haber sido dictada sin competencia, al haberse proferido después del vencimiento del término de duración del proceso establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso.
2. Que se remita el proceso a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá D.C., para que continúen con su desarrollo.

PRIMERAS PETICIONES SUBSIDIARIAS

3. Que, en caso tal de que no se acceda a las Peticiones Principales, de manera subsidiaria se revoque la Sentencia No. 4407 de 20 de abril de 2021, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.
4. Que, como consecuencia de la prosperidad de la petición anterior, se declare que **Bavaria & Cía. S.C.A.** no realizó los actos de competencia desleal de vulneración a la prohibición general y pactos desleales de exclusividad, descritos en los artículos 7 y 19 de la Ley 256 de 1996, respectivamente.

SEGUNDAS PETICIONES SUBSIDIARIAS

5. Que, en caso tal de que no se acceda a las Peticiones Principales y a las Primeras Peticiones Subsidiarias, de manera subsidiaria se modifique el Resuelve Segundo de la Sentencia 4407, en el entendido de imponer un límite temporal durante el cual aplicará la orden.

II. OPORTUNIDAD

El artículo 14 del Decreto 806 de 2020 establece lo siguiente:

“Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalado en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto.

Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán, se escucharán alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso”.

El recurso de apelación contra la Sentencia No. 4407 de 2021 fue admitido a través de Auto de 21 de julio de 2021, el cual fue notificado por Estado de jueves 22 de julio de 2021, por lo que su término de ejecutoria transcurrió el viernes 23 de julio de 2021 (día 1); lunes 26 de julio de 2021 (día 2); y martes 27 de julio de 2021 (día 3). Como consecuencia de ello, el término de cinco (5) días establecido en el artículo recién mencionado corrió el miércoles 28 de julio de 2021 (día 1); jueves 29 de julio de 2021 (día 2); viernes 30 de julio de 2021 (día 3); lunes 2 de agosto de 2021 (día 4); y martes 3 de agosto de 2021 (día 5).

En tal sentido, el presente escrito, que se presenta el día jueves 29 de julio de 2021, se presenta dentro del término legal establecido.

III. CONTEXTUALIZACIÓN

Central Cervecera de Colombia S.A.S. (en adelante “**CCC**”) es la mezcla de esfuerzos entre dos de las empresas productoras más importantes de bebidas alcohólicas y no alcohólicas: **Heineken International** (en lo siguiente “**Heineken**”) y **Postobón S.A.** (en lo sucesivo “**Postobón**”).

Esta gran alianza hace que **CCC** cuente con un importante músculo financiero, la experiencia en la producción y comercialización de bebidas, marcas sobresalientes y reconocidas en el mercado, y la infraestructura de distribución más importante del país.

A nadie le gusta tomar una cerveza o refresco caliente y en un lugar incómodo. Por esto, para que la comercialización de una bebida se realice exitosamente, debe garantizarse que el producto se entregue a una temperatura ideal y el punto de venta cuente con los utensilios y el mobiliario necesario.

Sin embargo, esto implica que sea el dueño del punto de venta debe hacer las inversiones necesarias para vender las bebidas en las condiciones óptimas; pero en muchos casos ese comerciante no tiene el presupuesto necesario para hacerlas.

Para garantizar que las bebidas sean comercializadas en las condiciones necesarias, los productores de bebidas hacen importantes inversiones en neveras, mobiliario y utensilios. Esto garantiza, en últimas, que el consumidor adquiera un producto de gran calidad.

A cambio, es común que los productores de bebidas soliciten que en dicho establecimiento en el que se hizo la inversión, solamente se comercialicen sus productos. Esto permite recuperar parte de las inversiones realizadas y que sus competidores no aprovechen ilegítimamente sus esfuerzos.

Esto significa una sola cosa: un factor competitivo importante en el mercado de cerveza son los puntos de venta y quien desee competir efectivamente en un mercado, debe invertir en ellos.

De otra parte, es evidente que las cláusulas de exclusividad tienen el potencial de limitar la libre competencia económica en caso de que sean tan extendidas que impidan a los competidores el acceso al mercado. En ese sentido, los doctrinantes y las autoridades de competencia alrededor del mundo han reconocido que las cláusulas de exclusividad no son ilegales en sí mismas, puesto que tienen efectos pro competitivos, siempre que no se rebasen ciertos límites a partir de los cuales se genera un bloqueo de los competidores en el mercado.

Como lo podrán constatar los honorables Magistrados, en el presente caso no se han cruzado esos umbrales, porque **Bavaria** ha utilizado las exclusividades como una herramienta comercial para expandir el mercado y no para restringir la competencia, lo cual se encuentra demostrado en los dictámenes periciales aportados durante el proceso.

IV. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

1. NULIDAD DE LA SENTENCIA POR HABER SIDO DICTADA POR UN FUNCIONARIO SIN COMPETENCIA, LO CUAL FUE ADVERTIDO OPORTUNAMENTE

El artículo 228 de la Constitución Política establece expresamente que “[l]os términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”.

En desarrollo de esta norma constitucional, artículo 13 del Código General del Proceso determina que “[l]as normas procesales son de orden público y, por consiguiente, **de**

obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley”.

A su vez, el artículo 117 del Código General del Proceso ordena lo siguiente:

“Artículo 117. Perentoriedad de los términos y oportunidades procesales. Los términos señalados en este código para la realización de los actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, **son perentorios e improrrogables**, salvo disposición en contrario.

El juez cumplirá estrictamente los términos señalados en este código para la realización de sus actos. La inobservancia de los términos tendrá los efectos previstos en este código, sin perjuicio de las demás consecuencias a que haya lugar.

El artículo 121 del Código General del Proceso establece que:

“Artículo 121. Duración del proceso. Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, **no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia**, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal.

Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

(...)

Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso.

Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia”.

La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de este artículo, decidió lo siguiente:

*“PRIMERO.- DECLARAR LA INEXEQUIBILIDAD de la expresión ‘de pleno derecho’ contenida en el inciso 6 del artículo 121 del Código General del Proceso, y la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del resto de este inciso, en el entendido de que **la nulidad allí prevista debe ser alegada antes de proferirse la sentencia**, y de que es saneable en los términos de los artículos 132 y subsiguientes del Código General del Proceso.*

*SEGUNDO.- DECLARAR LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del inciso 2 del artículo 121 del Código General del Proceso, en el sentido de que **la pérdida de competencia del funcionario judicial correspondiente sólo ocurre previa solicitud de parte**, sin perjuicio de su deber de informar al Consejo Superior de la Judicatura al día siguiente del término para fallar, sobre la circunstancia de haber transcurrido dicho término sin que se haya proferido sentencia”¹.*

De igual forma, la Corte Constitucional ha desarrollado los siguientes criterios que deben tenerse en cuenta al analizar el término de duración del proceso:

“(i)... la pérdida de competencia se alega por cualquiera de las partes antes de que se profiera sentencia de primera o de segunda instancia.

(ii)... el incumplimiento del plazo fijado no se encuentr[a] justificado por causa legal de interrupción o suspensión del proceso.

(iii)...no se ha prorrogado la competencia por parte de la autoridad judicial a cargo del trámite para resolver la instancia respectiva, de la manera prevista en el inciso quinto del artículo 121 del CGP.

(iv)... la conducta de las partes no evidenci[a] un uso desmedido, abusivo o dilatorio de los medios de defensa judicial durante el trámite de la instancia correspondiente, que hayan incidido en el término de duración del proceso.

(v) la sentencia de primera o de segunda instancia, según corresponda, no se ha...proferido en un plazo razonable”².

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-443 de 25 de septiembre de 2019. M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez.

² Corte Constitucional, Sentencia T-341 de 24 de agosto de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido. Reiterada en Corte Constitucional, Sentencia T-334 de 21 de agosto de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera.

Como se pasa a explicar, en el presente caso se cumplen todos estos criterios, por lo que debe declararse la nulidad de la Sentencia, en la medida en que la SIC no tenía competencia para proferirla.

1.1. La pérdida de competencia se alegó antes de dictar sentencia

Como se explica en mayor detalle en la sección 1.2. de este escrito, la SIC tenía hasta el 9 de abril de 2021 para dictar la sentencia de primera instancia.

El 12 de abril de 2021, día hábil siguiente al vencimiento del término, **Bavaria** solicitó a la SIC declarar el vencimiento del término de duración del proceso y la consecuente pérdida de competencia.

Esta solicitud fue resuelta desfavorablemente por la SIC en la Audiencia celebrada el 13 de abril de 2021, en la cual se tomó la declaración del señor Thor Borresen, por lo que la SIC decidió continuar conociendo del proceso.

El 19 de abril de 2021, **Bavaria** solicitó que se declarara la nulidad de la declaración del señor Thor Borresen y reiteró que la SIC había perdido la competencia para conocer del caso, por el vencimiento del término de duración del proceso.

En la Audiencia de 20 de abril de 2021 en la que se tomó la declaración del señor Santiago Ambroggio, la SIC negó la petición de nulidad y el vencimiento de duración del proceso. En la misma Audiencia, **Bavaria** apeló dicha decisión y el 23 de abril de 2021 sustentó el recurso.

De igual forma, en la Audiencia de 27 de abril de 2021 en la que se presentaron los alegatos de conclusión, **Bavaria** mencionó nuevamente que la SIC había perdido la competencia para dictar la sentencia.

En el recurso de apelación presentado el 5 de mayo de 2021 contra la Sentencia 4407 de 29 de abril de 2021, **Bavaria** también alegó la pérdida de competencia de la SIC y la nulidad que vicia dicha providencia.

Así las cosas, es claro que **Bavaria** alegó la pérdida de competencia, por el vencimiento del término de duración del proceso, antes y después de que fuera proferida la sentencia.

1.2. El incumplimiento del plazo no se encuentra justificado por causa legal

En relación con este criterio, la Corte Constitucional explicó que “[e]l artículo 121 del CGP aclara que la aplicación del término de un año se debe considerar con la salvedad de la *‘interrupción o suspensión del proceso por causa legal’*. En lo que concierne al CGP, su artículo 159 establece como causales de interrupción del proceso la muerte, enfermedad grave, privación de la libertad, inhabilidad, exclusión o suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado de la parte que actúa directamente, del apoderado judicial, o del curador ad litem. Con relación a la suspensión del proceso, el artículo 161 del CGP dispone que esta tiene lugar cuando la sentencia que deba dictarse dependa de lo que se decida en otro proceso, y cuando las partes lo pidan de común acuerdo”.

De esta forma y de conformidad con lo establecido en los artículos 159 y 161 del Código General del Proceso, el término de duración del proceso solamente se ve afectado por las siguientes causales:

- i. Interrupción del proceso:** Puede darse por tres razones:
 - a. Muerte, enfermedad grave o privación de la libertad de la parte que no está siendo representada por apoderado, representante o curador.
 - b. Muerte, enfermedad grave, privación de la libertad, inhabilidad, exclusión o suspensión de su abogado.
 - c. Muerte, enfermedad grave o privación de la libertad del representante o curador *ad litem*.
- ii. Suspensión del proceso:** Debe ser solicitada por alguna de las partes, por una de las dos siguientes razones:
 - a. Pleito pendiente.
 - b. Petición de común acuerdo.

En tal sentido, cuando se presenta alguna de estas causales, el término de duración del se suspenderá por el tiempo en que dicha causal subsista. Por el contrario, si no se está en ninguna de ellas, el término de duración del proceso transcurrirá normalmente.

Realizando el ejercicio correcto para contabilizar el término de duración de proceso, debe concluirse necesariamente que la Sentencia 4407 de 29 de abril de 2021 fue proferida por la SIC sin tener competencia para ello, conforme a los siguientes hechos:

- a. El término de un (1) año inició su cómputo el 19 de junio de 2019, con la notificación a **Bavaria** de la admisión de la demanda. Por tanto, estaba llamado a vencer el 19 de junio de 2020. A este cómputo ha de adicionarse:
- b. La suspensión de términos en años prevista las Resoluciones 11790 de 2020³, 19831 de 2020⁴ y 24907 de 2020⁵ de la Superintendencia de Industria y Comercio; es decir, tres (3) meses y catorce (14) días calendario entre el 17 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020. Esta extendió el término de duración del proceso hasta el 5 de octubre de 2020.
- c. La prórroga de seis (6) meses decretada por la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esta se dio el 28 de septiembre⁶ y extendió el término de duración del proceso hasta el 1 de abril de 2021.
- d. La suspensión del proceso por mutuo acuerdo entre **Bavaria** y **CCC** entre el 11 y el 19 de marzo de 2021. Incluyendo ambas fechas. Esto extendió el término de duración del proceso hasta el 12 de abril de 2021.
- e. La Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio refiere que la Resolución 77618 del 1 de diciembre de 2020 también suspendió el término de duración del proceso. Sin embargo, esta solo suspendió términos en días, no meses o años.
- f. Por tanto, al proferir la sentencia el 29 de abril de 2021 esta se dictó por fuera del término de duración del proceso y se encuentra viciada de nulidad.

³ Con la cual ordenó “*SUSPENDER los términos en los procesos jurisdiccionales de Protección al Consumidor, Infracción de Derechos a Propiedad Industrial y Competencia Desleal que adelanta la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, desde el 17 de marzo al 30 de abril de 2020 (inclusive), fechas en que no correrán los términos para todos los efectos de ley, ni los siguientes servicios de la plataforma tecnológica en relación con dichos asuntos: Portal web, correo electrónico, sistemas de información, internet y el sistema de trámites*”. Anexo No. 2 de la solicitud de nulidad presentada el 19 de abril de 2021.

⁴ Con esta se resolvió “*PRORROGAR la suspensión de los términos de ley en los trámites en curso anteriores al 01 de mayo de 2020 de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia por violación a las normas de competencia desleal e infracción a derechos de propiedad industrial y mixtos desde el 1 de mayo hasta el 30 de mayo de 2020, periodo en que no correrán los términos de ley, **incluidos aquellos establecidos en meses o años***”. Anexo No. 3 de la solicitud de nulidad presentada el 19 de abril de 2021.

⁵ Mediante la que se ordenó “*PRORROGAR la suspensión de los términos de ley en los trámites en curso anteriores al 01 de mayo de 2020 de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia por violación a las normas de competencia desleal e infracción a derechos de propiedad industrial y mixtos desde el 1 de mayo hasta el 30 de junio de 2020, periodo en que no correrán los términos de ley, **incluidos aquellos establecidos en meses o años***”. Anexo No. 4 de la solicitud de nulidad presentada el 19 de abril de 2021.

⁶ Auto No. 92887 del 28 de septiembre de 2020 “*Por el cual se prorroga una instancia*”. Anexo 5 de la solicitud de nulidad presentada el 19 de abril de 2021.

Conforme al recuento anterior, resulta evidente que con fundamento en lo dispuesto en los artículos 118, 121, e incluso con el computo del término que en su momento realizó esta entidad para prorrogar su competencia el 28 de septiembre de 2020, para el 29 de abril de esta anualidad la SIC ya había perdido competencia.

Como se ha advertido por parte de mi representada de manera reiterada y clara en curso del trámite de la primera instancia de este proceso, la Resolución 77618 del 1 de diciembre de 2020 por medio de la cual la Autoridad Administrativa decidió “*SUSPENDER los términos en los procesos jurisdiccionales de protección al consumidor, infracción a derechos de propiedad industrial y competencia desleal adelantados ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, entre el 19 de diciembre de 2020 y el 11 de enero de 2021 inclusive, fechas en las que, para todos los efectos legales, no correrán términos en virtud de lo consagrado en el inciso final del artículo 118 del Código General del Proceso*”, no suspende los términos contados en meses o años, en la medida en que la resolución citada sólo hizo referencia expresa a los términos en días.

El inciso final del artículo 118 del Código General del Proceso al que hace referencia la Resolución No. 77618 de 2020, establece que “[e]n los **términos de días** no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”.

En tal sentido, a diferencia de las suspensiones del proceso que fueron producto de la pandemia mundial, en las que se especificó que aplicaban a los términos “**establecidos en meses o años**”, la suspensión de final de año de 2020 únicamente aplicaba a los “**términos de días**”, pues expresamente se hizo referencia al artículo 118 del Código General del Proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior y que el término de duración del proceso es de aquellos establecidos en meses o años, la suspensión de los procesos ordenada en la Resolución No. 77618 de 2020 **no aplica al presente caso**.

Adicionalmente, debe resaltarse nuevamente que el artículo 121 del Código General del Proceso y los pronunciamientos de la Corte Constitucional establecen que las causales taxativas por las cuales no corre el término de duración del proceso son las consignadas en los artículos 159 y 161 del Código General del Proceso, y que en ellas no se encuentra el hecho de que la autoridad judicial deba realizar labores de archivo o que por cualquier causa esté cerrado el juzgado.

Como consecuencia de ello, no puede afirmarse que la Resolución No. 77618 de 2020 suspendió o interrumpió el término de duración del proceso.

Adicionalmente, quiero llamar la atención sobre el hecho de que con Resolución No. 64600 de 20 de noviembre de 2019 “*Por la cual se suspenden términos en los procesos jurisdiccionales que adelanta la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio*”, el señor Superintendente de Industria y Comercio también ordenó “*SUSPENDER los términos en los procesos jurisdiccionales de protección al consumidor, infracción a derechos de propiedad industrial y competencia desleal adelantados ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, entre el 30 de diciembre de 2019 y el 10 de enero de 2020, ambas fechas inclusive. Periodo de tiempo en el que, para todos los efectos legales, no correrán términos **en virtud de lo consagrado en el inciso final del artículo 118 del Código General del Proceso**”.*

Es decir, entre finales del año 2019 y principios de 2020 hubo una suspensión similar a la de finales del año 2020 y principios del 2021, que utilizó la SIC para negar su pérdida de competencia.

Sin embargo, resulta bastante dicente que la SIC no haya tenido en cuenta dicha suspensión al momento de prorrogar el término de duración del proceso en septiembre de 2020, pues de ser así, dicho término no habría sido prorrogado hasta el 1 de abril de 2021, sino hasta el 12 de abril de 2021. Muy posiblemente la razón por la cual el Despacho no tuvo en cuenta dicha suspensión al momento de analizar el término de duración del proceso es porque fue consciente de que la misma no era aplicable.

Debemos poner de presente que el autorizar a una autoridad judicial a prorrogar el término de duración del proceso a su solo arbitrio, permitiéndole suspender dicho término a través de decisiones discrecionales -como el control e inventario de los expedientes-, no solo desconoce lo establecido en la legislación procesal, los pronunciamientos que sobre ella han proferido las Altas Cortes y el fin perseguido por el Legislador al imponer un límite máximo de tiempo para decidir los procesos, sino que sería un precedente peligroso, pues podría generar la inaplicación del artículo 121 del Código General del Proceso.

Ahora bien, en Auto de 31 de mayo de 2021, el Tribunal manifestó lo siguiente:

“En el caso puesto a consideración de esta Corporación y teniendo como base las especiales circunstancias que lo cobijan, tales como que la controversia se propuso el trece de mayo de dos mil diecinueve; que la admisión de la misma se dio dentro de los treinta días siguientes a su interposición –por auto del once de junio de dos mil diecinueve-; el tiempo que tardó la integración del litisconsorcio y la práctica de pruebas; las suspensiones decretadas por el Superintendente de Industria y Comercio a causa de la declaratoria de emergencia sanitaria por Covid-19 y las ‘recomendaciones del Archivo General de la Nación’; la

prorroga de término emitida el veintiocho de septiembre de dos mil veinte; y la petición conjunta de las partes, permiten concluir que no hay lugar a que bajo el amparo del artículo 121 del Código General del Proceso se abra paso a la anulación de lo actuado desde el nueve de abril de dos mil veintiuno pues aquella además de no operar de manera automática en efecto, no se encontraba acreditada”.

Al respecto, debe explicarse lo siguiente:

- Entre el momento en que se notificó al demandante el Auto admisorio de la demanda (12 de junio de 2019) y el momento en que se notificó personalmente la admisión al demandado (19 de junio de 2019), pasaron solamente siete (7) días calendario y cinco (5) días hábiles, por lo que no puede decirse que en este proceso tardó la integración del litisconsorcio.
- El periodo probatorio del proceso duró veinte (20) días calendario o 12 días hábiles, desde la Audiencia de 31 de marzo de 2021 en la que se decretaron las pruebas y el 20 de abril de 2021 que se practicó la última de ellas, por lo que tampoco puede afirmarse que este proceso tardó por el tiempo que tomó realizar el periodo probatorio. Queremos dejar constancia que la parte demandada colaboró de manera expedita y sin ninguna dilación en la práctica de las pruebas que en su mayoría se referían a los testimonios de sus empleados y a los dictámenes periciales, todo lo cual se realizó y aportó de manera cumplida.
- El tiempo en que estuvo suspendido el proceso por la pandemia mundial no fue tenido en cuenta al momento de contabilizar el término de duración del proceso y por ello es imposible responsabilizar dichas suspensiones de la demora en el proceso.
- El periodo de tiempo que el proceso estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes, que solo fue de nueve (9) días calendario o siete (7) días hábiles, tampoco se contabilizó en el término de duración del proceso y, consecuentemente, tampoco se puede considerar que ello implicó una demora en el proceso.

Por estas razones, muy respetuosamente consideramos que las consideraciones presentadas en el Auto referido no excusan el incumplimiento del término de duración del proceso.

Por lo expuesto, debe concluirse que el incumplimiento del término de duración del proceso no está justificado por una causa legal.

1.3. Se prorrogó la competencia y aun así se incumplió el plazo

Como se detalló en el Capítulo 1.2., con Auto No. 92887 del 28 de septiembre de 2020 “*Por el cual se prorroga una instancia*”, la SIC ordenó prorrogar “*por el lapso de seis (6) meses el término contemplado en el artículo 121 del Código General del Proceso, hasta el primero (1) de abril de 2021, con el fin de resolver la instancia respectiva dentro del presente proceso*”⁷.

Dicho plazo fue prorrogado por la solicitud conjunta de suspensión del proceso por el término de nueve (9) días calendario, por lo que el término para resolver la instancia cambió al 9 de abril de 2021

La SIC anunció el sentido del fallo en la Audiencia de 27 de abril de 2021 y notificó la Sentencia No. 4407 de 2021 el 30 de abril de 2021, por lo que resulta claro que se incumplió el término de duración del proceso, a pesar de haber sido prorrogado.

1.4. La conducta de las partes no incidió en el incumplimiento del término de duración del proceso

La conducta de las partes no incidió en el incumplimiento del término de duración del proceso, pues no existió por parte de **Bavaria** o de **CCC** una conducta irracional, abusiva o dilatoria de los medios de defensa, que conllevara a la extensión en el tiempo del proceso e impidiera emitir la Sentencia respectiva durante el término previsto legalmente.

Por el contrario, este fue un proceso en que se actuó dentro del rigor que demanda el ejercicio de la profesión, en el que si bien hubo algunos recursos y solicitudes, realmente no existió nada que impidiera su desarrollo normal. A grades rasgos, el proceso se desarrolló de la siguiente manera:

- **13 de mayo de 2019:** Presentación de la demanda y la solicitud de medidas cautelares.
- **11 de junio de 2019:** Admisión de la demanda y negación de las medidas cautelares.
- **17 de junio de 2019:** Reposición de CCC contra la negación de las medidas cautelares.
- **19 de junio de 2019:** Notificación personal de Bavaria, por iniciativa propia y sin haber recibido la citación para notificación personal.

⁷ Anexo No. 5 de la solicitud de nulidad presentada el 19 de abril de 2021.

- **26 de junio de 2019:** Presentación de recurso de reposición contra la admisión de la demanda.
- **26 de noviembre de 2019:** Revocatoria de la admisión de la demanda e inadmisión de la misma.
- **17 de diciembre de 2019:** Admisión de la demanda.
- **29 de enero de 2020:** Contestación de la demanda y solicitud de sentencia anticipada.
- **28 de septiembre de 2020:** Se prorrogó la instancia y se otorgó el término para presentar el dictamen pericial.
- **12 de noviembre de 2020:** Bavaria presentó el dictamen pericial.
- **11 de noviembre de 2020:** CCC presentó un recurso de reposición contra el Auto que ordenó contabilizar el término de traslado del dictamen pericial.
- **1 de marzo de 2021:** Citación a la audiencia inicial.
- **31 de marzo de 2021:** Audiencia inicial. Al respecto reiteramos que la parte demandada colaboró de manera expedita y sin ninguna dilación en la práctica de las pruebas que en su mayoría consistían los testimonios de sus empleados y a los dictámenes periciales, todo lo cual se realizó y aportó de manera cumplida.
- **27 de abril de 2021:** Alegatos de conclusión y fallo.
- **30 de abril de 2021:** Notificación de la Sentencia No. 4407 de 2021.

Como se puede apreciar, pasaron aproximadamente siete (7) meses entre la presentación de la demanda y su contestación, y once (11) meses entre la contestación y la audiencia inicial, habiendo descontado los tres (3) meses que estuvo suspendido el proceso por la pandemia mundial.

En últimas, pasaron aproximadamente veintiún (21) meses entre la presentación de la demanda y la notificación de la sentencia, también descontando el término que el proceso estuvo suspendido por la pandemia.

Lo anterior, sin mencionar que la SIC nunca resolvió el recurso de reposición y en subsidio de apelación que interpuso CCC el 17 de junio de 2019 contra la negativa de las medidas cautelares.

En tal sentido, es claro que la demora en este proceso no es una consecuencia del actuar de las partes.

1.5. La sentencia no fue proferida en un plazo razonable

De conformidad con lo expuesto, debe concluirse que la Sentencia no fue proferida en un plazo razonable, pues pasaron aproximadamente veintiún (21) meses entre la presentación de la demanda y la sentencia de primera instancia, descontando el tiempo que el proceso estuvo suspendido por la pandemia mundial.

2. LA ACCIÓN DE CCC POR COMPETENCIA DESLEAL SE ENCUENTRA PRESCRITA

El artículo 23 de la Ley 256 de 1996 señala lo siguiente:

“Artículo 23. Prescripción. Las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto”.

Sobre esta norma, la SIC ha realizado el siguiente análisis:

*“Acorde con la norma transcrita [Art. 23 Ley 256/96], tratándose de la acción de competencia desleal existen dos clases de prescripción que se han denominado, de acuerdo con la jurisprudencia, ordinaria y extraordinaria: aquella, de naturaleza eminentemente subjetiva, **se configura pasados dos (2) años a partir del momento en que el legitimado para ejercer la referida acción tiene conocimiento del acto concurrencial que considera desleal y de la persona que lo ejecuta**; la última, de carácter objetivo, tiene lugar cuando transcurren tres (3) años contados desde el momento de la realización del acto denunciado (art. 23, L. 256 de 1996). **Las dos formas de prescripción son independientes y autónomas -aunque pueden transcurrir simultáneamente- y adquiere materialización jurídica la primera de ellas que se configure.** Sobre este punto la jurisprudencia ha dejado sentado que **‘cada una de éstas prescripciones corre independientemente. La extraordinaria empieza primero y la ordinaria puede o no surgir en forma***

paralela, pero siempre la que se agote en primer lugar produce el efecto extintivo de la acción’.

*En relación con el momento a partir del cual comienza a correr el término de prescripción en la modalidad denominada ordinaria, que es la clase prescripción que interesa al caso por haber sido la que alegó UNE, este Despacho ha establecido en reiteradas oportunidades, con base en la norma citada, en la posición de un reconocido sector de la doctrina y en la jurisprudencia -que se ha encargado de resaltar el indisoluble vínculo que existe entre la exigibilidad de las obligaciones o la posibilidad de ejercitar las acciones, de un lado, y la prescripción extintiva, del otro, hasta el punto de concluir que al momento en que surge la posibilidad jurídica de hacer efectivo el cumplimiento del derecho de que se trate, comienza a correr, de manera simultánea, el término prescriptivo que marca la finalización de la oportunidad para demandar el señalado cumplimiento-, que **dicho lapso inicia desde el momento en que el afectado tiene -o debe tener- conocimiento de la conducta tachada de desleal y de la persona que la realiza, pues es a partir de ese preciso instante cuando puede ejercitar la acción que se viene comentando.***

*En el mismo sentido, así lo ha expuesto el tratadista José Massaguer al mencionar que ‘[S]in Jugar a dudas, la cuestión más problemática de cuantas suscita la regulación de la prescripción es la determinación del ‘dies a quo’. La clave de las dificultades que se advierten en esta materia radica esencialmente en la falta de reflejo, de la condición del acto duradero en el tiempo (sea porque es continuo, sea por que se repite) que habitualmente tienen los actos de competencia desleal en la definición del momento del comienzo de la prescripción (...) No puede extrañar, por tanto, que en materia de competencia desleal, los tribunales hayan entendido que **el cómputo de los plazos de prescripción establecidos se cuentan desde el primer día en que pudieron ejercitarse las acciones y se tuvo conocimiento de la persona que realizó los actos de competencia desleal o desde el primer día en que se realizó el acto de competencia desleal, aún cuando éste fuera duradero’.***

*Así las cosas, con relación a la prescripción ordinaria, es palmario que **su configuración ocurre si entre el momento en que se tuvo conocimiento del acto concurrencial denunciado como desleal y de la persona que lo realiza, de un lado, y aquel en***

que se formuló el reclamo judicial, del otro, transcurrió un lapso mayor a dos (2) años. Lo cual ocurrió en el presente caso.”⁸
(El resaltado es mío)

De igual forma, el Superintendente de Industria y Comercio ha explicado el mismo artículo 23 de la Ley 256 de 1996 en los siguientes términos:

*“A su vez, la normativa en referencia consagra dos eventos, o si se quiere, dos formas de contabilizar el tiempo para que se produzca la figura de la prescripción, siempre bajo el entendido que los dos eventos exceptivos empezarán a correr a partir de dos marcos temporales distintos: (i) **El primer evento, establece que la prescripción de la acción opera a los dos (2) años, contados a partir del momento en que el legitimado para incoar la acción de competencia desleal tiene conocimiento del hecho concurrencial ilícito.** (ii) El segundo evento, consagra que el fenómeno de la prescripción operará a los tres (3) años de ocurrido el hecho.*

En tal sentido, la jurisprudencia ha denominado estas formas prescriptivas de dos maneras, ordinaria y extraordinaria, sosteniendo sobre el particular:

‘Ningún obstáculo surge para acoger con respecto a la prescripción del (sic) las acciones de competencia desleal prevista por el artículo 23 de la Ley 256 de 1996, las denominaciones de ordinaria y extraordinaria que se predicen por el artículo 1081 del Código de Comercio en relación con la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen.

*Así el término de una y otra prescripción de las acciones de competencia desleal comienza a correr desde momentos distintos: **El de la ordinaria, que es de dos años, a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal;** o b) En todo caso cuando transcurre el término de tres años señalado para la*

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, Sentencia No. 320 de 8 de febrero de 2016 “Por el cual se resuelve favorablemente la excepción previa de prescripción y se profiere una sentencia anticipada”. Exp. 14-146520. Caso Egeda vs. Une.

prescripción extraordinaria, contado desde el momento de la realización del acto de competencia desleal⁹.

*Bajo el anterior entendido de que existen dos formas de prescripción en materia de competencia desleal, **resulta claro también que ambas se cuentan desde dos tiempos distintos y que cada una es independiente de la otra, de tal suerte que para nada exige la norma que confluyan las dos formas de prescripción.** En el precedente judicial atrás señalado, se indica sobre el particular: **'Cada una. de estas prescripciones corre independientemente.** La extraordinaria empieza primero y la ordinaria puede o no surgir en forma paralela, pero **siempre la que se agote en primer lugar produce el efecto extintivo de la acción**.'"¹⁰*

En línea con esta clara interpretación, en una decisión reciente, el Tribunal Superior de Bogotá explicó, nuevamente, que para las conductas de tipo continuado, el término de prescripción ordinaria se cuenta desde que el interesado conozca del acto presuntamente desleal. Así, ese Tribunal manifestó lo siguiente:

*"Así, de la redacción del actual artículo 23 de la Ley 256 de 1996 no es dable colegir que exista una expresa previsión sobre actos de competencia desleal de carácter 'instantáneo' o 'continuado' – vicisitud esta última considerada por el juez a quo-, sino que **tan solo existen dos plazos: uno subjetivo y otro objetivo, que tienen como detonantes, en el primer evento (dos años) desde el enteramiento de la parte afectada, y en la segunda hipótesis (tres años), a partir de la realización del acto constitutivo de competencia desleal, mas no su finalización,** que fue lo que estimó el a quo.*

De manera que la tesis de la primera instancia esgrimida con miramiento en el fallo de 10 de mayo de 2017 proferido por otra Sala de Decisión Civil de este Tribunal dentro del radicado 2015 91202 01, no la comparte esta Sala Séptima de Decisión, porque en España, como se vio, sí se legisló sobre un punto de partida al señalar que lo sería a partir del 'momento de la finalización de la conducta', de suerte que se trata de un criterio apenas insular.

⁹ Tribunal Superior de Medellín. Sala Civil. Apelación. Sentencia. 8 de marzo de 2004. M.P. Luis Alfonso Marín Vásquez. Folio 21. En igual sentido, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión. Sentencia del 4 de mayo de 2004. M.P. Jorge Eduardo Ferreira Vargas.

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 25468 de 15 de octubre de 2004 "Por la cual se resuelve una investigación por competencia desleal". Exp. 03-2046. Caso Security Systems vs Security Systems.

Por el contrario, existen varios pronunciamientos de este Tribunal, en otras de sus Salas, en los cuales se ha considerado que

‘En lo que respecta al acto de terminación unilateral por parte de Dupont del contrato existente con Colorqim, se observa que si bien materialmente el negocio jurídico finalizó el 1 de febrero de 2009, con anterioridad, 3 de noviembre de 2008, ya la demandante principal conocía la decisión de Dupont México S.A de C.V. de no continuar con las relaciones comerciales entre ellos, por lo tanto, el término de prescripción que cuenta en el caso concreto es el bienal el cual empezó a correr desde el 3 de noviembre de 2008, por lo que ha operado la prescripción extintiva’ (Sentencia de 14 de marzo de 2012, exp. 201100413 01; se resalta).

El anterior pronunciamiento fue cuestionado en sede de tutela, y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró que esa decisión a través de la cual ‘reconoció la prescripción de las acciones de competencia desleal de varias conductas’, ‘no se vislumbra vía de hecho lesiva de prerrogativas constitucionales en la providencia auscultada, pues en ésta se expusieron los argumentos por los cuales resultaban improcedentes las pretensiones de la demanda principal’ (CSJ. Cas. Civ. Sentencia de tutela de 25 de junio de 2015, exp. 2015 01310 00).

En otra oportunidad, este Tribunal, en otra de sus Salas, también estimó que la definición de la excepción de prescripción extintiva de la que se habla, ‘imponía tener como punto de partida que la sociedad demandante tuvo conocimiento –o debió tenerlo- de los hechos supuestamente constitutivos de competencia desleal’, fallo igualmente cuestionado en sede de tutela, pero la referida Corporación negó el amparo, ‘toda vez que el recurso de apelación interpuesto frente al proveído que desestimó la excepción de prescripción formulada en el interior del proceso abreviado de competencia desleal emprendido por la accionante de cara a Young & Rubicam Brands Limitada y Young Rubicam INC, fue resuelto con apoyo en reflexiones de orden legal que no pueden considerarse antojadizas o irrazonables’ (CSJ. Cas. Civ. Sentencia de tutela de 18 de junio de 2015, exp. 2015-01132-00; se resalta).

*En reciente ocasión, este Tribunal, en otra de sus Salas, también precisó que **los ‘dos años que prevé el artículo 23... cuentan ‘a***

partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal.

Entonces, como en la demanda afirmó LUCOL que fue el 15 de enero de 2009 cuando tuvo conocimiento de los ‘comportamientos’ o ‘conductas irregulares’ que las demandadas ‘vienen adelantando en la zona sur de Bogotá’ (hecho 27), es este el momento que debe servir de guía para computar el término prescriptivo”⁴¹. (En ese sentido, ver igualmente las sentencias de esta Corporación de 10 de junio de 2011, rad. 200732344 0142; 14 de marzo de 2012, exp. 201100413 0143, entre otras; negrillas y subrayas fuera de texto).

Desde luego que en este particular caso no puede interpretarse el artículo 23 de la Ley 256 de 1996 en consuno con el artículo 268 de la Decisión 486 de 2000, acorde con el cual, las acciones por competencia desleal vinculadas a la propiedad industrial prescriben ‘a los dos años contados desde que se cometió por última vez el acto desleal, salvo que las normas internas establezcan un plazo distinto’, no solo porque no fue invocado como fundamento de derecho, sino porque, de un lado, aquí en verdad no se trata de un tema de competencia desleal vinculado a propiedad industrial, en tanto, se itera, se trata del cuestionamiento de actos de violación de normas y desviación de clientela, y de otro, la primera norma interna diseñó un plazo similar sin incluir⁴⁴ si se trataba de un acto continuado.

*Consecuente con ello, **es a partir del momento en el que el interesado conozca del acto desleal y quién lo ejecutó** (años 2012, o a lo sumo 2013, según viene de verse), **es que conforme al tenor del artículo 23 de la Ley 256 de 1996 comienza a transcurrir el término prescriptivo al margen de que, eventualmente, el acto se siga ejecutando con posterioridad**”¹¹.*

A partir de la norma citada y los precedentes expuestos, deben concluirse que:

- a. Existen dos (2) términos de prescripción: **(i)** el de dos (2) años contados a partir del momento en el que el legitimado tuvo conocimiento de la realización del acto de competencia desleal (prescripción ordinaria); y **(ii)** el de tres (3) años contados a partir de la realización del acto de competencia desleal (prescripción extraordinaria).

¹¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 18 de junio de 2020. Exp. 110013199001 2016 02106 03. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora. Caso Cotech vs Uber.

- b. Que la prescripción ordinaria y la prescripción extraordinaria son términos diferentes, independientes y autónomos, por lo que basta con que se configure alguno de los dos, para declarar probada la prescripción de la acción por competencia desleal, y
- c. Que independientemente de si la conducta es de tipo instantáneo o continuado, el término de la prescripción ordinaria se cuenta desde el momento en el que legitimado tuvo o debió tener conocimiento de la realización del acto presuntamente desleal.

En el presente asunto se ha configurado la prescripción ordinaria de la acción por competencia desleal, pues, de conformidad con lo que fue probado dentro del trámite del presente asunto, se pudo evidenciar que indudablemente pasaron más de dos (2) años entre el momento en el que el demandante tuvo conocimiento del presunto actuar desleal que le endilga a **Bavaria** y la radicación de la demanda.

2.1. Heineken, accionista de CCC, sabía de los contratos de patrocinio al menos desde 2007

Para efectos del correcto computo del término de prescripción de la acción de competencia resulta necesario resaltar que **CCC** es el resultado de la operación de concentración empresarial entre las multinacionales **Postobón S.A.** y **Compañía de Cervecerías Unidas**¹². A su vez, Compañía de Cervecerías Unidas está controlada por dos compañías: el **Grupo Luksic**, un consorcio empresarial chileno que reúne la mayor fortuna de dicho país; y **Heineken International**, una de las principales fabricantes de cervezas a nivel mundial, con más de 165 fábricas de cerveza en más de 70 países y un portafolio de marcas de renombre mundial, como Heineken, Amstel, Birra Moretti, Murphy, Tecate, entre muchas otras¹³.

Teniendo en cuenta la relevancia de los hechos antes descritos, también debe ponerse de presente que esta no es la primera ni la única oportunidad en la que el agente económico que controla al demandante cuestiona los Contratos de Patrocinio o las cláusulas de exclusividad de **Bavaria**, pues debe recordarse que en el año 2007 **Heineken International** presentó una denuncia ante la Superintendencia de Industria y Comercio por este tema, la cual dio como resultado una investigación administrativa por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia y finalizó con el archivo de la investigación por no haberse demostrado que tales contratos hubieran impedido el acceso de Heineken al mercado¹⁴.

¹² Anexo No. 8 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

¹³ Anexos No. 8, 13-17 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020

¹⁴ Anexos No. 2 y 3 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

Así, en Resolución 11304 de 2007¹⁵, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia expresó lo siguiente:

“TERCERO: Que mediante documento radicado bajo el número 07 - 002435, el señor Benjamín Bartley, en su condición de gerente general de Heineken International de Colombia S.A., presentó queja contra la sociedad Bavaria S.A. y su presidente, el señor Karl Lippert, identificado con el pasaporte P. 03559069265, por la presunta realización de conductas contrarias a las normas sobre libre competencia¹⁶.

En síntesis, los hechos que le sirven de fundamento a la queja son los siguientes:

(...)

3. El día 14 de septiembre de 2006, Bavaria lanzó al mercado colombiano la cerveza Peroni Nastro Azzurro, en adelante Peroni, un producto importado de la Internacional de SABMiller.

(...)

7. ‘(...), la estrategia de Bavaria no ha estado limitada a lograr la penetración de Peroni en el canal antes mencionado, conocido como ‘horeca’; sino que al parecer a través de una serie de conductas e imposiciones, ha procurado que se restrinja, casi hasta el punto de su eliminación, la venta de cerveza Heineken.’

*8. Según la quejosa, ‘Bavaria ha pagado sumas de dinero a dueños de prestigiosos bares y restaurantes ubicados en la ciudades de Bogotá y Medellín, a cambio de que dejen de expender al público cerveza de la marca Heineken y **distribuyan en exclusiva cervezas de las marcas Bavaria**, particularmente.’*

9. ‘La estrategia de Bavaria a que me he venido refiriendo, ha resultado particularmente lesiva, en cuanto los bares y restaurantes de mayor categoría representan el principal canal de ventas para las marcas Heineken, Amstel Light, Bucler y Murphys,

¹⁵ Anexo No. 3 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

¹⁶ La queja ha sido adicionada mediante comunicaciones 07- 002435 – 00015 del 10 y 07 – 02-2435 – 00016 – 000 del 12 de abril de 2007.

así como el medio natural para llegar a la segmentación objetiva de los clientes definidos por nuestra empresa."

(...)

12. '[s]e ha producido el cierre al mercado para Heineken y, consecuentemente, el estrangulamiento de sus ventas, como lo demuestra la salida de sus productos de más veintitrés establecimientos de primer nivel, en las ciudades de Bogotá y Medellín, y la reducción en las ventas históricas en más de cuatro mil millones de pesos en lo que va corrido desde el lanzamiento de Peroni'".

De esta manera, puede afirmarse que **Heineken International**, uno de los accionistas de **CCC**, conocía por lo menos desde el año 2007 que **Bavaria** suscribía Contratos de Patrocinio con cláusulas de exclusividad para fomentar la venta de sus productos.

Teniendo en cuenta que entre el 2007 y el 2019, año de presentación de la demanda, han transcurrido 12 años, es forzoso concluir que esta acción por competencia desleal se encuentra prescrita.

A pesar de lo expuesto, en la Sentencia 4407 de 2021 objeto de este recurso de apelación, se consideró lo siguiente:

"Aunque lo anterior es suficiente para descartar el primer argumento de Bavaria, es pertinente anotar otro aspecto que no se puede dejar de lado y tiene que ver con que no es posible contar el término prescriptivo desde el 2007 como lo ha señalado al sustentar la excepción. Ciertamente, el hecho de que la compañía Heineken International tuviera conocimiento de unos hechos específicos en el 2007 (hechos que como ya se explicó no son los que fundamentan la pretensión) y que dicha compañía sea accionista de CCC, no lleva a que se concluya que CCC conoció de esos específicos hechos en el 2007. No se puede perder de vista que la prescripción, en general, se abre paso cuando quien pudiendo demandar no lo hace dentro del término que para el caso concreto establezca la ley. De manera que, si CCC nació como sociedad en el año 2014, según se puede apreciar en su certificado de existencia y representación legal, carecería de toda lógica contar el término de prescripción a partir del año 2007 cuando lo cierto es que CCC ni siquiera existía para ese momento. De hecho, bajo la tesis de Bavaria, la prescripción en ese caso ocurriría en el 2009 mientras que CCC no existiría hasta el 2014, momento para el cual, siguiendo el argumento de Bavaria, nacería con las acciones

prescritas pese a que nunca estuvo en posibilidad de presentar una demanda antes del 2014.

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

Resulta evidente que la SIC olvidó que el caso del año 2007 es muy similar al presente, en el que **Heineken International** también cuestionó que **Bavaria** pactara exclusividades y manifestó que ellas le impedían la entrada al mercado.

Si la conducta reprochada en ese momento, es igual a la presente, lo cierto es que la actual demanda versa sobre unos hechos continuados que se comenzaron a ejecutar desde el año 2007, por lo que la prescripción debe ser contada desde el momento en que se produjeron los hechos o, cuando menos, desde que el demandante tuvo conocimiento de estos hechos, esto es, desde el año 2007.

Si bien es obvio que **Heineken International** y **CCC** son figuras societarias diferentes, también lo es que ello no es una excusa para pasar por alto el conocimiento que se tiene sobre las exclusividades de **Bavaria**.

De ninguna forma podría permitirse que el cambio en la forma en la que **Heineken International** realiza su operación, pasando de hacerlo directamente a hacerlo a través de **CCC**, cambia el hecho de que la acción se encuentra prescrita, pues el admitir que la creación de una nueva sociedad crea una especie de velo corporativo que reinicia el término de prescripción y relegitima a sus accionistas para iniciar una acción por competencia desleal, es crear una patente de corso para desconocer la prescripción o caducidad de una acción.

Si se hace tal concesión, lo cierto es que dicho conocimiento sobre los Contratos de Patrocinio con cláusulas de exclusividad habría sido pasado de **Heineken International** a **CCC**, por ser uno de sus accionistas, desde el momento de su creación y entrada al mercado, lo cual, como pasamos a explicar, sucedió en el año 2015, razón por la cual la acción por competencia desleal también estaría prescrita.

2.2. Heineken pasó su conocimiento sobre las cláusulas de exclusividad en venta a CCC, desde su entrada al mercado en el año 2015

En la audiencia inicial, al rendir la declaración de parte de **CCC**, el señor Juan Roberto García Duque, Representante Legal de dicha empresa, manifestó, bajo la gravedad de juramento, que **CCC** entró al mercado en el año 2016, como se aprecia a continuación:

"[00:31:42] José Sandoval: Ya. ¿Desde cuándo CCC participa en el mercado Colombiano comercializando cerveza?"

[00:31:53] Juan García: Ya eso es alrededor del 2016, 2017¹⁷.

Sin embargo, dicha afirmación varió durante el desarrollo de su declaración y, siguiendo bajo juramento, el señor García afirmó que **CCC** había entrado al mercado en el año 2017 o 2018, y no en el 2016, como había afirmado anteriormente:

"[00:40:04] Juan García: Desde el comienzo de la operación nuestra, señor juez.

[00:40:07] SIC: ¿Y eso fue en qué mes, en qué año?"

[00:40:10] Juan García: Pues, es eso es... déjeme hago memoria, pero 2017, 2018 que comenzamos nosotros la operación" 18.

Posteriormente, el señor García reiteró dicha posición, al manifestar lo siguiente:

"[00:48:05] Alfonso Miranda: Mil gracias señor juez.

Dr. Juan Roberto muchas gracias por asistir al interrogatorio.

Para mi primera pregunta, entonces, le pediría que explique al despacho desde qué año se venden las marcas de la empresa Heineken en el mercado colombiano.

[00:48:30] Juan García: Mire, las que la vende como Central Cervecera es 2017, pero la marca Heineken en Colombia existía hace mucho tiempo antes. Pero no la vendíamos nosotros.

[00:48:43] Alfonso Miranda: Es no me ha contestado mi pregunta doctor, yo le pregunté desde qué época.

[00:48:48] Juan García: 2017 que se constituye Central Cervecera se vende Heineken en Colombia de parte nuestra.

¹⁷ Declaración de parte rendida por el Representante Legal de Central Cervecera de Colombia S.A.S., señor Juan Roberto García Duque, el 31 de marzo de 2021.

¹⁸ Declaración de parte rendida por el Representante Legal de Central Cervecera de Colombia S.A.S., señor Juan Roberto García Duque, el 31 de marzo de 2021.

Le aclaro que antes la vendían otras empresas” 19.

Sin embargo, ello no es cierto. CCC fue constituida y participa en el mercado desde el año 2015, como lo demuestran las siguientes pruebas que se encuentran en el expediente:

- a. **Confesión de CCC en la demanda y las medidas cautelares:** CCC, a través de su apoderado judicial, confesó participar en el mercado desde el año 2015.

Así, en la demanda manifestó que “CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S concurre al mercado nacional fabricando y comercializando cervezas **desde el año 2015**, a través del ofrecimiento a consumidores potenciales de las bebidas alcohólicas, inicialmente con Heineken, y posteriormente con Coors Light, Tecate Sol, Miller Genuine Draft, Miller Lite, entre otras”²⁰.

A su vez, en las medidas cautelares señaló que “CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S participa **desde el 2015** en el mercado de la comercialización de cerveza, inicialmente con sus marcas Heineken, y posteriormente con Coors Light, Tecate, Sol, Miller Genuine Draft, Miller Lite, entre otras”²¹.

- b. **Certificación expedida por el Revisor Fiscal de CCC:** En ella se expresa lo siguiente:

“El suscrito Revisor Fiscal de

Central Cervecera de Colombia S.A.S.

Nit. 900.785.905-3

Certifica que:

De acuerdo con los registros contables, la Compañía comercializa las siguientes marcas de cervezas desde las fechas allí indicadas:

<i>Marca</i>	<i>Periodos de venta</i>
<i>Heineken</i>	<u>Marzo 2015</u> – Actualmente
<i>Coors Light</i>	<u>Octubre 2015</u> – Actualmente
<i>Buckler</i>	<u>Mayo 2015</u> – Noviembre 2018

¹⁹ Declaración de parte rendida por el Representante Legal de Central Cervecera de Colombia S.A.S., señor Juan Roberto García Duque, el 31 de marzo de 2021.

²⁰ Demanda presentada el 13 de mayo de 2019. Pág. 7

²¹ Solicitud de Medidas Cautelares presentada el 13 de mayo de 2019. Pág. 7.

<i>Tecate</i>	<i>Julio 2016 – Actualmente</i>
<i>Sol</i>	<i>Septiembre 2016 - Actualmente</i>
<i>Miller Genuine Draft</i>	<i>Abril 2017 – Actualmente</i>
<i>Miller Lite</i>	<i>Abril 2017 – Actualmente</i>

Se expide esta certificación a solicitud de la Administración de la Compañía a los ocho (8) días del mes de mayo de 2019, para ser presentado en el proceso ante la Superintendencia de Industria y Comercio y no debe ser utilizado para ningún otro propósito”²².

- c. **Reconocimiento por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio:** En la Resolución No. 6338 de 11 de febrero de 2016 “*Por la cual se decide una solicitud de reconocimiento como tercero interesado*”, el señor Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio, manifestó lo siguiente:

*“SEGUNDO: Que mediante escrito radicado con el No. 15-306376-3 del **19 de enero de 2016, CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S. (en adelante, SOLICITANTE)** solicitó ser reconocida como ‘tercero interesado’ en el procedimiento administrativo de control previo de la operación de concentración empresarial proyectada entre CERVECERÍA BBC, BBC, BBC DE LA SABANA, AMBEV y BAVARIA (en adelante y de manera conjunta, INTERVINIENTES), radicada con el No. 15-306376.*

Con tal propósito, la SOLICITANTE fundamentó su petición en los argumentos de hecho y de derecho que se presentan a continuación.

(...)

*(iii) que **la SOLICITANTE participa en el mercado colombiano de cerveza premium**, como distribuidor de las cervezas comercializadas con las marcas Heineken y Coors Light; (iv) que SABMILLER usualmente solicita la exclusividad en los canales de comercialización en los que*

²² Anexo No. 1 de la Demanda y la Solicitud de Medidas Cautelares presentadas el 13 de mayo de 2019.

*participa, lo que repercute directamente en los intereses de la SOLICITANTE;*²³.

(...)

*En el caso en estudio, **la SOLICITANTE es competidora directa de las INTERVINIENTES en el mercado de las cervezas**, tal como se desprende no solo de las manifestaciones plasmadas en el escrito de oposición presentado por las INTERVINIENTES, sino también del objeto social y de las actividades mercantiles que se reportan en el Certificado de Existencia y Representación Legal que acompaña la petición de tercería”²⁴.*

d. Reconocimiento por parte del Superintendente de Industria y Comercio:

En la Resolución No. 24329 de 3 de mayo de 2016 “*Por la cual se condiciona una operación de integración*”, el señor Superintendente de Industria y Comercio afirmó lo siguiente:

“b)CCC

*Compañía que inició operación **desde el año 2015**, tras la integración entre **COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS S.A.** y **POSTOBÓN**, para la producción y comercialización de cerveza y bebidas no alcohólicas a base de malta en el territorio colombiano, para el caso puntual la producción y comercialización de Heineken”²⁵.*

e. Reconocimiento por parte de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio:

En el Auto 59410 de 11 de junio de 2019 “*Por el cual se decide una solicitud de medidas cautelares*”, el a quo manifestó lo siguiente sobre la legitimación de CCC para solicitar las medidas cautelares: “*Teniendo en cuenta el contenido de la Resolución 24329 allegada con*

²³ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección de la Competencia, Resolución 6338 de 11 de febrero de 2016 “*Por la cual se decide una solicitud de reconocimiento como tercero interesado*”. Exp. 15-306376. Pág. 2. Anexo No. 5 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección de la Competencia, Resolución 6338 de 11 de febrero de 2016 “*Por la cual se decide una solicitud de reconocimiento como tercero interesado*”. Exp. 15-306376. Pág. 7. Anexo No. 5 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 24329 de 3 de mayo de 2016 “*Por la cual se condiciona una operación de integración*”. Exp. 15-306376. Pág. 38. Anexo No. 2 de la Demanda y la Solicitud de Medidas Cautelares presentadas el 13 de mayo de 2019 y Anexo No. 5 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

la solicitud, es posible afirmar que la sociedad demandante participa en el mercado colombiano mediante la comercialización de cerveza”.

- f. Compra de compañías del mercado de la cerveza por parte de CCC:** Desde el año 2015 y hasta el año 2017, CCC notificó a la Superintendencia de Industria y Comercio una serie de operaciones de concentración empresarial en el mercado de la cerveza²⁶.

La primera de estas operaciones de concentración empresarial fue la compra de Artesana Beer Company S.A. por parte de CCC, la cual se notificó a la SIC en el año 2015²⁷.

- g. Manifestaciones públicas de CCC:** CCC ha realizado diferentes manifestaciones públicas a medios de comunicación, que dan cuenta de que participa en el mercado desde el año 2015.

Así, por ejemplo, Ana María González, Gerente de la Marca Heineken en el país, manifestó a El Tiempo que *“los datos del **2015** muestran un crecimiento del 200 por ciento. De hecho, comenzamos vendiendo 38.000 hectolitros y el año pasado vendimos 136.000. Es decir que en dos años que lleva Central Cervecera de Colombia hemos crecido 250 por ciento y este año queremos cerrar en 160.000 hectolitros”*²⁸.

De igual forma, el señor Raúl Filipe Dos Santo Simao, Country Manager de Heineken en Colombia, manifestó a Portafolio que *“**[d]esde el 2015**, cuando empezamos esa forma de trabajar entre el equipo de Postobón, el de CCU y el de Heineken, estamos muy contentos”.*

Así las cosas, dado que **Heineken** transmitió a **CCC** su conocimiento sobre las exclusividades de **Bavaria** desde el año 2015, momento en el cual la demandante inició su participación en el mercado, y que la demanda fue presentada en el año 2019, la acción por competencia desleal está prescrita.

²⁶ Anexos No. 9 a 11 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

²⁷ Anexo No. 9 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

²⁸ Artículo denominado *“Así calienta motores competencia cervecera de Bavaria y Postobón”*, publicado en El Tiempo el 8 de junio de 2017. Anexo No. 16 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

2.3. En 2016, CCC manifestó públicamente su conocimiento sobre las exclusividades en venta de Bavaria

Sin perjuicio de lo que ha sido expuesto hasta el momento sobre el tema de la prescripción y el conocimiento que **Heineken** tenía sobre los pactos de exclusividad de **Bavaria** desde el año 2007, el cual fue trasladado a CCC en el momento de su constitución y entrada al mercado en el año 2015, en el expediente existen pruebas que demuestran que CCC conocía directamente dichos pactos de exclusividad desde el año 2016.

De esta forma, en el expediente podemos encontrar el siguiente material probatorio:

- a. **Resolución No. 6338 de 11 de febrero de 2016 “Por la cual se decide una solicitud de reconocimiento como tercero interesado”**: En este acto administrativo, el señor Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia manifestó lo siguiente:

*“SEGUNDO: Que mediante escrito radicado con el No. 15-306376-3 del **19 de enero de 2016**, CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S. (en adelante, SOLICITANTE) solicitó ser reconocida como ‘tercero interesado’ en el procedimiento administrativo de control previo de la operación de concentración empresarial proyectada entre CERVECERÍA BBC, BBC, BBC DE LA SABANA, AMBEV y BAVARIA (en adelante y de manera conjunta, INTERVINIENTES), radicada con el No. 15-306376.*

Con tal propósito, la SOLICITANTE fundamentó su petición en los argumentos de hecho y de derecho que se presentan a continuación.

(...)

*(iii) que la SOLICITANTE participa en el mercado colombiano de cerveza premium, como distribuidor de las cervezas comercializadas con las marcas Heineken y Coors Light; (iv) **que SABMILLER usualmente solicita la exclusividad en los canales de comercialización en los que participa, lo que repercute directamente en los intereses de la SOLICITANTE**; (v) que con la operación proyectada, SABMILLER aumentaría su portafolio de marcas, lo cual incrementaría **la***

posibilidad de obtener la exclusividad en algunos puntos de venta, en especial del llamado canal horeca; (vi) que si bien **la exclusividad** no es una práctica contraria a la libre competencia, sí **'constituye una afectación individual, directa y cierta'** en los términos del artículo 38 del CPAC (sic) y de las decisiones precedentes de la Superintendencia'.

La SOLICITANTE cita como fuente de información para sus afirmaciones, la investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia que se adelantó en esta Superintendencia, y la Resolución No. 59745 de 2009, proferida dentro de dicho trámite.

Además, señaló que en caso de duda de la participación de SABMILLER en el mercado colombiano y de los pactos de exclusividad que suscribe, solicita oficialarle, o en su defecto decretar la declaración de su representante legal" ²⁹.

- b. **Resolución No. 24329 de 3 de mayo de 2016 "Por la cual se condiciona una operación de integración"**: En la Resolución que autorizó con condicionamientos la operación de concentración empresarial entre **SABMiller** y **AB InBev**, el señor Superintendente de Industria y Comercio presentó las manifestaciones que durante el trámite hizo **CCC** sobre las exclusividades de **Bavaria**, en los siguientes términos:

"9.10. ARGUMENTOS PRESENTADOS POR EL TERCERO INTERESADO (CCC)

(i) Escrito radicado con el No. 15-306376-3

*Con escrito radicado con el No. 15-306376-3 del **19 de enero de 2016**, CCC requirió la intervención en tercería dentro del presente procedimiento administrativo, la cual fue autorizada⁹⁶ por esta Superintendencia, mediante Resolución No. 6338 del 1 de febrero de 2016.*

²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección de la Competencia, Resolución 6338 de 11 de febrero de 2016 "Por la cual se decide una solicitud de reconocimiento como tercero interesado". Exp. 15-306376. Pág. 2. Anexo No. 5 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

En esta oportunidad, CCC presentó los argumentos jurídicos que sustentan su petición de intervención para lo cual trae a colación la Ley 1347 de 2011, a la vez que señala los siguientes argumentos de naturaleza económica: (i) que SABMILLER tiene dentro del mercado cervecero nacional una participación del 98,75%, constituyéndose además en el segundo productor de cerveza a nivel mundial, con el propósito de integrarse con AB INBEV quien ostenta el primer puesto dentro de este mercado. (ii) que BAVARIA, sujeto controlado por SABMILLER, usualmente establece cláusulas de exclusividad en los diferentes canales de comercialización en los que participa, situación que puede verse respaldada al ampliarse su portafolio marcario. En este sentido, hace énfasis CCC en que esto puede darse especialmente en el canal 'Horeca' y que, si bien no se trata de una práctica ilegal, (...) constituye una afectación individual, directa y cierta en los términos del artículo 38 del 7 CPAC (sic) y de las decisiones precedentes de la Superintendencia'.

(...)

(iii) Escrito radicado con el No. 15-306376-41

(...)

Sostiene además CCC, que no es viable el señalamiento de un condicionamiento comportamental como lo sería el 'no establecer cláusulas de exclusividad', dado que esta obligación no se traduciría en un instrumento que restaría poder de mercado al sujeto integrado, de la cual sostiene que es precisamente la finalidad de los condicionamientos.

(...)

9.11. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA EN RELACIÓN CON LAS MANIFESTACIONES DEL TERCERO INTERESADO (CCC)

(...)

(iii) Comercialización (**cláusulas de exclusividad**)

Indicó CCC, que con la operación proyectada se podrían generar restricciones en los canales de comercialización, principalmente por las cláusulas de exclusividad suscritas por BAVARIA en dichos canales. CCC indica que además de la red de distribución, es necesario que los productos ofertados lleguen a la mayor cantidad de puntos de venta del país, de tal forma que se pueda llegar al consumidor final.

Puntualmente indicó que BAVARIA se encuentra en la capacidad de saturar los puntos de venta con su portafolio de productos, de imponer mayores condiciones a los establecimientos y así mismo de fortalecer su posición de dominio a través de políticas promocionales y de descuento. Adicionalmente, indicaron que BAVARIA incrementará su estrategia comercial con la instalación de neveras e inversión en material promocional, reduciendo el espacio en las tiendas para los actuales y nuevos competidores.

(...)

Por otra parte, **CCC indica que BAVARIA usualmente establece cláusulas de exclusividad en los diferentes canales de comercialización en los que participa, lo cual puede verse respaldado al ampliarse su portafolio marcario.**³⁰.

Todo lo anterior, sin mencionar que esa misma Resolución, el señor Superintendente de Industria y Comercio hace una extensa explicación sobre los pactos de exclusividad que **SabMiller (Bavaria)** tenía para el año 2016³¹.

Teniendo en cuenta que esta Resolución ordenó en su Artículo Cuarto que la misma fuera notificada personalmente a **CCC**, dicha sociedad conocía su contenido desde el año 2016.

³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 24329 de 3 de mayo de 2016 “Por la cual se condiciona una operación de integración”. Exp. 15-306376. Anexo No. 2 de la Demanda y la Solicitud de Medidas Cautelares presentadas el 13 de mayo de 2019 y Anexo No. 6 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020. Págs. 39, 42 y 50.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 24329 de 3 de mayo de 2016 “Por la cual se condiciona una operación de integración”. Exp. 15-306376. Anexo No. 2 de la Demanda y la Solicitud de Medidas Cautelares presentadas el 13 de mayo de 2019 y Anexo No. 6 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020. Págs. 28-33.

- c. **Resolución No. 30718 de 24 de mayo de 2016 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”**: Al resolver el recurso de reposición interpuesto por CCC contra la decisión que autorizó la concentración empresarial entre **SABMiller** y **AB InBev**, el señor Superintendente de Industria y Comercio resumió los argumentos expuestos por el recurrente, dentro de los cuales se encontraba el siguiente:

*“Por último, detalla el recurrente otros condicionamientos estructurales y la aplicación que les han dado autoridades foráneas de competencia, así como esta Superintendencia, para insistir que en el presente trámite se ha debido imponer un condicionamiento de naturaleza estructural, tendiente al restablecimiento efectivo de la competencia con instrumentos que contrarresten el fortalecimiento de la posición de dominio del ente integrado, **así como la presencia de cláusulas de exclusividad**; de tal suerte que el condicionamiento de remisión de reportes resulta insuficiente para el propósito legal de las autorizaciones condicionadas”³².*

- d. **Declaraciones públicas de CCC a medios de comunicación**: Una vez la operación de concentración empresarial entre **SABMiller** y **AB InBev** fue autorizada, CCC dio múltiples declaraciones públicas sobre su oposición a dicha autorización y, en especial, sobre las exclusividades de **Bavaria**.

Así, a manera de ejemplo, el doctor Jairo Rubio, apoderado de CCC también en aquella época, manifestó lo siguiente una vez se otorgó la autorización:

“Si aquí vamos a permitir que se creen posiciones dominantes o incrementos de posiciones dominantes a través de integraciones de nada sirve luchar contra los carteles empresariales”, dijo a Dinero Jairo Rubio, abogado de Central Cervecera.

Central Cervecera, propiedad de Postobón y sus socios chilenos, está buscando que el Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, se oponga a

³² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 30718 de 24 de mayo de 2016 “Por la cual se resuelve un recurso de reposición”. Exp. 15-306376. Anexo No. 7 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020. Pág. 4.

la fusión de las gigantes cerveceras SAB Miller y AB InBev en el país.

(...)

¿Qué quiere Central Cervecera?

*La principal petición es que la Superindustria se oponga a la integración. Pero si esto no se logra el segundo objetivo es que se pongan condiciones. ¿Cuales? Vender una unidad de negocio, como la BBC, a un tercero o **prohibir los contratos de exclusividad en el comercio.***

La petición de Central Cervecera ya está sobre la mesa y deberá ser resuelta antes del 16 de julio. El recurso legal lleva solamente la firma de esta productora pero Rubio asegura que otros productores artesanales también están preocupados”³³.

También el doctor Rubio, manifestó lo siguiente:

“El exsuperintendente de Industria y Comercio, Jairo Rubio, apoderado de Central Cervecera, dijo a EL NUEVO SIGLO que los pequeños productores son ‘los grandes afectados, al igual que los consumidores. Sus posibilidades de competir, que sin la integración eran difíciles, ahora son mínimas. El esfuerzo que han hecho, especialmente las cervezas artesanales, que han competido con una oferta de valor, mas no precio, se verá diezmado’.

(...)

ENS [El Nuevo Siglo]: ¿Cuáles son los condicionamientos que le impuso la SIC a estas empresas?

JR [Jairo Rubio]: Los condicionamientos impuestos por la Superintendencia no tienen un direccionamiento hacia la estructura de mercado afectado. Son simples

³³ Artículo denominado “La pelea entre Central Cervecera contra unión SAB MILLER-AB INBEV” publicado por Revista Semana el 26 de mayo de 2016. Disponible en <https://www.semana.com/empresas/articulo/la-fusion-de-bavaria-sab-miller-tendria-el-99-del-mercado-en-colombia/224110/>

*requerimientos de información que no restablecen la competencia. Esos condicionamientos se basan en informar la inversión publicitaria por marcas, **revelar a la SIC los listados de exclusividades** y anunciar la incorporación de nuevas marcas al mercado.*

Esto es preocupante, pues, si se miran países como Ecuador donde se presentó una situación similar a la de Colombia porque ya era un casi monopolio, nos encontramos con que la autoridad de competencia de ese país sí impuso condicionamientos estructurales para restablecer la competencia.

(...)

ENS [El Nuevo Siglo]: Como ex Superintendente de Industria y Comercio, ¿cómo cree que se debe condicionar una fusión de este nivel?

*JR [Jairo Rubio]: Una integración como estas, en mi opinión, no debe ser condicionada sino objetada, como ha sucedido en el pasado con casos similares. Sin embargo, si se aceptara, debe ser sujeta a condicionamientos estructurales, como lo son: (i) la enajenación de parte del negocio, a favor de un tercero, que en el presente caso pueden ser marcas y alguna planta de producción; (ii) acceso a infraestructura; (iii) **terminación de contratos de exclusividad**³⁴.*

Una vez el recurso de reposición de CCC fue resuelto desfavorablemente por el señor Superintendente de Industria y Comercio, el doctor Rubio acuciosamente volvió a hablar con los medios de comunicación y manifestó lo siguiente:

“Según Jairo Rubio, ex superintendente de Industria y Comercio y apoderado de CCC, va a quedar todo el portafolio de las marcas más importantes que tienen reconocimiento no solo local sino global en la misma compañía, ‘lo cual significa que la posición dominante que tiene Bavaria, que es previa a la integración, se va a fortalecer, consolidar y a incrementar. SABMiller a través

³⁴ Artículo denominado “Cerveceras pequeñas temen fusión de SABMiller y AB Inbev”, publicado por El Nuevo Siglo el 30 de mayo de 2016. Disponible en <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/5-2016-cerveceras-pequeñas-temen-fusión-de-sabmiller-y-ab-inbev>

de Bavaria tenía posición dominante hace mucho tiempo, pero esta situación no es patente de curso para que se siga incrementando. Si las posiciones dominantes son por integraciones, están condenadas y no hay que aplaudirlas', agrega.

(...)

Las preocupaciones

*Para CCC se podrían generar restricciones en los canales de comercialización, **en especial por las cláusulas de exclusividad. La SIC considera que estas exclusividades pactadas por Bavaria**, sumadas al incremento en su portafolio marcario, su posición de dominio en el mercado y su red de distribución 'son factores que en su conjunto generan cierto grado de preocupación'"³⁵.*

- e. Declaración del señor Thor Borresen:** El señor Thor Borresen explicó que **Heineken** y **Bavaria** disputaban las exclusividades con los establecimientos de comercio, razón por la cual era claro que **Heineken** conocía de las exclusividades pactadas por **Bavaria**. De igual forma, el señor Borresen explicó que esta situación continuó cuando **CCC** entró al mercado, pues siguieron compitiendo por las exclusividades de los puntos de venta y era seguro que **CCC** supo siempre que **Bavaria** realizaba estos pactos de exclusividad. En palabras del señor Borresen:

"[01:22:33] Alfonso Miranda: Gracias. Digamos si sabe usted o le consta que Heineken haya utilizado como herramienta de mercadeo los contratos de exclusividad con puntos de venta.

[01:22:45] Thor Borresen: Sí, Dr. Miranda. Me acuerdo... digamos... desde que entré yo tenía a mi cargo algunas marcas premium en varios momentos de mi paso en Bavaria; como Club Colombia, como Redd's , como Miller Lite, como Peroni... y me tocó... digamos que enfrentarme un poco a eso; muy desde mi lado, porque –

³⁵ Artículo denominado "El debate por la integración de AB InBev y SABmiller en Colombia", publicado por Revista Semana el 8 de junio de 2016. Disponible en <https://www.semana.com/debate-por-la-integracion-de-ab-inbev-y-sabmiller-en-colombia/224450/>

como les decía – toda la relación con los clientes está muy a cargo del equipo de ventas.

Pero... pues... durante mucho tiempo los principales puntos de venta – digamos los más icónicos de las principales ciudades – pues... fueron puntos de venta... digamos que tenían una condición de ingreso, y era que había que patrocinarlos a cambio de una exclusividad de venta de producto, y de visibilidad de producto, y activación y todo lo demás.

Entonces, siempre teníamos como esa pelea sana – diría yo – de quién se quedaba con qué puntos de venta. Normalmente Heineken tenía unos puntos de venta bastante importantes, y casi siempre nos ganaban un poco desde el punto de vista de inversión.

[01:24:00] Alfonso Miranda: De conformidad con su respuesta anterior, díganos si Bavaria y Heineken se disputaban por las exclusividades de puntos de ventas en distintas ciudades.

[01:24:15] Thor Borresen: Sí señor. Sí, yo recuerdo varios casos en donde de pronto teníamos puntos... digamos... clientes ejecutados con marcas de nuestra compañía – lo que le digo – en diferentes épocas, diferentes marcas; y de pronto, cuando había renovaciones... pues... ese cliente decidía irse con Heineken por un contrato diferente. Entonces, sí, esa es un poco como la naturaleza también de ese canal, que exige... digamos... ese tipo de condiciones.

[01:24:50] Alfonso Miranda: Díganos, según su respuesta anterior entonces, si Heineken era consciente de los pactos de exclusividad que tenía Bavaria para la venta de su cerveza.

[01:25:01] Thor Borresen: Sí, diría que totalmente, claro. O sea, es parte... digamos... del desarrollo del negocio, y ellos tenían pactos de exclusividad también con clientes propios.

(...)

[01:28:49] Alfonso Miranda: *Muchas gracias. Le pediría que especifique su respuesta anterior para referirse al tema de la utilización de exclusividades. Si a usted le consta que CCC haya continuado con la política que nos describió de Heineken de tener exclusividades con puntos de venta.*

[01:29:12] Thor Borresen: *Sí, claro. Totalmente. Pues... hoy en día hay clientes en donde usted solo encuentra productos de CCC.*

[01:29:24] Alfonso Miranda: *Díganos entonces si continuó esa rivalidad entre CCC y Bavaria para tomar en exclusividad ciertos puntos de venta que ambas empresas pudieran desear.*

[01:29:42] Thor Borresen: *Sí. Diría que sí. Digamos que no estoy tan cercano a los detalles del día a día, pero sí, entiendo que sigue habiendo... pues... esa rivalidad.*

[01:29:57] Alfonso Miranda: *Díganos entonces si – en su conocimiento – CCC tiene claro que Bavaria tiene una política de exclusividades para la venta de su cerveza.*

[01:30:11] Thor Borresen: *Sí, claro.*

[01:30:13] Alfonso Miranda: *¿Por qué le consta eso?, o ¿cómo se manifiesta ese conocimiento?, ¿de dónde sale?*

[01:30:20] Thor Borresen: *Pues... diría yo que es obvio desde lo que uno ve en el mercado. Si CCC... pues... entra a negociar con un cliente una exclusividad para sus productos... pues... entiende que hay – que existe... digamos... esa estrategia competitiva.*

Perdón por referirme a otra cosa, pero... pues... es una estrategia que el mismo Postobón, y marcas como: Coca-Cola, Pepsi... Postobón versus Coca-Cola... pues... es una estrategia que se ha usado toda la vida en el mercado; y no solo en Colombia, sino alrededor del mundo... pues. Entonces, diría yo que no creo que CCC no conozca que esa es una práctica común en el mercado.

[01:31:15] Alfonso Miranda: *Gracias. Eso me permite hacerle la pregunta de otra manera. De acuerdo con su conocimiento, ¿es posible que CCC ignorara sobre las estrategias de Bavaria respecto de las exclusividades con el objeto de vender la cerveza?*

[01:31:31] Thor Borresen: *¿Es posible que CCC ignorara las exclusividades?*

[01:31:35] Alfonso Miranda: *Las estrategias de exclusividades.*

[01:31:37] Thor Borresen: *Yo creo que no es posible”³⁶.*

- f. **Confesión de CCC en la declaración de parte:** En la declaración de parte de CCC, el señor Juan Roberto García, Representante Legal de dicha sociedad, explicó al señor Juez **(i)** que CCC fue reconocido como tercero interesado en el trámite de la concentración empresarial entre **SABMiller** y **AB Inbev**; **(ii)** que en dicho trámite presentó consideraciones sobre las exclusividades de **Bavaria**; y **(iii)** que desde el año 2016 CCC sabía de las exclusividades suscritas por **Bavaria**. A continuación, su declaración:

*“[00:51:59] Alfonso Miranda: Y con mucha cordialidad doctor. Diga cómo es cierto, sí o no, y yo afirmo que es cierto, que **CCC fue reconocido como tercero interesado** en el trámite de autorización de la operación de concentración empresarial que autorizó la Superintendencia de Industria y Comercio en el 2016 entre AB InBev y SAB Miller.*

*[00:52:19] Juan García: **Sí es, es cierto.***

[00:52:21] Alfonso Miranda: Gracias.

Muchas gracias Dr. Juan Roberto.

*Para mi tercera pregunta, diga cómo es cierto, sí o no, y yo afirmo que es cierto, que como tercero interesado en la operación entre AB InBev y SAB Miller, **CCC presentó por escrito consideraciones sobre las exclusividades de las empresas intervinientes en esa operación.***

³⁶ Declaración del señor Thor Borresen rendida el 13 de abril de 2021.

[00:52:46] Juan García: **Sí es cierto.**

[00:52:48] Alfonso Miranda: Gracias.

Para mi cuarta pregunta doctor. Explíqueme al despacho, por favor, en qué consistieron esas consideraciones.

[00:52:57] Juan García: **Las consideraciones como lo dijimos ahorita cuando estamos explicando es una limitante a la competencia lo que nosotros vemos con esas negociaciones. Eso es lo que hemos pretendido, lo que hablamos ahora, en lo que estamos.**

[00:53:18] Alfonso Miranda: Muchas gracias.

Diga cómo es cierto, sí o no, según lo que ha afirmado en su respuesta anterior, que desde el 2016 CCC le manifestó a la Superintendencia que las exclusividades de Bavaria constituían una restricción a la libre competencia.

[00:53:41] Juan García: **Es cierto**³⁷.

Con fundamento en lo expuesto, es claro **(i)** que **Heineken**, uno de los accionistas de **CCC**, sabía de las exclusividades de **Bavaria** desde el año 2007; **(ii)** dicho conocimiento se lo transmitió a **CCC** al momento de su conformación y entrada en el mercado en el año 2015; y **(iii)** existe constancia de que **CCC** sabía las exclusividades de **Bavaria** en el año 2016, por lo menos tres (3) años antes de que se iniciara este proceso.

Por ello, en la medida en que la demanda fue presentada por **CCC** el 13 de mayo de 2019, no queda duda de que esta acción está prescrita, pues fue presentada por la sociedad demandante después de dos (2) años de que **CCC** tuvo conocimiento de las exclusividades pactadas por **Bavaria**.

No obstante, en la Sentencia No. 4407 de 2021, la SIC negó también la existencia de esta prescripción, por considerar lo siguiente:

*“En línea con lo anterior, es menester dejar claro que con esto **no se está queriendo significar que el acto de competencia desleal del artículo 19 tiene como presupuesto de configuración el***

³⁷ Declaración de parte rendida por el Representante Legal de Central Cervecera de Colombia S.A.S., señor Juan Roberto García Duque, el 31 de marzo de 2021.

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

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

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

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

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

Sin embargo, ello no es cierto, pues no es lo que reconoce la propia demandante. En la demanda claramente se indica que la conducta no habría empezado en el año 2017, sino en el año 2016, con la concentración empresarial entre ABInbev y SabMiller, como se puede corroborar en el Hecho No. 7 de la demanda y apreciar a continuación:

“7. La demandada, a partir de la integración entre AB INBEV y SABMILLER PLC, con su posición dominante en el mercado, ha venido generando con cláusulas de exclusividad, una obstrucción en la comercialización de la cerveza en el canal on premise, especialmente en los establecimientos de comercio de mayor reconocimiento y volumen de compra en cada uno de los principales municipios del país” (subrayas propias).

Como se puede constatar en el Anexo No. 6 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020, con la Resolución No. 24329 de 3 de mayo de 2016 se aprobó la operación de concentración empresarial mencionada.

Esto además es consecuente con las pruebas mencionadas anteriormente en este mismo capítulo, en donde consta que el malestar de CCC por las exclusividades de **Bavaria** es anterior al aumento de las mismas referido por la SIC en la Sentencia.

En tal sentido, es claro que si la prescripción se debe contar desde que el demandante tuvo conocimiento de la conducta que reprocha, la demanda fue presentada más de tres (3) años después, por lo que se hizo fuera término oportuno para ello.

Por otra parte, no es cierto que Bavaria haya aceptado que la conducta reprochada data del año 2017, por el hecho de que en el momento en que se fijó el objeto del litigio la SIC haya indicado que “[d]e no configurarse la prescripción, debe establecerse si existió un incremento desmesurado en la suscripción de contratos de patrocinio a partir del año 2017” y que **Bavaria** no haya recurrido el año que se mencionó para el análisis. Esto, pues claramente el estudio del caso se realizaría después “[d]e no configurarse la prescripción”, por lo que no puede considerarse que una cosa tiene incidencia en la otra.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en la interposición de dicho recurso sí se cuestionó que el aumento desmesurado fuera lo importante para analizar la conducta. Así, se manifestó que “si el crecimiento de las cláusulas de exclusividad es desmesurado o no lo es, es irrelevante para definir si se genera una práctica de competencia desleal por

violación del artículo 19 o por violación del artículo 7 de ley 256 del 96, en tanto en cuanto lo que importa respecto de los pactos de exclusividad es que tengan por objeto o como efecto impedir el acceso de los competidores al mercado o monopolizar la distribución. En ese sentido podría haber un crecimiento desmesurado de las exclusividades que no produzca esos efectos y por lo tanto no es ilegal y también podría suceder que el incremento no fuera desmesurado y que sí generara ese efecto”³⁸.

Por lo expuesto, respetuosamente reitero mi respetuosa petición de que se declare la prescripción de las pretensiones formuladas por la parte demandante.

3. BAVARIA NO PACTÓ EXCLUSIVIDADES QUE TUVIERAN POR OBJETO O COMO EFECTO RESTRINGIR LA ENTRADA DE CCC AL MERCADO

En esta sección se demostrará que las cláusulas de exclusividad pactadas por **Bavaria** son una herramienta comercial cuyo objetivo y efecto es el de hacer crecer el mercado y que no se han pactado con la intención, no tienen la potencialidad y no producen el efecto de generar un cierre de mercado que pueda afectar a **CCC** ni a ningún otro competidor.

Así, se podrá constatar que no es cierto lo afirmado por la SIC en la Sentencia 4407 de 2021, en cuanto a que las exclusividades pactadas por **Bavaria** hubieran tenido la aptitud para restringir la competencia en el mercado y para impedir la participación de la **CCC**, y mucho menos que generaron el efecto de producir dicha restricción.

3.1. No es desleal *per se* el realizar pactos de exclusividad y su connotación de desleal dependerá de si tienen la intención o el efecto de restringir la competencia

El artículo 19 de la Ley 256 de 1996, determina que “[s]e considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o tengan como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales” (Resaltado del autor).

Lo primero que debe advertirse es que la norma expresamente permite que se pacten exclusividades. Es decir, existe una presunción de legalidad y juridicidad de este tipo de cláusulas.

³⁸ Audiencia Inicial realizada el 31 de marzo de 2021. Minuto 03:44:22 y siguientes.

Las exclusividades solamente serán contrarias a derecho si tienen la intención o generan el efecto de restringir el acceso de los competidores al mercado relevante definido o de monopolizar la distribución de los productos o servicios.

Al respecto, al analizar la constitucionalidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, la Corte Constitucional explicó lo siguiente:

“La interdicción de la ley no se predica de todos los pactos de exclusividad que se convengan en los contratos de suministro. Sólo se aplica la prohibición a las cláusulas que tengan por objeto o como efecto ‘restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios’.

(...)

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

*Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que **el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente.**”³⁹ (se destaca)*

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 1997. Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 19 de la Ley 256 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

De igual forma, el Consejo de Estado, al analizar los pactos de exclusividad que comúnmente se realizan en el mercado de las bebidas gaseosas, ha manifestado que “[t]ampoco se puede considerar vulnerado el derecho a la libre competencia económica por la inclusión de las cláusulas de exclusividad en los contratos de suministro de gaseosas que algunos colegios han celebrado con [las embotelladoras], pues para ello **es necesario que con estas se restrinja el acceso de los competidores al mercado o se monopolice la distribución de productos o servicios.**”⁴⁰ (la negrilla y el subrayado son míos).

En igual sentido que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, el Tribunal Superior de Bogotá ha reiterado que el análisis de deslealtad de un pacto de exclusividad parte de la base de determinar si la cláusula restringe o no la libre competencia, como puede apreciarse a continuación:

*“Para abordar la anterior argumentación, resulta preciso dejar sentado que **la existencia de pactos de exclusividad en los contratos de suministro no es, por sí misma, constitutiva del acto de competencia desleal** contenido en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996. Ello porque, como la misma norma lo establece, y lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, **la existencia de dichos pactos sólo se considera desleal para con la competencia, cuando su inclusión tiene ‘por objeto o como efecto’ restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.**”*

(...)

*En resumen, se impone concluir, que **sólo puede considerarse desleal la existencia de pactos de exclusividad, cuando estos persiguen la materialización de conductas que atentan contra la libre competencia, mediante la restricción al acceso de los competidores al mercado, o crear monopolio en la distribución de productos o servicios.**”⁴¹. (El subrayado y la negrilla no hacen parte del original)*

Así las cosas, a pesar de que la Ley de Competencia Desleal determina que un pacto de exclusividad puede llegar a ser considerado como un acto de competencia desleal, la lealtad o deslealtad de este estará determinado por si restringe, o no, la libre competencia económica.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 24 de agosto de 2001. Exp. 54001-23-31-000-2000-1749-01. C.P. Darío Quiñonez Pinilla.

⁴¹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 6 de abril de 2011. Exp. 1998-8885. Acción de competencia desleal de Multillantitas Ltda. contra Shell Colombia S.A., Coinversal S.A. y Patrón y Cía. Ltda.

Lo anterior fue explicado por la Delegatura para la Protección de la Competencia, en los siguientes términos:

*“Con respecto a su alcance jurídico, las cláusulas de exclusividad consisten en un compromiso en el que una o ambas partes del contrato se comprometen a no celebrar contratos con terceros competidores y relacionados con su actividad en la cadena de valor. En el caso en que dichos contratos sean de suministro, las cláusulas de exclusividad se encuentran prohibidas por el artículo 19 de la Ley 256 de 1996, **cuando dichas cláusulas tengan por objeto o efecto restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios.***

(...)

*Como podrá notarse, **el análisis jurídico de la legalidad de la inclusión de las cláusulas de exclusividad en los contratos se remite necesariamente a los efectos que dichas cláusulas puedan causar.** En particular, tanto la decisión de la Corte Constitucional como la de la Sala Quinta del Consejo de Estado, sugieren **el derecho a la libre competencia se ve violado cuando dichas cláusulas llevan a restringir el acceso de los competidores al mercado.***

*A pesar de lo anterior, **constatar que se realizó una conducta que implicó la celebración de contratos con cláusulas de exclusividad, no implica necesariamente que dicha conducta ha sido idónea, tiene el potencial o produjo efectos anticompetitivos, y en particular, la exclusión de competidores al mercado.** Como ya se señaló, el análisis de las conductas abusivas de la posición de dominio en general, y de las restricciones verticales, en particular, también implica determinar y analizar el alcance de la conducta como tal. Es decir, **no es suficiente con determinar que una estrategia comercial es anticompetitiva solo porque puede eventualmente excluir a los competidores,** sino que también resulta necesario determinar su alcance, del cual depende, finalmente, su capacidad para producir efectos anticompetitivos.*

Ahora bien, para contestar a los señalamientos relatados en la queja, se puede indicar que el mercado de bebidas gaseosas en Colombia sugiere una fuerte competencia entre los productores, lo que implica que si bien un consumidor al acudir a un

establecimiento podría no encontrar la bebida gaseosa de su preferencia, esto no lo impide para desplazarse a otro establecimiento y encontrar el producto deseado, lo cual se traduce en que su derecho de elección no resulta restringido, al tiempo que el derecho del expendedor de gaseosas de vender el producto que considere más conveniente para su negocio tampoco se ve limitado.

Así las cosas, se encuentra que los tratos que impliquen exclusividades no son per se ilegales ni nocivos para la libre competencia siendo que podrían incluso generar eficiencias pro-competitivas. En este orden de ideas, se debe decir que de acuerdo a la información obrante en el expediente, no existen indicios para determinar que de los tratos de exclusividad en que posiblemente podrían haber incurrido INDEGA y POSTOBÓN al convenir con determinados establecimientos la venta exclusiva de sus productos a cambio de descuentos, neveras, mesas, obsequios, entre otros, se generaron restricciones a la competencia”⁴² (Negrilla y subrayado ajeno al original).

Con fundamento en lo expuesto, para que se pueda considerar que una sociedad ha realizado pactos desleales de exclusividad, es necesario que se demuestre **(i)** que se han pactado cláusulas de exclusividad en contratos de suministro; y **(ii)** que dichos pactos tienen por objeto o como efecto restringir el acceso de los competidores al mercado.

Frente al segundo de estos requisitos debe resaltarse nuevamente que el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 establece que los pactos desleales de exclusividad pueden ser de dos tipos: **(a)** los que tienen *el objeto* de restringir el acceso de los competidores al mercado; y **(b)** los que generan *el efecto* de restringir el acceso de los competidores al mercado.

Para analizar cada una de estas modalidades, es pertinente resaltar en primera medida que el término “*objeto*”, en la forma en que está señalado en la norma, es definido por la Real Academia Española como “[f]in o intento a que se dirige o encamina una acción u operación” y “con la finalidad de, para”⁴³. A su vez, la misma Academia define *finalidad*

⁴² Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección de la Competencia, Resolución 31434 de 7 de junio de 2011 “*Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar*”. Exp. 07-2513. Caso Exclusividades Postobón-Indega. Anexo No. 4 de la Contestación de la Demanda.

⁴³ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Tomado de <https://dle.rae.es/objeto>. Los ejemplos que presenta la Real Academia Española sobre el término *por objeto* son los siguientes: “*Se desplazó a aquel país con el objeto de estudiar sus recursos naturales. No comunicó la noticia con el objeto de no preocuparlos*”.

como “[f]in con que o por que se hace algo”⁴⁴ e intención como “[d]eterminación de la voluntad en orden a un fin”⁴⁵. En últimas, *objeto*, *finalidad* e *intención*, gramaticalmente hablando, son sinónimos⁴⁶.

No puede olvidarse que el artículo 27 del Código Civil establece que “[c]uando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. A su vez, el artículo 28 del Código Civil determina que “[l]as palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

De conformidad con ello, debe entenderse que cuando la Ley de Competencia Desleal indica que se consideran desleales los pactos de exclusividad que tengan el *objeto* de restringir la libre competencia económica, a lo que se refiere es a que pueden ser considerados desleales los pactos que tengan la *finalidad* o la *intención* de restringir la competencia.

Por ello, no es cierto lo siguiente que se afirma en la Sentencia No. 4407 de 2021:

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

En materia de competencia desleal, para efectos de la configuración de las conductas, es irrelevante la intención del

⁴⁴ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Tomado de <https://dle.rae.es/finalidad>

⁴⁵ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Tomado de <https://dle.rae.es/intención?m=form>

⁴⁶ Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Ed. Espasa-Calpe. 2005.

demandado al ejecutar el comportamiento reprochable. Esto significa que un acto desleal puede tener ocurrencia al margen de si el demandado quería o no generar el efecto perjudicial que la ley pretende evitar. Piénsese por ejemplo que un participante del mercado comercializa un producto que debido a sus características de presentación está confundiendo a los consumidores. En tal caso, aun cuando aquel empresario no tuviera la intención de confundirlos, no por ello se vería eximido de haber infringido la ley de competencia desleal y en esa medida la conducta se le podría atribuir con independencia de su intención, pues el solo efecto perjudicial es reprochado por la Ley.

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

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

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

Nótese cómo, para desatender el tenor literal y gramatical del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, la SIC utiliza el pretexto de consultar su espíritu. Sin embargo, esta interpretación sobre el espíritu de la norma no resulta coherente.

El principio orientador de la competencia desleal y su régimen se encuentra consignado en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996, el cual establece que “[l]os participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial”.

El principio de buena fe ha sido explicado en los siguientes términos:

“La expresión ‘buena fe’ (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del derecho social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátese de una lealtad (buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obren con nosotros decorosamente (...) Obrar con lealtad, es decir, con buena fe, indica que la persona se conforma con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente, vale decir, con un determinado estándar de usos sociales y buenas costumbres.

Los usos sociales y buenas costumbres que imperan en la sociedad, son las piedras de toque que sirven para apreciar en cada caso concreto la buena fe, su alcance y la ausencia de ella. La buena fe no hace referencia a la ignorancia o a la inexperiencia, sino a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza, en fin, de una conducta lesiva de la buena costumbre que impera en una colectividad (...) Así, pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad. Este concepto de la buena fe será mejor comprendido si lo comparamos con el concepto opuesto, o sea, con el de la mala fe. En general, obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud; vale decir, si se pretende obtener algo no autorizado por la buena costumbre. Desde luego, toda persona trata de obtener ventajas en sus transacciones. Pero quien pretende obtener ventajas obrando en sentido contrario a la buena costumbre, actúa de mala fe. El hombre de buena fe trata de obtener ventajas, pero éstas se encuentran autorizadas por la buena costumbre”⁴⁷.

Con fundamento en este principio, se ha establecido que la competencia desleal tiene un contenido jurídico, pero eminentemente ético, pues actuar lealmente es comportarse como quienes obran honestamente en el comercio, es decir, en cumplimiento de las buenas prácticas mercantiles.

A su vez, se ha indicado que la buena fe comercial implica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal.

Por ello, carece de sentido el indicar que en el régimen de competencia desleal es irrelevante la intención del demandado, pues lo cierto es que la misma debe ser analizada para corroborar que actuó de forma contraria a la buena fe.

Una vez se establezca que la conducta es contraria a la buena fe comercial, debe analizarse adicionalmente si dicho comportamiento tiene la aptitud legal para afectar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por las normas, es decir, si la conducta es antijurídica.

Según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-535 de 1997, el bien jurídico protegido por el artículo 19 de la Ley 256 de 1996 es el de la libre competencia:

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de junio de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea.

“La finalidad de la norma tiene relación directa con la competencia que se da en los mercados de bienes o servicios, como lugares de encuentro de todas aquellas personas que están dispuestas a intercambiar bienes económicos. No obstante compartir esta temática de fondo, más que la construcción de la común disciplina deontológica que deben observar los participantes en el mercado, la ley se propone excluir una concreta práctica comercial que en su sentir restringe la libre competencia. No se trata, en efecto, de regular la manera correcta de captación de una clientela, ni de prescribir los comportamientos que denotan un mínimo de solidaridad y buena fe entre quienes emulan en un determinado mercado, como tampoco de alentar la decisiones libres y conscientes por parte de los consumidores. Pese a que la prohibición se incorpora en el cuerpo de reglas sobre la competencia desleal e, inclusive, se denomina ‘pacto desleal de exclusividad’, su función básica es la de poner coto a una acción que se considera lesiva o derogatoria de la libre competencia, sin perjuicio de su portada moral. Aquí no se identifica una conducta que por las circunstancias de tiempo, modo y lugar, afecta a otro empresario particular, sino una decisión - pacto de exclusividad - que genéricamente repercute sobre el mercado”.

Es decir, lo que debe analizarse es si las cláusulas de exclusividad afectan la libre competencia y específicamente el acceso de los competidores al mercado.

De conformidad con lo expuesto, no se podría calificar el actuar de **Bavaria** como desleal con base en que “eventualmente” pudiera restringir la competencia en el mercado, sino que se debe demostrar que efectivamente su actuar puso en peligro la libre competencia.

Por otra parte, es cierto que la Ley 256 de 1996 señala una serie de acciones, que en realidad, como bien lo indica la SIC, corresponden al tipo de pretensiones, y que ellas pueden ser de declarativas y de condena o preventivas o de prohibición.

Sin embargo, ello es irrelevante para este caso, pues la acción -o pretensión- por competencia desleal iniciada por **CCC** es de las de tipo declarativas y de condena, como claramente lo indica en su demanda y se puede apreciar a continuación:

“PRETENSIONES

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, se interpone la presente acción declarativa y de condena con el propósito de que la Delegatura para Asuntos

Jurisdiccionales de esta Superintendencia efectúe las siguientes declaraciones: (...)”

Si la SIC declaró el presunto actuar desleal de **Bavaria** con base en unas pretensiones preventivas y de prohibición y no, como lo pidió **CCC** en su demanda, con fundamento en unas pretensiones declarativas y de condena, habría vulnerado el principio de congruencia que debe cumplir toda sentencia.

En cualquier caso, en el presente proceso está plenamente demostrado que la conducta de Bavaria **(i)** no tiene ni ha tenido jamás el propósito de afectar el acceso de **CCC** al mercado; **(ii)** que no tiene la potencialidad de impedir la entrada de **CCC** al mercado; y **(iii)** no tuvo el efecto de impedirle a **CCC** competir en el mercado. Todo esto, descarta que **Bavaria** haya realizado un acto de competencia desleal.

A continuación, se analizar cada uno de estos escenarios:

3.2. Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen la intención de restringir la competencia en el mercado, ni pusieron en peligro la libre competencia, pues tienen el objeto y el efecto de generar beneficios para Bavaria, para los establecimientos de comercio, para los consumidores y para el mercado en general

La Superintendencia de Industria y Comercio ha explicado que los pactos de exclusividad pueden tener efectos benéficos para la competencia y que ello justifica económicamente la realización de dicha conducta, como se aprecia a continuación:

“Las estrategias de mercado en las cuales la exclusividad tiene un rol central pueden dar lugar a algunas de las características anteriores, y estar dirigidas a ganar participación de mercado de manera legítima, ó a cerrar la entrada de un tercero al mercado. Esta estrategia, puede verse como excesiva y anticompetitiva si la misma utiliza tal cantidad de esfuerzos que, de no tener como objetivo excluir del mercado a terceros, no serían justificables por quienes la emplean. Así, por ejemplo, una empresa dominante en un mercado puede desarrollar una actividad para ganar participación en el mismo, pero es evidente que sus esfuerzos no pueden carecer de justificación, al punto de parecer poco razonables para conseguir el fin perseguido dado el poder de mercado de dicho agente. La clave de este análisis es que la conducta puede exitosamente incrementar los costos de los competidores rivales solo como una consecuencia no intencional de la reducción de costos que obtiene la empresa investigada.”

Con todo, aunque la presencia de tales elementos puede ser indicador del potencial discriminatorio de una conducta, existen múltiples factores que pueden desvirtuar el carácter anticompetitivo de la misma. Como se manifestó al comienzo, una conducta es discriminatoria si no tiene otra justificación económica distinta a erosionar la competencia en el mercado. Así, **mediante la adecuada justificación económica de la conducta, se puede desvirtuar su carácter presuntamente anticompetitivo. Todo contrato de exclusividad vertical puede ser justificable si los beneficios provenientes de reducir los costos propios de la relación vertical, o de un incremento en la calidad del producto final, son mayores que los costos asociados con su negociación. Del mismo modo, la existencia de economías de escala en la distribución, o el posicionamiento de una marca, también constituyen justificaciones adecuadas.**

Sin embargo, aunque los tratos de exclusividad pueden llegar a tener efectos anticompetitivos, también **pueden producir eficiencias, lo cual ayuda a explicar por qué son tan ampliamente usados por las empresas. Las eficiencias producidas por las exclusividades pueden incluir la reducción de los costos de inventario y los costos provenientes de la prevención de riesgos provocados por la incertidumbre sobre ventas futuras, otorgándoles a las empresas los compromisos contractuales necesarios para invertir en la expansión de su capacidad logrando economías de escala. En este sentido, también se producen eficiencias para el minorista, el cual se beneficia de los descuentos, facilidades e implementos otorgados por el fabricante mediante la inversión que realiza éste para promover su producto.**

En el mismo sentido, **los tratos de exclusividad y de descuentos también pueden ser necesarios para evitar fenómenos como el del 'free rider', mediante el cual los competidores toman ventaja de las grandes inversiones que realiza el fabricante para promover sus productos.** Por ejemplo, a un fabricante que provea a minoristas con elementos para promocionar sus productos, tales como neveras, mostradores, etc, podría preocuparle que sus rivales utilicen estos elementos para promover sus productos y aumenten sus ventas tomando ventaja de las inversiones del fabricante. Adicionalmente, incluso cuando

*la inversión no puede ser utilizada para promover los productos rivales, la exclusividad podría ser una manera para evitar que un minorista explote inapropiadamente las inversiones específicas de un fabricante”.*⁴⁸

Lo explicado por la SIC encuentra sustento en la teoría económica, la cual fue expuesta en el dictamen pericial elaborado por Markup. Así, el perito explicó que “[l]a literatura económica sobre los beneficios que reciben los comercializadores y el consumidor final producto de las cláusulas de exclusividad es consistente con la posición de la SIC. En este sentido, Motta señala que hay razones de eficiencia que justifican este tipo de pactos tales como: i) promover de la inversión por parte del proveedor en la relación de largo plazo; ii) mejorar la calidad del servicio ofrecido al consumidor final; y iii) desestimular la conducta del ‘free riding’ en los rivales⁴⁹. En los términos del autor anteriormente mencionado: ‘al productor le gustaría que el distribuidor hiciera un gran esfuerzo en la comercialización de sus productos (como publicitarlos, ponerlos en evidencia en los estantes, emplear personal especializado que asista a los clientes potenciales, ofrecer asistencia posventa, entre otros, pero el distribuidor podría tener un incentivo menor para hacerlo, ya que en el esfuerzo y los servicios son costosos de proporcionar. El productor podría entonces utilizar restricciones verticales para inducir a un mayor esfuerzo de mercado por parte del distribuidor”⁵⁰.

Como se pasa a explicar, en el expediente está demostrado que los pactos de exclusividad de **Bavaria (i)** generan beneficios para dicha sociedad; **(ii)** generan beneficios para los establecimientos; **(iii)** generan beneficios para los consumidores; **(iv)** buscan reducir el fenómeno del *free riding*; y **(v)** que dichos beneficios no podrían ser alcanzados de otra manera.

Estos beneficios que se generan para el productor, el proveedor y el consumidor final, demuestran la razonabilidad económica detrás de los contratos de patrocinio y las cláusulas de exclusividad de **Bavaria**, la cual descarta la posibilidad de que **Bavaria** haya actuado con el propósito de bloquear la entrada al mercado de **CCC**.

⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para la Protección de la Competencia, Resolución 31434 de 7 de junio de 2011 “Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar”. Exp. 07-2513. Caso Exclusividades Postobón-Indega. Anexo No. 4 de la Contestación de la Demanda.

⁴⁹ Massimo Motta, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, pág. 336.

⁵⁰ Dictamen Pericial elaborado por Markup y presentado el 12 de noviembre de 2020. Pág. 13.

3.2.1. Los pactos de exclusividad generan beneficios tanto para Bavaria como para el mercado, lo cual explica su razonabilidad económica

Bavaria realiza inversiones importantes en los establecimientos de comercio con la finalidad de mejorar las condiciones de los mismos y así promover la venta de cerveza en el país.

Estas inversiones se traducen, entre otras, en **(i)** el mejoramiento de la fachada del local comercial; **(ii)** la entrega de equipos de frío para garantizar que las cervezas siempre estén a la temperatura ideal; **(iii)** la entrega de mobiliario para garantizar la comodidad de los consumidores, como sillas, mesas o sombrillas; **(iv)** la entrega utensilios necesarios para servir al consumidor, como hieleras, vasos o portavasos; y **(v)** el otorgamiento de descuentos sobre el producto, para maximizar las ganancias de los establecimientos de comercio.

Cuando se realizan este tipo de inversiones, **Bavaria** pacta con los establecimientos de comercio exclusividades, con la finalidad de garantizar el retorno de parte de las mismas y que otras empresas no se beneficien gratuitamente del esfuerzo económico de **Bavaria** y de los beneficios que sus inversiones generan.

En tal sentido, el realizar pactos de exclusividad genera para **Bavaria** tres tipos de beneficios **(i)** aumenta la venta del producto; **(ii)** asegura el retorno de parte de la inversión; y **(iii)** reduce el fenómeno del *free riding*.

Estas finalidades descartan la posibilidad de que los pactos de exclusividad hayan sido realizados por **Bavaria** con la finalidad de obstruir la entrada de **CCC** al mercado.

Todo lo anterior está plenamente demostrado en el expediente, de conformidad con las siguientes pruebas:

- a. Declaración de parte de Bavaria:** El doctor Lombana explicó al Despacho que la finalidad de los contratos de patrocinio con los establecimientos de comercio es el de incrementar las ventas de cerveza en el país, lo cual genera un beneficio tanto para **Bavaria**, como para los establecimientos de comercio. De igual forma, señaló que las exclusividades se pactan con la finalidad de buscar el retorno de parte de la inversión realizada. Lo anterior, se puede corroborar a continuación:

*[01:36:23] Manuel Lombana: Bueno, mire, esto hace parte de una política comercial de Bavaria, es una de las tantas herramientas que utiliza Bavaria en Colombia, pues, **para incrementar sus ventas.***

Todo esto surge es del potencial de crecimiento que hay en Colombia porque hay estudios internacionales donde se demuestra que el nivel de consumo per cápita en Colombia de cerveza es bajo y, de ahí pues, que nuestra empresa matriz y todas las políticas comerciales, desde que entraron en el mercado en Colombia, se hayan enfocado mucho es en el consumidor. O sea, ahí yo quiero empezar a partir un poco la conversación, porque nos hemos centrado en todo el tema de clientes dejando de lado al consumidor.

Teniendo de presente con esa máxima de mejorar las experiencias de los consumidores nosotros, pues, hacemos unas inversiones en los establecimientos de comercio. Nosotros les ofrecemos a crecer con nosotros a un propietario de estos establecimientos, a los propietarios de esos establecimientos, y lo que queremos es que tanto como a ellos, como a nosotros, nos vaya bien, que vendan más y que, entonces, los resultados de ellos y de nosotros sean mejores.

Para llegar a ese fin, pues, en algunos casos **tenemos que hacer bastantes inversiones, esto es también un tema de recursos de la compañía que invierte en estos clientes.** Entonces, nosotros ofrecemos dentro de... múltiples programas, pues, diferentes incentivos. Van desde **descuentos para los próximos pedidos, arreglo de la infraestructura de los establecimientos, entrega de equipos de frío, pues, para que puedan vender la cerveza con una temperatura adecuada para el consumidor, mejorar su mobiliario, etcétera.**

Pero, entonces, ¿todo esto que lleva? Pues, **a que ese cliente reciba más consumidores, que ese consumidor esté mejor satisfecho y que, entonces, ellos crezcan con nosotros en su actividad comercial.**

Entonces, dentro de todo esto, pues, **una de estas herramientas es un contrato de patrocinio donde hacemos inversiones,** esto no es unilateral, tenemos que tener el consentimiento del propietario del inmueble y, pues, simplemente suscribimos un contrato en el que se establecen unas obligaciones, unos derechos, tanto de ellos para nosotros y, pues, **es totalmente común y**

normal que cuando uno hace una inversión la proteja y espere un retorno de la misma”.

- b. Dictamen pericial de Markup:** El dictamen pericial dedica una parte de su análisis a exponer las razones por las cuales los pactos de exclusividad son un mecanismo idóneo para reducir el fenómeno de los *free riders*, lo cual genera ineficiencias en el mercado. Así, dicho documento señala:

*“De acuerdo con Besanko & Perry (1993) ‘La razón de eficiencia más comúnmente mencionada para las cláusulas de exclusividad es que eliminan una externalidad entre marcas que pueden existir en la prestación de servicios o inversiones a un minorista por parte de un fabricante’⁵¹. En este caso, se entiende por externalidad a la situación en la cual **los beneficios de los servicios que le otorga el productor al minorista (propietario de los establecimientos de comercio) como soporte técnico para publicidad, capacitación en ventas, equipo para brindar el servicio, financiamiento para construir y/o amueblar, entre otros, son aprovechados de manera gratuita (free-rider) por los productores de otras marcas que igualmente el agente minorista ofrece al mercado.***

*Bajo este hilo de ideas y de acuerdo con Motta, (2004) dado que hay pocos incentivos para asistir correctamente a los consumidores finales en el mercado, **las disposiciones contractuales de exclusividad pueden atraer entre otros beneficios, una reducción del problema del free riding mediante el cual los competidores toman ventaja de las grandes inversiones que realiza el fabricante para promover sus productos e incentivar los esfuerzos en ventas**⁵².*

La SIC a su vez ha informado que este tipo de exclusividades verticales, ‘pueden reducir la falta de incentivos para la inversión, debido a que la empresa integrada verticalmente puede tener incentivos para invertir en nuevos productos, nuevas tecnologías o estrategias de mercadeo que otros no quieren realizar

⁵¹ Besanko, D., & Perry, M. K. (1993). Equilibrium incentives for exclusive dealing in a differentiated products oligopoly. *RAND journal of economics*, 24(4).

⁵² Motta, M. (2004) *Competition Policy Theory and Practice*. Cambridge.

*porque puede beneficiar a sus competidores. Un ejemplo de lo anterior es un distribuidor de un producto que no está dispuesto a invertir en promocionar los productos porque su inversión puede beneficiar a otros distribuidores⁵³”.*⁵⁴

- c. Declaración de José Plata:** El doctor José Plata, quien elaboró el dictamen pericial de Markup, explicó que las exclusividades generan eficiencias y que son un mecanismo idóneo para generar beneficios para **Bavaria**, tales como el aumento en las ventas, las cuales estimó en un veintitrés por ciento (23 %), durante un año que solo tuvo un crecimiento del mercado del uno por ciento (1%). En sus palabras:

“[03:18:04] José Plata: Muchas gracias Dr. Rubio. La parte de las eficiencias efectivamente es una parte integral del dictamen y sí aprovecho su pregunta para profundizar en ella, ya que efectivamente es lo que predice la teoría económica que es el elemento a tener en cuenta en ese tipo de acuerdos de exclusividad.

Entonces, el análisis como se indicó en la tabla 11 pasa entonces por identificar específicamente dos tipos de eficiencias.

Primero. Eficiencias en inversión por parte del productor en el eslabón aguas abajo que es decir en el establecimiento de comercio, pero inversiones que sí se traduzcan en beneficios para el consumidor, esa parte es bien importante.

*Y la respuesta es sí. ¿Por qué? Porque **el productor, en este caso, tiene el incentivo de ponerle mobiliario al establecimiento de comercio con el fin de facilitarle la oferta de un mejor producto al consumidor final.** Por eso todo el tiempo durante estas horas hemos hablado de mobiliario que se traduce en neveras, en mobiliario que se traduce en sillas, en mesas, en sombrillas para el calor, en ciudad caliente, sí, igualmente importante.*

⁵³SIC. (s.f.). *Guía de integraciones empresariales*. Bogotá-Colombia.

⁵⁴ Dictamen Pericial elaborado por Markup y presentado el 12 de noviembre de 2020. Pág. 13.

Ahora, ¿cuál es la siguiente pregunta que uno debe hacer? Bueno, ¿y esa inversión sirvió para algo? Tal vez es la pregunta, como ¿verdaderamente hay beneficio para el productor de esa inversión, y hay beneficio para el propietario del establecimiento de esa inversión? Y la respuesta está entonces en términos de, bueno pues, ¿se aumentaron las ventas en esos establecimientos que fueron receptores de inversión por parte de Bavaria? Es como la forma de reformularla la pregunta y la respuesta es sí.

*Esa es la importancia que en el dictamen, entonces, se haya incluido y se haya pedido específicamente a Bavaria certificar cuál era la tasa de crecimiento de los establecimientos que firmaban exclusividad y **la tasa de crecimiento en ventas es de un 23 por ciento**, mientras que el mercado creció un 1 por ciento entre 2018 y 2019.*

*Eso pone en evidencia que lo que predice la teoría económica es valioso traerla al caso en concreto porque efectivamente **sí evidencia que hay externalidades positivas el hecho de que el mayorista invierta en el minorista y si invierte en el minorista para mejorar el producto, entonces, eso se debe de traducir en mayores ventas** porque el consumidor entonces va a tener un producto de mayor calidad, ya sea por comodidad en la experiencia en sitio o ya sea por la cerveza fría que tiene a su mano”⁵⁵.*

De igual forma, en relación con el fenómeno del *free riding* y las ineficiencias que causa para el mercado, el doctor Plata explicó:

“[03:32:54] Alfonso Miranda: Gracias, gracias Dr. Plata.

Quiero preguntarle en relación con este tema de los free riders de la competencia parasitaria, si ¿el free rider es indeseable para el mercado, si genera ineficiencias para el mercado?

⁵⁵ Declaración del experto José Plata Puyana del 9 de abril de 2021.

[03:33:11] José Plata: El free rider por sí sólo es indeseable porque ya de hecho genera una ineficiencia.

La ineficiencia que genera un free rider es que desincentiva al competidor que sí quiere invertir a invertir. O sea, verdaderamente [fonético] la conducta free rider lo que se traduce es en pérdida del incentivo para invertir. Entonces, por eso es que efectivamente es, hay una lógica económica detrás de esas cláusulas para incentivar esa conducta.

[03:33:39] Alfonso Miranda: ¿Quiere eso decir que las cláusulas de exclusividad son un mecanismo para impedir la existencia del free rider?

[03:33:47] José Plata: Es correcto. De hecho, toda la literatura económica que se revisó por parte en... que estudié, que estudiamos, que revisamos para efectos del dictamen, que cita la Superintendencia de Industria y Comercio, siempre van a ver de presente que éste tipo de cláusulas tiene el efecto procompetitivo de eliminar la conducta del free riding"⁵⁶.

Así las cosas, está demostrado que la realización de pactos de exclusividad por parte de **Bavaria** tiene una razonabilidad económica suficiente, pues le genera una serie de beneficios que no podrían ser alcanzados por otros medios.

3.2.2. Los pactos de exclusividad de Bavaria generan beneficios para los establecimientos de comercio

Las inversiones que **Bavaria** realiza en los establecimientos de comercio, generan múltiples beneficios para los tenderos: **(i)** mejoran las condiciones de sus locales comerciales; **(ii)** les ahorra la necesidad de realizar esas inversiones por sí mismos; **(iii)** fomenta sus ventas; y **(iv)** aumenta sus ganancias.

- a. **Declaración de parte de Bavaria:** El doctor Lombana explicó que, a cambio de pactar la exclusividad, el establecimiento de comercio recibe una serie de beneficios, como la mejora en infraestructura o la entrega de neveras, todo con la intención de ayudarlos a crecer. Así, declaró lo siguiente:

⁵⁶ Declaración del experto José Plata Puyana del 9 de abril de 2021.

[02:07:21] José Sandoval: ¿Y qué recibe a cambio el dueño del establecimiento?

[02:07:26] Manuel Lombana: Pues, normalmente es **infraestructura de entrada, o de entrada, pues, lo que nosotros queremos mejorar es también la infraestructura de nuestros clientes, entonces, hacer las tiendas más bonitas, que sean... pues, las neveras, nosotros hemos invertido mucho en unas neveras que sean más modernas, incluso generamos hasta ahorros de energía, le decimos "oiga, si usted usa la nevera así le va a ir mejor".**

O sea, nosotros estamos muy comprometidos con Colombia y con que **nuestros tenderos que son una fuerza muy importante económica en el país, pues, que crezcan y que crezcan con nosotros.** Y entonces, pues, todo esto se cierra con una negociación y, pues, entonces, ahí está infraestructura inicial. Y también nosotros le ofrecemos en la opción de ganarse un descuento si cumple, pues, lo que le decía algunas... son unas obligaciones o compromisos de volumen, de promociones nuestras, de aplicar nuestras promociones, de cumplir con que estemos en una posición adecuada, que la rotación sea la adecuada, en fin, eso hay varias, un montón de variables también.

(...)

[03:29:37] Manuel Lombana: Pues, **tienen beneficios desde el tema de la infraestructura en su establecimiento,** como lo he informado, y pues, tienen la opción de cumplir con una serie de parámetros u obligaciones generales que hemos establecido en esos programas de mercado y si los cumplen, pues, **se les genera un descuento** que es atractivo también porque, pues, o es un incentivo porque con eso pueden comprar incluso su próximo pedido.

Entonces, pues, es un beneficio donde nosotros generamos esta sinergia en el establecimiento, pero orientado no a que, pues, él solo no puede auto comprar para auto consumir, necesitamos es que el consumidor final vaya a esos establecimientos.

Entonces, ¿cómo uno hace eso? Pues, los mejora, los pinta, les pone unas mejores neveras que enfríen mejor, pues, innovamos en nuestros productos, estamos con un montón de innovaciones para ayudar a la gente para que, como decía, aquí hay un potencial, aquí hay muchas... el potencial de la mujer es muy importante para Bavaria, entonces estamos sacando productos que sean atractivos para las mujeres.

Entonces, todo esto no es sólo ir a firmar allá en el establecimiento, sino que necesitamos que el consumidor final vaya a ese establecimiento. Entonces, ¿cómo hace uno?, incluso, como mejorando hasta nuestros productos, la calidad en todo lo que hay, trayendo cosas, estamos en muchos segmentos para que tengamos más consumidores enamorados de nuestro portafolio”.

- b. Dictamen Pericial de Markup:** La experticia de Markup respondió a la pregunta sobre las razones de eficiencia en los acuerdos de exclusividad en venta y si esas razones se presentan en el caso de **Bavaria**, en los siguientes términos:

“El perito concluyó que las cláusulas de exclusividad generan eficiencias a los dueños de los establecimientos a los cuales le vende cerveza BAVARIA, ya que evidenció que ante la existencia de estas, se han aumentado la venta de más del 60% de los establecimientos en un porcentaje aproximado del 23,7%.

A su vez evidencia, que la entrega de bienes en comodato de mesas, sillas, neveras y otros, se traduce no solo en un beneficio para el vendedor de la cerveza en el establecimiento, sino también para el consumidor quien encuentra comodidades ante la presencia de estos bienes, ya que proporciona un lugar para consumir en el sitio e incluso cerveza fría. Por último, se tiene que BAVARIA al finalizar los contratos puede requerir a su patrocinado que devuelva los bienes entregados en comodato, situación que tiene asidero en la eliminación del problema del ‘Free riding’”⁵⁷.

⁵⁷ Dictamen Pericial elaborado por Markup y presentado el 12 de noviembre de 2020. Pág. 10.

- c. **Declaración de José Plata:** El doctor Plata fue categórico al explicar que las exclusividades de **Bavaria** generan eficiencias en los establecimientos de comercio, pues al hacer las inversiones en ellos, les ahorra el tener que hacer dichas inversiones directamente y tener que pagar ciertos costos fijos.

Lo anterior fue explicado por el doctor Plata, de la siguiente forma:

*“[03:20:59] José Plata: Pero yo no cerraría ahí además la historia porque es que, ojo, que **el establecimiento de comercio también tiene eficiencias en ese punto**, principalmente en materia de neveras. Ahí, lo que hay de por medio es que se **le está quitando una inversión inicial al tendero, quien de no tener ese apoyo de parte del mayorista, pues tendría que sacar de su propio bolsillo esa inversión, que es lo más lógico.**”*

*“Pues, si la nevera no me la pone ni CCC, ni Bavaria, pues ¿yo qué hago? **Pues, yo tengo que entonces sacarla de mi bolsillo**”. Eso es una barrera a la entrada que estamos hablando, eso sí es incrementarle costos a un tendero o a un propietario establecimiento, eso sí desincentiva el ingreso de un establecimiento al mercado porque tiene entonces que poner él de su bolsillo esos recursos.*

*Eso en teoría económica son costos fijos, costos que al inicio, pues que el montaje del negocio debe asumir el establecimiento y que no están en función de cuánta cerveza se vendan porque lo mismo le costó la mesa y lo mismo le costó el paraguas, y lo mismo le costó la silla, lo mismo le costó la nevera, independientemente de cuánto venda. Entonces, **eso es una reducción de costos fijos y eso es una conducta procompetitiva porque precisamente incentiva que en el eslabón minorista haya más tiendas, porque ya el tendero se ahorra esa inversión inicial porque la pone el eslabón mayorista.**”*

Y cierro con este caso. Además de la competencia, yo les cuento que también soy experto en energía eléctrica, pues fui el superintendente de energía y gas por dos años. Entonces, es otro campo desde mi expertise.

Hay un estudio muy interesante de la UPME que lo utilizamos para la misión de transformación energética, es un contrato que de hecho firmé con el Banco

Interamericano de Desarrollo para asesorar el gobierno en medidas para incentivar la eficiencia energética en Colombia, la revolución energética.

Y hay un documento bien interesante de la Unidad de Planeación Energética en donde plantea, y esto además nos interesa a todos, es que una nevera que lleva más de dos años de existencia tiene un riesgo de multiplicar su consumo de energía por dos. Es decir, que todos los que estamos aquí presentes tenemos una nevera de más de dos años, ya pudiésemos estar sacando la calculadora y mirando cuánto nos ahorraríamos en tener una nevera más eficiente.

¿Por qué esto es relevante para el caso? Esto relevante para el caso porque cuando se deja la inversión inicial en equipo de refrigeración al establecimiento, ahí inmediatamente se presenta un problema de lo que se llama en economía conductual de procrastinar. En donde uno la pregunta que se hace 'ah, ¿cuál me sale más barato?'. Y uno no se pregunta cuál nevera es la más eficiente, sino se pregunta es '¿cuál es la que me sale más barato, pues para yo poder ponerla en mi negocio rápido y empezar a vender?'

Ese problema de economía conductual de procrastinar se traduce entonces en que, de dejar la inversión del... cuando se deja la inversión del equipo de refrigeración en el tendero con una probabilidad alta, ese equipo de refrigeración no es el más eficiente, en eficiencia energética. O si hay hace la inversión una vez en un equipo eficiente, luego pasan dos años, y pasan dos años, y no lo renueva.

***Entonces, ese suministro de equipo de refrigeración también se traduce en beneficios para el eslabón minorista, para el establecimiento de comercio porque entonces le permite reducir sus costos variables en la medida en que el equipo de refrigeración que suministre el mayorista, Bavaria o CCC, sea equipo de refrigeración eficiente**"⁵⁸.*

⁵⁸ Declaración del experto José Plata Puyana del 9 de abril de 2021.

Adicionalmente, el doctor Plata también explicó que gracias a las exclusividades pactadas entre **Bavaria** y los establecimientos de comercio, “la tasa de crecimiento en ventas es de un 23 por ciento, mientras que el mercado creció un uno por ciento entre 2018 y 2019”⁵⁹, lo cual genera beneficios para ellos.

- d. Declaración de Santiago Ambroggio:** El señor Ambroggio manifestó que el establecimiento de comercio se beneficia de los contratos de patrocinio que suscribe con **Bavaria**, como consecuencia de las inversiones que dicha sociedad realiza en el local comercial, pues les ahorra la necesidad de que sean ellos quien deban realizar ese gasto y un mejor establecimiento genera un mayor tráfico de consumidores, lo cual, en últimas, mejora también sus ingresos. En sus palabras:

“[01:47:14] Alfonso Miranda: Gracias. ¿Y qué beneficio existe para el tendero?”

[01:47:19] Santiago Ambroggio: De una manera forma parte de esta cadena, ¿no? Para el tendero es, él puede lograr una mejora en su punto de venta, o sea, publicitar mejor su punto de venta sin inversión, porque recordemos que a veces inversiones de, no sé, desde 200.000 pesos, [corte de audio] 1 un millón de pesos es algo que el tendero no va a hacer naturalmente. Entonces, claramente valora mucho esto y por ende el hecho de mejorar su local hace que, obviamente, genere tráfico a su negocio, ellos solamente se benefician, ¿sí?”

Con fundamento en estas pruebas, es posible concluir que los pactos de exclusividad realizados por **Bavaria** generan una serie de beneficios para los establecimientos de comercio.

3.2.3. Los pactos de exclusividad de Bavaria generan beneficios para los consumidores

En general, todos los beneficios que reciben **Bavaria** y los establecimientos de comercio, se trasladan al consumidor final, pues reciben unas mejores condiciones de venta.

Lo anterior, pues **(i)** tienen acceso a mejores establecimientos de comercio; **(ii)** los locales son más cómodos por el mobiliario entregado por **Bavaria**; **(iii)** la bebida la reciben a la temperatura ideal, gracias a las neveras entregadas por **Bavaria**.

⁵⁹ Declaración del experto José Plata Puyana del 9 de abril de 2021. Minuto 03:18:30.

Estas afirmaciones se sustentan con el siguiente material probatorio obrante en el expediente:

- a. **Declaración de José Plata:** El doctor Plata explicó al Despacho que existen dos (2) tipos de beneficios que pueden presentarse para los establecimientos de comercio: aquellos que solo benefician a ellos y los que efectivamente se trasladan a los consumidores. A su vez, resaltó que la entrega de mobiliario y de neveras a los establecimientos, redundan en un beneficio para los consumidores:

"[03:27:16] José Plata: Y el beneficio que se le transfiere puede tener dos naturalezas: Un beneficio que sólo percibe el propietario del establecimiento y no se le traslada al consumidor final, les puse un ejemplo. 'Venga, yo a usted le voy a dar un carro, un apartamento, le voy a dar un beneficio suyo si me firma exclusividad conmigo'.

O lo que se pacta en esa exclusividad es un beneficio que se traslade al consumidor final. He ahí la importancia, entonces, de entrar a analizar, 'bueno, ¿esto cómo se traslada al consumidor?'. Y mobiliario y equipo de refrigeración son ejemplos, pues de literatura básica, de situaciones en donde un consumidor efectivamente se ve beneficiado por el acuerdo de exclusividad ya que ese beneficio se traslada al consumidor".

- b. **Declaración de Santiago Ambroggio:** El señor Ambroggio explicó que el consumidor recibe tres (3) clases de beneficios por los contratos de patrocinio, las cláusulas de exclusividad y las inversiones que Bavaria hace como consecuencia de ellas: **(i)** se mejora la calidad de la experiencia del consumidor en los establecimientos de comercio; **(ii)** se entrega un mejor producto, pues al tener las neveras, la cerveza que se vende está a la temperatura ideal y eso mejora la experiencia de consumo; y **(iii)** que el consumidor puede adquirir la cerveza a un precio justo:

"Alfonso Miranda: [01:51:37] Gracias.

Díganos, estas exclusividades que ya nos ha explicado qué beneficios tiene para un productor como Bavaria, qué beneficios tiene para los establecimientos. ¿Cómo nos puede definir el beneficio que reciben los consumidores de este tipo de exclusividades?

Santiago Ambroggio: [01:52:11] Digamos, y complementando mi respuesta anterior, es decir, básicamente el consumidor recibe de múltiples maneras. La primera es porque aquel consumidor que quiere hacer, que quiere tomar en un lugar On Premise, ¿sí?, en general este tipo de inversiones lo que buscan es mejorar la calidad de experiencia que uno tiene al tomar cerveza en un lugar. Es decir, un poco esa referencia y ustedes seguramente en la cabeza tienen una tienda bien puesta, una tienda mal puesta, ¿no?

Es decir, cuando un consumidor encuentra un lugar una tienda bien pintada, con infraestructura de mesas, para sentarse sillas, con baños adecuados, ¿sí?, obviamente la experiencia de consumo es mucho mejor y distinta de ir a un lugar donde no, digamos, no tiene esa comunidad para ir.

Segundo es, obviamente, encontrar la cerveza fría, ¿sí?, En general, hay regiones y regiones, pero en general el consumo de la cerveza es fría, con lo cual el hecho de poder contar con una nevera hace que la experiencia de consumo sea mucho mejor.

Si además en esa experiencia encuentra la cerveza a un precio justo, ¿sí?, también es beneficioso para el consumidor en ese sentido. Y además si tiene variedad, tiene innovación, tiene cosas, eso se beneficia.

Entonces, básicamente eso es lo que uno busca cuando invierte en el canal, ¿no? Imagínense que uno no pudiese encontrar la cerveza fría, en un lugar malo y a precios súper caros, bueno, sería [inaudible] una catástrofe para el consumidor”.

Así las cosas, en el expediente está plenamente acreditado que las exclusividades pactadas por **Bavaria** también tienen efectos benéficos para los consumidores.

3.2.4. Bavaria ha actuado conforme al principio de buena fe, pues siempre ha monitoreado y controlado el alcance de los pactos de exclusividad

En distintas declaraciones rendidas en el periodo probatorio de este proceso, se acreditó al Despacho que **Bavaria** es consciente de su participación de mercado y no

solo cuida con esmero el no implementar una política que pueda restringir las opciones de acceso al mercado a los competidores, sino que ha implementado juiciosos esquemas de control interno, con la finalidad de asegurar que los contratos de patrocinio y las cláusulas de exclusividad no generan, ni directa ni indirectamente, una restricción indebida en la competencia.

El primer mecanismo de control interno, consistió en determinar de forma libre y voluntaria que el número de exclusividades nunca deba superar el veinte por ciento (20%) del total de establecimientos en los que se comercializa cerveza en el país.

El cumplimiento de lo anterior se realiza a través de un *software* denominado *Tableau*, el cual le permite a **Bavaria** verificar el número actual de exclusividades y su concentración geográfica.

Adicionalmente, **Bavaria** tiene un proceso establecido para suscribir eventuales nuevos contratos con pactos de exclusividad, en el cual intervienen distintas áreas de la compañía con la finalidad de asegurar que no se supere el número de exclusividades deseado.

Al respecto, el señor Santiago Ambroggio explicó lo siguiente:

[01:18:48] José Sandoval: Usted nos hablaba de las políticas, nos han mencionado. En términos generales, cuéntenos en ¿qué consiste esa política de Bavaria?

[01:18:58] Santiago Ambroggio: A ver. Nosotros lo que nos aseguramos, ¿sí?, dentro del control que hacemos es que cualquier contrato que suscribamos, no sólo que tengan exclusividad o no, digo, cualquier contrato [inaudible] no obstaculice, no cierre el mercado.

¿Y cómo lo medimos nosotros? Básicamente es la cantidad de puntos de venta en las áreas geográficas no deberían superar un nivel máximo, ¿sí?, no pueden superar un nivel máximo. De hecho, nuestro mandato, digamos, desde el punto de vista de compliance interno es que no deberíamos superar el 20 por ciento de los puntos de venta que tengan un contrato de exclusividad, ¿okay? Y de hecho, los números nuestros nos dan hoy cinco o 6 por ciento, con lo cual, digamos, estamos lejos de ese límite.

Pero en principio tratamos de mirar también, no solamente a nivel total, sino por nuestras regiones de venta, por nuestras gerencias de venta, zonas naturalmente de consumo, ¿sí? Entonces, básicamente hacemos.

Y lo hacemos detallado a nivel de mapas. Nosotros tenemos una herramienta que se llama Tableau, ¿sí?, que es una herramienta básicamente de visualización de información. De hecho, hemos presentado ante la SIC varios de estos documentos donde ploteamos todos los puntos de venta que tenemos nosotros, ¿sí?, y todos los puntos de venta que tienen contrato de exclusividad, ¿okay? Con puntos, digamos, negros y verdes, ¿sí?, de una manera como para poner un color.

Y con eso nosotros aseguramos que no exista ninguna geografía, cuadra y demás que genere una concentración de puntos de venta. Entonces, yo básicamente [fonético] trabajo el área legal para que eso no ocurra, ¿okay?

Y en el caso de que llegue una solicitud de un contrato de exclusividad que haga que esta regla no se cumpla directamente se... se dice que no, ¿okay?, se dice "se desestima". Por eso es que de hecho nuestros contratos de exclusividad en general se han mantenido en los últimos dos, tres años y, de hecho, en el último es hasta caído, ¿sí?, porque ya vamos controlando un poco ese tema".

Estas precauciones tomadas por **Bavaria** con la finalidad de garantizar que su comportamiento en el mercado no genere consecuencias adversas, sino que, por el contrario, beneficie a toda la cadena, demuestra que dicha sociedad ha actuado en virtud del principio de buena fe y que de ninguna manera su comportamiento ha tenido el propósito, la potencialidad ni el efecto de impedir la entrada de CCC al mercado.

3.3. Los pactos de exclusividad de Bavaria no han tenido el efecto de restringir la entrada de CCC al mercado

El artículo 19 de la Ley 256 de 1996 supedita el calificativo de desleal de los pactos de exclusividad, al hecho de que dichos pactos tengan la finalidad o produzcan el efecto de restringir la entrada de los competidores al mercado.

Como bien lo manifestó la SIC desde el inicio de este proceso, no obra en el expediente *"algún elemento de convicción a través del cual pueda concluirse, al menos en grado de verosimilitud, que los pactos ya suscritos han impedido o tienen la capacidad de impedir a CENTRAL CERVECERA el acceso al mercado, pues lo cierto es que existe un alto porcentaje de clientes a los que puede acceder"*⁶⁰.

⁶⁰ Auto 59410 de 11 de junio de 2019 "Por el cual se decide una solicitud de medidas cautelares".

Esto mismo fue reiterado en la Sentencia 4407 de 2021, en la que se concluyó que “*que la demandante no demostró la configuración de la conducta ‘por efecto’, por cuanto no acreditó la efectiva restricción de su acceso al mercado que se aduce en la demanda*”⁶¹.

Como puede apreciarse de la lectura de la demanda y de sus anexos, lo cierto es que **CCC** señala que los Contratos de Patrocinio que **Bavaria** ha celebrado le están cerrando el acceso al mercado, pero a pesar de ello, ninguna prueba aporta que permita concluir que ello es cierto. La razón de esto es muy simple: **CCC** no ha visto restringido su acceso al mercado y, por el contrario, día a día ha aumentado su presencia en el mismo.

En este punto es necesario destacar que al analizar la operación de concentración empresarial entre **Bavaria, Ambev Colombia** y otros, y en especial sobre la posibilidad de que las exclusividades pactadas por **Bavaria** pudieran restringir a sus competidores el acceso al mercado, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que si bien las exclusividades generaban algún tipo de preocupación para la Autoridad, las mismas no constituyen una barrera de entrada al mercado para **CCC**, pues dicha sociedad cuenta con múltiples marcas posicionadas en el mercado (las de **Heineken**, uno de sus accionistas); tiene la red de distribución de **Postobón** (el otro accionista), que es la más grande del país; y cuenta con el músculo financiero suficiente (el de ambas multinacionales) para contrarrestar los efectos que dichas exclusividades pudieran generar. En palabras de esa Entidad:

“b) CCC

Compañía que inició operación desde el año 2015, tras la integración entre COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS S.A. y POSTOBÓN, para la producción y comercialización de cerveza y bebidas no alcohólicas a base de malta en el territorio colombiano, para el caso puntual la producción y comercialización de Heineken.

Es así, que CCC inició la construcción de una planta de producción en el municipio de Sesquilé, Cundinamarca para fabricar la cerveza marca Heineken y otras marcas propias, la cual se espera que entre en operación para el 2017. Adicionalmente, esta Superintendencia encuentra que dicha compañía entrará a competir en el mercado colombiano no solo con la marca Heineken sino con otras marcas de su socio estratégico Heineken, tales como Buckler, Amstel Light, Murphy's red y Murphy's Stout que ostentan un posicionamiento a nivel mundial.

⁶¹ Página 21.

Adicionalmente, **dicha compañía a través de POSTOBÓN S.A. hace parte del conglomerado empresarial ORGANIZACIÓN ARDILA LULLE, el cual controla sociedades importantes de la cadena de valor de la cerveza en Colombia.** Sumado al hecho de que **cuenta con la red de distribución de POSTOBÓN S.A.** (empresa controlante), la cual según declaraciones del Presidente de la compañía, Miguel Escobar, es **'el sistema de distribución de bebidas más poderoso del país'**, llegando a cerca de **490.000** puntos a nivel nacional, situación que le permite distribuir sus productos a lo largo y ancho del territorio colombiano.

CCC correspondería al tercer competidor en el mercado cervecero de Colombia con las marcas Heineken, Amstel Light y Murphy's de las cuales 1 está en el top 10 (Heineken puesto 5).

Por lo tanto, este Despacho encuentra que las empresas competidoras del ente integrado en Colombia (MOLSON COORS y CCC), son compañías que cuentan con marcas posicionadas internacionalmente y que tienen sus marcas principales en Colombia (Miller -3 puesto y Heineken 5 puesto, respectivamente) dentro del ranking de marcas premium (top 10) comercializadas en el territorio colombiano.

De otra parte, dichas compañías tienen la intención de ampliar su portafolio de cervezas premium en Colombia, trayendo marcas extranjeras (importadas y/o producidas en el país) que cuentan con reconocimiento global.

Si bien no logran igualar el portafolio de cervezas premium que ofrecería el ente integrado (es de considerar que SABMILLER a través de BAVARIA cuenta con una larga trayectoria en el territorio colombiano), **sí están en la capacidad de competir con variedad de marcas y cuentan con el suficiente músculo financiero para realizar inversiones en publicidad, y lograr el posicionamiento de sus marcas.**

A lo anterior debe agregarse la desinversión del ente integrado en el portafolio de marcas Miller, que permitirá la inclusión de un nuevo jugador en el mercado colombiano (MOLSON COORS), independientemente de los demás competidores.

Por lo tanto, esta Superintendencia considera que, si bien el ente integrado aumentaría y fortalecería su portafolio marcario en el mercado de cerveza premium en Colombia existen agentes fuertes

en el mercado (MOLSON COORS y CCC) con marcas que han ido ganando reconocimiento nacional (Miller y Heineken), capaces de dinamizar la competencia en el mercado cervecero del país.

(...)

(iii) Comercialización (**cláusulas de exclusividad**)

Indicó CCC, que con la operación proyectada se podrían generar restricciones en los canales de comercialización, principalmente por las cláusulas de exclusividad suscritas por BAVARIA en dichos canales. CCC indica que además de la red de distribución, es necesario que los productos ofertados lleguen a la mayor cantidad de puntos de venta del país, de tal forma que se pueda llegar al consumidor final.

Puntualmente indicó que BAVARIA se encuentra en la capacidad de saturar los puntos de venta con su portafolio de productos, de imponer mayores condiciones a los establecimientos y así mismo de fortalecer su posición de dominio a través de políticas promocionales y de descuento. Adicionalmente, indicaron que BAVARIA incrementará su estrategia comercial con la instalación de neveras e inversión en material promocional, reduciendo el espacio en las tiendas para los actuales y nuevos competidores.

Si bien, BAVARIA es el principal agente en el mercado de cerveza en Colombia y cuenta con una posicionada red de distribución a nivel nacional, como se ha mencionado a lo largo del presente acápite, **existe un competidor, en efecto CCC, que podría estar en capacidad de contrarrestar conductas de tipo restrictiva en los puntos de venta donde se comercializan las cervezas.**

Lo anterior, considerando que **la compañía cuenta con una red de distribución lo suficientemente sólida que le permite implementar estrategias de venta y mercadeo, de tal forma que pueda llegar con sus productos a los diversos puntos de venta situados a nivel nacional y así contrarrestar las políticas agresivas que pueda llegar a implementar BAVARIA.** De igual forma, en cuanto a inversión en neveras, no es de desconocimiento para esta Superintendencia que CCC (a través de POSTOBÓN) además de su amplia red de distribución, también cuenta con neveras en los diferentes puntos de venta y por lo tanto sus productos también pueden ser exhibidos en dichos lugares.

En cuanto a la dificultad para los potenciales y actuales competidores de tener un espacio en las tiendas para la exhibición de sus productos, esta situación no cambiará con el perfeccionamiento de la proyectada operación de concentración. Sumado a esto, es de tener en cuenta la inversión en material promocional puede ser ejecutado no solo por BAVARIA sino por las demás empresas que compitan o deseen competir en el mercado, esto únicamente corresponde a una estrategia de mercadeo y no la convierte en una práctica ilegal.

Finalmente, este Despacho considera que las posibles restricciones en torno a la comercialización de cerveza en el territorio colombiano presentadas por el tercero interesado (CCC), corresponden básicamente a afirmaciones hipotéticas, que podrían darse o no en la industria cervecera del país. Pese a esto, si con la operación de concentración se llegase a generar un escenario en el cual BAVARIA implementara políticas y estrategias que restringieran la entrada de potenciales competidores y/o el crecimiento de los actuales en los puntos de venta al consumidor final, esta Superintendencia considera que existe un agente (CCC) con la suficiente capacidad financiera y con una red de distribución sólida y posicionada a lo largo y ancho del país, que le otorgaría un poder significativo para contrarrestar dichas restricciones.⁶²

De esta forma, desde el 2016 la Superintendencia consideró que CCC, al ser la unión de dos gigantes del mercado como son **Heineken** y **Postobón**, cuenta con el conocimiento, los medios y el músculo financiero suficiente para competirle efectivamente a **Bavaria** en el mercado.

El paso del tiempo le dio la razón a la Superintendencia, pues a pesar de la preocupación inicial sobre los pactos de exclusividad de **Bavaria**, CCC logró rápidamente entrar a competir en el mercado y en pocos años ganó una posición importante en el mismo.

Así, desde el año 2016 y a la fecha, CCC pasó de tener una participación de mercado de menos del uno por ciento (1%) a seis por ciento (6%) y en solo dos (2) años de construcción de su planta de producción, logró tener ingresos positivos.

⁶² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 24329 de 3 de mayo de 2016 “Por la cual se condiciona una operación de integración”. Exp. 15-306376. Anexo No. 6 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

Por lo anterior, debe concluirse que los pactos de exclusividad de **Bavaria** no tuvieron como efecto el impedir la entrada de **CCC** al mercado, por lo que los mismos son totalmente legales y de ninguna manera pueden ser considerados como desleales.

Lo expuesto tiene sustento en el siguiente material probatorio:

- a. **Certificación de Nielsen**⁶³: Como es sabido, Nielsen es un conglomerado empresarial con presencia en más de 100 países a nivel mundial, dedicado, entre otras, a realizar análisis de mercados para extraer datos que permitan a las empresas realizar mercadeo más efectivo.

En el estudio elaborado por Nielsen, se analizaron dos variables principales: la *distribución numérica* y la *distribución ponderada*. La distribución numérica hace referencia a la “[c]antidad de puntos de venta en los que los productos están distribuidos”⁶⁴ y es un índice que mide la penetración de una marca en función del número de establecimientos de comercio en los que se vende, sin tener en cuenta la importancia de cada uno de ellos. Por su parte, la distribución ponderada es la “[c]alidad de los puntos de venta en los que los productos están distribuidos”⁶⁵ y permite identificar la capacidad de venta de los establecimientos en los que se que han comercializado los productos.

En tal sentido, Nielsen identificó las variables mencionadas en cuatro (4) mercados diferentes: **(i)** el mercado colombiano; **(ii)** el mercado colombiano *On Premise*; **(iii)** el mercado centro del país; y **(iv)** el mercado *On Premise* del centro del país. El mercado *On Premise* es aquel en el que el producto se compra con la finalidad de consumirlo en ese lugar.

De esta forma, el estudio de Nielsen arrojó los siguientes resultados que están en el informe aportado junto con la contestación de la demanda:

⁶³ Anexo No. 21 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

⁶⁴ Van Nispen, Joost, *Diccionario LID Marketing directo e interactivo*. Editorial LID, 2012. Madrid, España.

⁶⁵ *Ibíd.*

TABLA 1
TOTAL COLOMBIA
UNIVERSO: 483,534

FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN NUMÉRICA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	34	65	65	64	64
POKER	48	48	49	49	48
AGUILA CTE	50	50	50	51	50
AGUILA LIGHT	55	55	55	55	55
CCC	23	23	26	29	30
ANDINA	NA	6	18	23	25

FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN PONDERADA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	100	100	100	100	100
POKER	78	78	79	78	79
AGUILA CTE	90	91	92	92	92
AGUILA LIGHT	97	97	97	97	98
CCC	45	44	52	56	59
ANDINA	NA	14	37	48	51

TABLA 2
COLOMBIA ON PREMISE
UNIVERSO: 235,950

FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN NUMÉRICA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	61	61	61	61	61
POKER	45	45	47	46	46
AGUILA CTE	49	49	49	49	49
AGUILA LIGHT	54	53	53	53	53
CCC	18	18	23	25	27
ANDINA	NA	5	16	20	22

FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN PONDERADA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	100	100	100	100	100
POKER	78	79	79	78	78
AGUILA CTE	91	92	92	93	93
AGUILA LIGHT	98	98	98	98	98
CCC	39	39	48	52	55
ANDINA	NA	12	33	44	48

TABLA 3
TOTAL CENTRO
UNIVERSO: 122,741

FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN NUMÉRICA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	65	66	63	62	62
POKER	64	65	62	61	61
AGUILA CTE	54	51	50	49	51
AGUILA LIGHT	48	49	48	49	49
CCC	35	36	43	45	46
ANDINA	NA	18	37	40	41

FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN PONDERADA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	100	100	100	100	100
POKER	99	99	99	99	99
AGUILA CTE	94	95	95	95	95
AGUILA LIGHT	94	95	95	95	96
CCC	59	65	76	79	82
ANDINA	NA	40	69	74	78

TABLA 4
CENTRO ON PREMISE
UNIVERSO: 78,823

FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN NUMÉRICA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	60	60	60	59	59
POKER	58	59	58	57	57
AGUILA CTE	50	50	49	48	49
AGUILA LIGHT	47	47	47	46	46
CCC	25	28	36	38	40
ANDINA	NA	13	31	34	35

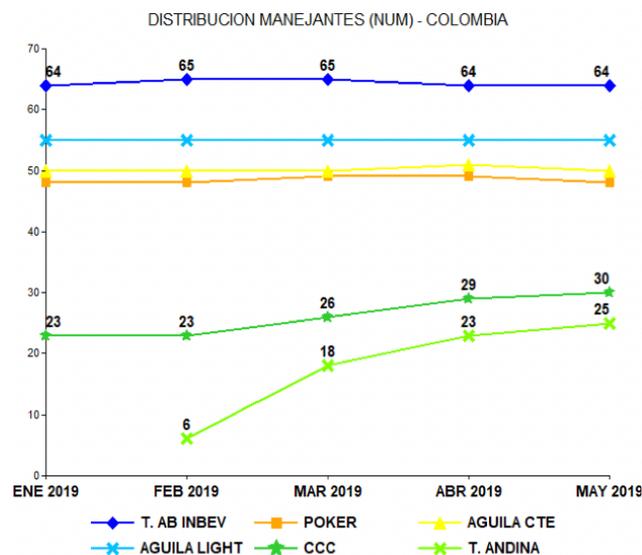
FABRICANTE MARCA	DISTRIBUCIÓN PONDERADA				
	ENE 2019	FEB 2019	MAR 2019	ABR 2019	MAY 2019
ABI	100	100	100	100	100
POKER	99	98	98	98	98
AGUILA CTE	96	97	97	97	97
AGUILA LIGHT	96	96	97	96	97
CCC	54	60	73	77	80
ANDINA	NA	37	67	73	76

Con fundamento en lo anterior, se observa lo siguiente para el año 2019:

- **CCC** se encontraba presente en el 30% del total de establecimientos del país en los que se comercializa cerveza (145.060 de 483.534), y en aquellos en los que se encuentra, se vende el 59% de la cerveza del país;

- En el canal *on premise* a nivel nacional, **CCC** estaba en el 27% de los establecimientos (63.706 de 235.950), y en aquellos en los que se encuentra, se comercializa el 55% de la cerveza de dicho canal;
- En la zona centro del país, **CCC** vendía cerveza en el 46% de los establecimientos (56.460 de 122.721), y en aquellos en los que se encontraba, se vendía el 82% de la cerveza de la zona.
- En el canal *on premise* de la zona centro, **CCC** tenía presencia en el 40% de los establecimientos (31.529 de 78.823), y en aquellos en los que se encontraba, se comercializaba el 80% de la cerveza de este canal y en esta zona.
- En lo corrido del 2019, **CCC** aumentó su participación en el total de establecimientos del país en los que se comercializa cerveza en un 7%, pasando de tener presencia en 111.213 a 145.060 establecimientos; en un 9% en el canal *on premise* a nivel nacional, aumentando de 42.471 a 63.706 establecimientos; en 11% en la zona centro, creciendo de los 42.959 establecimientos a 56.460; y en 15% en el canal *on premise* de la zona centro, pasando de 19.706 a 31.529 tiendas.

Si se grafican los datos de Nielsen expuestos, se observa el crecimiento de **CCC** y de su marca Andina en el mercado de la siguiente forma:



- b. Dictamen pericial de Rubén Bahena** ⁶⁶: Con fundamento en las cifras reportadas por Nielsen, el doctor Rubén Baena Peña, experto en temas de administración de empresas y de mercadeo, profesor universitario de estas materias y con amplia experiencia en el mercado dirigiendo importantes empresas, concluyó, entre otras cosas, lo siguiente:

“Conclusiones Tabla 1 – Total Colombia – Distribución Numérica

3. Que las marcas de Central Cervecera de Colombia (CCC) presentan un crecimiento de 7 puntos porcentuales que representan una evolución positiva del 30.4% en mismo periodo evaluado.

4. Que la marca Andina presenta un comportamiento muy superior al total de las marcas de CCC pues enero del año 2019, no era medible su DN y que en su primer mes de evaluación (febrero) ya presentaba una DN del 6% que logró multiplicar por cuatro en solo tres periodos posteriores logrando llegar a tener una DN de 25% en mayo 2019.

5. Esto significa que esta marca (Andina) y en general las marcas CCC, han logrado ampliar y expandir su presencia en el numero total de clientes en el territorio evaluado pues las evaluaciones de DN así lo demuestran

Conclusiones Tabla 1 – Total Colombia – Distribución ponderada

1. Que los comportamientos de Distribución Ponderada reflejan (...) que CCC logra un incremento de 14 puntos porcentuales equivalente a un crecimiento del 30% de enero a mayo. De igual manera, la marca Andina logra un crecimiento en DP al iniciar en cero en el mes de enero y alcanzar 14% en la primera evaluación en febrero para cerrar el periodo con una DP del 51%.

2. Significa esto que las marcas de CCC y en especial Andina, han logrado de manera eficiente llegar a los clientes de mayor relevancia en ese mercado. Lograr una DP del 51% significa que Andina tiene presencia en los

⁶⁶ Anexo No. 22 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

clientes que constituyen o conforman el 51% de las ventas de la categoría.

Conclusiones Tabla 2 – Canal On Premise en Colombia

1. Cuando se evalúa el canal On Premise para Colombia en los mismos periodos, (...) CCC logra llegar de 18% a 27% de DN creciendo 13 puntos porcentuales que representan un crecimiento del 50% desde la base de inicio acompañado de una evolución positiva en DP desde 39% hasta 55%. En este periodo y de manera consistente, Andina logra llevar desde cero hasta 22% y 48% la DN y DP respectivamente; evidenciando claramente un avance considerable en la penetración del mercado de la marca Andina y las marcas CCC en periodo, zona y canal estudiado.

2. Se concluye de igual manera que CCC y Andina logran hacer eficiente su distribución al analizar la relación entre un dato de 22% de DN versus 48% de DP. Esto significa que llegando al 22% de los clientes se logra tener presencia en los clientes que representan el 48% de las ventas de la categoría de cervezas en el territorio por lo que se concluye que lograron capitalizar la relación comercial en los clientes más importantes de la zona

Conclusiones Tabla 3 – Zona Centro Total

1. Al analizar la zona Centro se entiende que (...) las marcas CCC alcanzan un crecimiento de 11 puntos porcentuales al pasar de 35% a 46% de enero a mayo y alcanza 41% de DN pasando de cero a este valor en los mismos cinco meses.

2. En la medición de DP de la zona Centro, (...) CCC logra crecer de 59% a 82% apalancado por el crecimiento de la DP de Andina que inicia en cero y logra llegar a 78% de DP en solo cinco meses.

3. Se concluye al igual que en los puntos anteriores que CCC y Andina logran penetraciones relevantes de mercado en la zona. Tener una DP del 78% significa que lograron tener presencia en los clientes que representan el 78% de las ventas de la categoría. Sin lugar a dudas,

llegaron los clientes más grandes del territorio en solo cinco meses.

Conclusiones Tabla 4 – Zona Centro – Canal On Premise

1. La información correspondiente al canal On Premise en la Zona Centro refleja (...) que CCC gana 15 puntos al pasar de 25% a 40% de DN.

2. Este canal en la zona centro (...) CCC logra pasar su DP de 54% a 80% ganando 26 puntos en el periodo en que la marca Andina hace lo propio alcanzando 76% de DP en solo cinco meses.”

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

- c. Declaraciones públicas de CCC:** Ana María González, gerente de la marca Heineken en el país, manifestó a El Tiempo en marzo de 2017 lo siguiente: *“Pero los datos del 2015 muestran un crecimiento del 200 por ciento. De hecho, comenzamos vendiendo 38.000 hectolitros y el año pasado vendimos 136.000. Es decir que en dos años que lleva Central Cervecera de Colombia hemos crecido 250 por ciento y este año queremos cerrar en 160.000 hectolitros”*⁶⁷

En enero de 2020, el señor Mauricio Medina, Gerente de CCC manifestó al Diario la República que *“[y]a tenemos un poco más de 3,5% con el resto de portafolio y tras el lanzamiento de Andina llegamos a 2% de mercado en el primer mes”*⁶⁸.

De igual forma, el Vicepresidente de Mercadeo de CCC manifestó lo siguiente a El Tiempo en enero de 2020: *“En febrero completamos el primer año, tras haber lanzado cerveza Andina. Hemos logrado más de 250.000 puntos de venta, hemos llegado de forma masiva al mercado. Estamos arriba de los 5 puntos de participación y ya pasamos el millón de hectolitros de venta, es decir, podemos*

⁶⁷ Anexo No. 16 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020

⁶⁸ Anexo No. 19 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020

estar hablando de que la compañía se ha consolidado ya como una opción. Vinimos a eso, a dinamizar el mercado de la cerveza en Colombia.”⁶⁹.

d. Informe de Resultados de CCU: En febrero de 2021, Central de Cervecerías Unidas, quien es titular del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de CCC, entregó su informe de resultados del cuarto trimestre de 2020 y en él manifestó lo siguiente: *“En Colombia, donde tenemos un joint venture con Postobón, en el año 2020 alcanzamos un volumen de más de 1,5 millones de hectolitros, registrando una **expansión anual del 21,2%, mientras que la industria se contrajo**. Este desempeño positivo, a pesar de un escenario desafiante, nos permitió prácticamente **duplicar nuestra participación de mercado en el año 2020**. La consistente tendencia positiva en Colombia es consecuencia de una mejora continua en la fortaleza de nuestras marcas, en la distribución y en la ejecución de ventas. En términos de resultados financieros, y en línea con una mayor escala de negocio, **alcanzamos un EBITDA positivo durante la segunda mitad del año, con cuatro meses consecutivos con EBITDA positivo desde septiembre**”⁷⁰.*

e. Declaración de Thor Borresen: En relación con la entrada de CCC al mercado y el aumento de su participación en el mismo, el señor Borresen declaró lo siguiente:

“[01:32:13] Alfonso Miranda: ¿Y cómo ha sido el desempeño de la cerveza Andina desde el ‘19 hasta ahora?

*[01:32:21] Thor Borresen: Como les comentaba ahorita, es un desempeño... pues... diría yo que **bastante bueno**, pues... **logrando duplicar el tamaño de la compañía en tan solo dos años**. Es una marca que – como les contaba ahorita también – se lanzó con una **fuerza y con un impacto en el mercado impresionante**.*

*Es más, ahorita me acabo de acordar que creo que se **ganó un premio**... digamos que al mejor lanzamiento del año, creo que el año pasado, si no estoy mal en los Effie, o en otro premio por ahí... Es decir, un lanzamiento – diría yo – impecable, con una fuerza bastante grande; echando mano – como le contaba – pues... de una figura nacional*

⁶⁹ Anexo No. 20 de la Contestación de la Demanda presentada el 29 de enero de 2020.

⁷⁰ Documento aportado por el señor Thor Borresen durante la declaración que rindió el 13 de abril de 2021.

que tiene un impacto y que tiene una acogida... pues... a través de todo el territorio bastante fuerte, como es Carlos Vives.

Y luego... digamos que posicionándose también, apropiándose de un territorio como el ciclismo. Digamos... un tema ahí... no sé si anecdótico, pero que habla un poco del impacto.

Durante los primeros meses de lanzamiento de la cerveza Andina, ellos lograron, con solo esa marca, acaparar alrededor del – perdón, la palabra acaparar creo que no es correcta, pero obtener alrededor del **35 o casi 40 por ciento del Share of Voice**. Eso es una medición que hacemos nosotros – no la hacemos nosotros, la hace [inaudible], que es una entidad tercera que mide el nivel de impacto, el nivel de publicidad en televisión que tienen las marcas; entonces a base de cuántos comerciales pone una marca versus el resto. Entonces... pues... **para una marca obtener ese nivel de participación en el espectro... pues... es bastante relevante**.

Creo que el primero año ellos cerraron alrededor con un casi **35 por ciento de este nivel de ruido**. Realmente esa es como la definición más clara – digámoslo así – de esa métrica.

Y como les decía ahorita, a finales del 2020, **en tan solo dos años... pues... Andina logra tener niveles de awareness o de reconocimiento de marca de casi 95 por ciento**, que es impresionante... pues.

Solo para comparación... pues... marcas... digamos... centenarias como Águila o como Poker, estamos hablando que tienen entre 98 y 99 por ciento de reconocimiento. Entonces, **casi que estar en ese mismo nivel en tan solo dos años... pues... habla de esa fuerza tan importante con la que entró Andina**.

[01:35:27] Alfonso Miranda: Gracias. Díganos si usted sabe cómo ha sido el desempeño económico de CCC.

[01:35:35] Thor Borresen: El desempeño económico de CCC como compañía. La verdad es que no

tenemos números exactos porque – como les contaba ahorita – CCC no reporta números de su operación; reporta como filial de CCU en Chile. Entonces, nosotros realmente lo que hacemos es que trimestralmente... pues... vemos su informe de resultados, y normalmente ellos hacen algunas aclaraciones alrededor del trabajo que tienen en Colombia.

*Y como le decía, en el último informe de resultados, que fue el del trimestre cuatro del 2020, que fue publicado – diría yo – hace por ahí un mes o dos meses, hablan de que ya en el – **creo que a partir de septiembre del 2020, la operación es una operación que entra a dar ebitda positivo.***

Como era de esperarse en los primeros años una operación pues que todavía apenas está arrancando y que está haciendo unas inversiones tan altas... pues... ya entregar un ebitda positivo... digamos... en un poco más de un año y medio desde la creación y la construcción de la planta en Colombia... pues... es bastante interesante. Y hablan de un crecimiento de alrededor del 21 por ciento del 2020 versus el 2019 en términos de volumen⁷¹.

De igual forma, el señor Borresen explicó que tener un EBITDA positivo significa tener rentabilidad positiva, lo cual no es común que una empresa entrante al mercado genere en tan poco tiempo. Así, señaló:

[01:49:01] Alfonso Miranda: Gracias. Sr. Borresen, de acuerdo con una de sus últimas respuestas, usted nos dice que de acuerdo con los informes que usted tiene, incluyendo... pues... lo que normalmente revisan en las informaciones públicas de CCU, se ve que la compañía CCC ya tuvo un ebitda positivo, ¿usted nos quiere explicar qué es eso?

[01:49:35] Thor Borresen: Sí. Les decía que ahí en – perdón, creo que es en la página... creo que era en la página dos, pero si quieren pueden simplemente buscar en el documento la palabra Colombia, y ahí está el

⁷¹ Declaración de Thor Borresen del 13 de abril de 2021.

párrafo. Ahí en esa página hablan de que en los últimos cuatro meses del año ya CCC – o sea, la compañía filial de ellos en Colombia – obtiene un ebitda positivo.

¿Qué significa un EBITDA positivo?, básicamente es la utilidad antes de impuestos, amortizaciones... me falta uno... impuestos, depreciación y amortizaciones. Esa es la descripción de -. Básicamente que la compañía ya está entregando un resultado de rentabilidad positivo en Colombia⁷².

- f. **Declaración de Santiago Ambroggio:** El señor Ambroggio también manifestó que las exclusividades de **Bavaria** no han tenido el efecto de impedir el ingreso de **CCC** al mercado, pues los resultados de esta última compañía han sido muy buenos y han logrado incrementar su participación del mercado muy rápidamente. Así, el señor Ambroggio manifestó:

[01:41:08] Alfonso Miranda: Díganos si las exclusividades que ha pactado Bavaria tienen la potencialidad de impedir el ingreso de CCC al mercado.

[01:41:23] Santiago Ambroggio: No, porque digamos, como dije recién, solamente el cinco y el 6 por ciento de nuestros puntos de venta o de los puntos de venta del mercado realmente tienen exclusividades y los efectos concretos también, cuando uno ve los resultados igual de ingreso de la competencia, digamos, han sido súper buenos, ¿no?, de acuerdo a lo que ellos mismos publicaron en su último reporte, ¿no?

Ellos alegan que duplican su market share y han crecido 20 por ciento en el último año, muy por encima de la industria. Y, de hecho, nuestro market share hace unos años era alrededor del 98 por ciento, 98.5, y hoy estamos en 95.7, con lo cual hemos perdido también casi dos o tres puntos de market share en los últimos años. Entonces, no parecía haber un efecto ahí de performance.

- g. **Dictamen Pericial de Markup:** En esta experticia se encuentra el siguiente análisis detallado sobre el crecimiento de **CCC** desde el 2016 y a la fecha, para concluir que las exclusividades de **Bavaria** no han frenado su expansión en el mercado:

⁷² Declaración de Thor Borresen del 13 de abril de 2021.

“2.5. De acuerdo con los antecedentes de la teoría económica y las respuestas anteriores, ¿las exclusividades de venta que tiene suscritas BAVRIA han tenido el efecto o tienen la potencialidad de restringir el acceso de CCC como competidor al mercado?”

Con base en los antecedentes de la SIC y la literatura analizada sobre cláusulas de exclusividad el Perito elaboró un test para evaluar si las cláusulas de exclusividad pactadas por BAVRIA han tenido el efecto o la potencialidad de excluir del mercado a CCC. En este caso en particular, para el periodo entre enero de 2016 y el segundo semestre de 2020, existe evidencia de cuatro circunstancias que refutan el efecto o la potencialidad de excluir competidores de los acuerdos de exclusividad firmados entre BAVARIA y los tenderos, a saber: i) entre octubre de 2017 y junio de 2020, CCC aumentó su participación de 1,45% a 3,85% en el mercado de cervezas consolidándolo como un competidor efectivo; ii) CCC cuenta con los medios para superar las principales barreras de entrada en este mercado al contar con el músculo financiero, el portafolio de las marcas y la red de distribución suficiente para consolidarse en el mercado tal y como lo ha señalado la SIC en su Resolución 24329 de 2016; iii) el porcentaje de establecimientos de comercio con los cuales BAVARIA tiene firmados contratos de exclusividad está por debajo del 10%, lo cual demuestra que los pactos de exclusividad no le impiden a CCC alcanzar su ‘masa crítica’ de clientes; y iv) en los acuerdos de exclusividad no existen penalizaciones significativas por terminación anticipada del contrato que incrementen los costos de salida de los propietarios de establecimientos de comercio en el sentido de desalentarlos de su intención de pasarse a CCC, en caso de que este último les ofreciera condiciones más favorables⁷³.

(...)

3.5.1. Sobre el ingreso y evolución de la cuota de participación de CCC en el mercado

⁷³ Dictamen Pericial elaborado por Markup y presentado el 12 de noviembre de 2020. Pág. 10

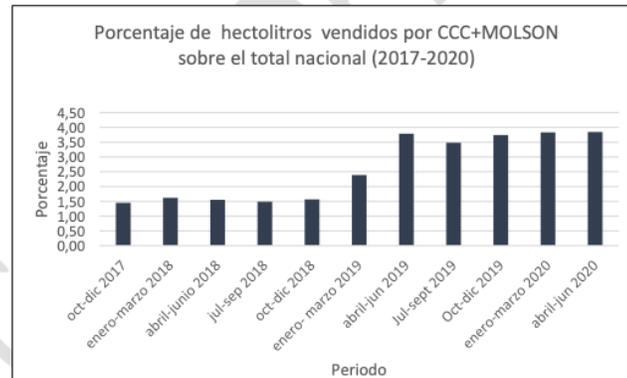
Como se explicó en el numeral 3.1. del documento, el antecedente de la SIC en la Resolución 31434 de 2011 resulta relevante para evaluar si la existencia de cláusulas de exclusividad ha tenido o no el efecto de restringir el acceso al mercado. En la Resolución mencionada, la SIC evaluó la evolución en la cuota de BIG COLA en el mercado de gaseosas en Colombia, y encontró que entre el año 2007 y 2008, BIG COLA ‘tuvo un crecimiento constante, logrando consolidar al final del año una cuota de participación del 4,3%’. Esta evolución fue suficiente para que la SIC concluyera que ‘las [barreras] a la entrada no parecen ser determinantes para impedir o disuadir a un competidor potencial de entrar al mercado’.

En el caso en particular, de acuerdo con el Anexo 4.1. la evolución de la cuota de mercado de CCC entre 2018 y el 2019, refleja no solamente el ingreso de un nuevo competidor al mercado, sino el aumento importante en su participación de un año a otro, hasta llegar a ubicarse en 3,34%. De hecho, esta evolución es aún más significativa si se compara con el contenido de la Resolución SIC 24329 de 2019 en donde se había estimado que la cuota de CCC para el 2014 era del 0,0002%.

Tabla N° 10. Volumen hectolitros vendidos por CCC+MOLSON y porcentaje sobre el total nacional.

Periodo- trimestral	HL vendidos CCC+MOLSON	HL vendidos a nivel nacional	% HL vendidos por CCC+MOLSON sobre total nacional
oct-dic 2017	76962,6	5300209	1,45
enero-marzo 2018	92794,3	5722064	1,62
abril-junio 2018	78157,2	5033555	1,55
jul-sep 2018	80905,7	5433899	1,49
oct-dic 2018	86379,6	5514546	1,57
enero- marzo 2019	132884,7	5557715	2,39
abril-jun 2019	192839	5094127	3,79
Jul-sept 2019	191512,5	5501934	3,48
Oct-dic 2019	215485	5756586	3,74
enero-marzo 2020	226200,9	5904788	3,83
abril-jun 2020	95951,9	2495284	3,85

Gráfica N° 4. Porcentaje de hectolitros vendidos por CCC+Molson sobre el total nacional (2017-2020)



Esta evolución en la cuota de mercado coincide con los análisis realizados por la Sic en la Resolución SIC 24329 de 2016 en donde la autoridad de competencia precisamente señaló que CCC: i) ‘inició operación desde el año 2015, tras la integración entre COMPAÑÍA CERVECERÍAS UNIDAS S.A. y POSTOBÓN, para la (...) producción y comercialización de Heineken’; ii) ‘que CCC inició la construcción de una planta de producción (...) para fabricar la cerveza marca Heineken y otras marcas propias, la cual se espera que entre en operación para el 2017’; y iii) ‘que dicha compañía entrará a competir en el mercado colombiano no solo con la marca Heineken sino con otras marcas de su socio estratégico Heineken, tales como Buckler, Amstel Light, Murphy’s Red y Murphy’s Stout que ostentan un posicionamiento a nivel mundial’.

Por último, es importante resaltar que mediante Resolución 17-48628-1 de 2017-03-09, la SIC acusó recibo de la integración entre CCC y MOLSON COORS INTERNATIONAL, la cual consiste en la ‘[l]icencia exclusiva para producción y distribución de las Marcas Cerveza Miller en Colombia a CCC hasta diciembre 31 de 2016’, lo cual explica igualmente la evolución de CCC de un nuevo jugador marginal a un competidor efectivo, tema sobre el cual se profundiza a continuación. Obsérvese que para el 2016, fecha en que la SIC expidió la Resolución 24329, la SIC indicó: ‘(...) este Despacho encuentra que las empresas competidoras del ente integrado en Colombia (MOLSON COORS y CCC), son

compañías que cuentan con marcas posicionadas internacionalmente y que tienen sus marcas principales en Colombia (Miller -3 puerto y Heineken 5 puesto, respectivamente)'. En este sentido, la integración MOLSON y CCC ratifica el argumento que CCC es un competidor que ha ingresado y fortalecido su posición en el mercado con presencia de cláusulas de exclusividad firmados entre BAVARIA y los tenderos, lo cual refuta el efecto restrictivo de estos acuerdos”.

En tal sentido, se encuentra demostrado que **CCC** tiene un buen posicionamiento en el mercado y que día a día, mes a mes, logra asentarse más en él, aumentando su presencia en cada una de las tiendas del país, lo cual es prueba evidente de que las cláusulas de exclusividad que haya pactado **Bavaria** no le han impedido su acceso al mercado.

Por lo expuesto, respetuosamente reitero mi petición, en el sentido de que se revoque la Sentencia No. 4407 de 2021 y, en su lugar, se declare que **Bavaria** no ha pactado cláusulas de exclusividad en contratos de suministro que hayan restringido el acceso al mercado a **CCC** y, consecuentemente, que se nieguen las pretensiones de la demanda.

3.4. Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen la potencialidad de restringir la entrada de CCC al mercado

Está plenamente demostrado en el expediente que el actuar de **Bavaria** ha sido diligente y en todo momento ha respetado el principio de buena fe, pues ha adoptado mecanismos idóneos para garantizar que sus programas de patrocinio y sus pactos de exclusividad no tengan un impacto negativo en el mercado, y, en especial, que no restrinjan la entrada de **CCC** al mercado.

El artículo 19 de la Ley 256 de 1996 no determina que pueda considerarse como desleal el pacto de exclusividad que tenga la potencialidad de impedir la entrada al mercado a un competidor, sino únicamente otorga el título de desleal a aquella conducta que haya tenido un efecto real, directo y cierto, por lo cual no debería ser necesario analizar dicha potencialidad.

A pesar de esto, en el expediente obran pruebas que demuestran que la conducta de **Bavaria**, además de no tener la intención y, como se explica en la sección 3.3., tampoco el efecto de impedir la entrada de **CCC** al mercado, tampoco tienen la potencialidad de realizar dicha restricción, por la forma en la que está configurada la conducta.

Así, como se desarrolla a continuación, los pactos de exclusividad no tienen la potencialidad de impedir el acceso de **CCC** al mercado, pues **(i)** su término de duración es en promedio de un (1) año; **(ii)** no tienen cláusula de renovación automática; **(iii)**

vencido el término de duración de la exclusividad, se debe volver a negociar esta posibilidad con el tendero y entregarle nuevos beneficios; **(iv)** el incumplimiento de la exclusividad no genera una penalización para los establecimientos de comercio; y **(v)** su cantidad no es suficiente para ser un amenaza para **CCC** ni le impiden crecer en el mercado, como en efecto ha sucedido.

Estos elementos permitirían a un competidor tan importante como **CCC**, quien tiene detrás el prestigio, el músculo financiero y la fuerza de ventas de un gigante del mercado colombiano, como es **Postobón**, y de un titán internacional como es **Heineken**, el negociar con los establecimientos de comercio la venta de sus productos.

3.4.1. El término de duración de los pactos de exclusividad es en promedio de un (1) año

En este caso se ha demostrado que los contratos de patrocinio que suscribe **Bavaria** con los establecimientos de comercio que tienen un pacto de exclusividad, tienen una duración promedio de un (1) año.

Si bien existen algunos contratos de patrocinio que tienen una duración mayor, esto presenta únicamente en casos aislados, en los que la inversión realizada por **Bavaria** es mucho más grande de lo normal.

Esto puede corroborarse en las siguientes pruebas:

- a. Declaración de parte de Bavaria:** El doctor Lombana explicó el término de duración de los Contratos de Patrocinio en los siguientes términos:

[02:21:08] José Sandoval: Ya. ¿Normalmente cuando un cliente firma una exclusividad en ventas se establece un término en lo que firma, se establece algún término de duración de esa exclusividad?

[02:21:23] Manuel Lombana: Sí, el Pareto es un año, los que son más de un año son muy especiales, la gran mayoría, los que son más de un año son muy especiales la gran mayoría en el canal que nosotros denominamos High End, de alta gama. Y, pues, por lo mismo, pues porque ahí es muy diferente usted ir a entregar una nevera que vale 3-4 millones de pesos a ir a hacer una inversión de 50, 60, 70, 80 millones de pesos en un bar de alta gama y pedirle un solo año de exclusividad”.

- b. Declaración de Santiago Ambroggio:** El señor Ambroggio reiteró también que la duración de las exclusividades es de 12 meses o, lo que es lo mismo, de un (1) año, como se puede apreciar a continuación:

[01:54:00] Alfonso Miranda: Gracias. Díganos, ¿cuál es el promedio de duración de los pactos de exclusividad que tiene Bavaria?

[01:54:08] Santiago Ambroggio: En general, la gran mayoría son a 12 meses, ¿sí? Hay algunos contratos que superan los 12 meses, pero no más allá de 18 meses. Entonces, básicamente, ese es la duración en general, ¿sí?

De esta manera, año a año existe la posibilidad para CCC de negociar con cada uno de los establecimientos de comercio con los cuales Bavaria tuvo un contrato de patrocinio, sus propias condiciones y beneficios para el tendero, con la finalidad de que vendan sus productos.

3.4.2. Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen cláusula de renovación automática y cada año se debe negociar nuevamente la exclusividad y otorgar beneficios adicionales a los tenderos

Ninguno de los contratos de patrocinio que ha suscrito Bavaria, tengan o no exclusividad, contienen una cláusula de renovación automática.

Lo anterior genera que cada año Bavaria deba acudir nuevamente a los establecimientos de comercio que antes eran suscriptores del Contrato de Patrocinio, con la finalidad de negociar nuevamente las condiciones de dicho programa, de una eventual exclusividad y los nuevos beneficios que se otorgarán a los establecimientos por pertenecer al programa.

Esto está demostrado en el expediente con los siguientes medios de prueba:

- a. Contratos de Patrocinio de Bavaria:** En los modelos de los Contratos de Patrocinio de Bavaria que fueron presentados como Anexos No. 5 al 20 durante la exhibición de documentos decretada por la SIC, constan las condiciones de cada uno de ellos y, en especial, la ausencia de una cláusula de renovación automática.

De hecho, en la cláusula que hablan sobre la vigencia del Contrato, se indica que, si se quiere renovar el patrocinio, se debe renegociar nuevamente y firmar un nuevo documento.

- b. Declaración de parte de Bavaria:** El doctor Manuel Lombana también explicó al Despacho que una vez se ha vencido el término de duración del Contrato de Patrocinio, que generalmente es de un (1) año, se debe renegociar con dicho establecimiento las condiciones para suscribir otro Contrato:

[02:22:45] José Sandoval: Si un cliente firma, una tienda normal de barrio firma un año, vencido el año, ¿ahí qué pasa?

[02:22:56] Manuel Lombana: Vencido el año, pues, se revisa si quiere continuar con nosotros, si quiere continuar se renueva por otro año, y si se quiere... o a veces, incluso, ni él ni nosotros decimos nada y se termina el acuerdo porque, pues, ahí está claro.

- c. Declaración de Santiago Ambroggio:** El señor Ambroggio también declaró que los pactos de exclusividad no contienen una cláusula de renovación automática:

Alfonso Miranda: [01:54:24] Y díganos si esos pactos incluyen una cláusula de renovación automática.

Santiago Ambroggio: [01:54:29] No, no la tienen.

Al no tener una cláusula de renovación automática y ser necesario que año a año Bavaria negocie los términos de un nuevo Contrato de Patrocinio, incluyendo las nuevas inversiones que realizará en el establecimiento y los beneficios que se otorgarán, para CCC sería totalmente posible negociar con dichos establecimientos unas mejores condiciones que las propuestas por **Bavaria**.

3.4.3. Los pactos de exclusividad de Bavaria no tienen cláusula penal y su incumplimiento no genera sanciones para los establecimientos de comercio

Uno de los temas más importantes para analizar las exclusividades suscritas por **Bavaria**, es que ninguna de ellas tiene una cláusula penal o alguna disposición que implique una sanción a los establecimientos de comercio por incumplir el pacto.

Esto genera dos (2) consecuencias necesarias: la primera, que el establecimiento de comercio puede terminar la exclusividad con **Bavaria** sin ningún tipo de represalia; y la segunda, que a pesar de estar vigente la exclusividad, puede darse el caso de que dicho establecimiento también venda la cerveza de los competidores.

Es más, la realidad ha mostrado que el aproximadamente el cuarenta por ciento (40%) de los establecimientos que han comprometido una exclusividad a **Bavaria**, venden cerveza de los competidores, sin ningún tipo de represalia por ello.

Esto se corrobora con el siguiente material probatorio:

a. Contratos de Patrocinio: En todos los modelos de los Contratos de Patrocinio que suscribe Bavaria y que fueron aportados al expediente como Anexos No. 5 al 20 de la información entregada durante la exhibición de documentos, consta que en los mismos no de incluya una penalidad o sanción por el incumplimiento del contrato y que los tenderos pueden terminar la exclusividad en cualquier momento.

b. Declaración de parte de Bavaria: El doctor Lombana explicó al Despacho que

[02:23:11] José Sandoval: ¿Y si el cliente se quiere ir antes y a los dos meses, por ejemplo, dice ‘no, yo ya no quiero seguir’? ¿Se va y ya?

[02:23:18] Manuel Lombana: No, se va y va, sí señor. Nosotros no tenemos, reitero, ninguna cláusula de penalidad, no tenemos ni siquiera por incumplimiento del tema de exclusividad, porque es que aquí dentro de todo está, por ejemplo, que el señor nos incumpla la exclusividad o nos cumpla la exclusividad, por ejemplo, pero no llegó a la meta de volumen, entonces pues, no tiene su descuento, así venda sólo de nosotros, ¿sí?”

c. Declaración de Santiago Ambroggio: El señor Ambroggio manifestó al Despacho que los contratos de patrocinio que contienen una exclusividad, no incluyen ninguna penalidad por el incumplimiento del contrato y que incluso permiten el salir de la exclusividad cuando el establecimiento de comercio lo considere adecuado. De igual forma, señaló que **Bavaria** tampoco realiza retaliación alguna contra el establecimiento de comercio que incumple el contrato, como sería el despintar el lugar, quitar las mesas, etc. A su vez, también declaró que si el establecimiento de comercio incumple la exclusividad, **Bavaria** le sigue vendiendo producto y que de ninguna manera cancela las ventas. Lo anterior, se puede verificar en el siguiente aparte de su declaración:

[01:38:05] Alfonso Miranda: Pero dígame si los contratos tienen cláusulas de penalidad o cláusulas penales.

[01:38:12] Santiago Ambroggio: No, no tiene ninguna cláusula de penalidad y tampoco tienen ninguna restricción para que incluso el cliente salga del contrato cuando él decida. De hecho, hay muchos casos también de clientes que han decidido no continuar con el contrato y libremente toman la decisión y salen.

Y en el salir no tiene ninguna penalidad tampoco, no es que, bueno, voy y le despinto el lugar, le quito las mesas, le saco... bueno, eso no, no sé, no está en los contratos y no lo hacemos obviamente en la práctica.

[01:38:44] Alfonso Miranda: Pero si las cifras que usted nos da es cierta en el año anterior, pues, como la cuarta parte de los contratos de exclusividad estaban en incumplimiento. Si eso es así, ¿para qué celebran las cláusulas de exclusividad?

[01:38:59] Santiago Ambroggio: No, de nuevo es, son parte de los mecanismos comerciales que uno tiene para proteger la inversión y asegurar un repago de la inversión, pero, digamos de una manera, es decisión después del tendero cumplirlos o no cumplirlos, ¿no?, Sí, hay no hay forma que nosotros podemos controlar eso.

[01:39:20] Alfonso Miranda: Con fines de aclaración de sus respuestas. ¿Si un tendero incumple esa cláusula Bavaria le continúa vendiendo o le cancela la venta?

[01:39:30] Santiago Ambroggio: No, se le continúa vendiendo exactamente en las mismas condiciones de siempre.

Lo anterior es tan claro para el señor Ambroggio, que en su declaración también explicó que "[e]n enero de este año sobre los 26.800 contratos que teníamos vigente, alrededor de 8.000 contratos, 8.000 puntos de venta, vendían cerveza de nuestra competencia"⁷⁴.

Con fundamento en esto, al no existir en los Contratos de Patrocinio alguna disposición que sancione su incumplimiento, no haber sido tomada por parte de **Bavaria** algún tipo

⁷⁴ Minuto 01:36:28 de dicho testimonio.

de represalia en ese sentido, y estar abierta la puerta a la terminación anticipada del Contrato, es claro que el mismo no limita la entrada de CCC a dichos establecimientos.

A pesar de ello, la Sentencia 4407 de 2021 señala que “[e]n relación con esto, aunque según Santiago Ambroggio el salirse del contrato no tiene ninguna penalidad ni tampoco significa que vayan a despintar el lugar o quitarle las mesas (hora 1:38:04), no puede perderse de vista que en todo caso los contratos allegados muestran que puede existir entrega de bienes en comodato, con las implicaciones jurídicas que por supuesto eso tiene. En segundo lugar, la terminación de la exclusividad puede implicar para el propietario del establecimiento dejar de obtener descuentos por parte de Bavaria. Estas dos circunstancias permiten afirmar que la terminación anticipada del contrato sí puede acarrear unos costos para el propietario del establecimiento”.

Sin embargo, estas afirmaciones no son ciertas, pues lo que está acreditado en el expediente es **(i)** que cuando se termina una exclusividad el establecimiento de comercio se queda con los bienes entregados en comodato; y **(ii)** que los descuentos no están atados a la exclusividad.

En relación con el primero de estos puntos, el señor Santiago Ambroggio explicó que cuando se termina la exclusividad, el establecimiento se queda con todo lo que fue entregado como inversión, como se puede apreciar a continuación:

[02:02:24] José Sandoval: Antes de darle el uso de la palabra a la parte demandante, yo tengo un par de preguntas.

¿Qué pasa cuando se termina una exclusividad y no logran ningún tipo de negociación con el comerciante, o él no quiere seguir, dice “bueno, ya, vamos hasta acá”? Ahí ¿qué?, ¿él tiene que devolver las neveras, el mobiliario o él se puede quedar con todo?

[02:02:55] Santiago Ambroggio: No, se queda con todo, se queda con toda esa inversión, como decía recién, no que despintamos el punto de venta, sacamos mesas, no, queda con esa inversión.

Adicionalmente, el señor Ambroggio explicó que la entrega de neveras no está ligada necesariamente a la suscripción de un pacto de exclusividad, porque se entregan neveras también a aquellos establecimientos que no tienen ese tipo de pactos. A su vez, precisó que en los casos en que existe una exclusividad, al terminarse la misma, el establecimiento se queda con la nevera. En sus palabras:

[02:03:06] José Sandoval: En el caso de la nevera, ¿pasa igual?

[02:03:08] Santiago Ambroggio: En el caso de las neveras, en general, el criterio no es exclusividad o no exclusividad, porque de

hecho hoy tenemos neveras en lugares donde no hay exclusividad, ¿okay?

El caso de las neveras, el tratamiento que se le hace, y no lo manejo yo pero sí lo maneja el área de trade, es lo que se llama un... lo que llamo un análisis de [corte de audio], ¿sí? Es decir, una nevera básicamente puede contener, puede almacenar y enfriar alrededor de diez cajas, ¿sí?, diez cajas de cerveza, más o menos, depende del tamaño de la nevera.

Con lo cual lo que uno ve que si un cliente en general compra, no sé, dos cajas de cerveza al mes, por hacer una cosa extrema, uno diría que esa nevera está siendo ineficiente, ¿sí? Entonces, lo que se hace con el cliente es buscar desarrollo, desarrollarlo para que logre y eventualmente después se hace un análisis o eso. Pero la realidad es que son muy contadas las ocasiones en el cual le sacamos la nevera a un cliente. A pesar de que la nevera es nuestra, ¿no?, se dan en comodato y demás, pero eso es básicamente el tratamiento con la nevera.

Pero no tiene nada que ver con la exclusividad, o sea, si se termina la exclusividad, la nevera continúa”.

De esta forma, no es cierto que cuando se termine la exclusividad se suele imponer como penalidad la devolución del mobiliario o de la nevera entregada.

Frente a los descuentos, el doctor Manuel Lombana fue categórico en señalar que los descuentos otorgados a los establecimientos con exclusividad no son retirados por el incumplimiento del pacto, como se puede apreciar en los siguientes apartes de su declaración:

“[01:55:40] Manuel Lombana: (...) En esos casos, incluso, si nuestro cliente de todas formas vende nuestros productos asociados o acompañados y vende el de la competencia, nosotros otorgamos el descuento, incluso si él nos vende el volumen que se comprometió, así nos incumpla la exclusividad, nosotros no penalizamos incluso el descuento.

(...)

[02:00:50] Manuel Lombana: (...) Y, pues, ahí como no es sólo eso, sino si se cumple el volumen, si se da la preferencia, si aplican nuestras promociones, etcétera, pues, tienen unos descuentos.

Pues, si él cumple eso, obtiene su descuento así venda producto de la competencia en grandes cantidades también.

Adicionalmente, el doctor Lombana explicó que puede suceder incluso que se otorgue más descuento a los clientes con pactos de preferencia, que a aquellos que tienen una exclusividad. En sus palabras:

José Sandoval: [02:09:27] ¿Y se da más descuento en qué?, ¿en la exclusividad o en la preferencia?

Manuel Lombana: [02:09:32] No, incluso hay preferentes que tienen, incluso, mejores... – hay que tienen el mismo descuento de un exclusivo, porque puede ser que para el cliente sea importante ganarse el descuento, pero él dice ‘no, yo también quiero vender de CCC, no les voy a dar exclusividad’. ‘Ah, bueno, entonces nos vamos con preferencia, aquí le damos su incentivo’. Y listo. Eso no tiene... o sea, el objetivo de nosotros nunca es cerrar el mercado, no estamos es pendiente de ver, si entonces no... crear una barrera de acceso al mercado, sino el objetivo de nosotros es buscar unos clientes que sean buenos, que sean comprometidos, que quieran crecer y que quieran dar y ofrecer unos mejores productos al consumidor.

De esta forma, no puede afirmarse que **Bavaria** solamente otorgue descuentos a sus clientes con pactos de exclusividad y que se les retira dicho descuento si terminan el convenio. Por el contrario, está plenamente acreditado que el descuento es independiente de la exclusividad.

Así las cosas, debe concluirse que **Bavaria** no penaliza el incumplimiento de los pactos de exclusividad.

3.4.4. El número de exclusividades de Bavaria es inferior al 10% de establecimientos del mercado

Tal vez el punto más importante para analizar si la conducta de **Bavaria** tiene la potencialidad de generar una restricción al ingreso de **CCC** al mercado, es el número de exclusividades que tiene pactadas.

En el expediente se encuentra demostrado que en Colombia existen aproximadamente cuatrocientos ochenta mil (480.000) establecimientos que venden cerveza al público.

De igual forma, se ha probado que el número de exclusividades pactadas por **Bavaria**, en ningún momento ha superado las cuarenta mil (40.000) y que en promedio se ha mantenido en veintiocho mil (28.000).

Por lo anterior, es forzoso concluir que el número de exclusividades pactadas por **Bavaria** siempre ha sido inferior al diez por ciento (10%) de los establecimientos de comercio del país.

Como consecuencia de ello, desde el 2016 y a la fecha, más del noventa por ciento (90 %) de los establecimientos de comercio que venden cerveza al público, no tienen una exclusividad con **Bavaria**.

Teniendo en cuenta que la planta de producción de cerveza de **CCC** es de aproximadamente tres millones de hectolitros (3'000.000 hl), la capacidad de producción de dicha sociedad corresponde al trece por ciento (13 %) de los veintitrés millones de hectolitros (23'000.000 hl) que se producen anualmente en el país.

De esta manera, es claro que si **CCC** solamente puede abarcar hasta un trece por ciento (13 %) del mercado, el noventa por ciento (90 %) de los establecimientos de comercio sin exclusividad con **Bavaria**, son más que suficientes para que **CCC** pueda entrar al mercado y comercializar sus productos sin ningún tipo de restricción.

Esto se encuentra plenamente demostrado en el expediente a través del dictamen pericial de Markup, cuyo objeto era precisamente determinar el porcentaje de establecimientos de comercio sin exclusividad de **Bavaria** y si dicho porcentaje es suficiente para que **CCC** pueda desarrollarse sin problema en el mercado.

El mencionado dictamen concluyó lo siguiente:

“2.4. ¿En qué porcentajes del total de establecimientos de comercio, en los que se vende cerveza al público en Colombia, BAVARIA tenía contratos de exclusividad para el periodo comprendido entre 2016 y hasta junio de 2020?”

Respuesta del Perito: Con base en la información que reposa en el Anexo 3.1 y 3.2. el Perito calculó el porcentaje de establecimientos con exclusividad a los cuales BAVARIA ha suscrito contratos de exclusividad.

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

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

A su vez, en la audiencia de contradicción del dictamen, el doctor Plata explicó lo siguiente al Despacho:

“[00:44:07] José Sandoval: ¿Cómo determinó entonces que el porcentaje de establecimientos con los que Bavaria tiene firmados contratos de exclusividad no le impiden a CCC alcanzar su masa crítica de clientes si no se sabe con cuántos se vería imposibilitada para alcanzar esa masa crítica de clientes?”

[00:44:29] José Plata: Sí, por la lógica del mercado residual. Yo creo que acá voy a retomar nuevamente el tema.

A ver. ¿Cuál es la lógica económica que hay detrás de esto? [Inaudible] económica es que un mayorista tiene incentivos en fortalecer su cadena de distribución para que el minorista venda más porque si el minorista vende más todos ganan, ¿cierto? Eso es la lógica, de hecho, es una externalidad positiva. En ese sentido, lo que desea el mayorista es fortalecer a su minorista para que el minorista venda más. Y así de ahí para arriba todos resultan ganadores en la cadena.

Entonces, en ese sentido, ¿cuáles son las alternativas que tiene para competir un agente cuando se enfrenta a una estrategia de acuerdo de exclusividad?

Primero. Yo puedo pelear por esos agentes que tienen cláusulas de exclusividad, ¿cierto? Entonces, yo puedo rivalizar por ese 5 por ciento. ¿Y cómo hago para rivalizar por quedarme con ese 5 por ciento? Pues, le tengo que ofrecer mejores condiciones de lo que le está ofreciendo mi competencia, porque prácticamente para haberse ganado ese 5 por ciento, se le tuvo que haber dado

beneficios al minorista, sino el minorista por qué iba a firmar esa cláusula de exclusividad.

Entonces, yo tengo como pelear por ese... – yo puedo pelear por ese 5 por ciento ofreciéndole mayores inversiones, ofreciéndole mejor mobiliario, ofreciéndole mejor precio por cerveza para que aumente [corte de audio] gane más plata cuando venda. Yo me enfoco en el mercado restante, me enfoco en el 95 por ciento.

Entonces, cuando me enfoco en el 95 por ciento, entonces la pregunta es “bueno, pues ¿entonces qué tengo que hacer yo para construir un círculo virtuoso como el que construyó mi competidor [fonético] con ese 5 por ciento para replicar entonces mi propia cadena de valor y fortalecer a mis propios distribuidores para que vendan mis propios productos?”.

Entonces, por eso es que hay dos formas, finalmente, de aproximar esto y así están explicados en el... si lo vemos en la tabla nueve. En la tabla nueve que es la lógica de... si quieren vamos a verlo acá, esa doble lógica, entonces, para identificar si le afecta o no a la competencia pasa por hacerse dos preguntas. La primera es ¿cuenta el competidor, en este caso CCC, con los medios para superar las barreras de entrada identificadas en el mercado y convertirse en el competidor efectivo?

Acá prácticamente lo que se pregunta es, bueno, pues ¿CCC tiene cómo competir efectivamente por ese 5 por ciento? ¿Tiene como rivalizar con Bavaria? ¿Puedo ofrecerle mejores condiciones al tendero, al propietario [fonético] de establecimiento para que entonces no se quede con Bavaria sino se vaya con ellos?, ¿es una alternativa? Y para eso ¿qué se necesita, pues inversiones?

Ya vamos a hablar más adelante sobre la lógica que hay detrás de esto, precisamente como el mayorista se beneficia a partir de que el minorista venda menos, entonces, el mayorista tiene incentivos para hacer inversiones en el minorista, cuando el fin de que el minorista venda más.

Entonces, si yo rivalizo con uno, es decir, si yo que rivalizar por ese 5 por ciento, tengo que rivalizar con inversiones, y tengo que ofrecerle mejores condiciones a ese propietario de establecimiento.

Ahora si yo voy a rivalizar con el otro 95 por ciento restante, que es el mercado residual, entonces ahí yo lo que tengo que determinar “bueno, ¿cómo está mi red de distribución?, ¿tengo yo cómo llegarle a ofrecerle mis cervezas a todo ese 95 por ciento que está disponible?”. Entonces, por eso es que es importante, primero, identificar si el competidor que alega ser excluido por esos acuerdos de exclusividad, tiene la capacidad para rivalizar por ese mercado con exclusividad y si tiene cómo llegar a atender el 95 por ciento restante.

Sí, esa es como la primera lógica que uno dice “¿tiene Bavaria esa capacidad?”. Y eso es bien interesante porque ese valor lo responde la misma SIC en la Resolución 24329 de 2016, el caso AB InBev-SABMiller, la Delegatura para la Protección [fonético] de Competencia es vehemente en decir que CCC sí tiene los medios para competir tanto en inversión como en red de distribución. Entonces, esa es una forma, ¿no?

Entonces, bueno, como el competidor que alega ser excluido ¿tiene cómo luchar por el 5 por ciento?, ¿tiene cómo conquistar el 95 por ciento restante? Primera pregunta.

Y la siguiente pregunta es “oiga, ¿y ese 95 por ciento restante con quien no se firmó acuerdo de exclusividad?”. En caso de que el competidor diga “uy, no, yo no voy a luchar por ese 5 por ciento, eso es ya... – ya el otro competidor mío generó una cadena virtuosa con ellos y ya hay una relación ahí para crecer en la cadena de valor, yo mejor me voy a ir por el 95 por ciento restante”.

La siguiente pregunta es, ¿de acuerdo con la regla de la experiencia tener el 95 por ciento del mercado disponible para un agente le permitiría alcanzar [inaudible]? Y ahí sí, ahí la respuesta igualmente [inaudible] sí, sin tener el dato de CCC, pero sí acudiendo la magnitud de tenderos que hay en el mercado propietarios de establecimiento libre de toda exclusividad.

[00:50:10] José Sandoval: Vamos a partir [fonético] de ese 95, me imagino, es el que toma... el porcentaje. Bueno, el porcentaje de Bavaria, según lo que dice el dictamen, estuvo en el 0.94, luego el 2.79, terminó en el 5.87. Me imagino que a eso es a lo que se refiere, ¿sí?

[00:50:29] José Plata: Sí, sí, sí, seis, hablemos del seis entonces [fonético], sí.

[00:50:33] José Sandoval: Bueno, digamos entonces que hay un 94 por ciento residual.

Si no tuvo acceso a la información de CCC, ¿cómo sabe que en ese 94 por ciento tiene cómo alcanzar su masa crítica?

O sea, ¿cómo puede saberlo sin la información de CCC?

[00:50:58] José Plata: Sí, porque es lo suficientemente grande como para poder atender el mercado. O sea, simplemente uno ¿qué toma?, ¿no? Pues, cuál es el 100 por ciento de los hectolitros que se venden en este mercado, bueno, y ese 94 por ciento que significa todavía una gran cantidad de establecimientos por atender.

O sea, siendo el valor, yo creo que la pregunta es buena, pero simplemente es un tema de sentido común, es tan grande el 95 por ciento de establecimientos de comercio que quedan disponibles con los cuales construir una relación de distribución a largo plazo para aumentar las ventas que uno dice "es que si fuese más grande tal vez me preocuparía, si fuese más grande, 20, 25 por ciento, 30 por ciento de tenderos acaparados, digamos, así. Pero acá tal vez la lógica es, eso es como la lógica del complemento, como es tan grandes un 95 por ciento de tenderos en un mercado, además que se caracteriza por tener tantísimos tenderos, entonces, uno ve que hay todavía una gran posibilidad de mercado por ser atendido por CCC".

Con fundamento en lo expuesto, debe concluirse que el número de exclusividades pactado por **Bavaria** corresponde a menos del diez por ciento (10%) de los establecimientos del mercado, razón por la cual el noventa por ciento (90%) restante es suficiente para que **CCC** pueda comercializar su producto sin ningún tipo de restricción.

3.4.5. El número de exclusividades se ha mantenido en los últimos tres (3) años

Uno de los temas que más debate ha generado a lo largo de este proceso es la razón por la cual se incrementó el número de exclusividades desde el año 2016. Según el demandante, esto se debe a una intención de **Bavaria** de impedirle su entrada al mercado.

Al ser preguntado sobre este tema, el señor Santiago Ambroggio declaró lo siguiente en este proceso:

[01:33:26] Alfonso Miranda: Gracias. Díganos si es una política de Bavaria el incrementar el número de las exclusividades.

[01:33:33] Santiago Ambroggio: No, no. De hecho, hemos decidido en los últimos años o mantenerlas o bajarlas.

[01:33:42] Alfonso Miranda: Sr. Ambroggio, si eso es así, ¿cómo explica el incremento de las exclusividades que nos ha relatado?

[01:33:49] Santiago Ambroggio: No, tiene que ver con esto que mencioné al inicio. Es decir, cuando ABI llegó y miró el mercado de SABMiller en aquel momento, ¿cuál era la situación de inversión en el mercado en aquel momento?, era muy baja, cero o nula, ¿sí? Había mucha inversión desperdigada en muchos planes, en muchas cosas y lo que se vio es que el efecto era malo, ¿no?, porque al final eran poquita. Se hacían muchas cosas en el punto de venta, muy cortitas, ¿no?, Bueno, vamos a lanzar tal cosa y se hacía una cosa en el punto de venta.

Entonces, era muy malo y el resultado era un trade, un trade sumamente malo, de mala calidad, ¿sí? De hecho, gente que venía de afuera y miraba otros mercados veía eso.

Entonces, lo que se decidió en aquel momento fue es la inversión, colocarla en el desarrollo del mercado, ¿sí?, para que incluso el consumidor se beneficie y eventualmente también el resto de las compañías que participan de una tienda, ¿no?, Porque significaba pintar la tienda, poner toldos, poner visibilidad, iluminación. Entonces, eso fue lo que se decidió, entonces, y esos contratos algunos tenían exclusividad que básicamente respondía a un tema de repago de la inversión, ¿no?, se hizo una fuerte inversión en esto, y entonces, la exclusividad respondía a un periodo de recuperación de esa inversión.

Entonces, básicamente por eso ese crecimiento de exclusividades.

[01:35:24] Alfonso Miranda: Gracias. Díganos si la función de los contratos de exclusividad es impedir la entrada de los competidores al mercado.

[01:35:32] Santiago Ambroggio: No, definitivamente no.

[01:35:35] Alfonso Miranda: Y, entonces, ¿cuál es la finalidad de los contratos de exclusividad?

[01:35:39] Santiago Ambroggio: No, de nuevo, es dentro del marco de contratos de desarrollo del punto de venta, algunos tienen exclusividad. Esos que tienen exclusividad la finalidad simplemente fue, digamos, asegurar un repago de la inversión, ¿sí?, contratos que en general no superan los 12 meses, ¿sí?

Entonces, básicamente esa es la finalidad de la exclusividad, ¿okay?

De esta forma, debe considerarse que el incremento en las exclusividades se debió a una política comercial implementada por la compañía luego de la concentración empresarial de ABInBev y SabMiller en el año 2016, pues se constató la necesidad de realizar inversiones importantes en los canales de venta con la finalidad de mejorar sus condiciones comerciales y así fomentar el incremento en las ventas de los productos.

Como también lo manifestó el señor Ambroggio, el número de exclusividades se ha mantenido desde el año 2018 y hasta la fecha, entre las 28.000 y las 28.200.

A pesar de ello, en varios apartes de la sentencia se afirma que el número de exclusividades ha ido aumentando en términos porcentuales, lo que demuestra la supuesta potencialidad de la conducta de **Bavaria** de restringir el mercado.

Para hacer esa afirmación, se presenta la siguiente tabla, la cual fue tomada del Dictamen Pericial elaborado por Markup:

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

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

Como puede apreciarse, si bien es cierto que el porcentaje de exclusividades ha aumentado, también lo es que el número de exclusividades en venta de **Bavaria** se han mantenido relativamente estables entre las 28.000 y las 28.200 desde el periodo de julio a diciembre de 2018 y a la fecha.

Si los porcentajes aumentaron, como se indica en la Sentencia 4407 de 2021, no fue porque hubo un crecimiento en el número de exclusividades, sino porque hubo una reducción en el número de establecimientos de comercio, como se puede apreciar en la tabla recién presentada.

No puede imputarse a **Bavaria** el hecho de que el número de establecimientos de comercio haya disminuido, por lo que dicho aumento porcentual no es apto para demostrar una presunta potencialidad de la conducta de **Bavaria** para restringir el acceso de **CCC** al mercado.

Por el contrario, las pruebas que obran en el expediente demuestran que el número de exclusividades se ha mantenido, no que ha aumentado, como afirma la Sentencia. Esto se puede corroborar, entre otras, en las siguientes pruebas:

- a. **Dictamen Pericial de Markup:** En el Dictamen Pericial elaborado por Markup, consta que por lo menos desde el periodo de julio a diciembre de 2018 y hasta la fecha, la cantidad de exclusividades en venta se han mantenido relativamente estables entre las 28.000 y las 28.200, como se aprecia en la Tabla No. 3 que está copiada arriba.
- b. **Declaración de Santiago Ambroggio:** El señor Ambroggio explicó la evolución del número de contratos con pacto de exclusividad y dejó en claro que en 2018 y 2019 el número de exclusividades estuvo alrededor de los 28.000 y que en la última vigencia bajaron a entre 26.000 y 26.800. Adicionalmente, detalló que en los últimos años **Bavaria** decidió mantener o bajar el número de las exclusividades. Esto se puede corroborar en los siguientes apartes de su declaración:

[01:32:28] Alfonso Miranda: Muy bien, gracias. Usted nos puede decir ¿cómo ha sido la evolución de los contratos, estos contratos de fomento de patrocinio que usted nos ha mencionado entre los años 2016 a 2020?, lo que usted le conste.

[01:32:44] Santiago Ambroggio: Sí, básicamente, a ver, grandes números es, en 2016 había, digamos, reportados y demás, había más o menos unos 35 contratos, ¿sí? 2017 fueron alrededor de 7.000, más o menos para tener en la

cabeza. Luego, 2018, 2019 estuvieron alrededor de los 28.000, ¿okay?

Y ya en el último año, la última vigencia, son los que acabo de mencionar, 26.000, 26.800, ¿sí? Que coinciden con este período de desarrollo de mercado ya, con la inversión hecha y ya hoy, ya no estamos firmando contratos de exclusividad nuevos, estamos renovando y demás. Pero básicamente el número está bajando.

[01:33:26] Alfonso Miranda: Gracias. Díganos si es una política de Bavaria el incrementar el número de las exclusividades.

[01:33:33] Santiago Ambroggio: No, no. De hecho, hemos decidido en los últimos años o mantenerlas o bajarlas”.

- c. Declaración de parte de Bavaria:** El doctor Manuel Lombana también ratificó que el número de exclusividades en venta prácticamente no varió entre 2018 y 2020:

“[02:17:29] José Sandoval: Ya. ¿Cuántas exclusividades en ventas tenían en total a 31 de diciembre de 2018?

[02:17:40] Manuel Lombana: Aproximadamente 28.000.

[02:17:50] José Sandoval: ¿Ese sí ya es el dato que usted tiene discriminado sin el problema éste del mezclado con las preferencias? ¿Esas son exclusividades en ventas?

[02:17:59] Manuel Lombana: Sí señor.

[02:18:01] José Sandoval: ¿Cuántas exclusividades en ventas tenían pactadas en total a 31 de diciembre de 2019?

[02:18:09] Manuel Lombana: Pues, si quiere de una vez para 2019 y 2020, ha oscilado entre 28.000, 28.200, el último, si no estoy mal, de –

[02:18:18] José Sandoval: 2019, ¿cuánto?

[02:18:20] Manuel Lombana: 28.000 también. Está...
suben 100 o... – está, más o menos, nos hemos mantenido
en esa cifra.

[02:18:26] José Sandoval: Sí. ¿Y 2020?

[02:18:29] Manuel Lombana: Fue 27.900. O sea,
pongamos 28.000 para no...

d. Certificación presentada como Anexo 3 de la exhibición de documentos:

Por petición de la SIC, Bavaria presentó como Anexo No. 3 de la exhibición de documentos, una certificación sobre las exclusividades vigentes con corte a 31 de diciembre de cada año, en la que se puede apreciar las siguientes cifras:

Año	Contratos exclusividad
2016	35
2017	7521
2018	28204
2019	28022
2020	26797

En tal sentido, no es cierto que el número de exclusividades haya aumentado en los últimos años y, por el contrario, está plenamente acreditado que su número se ha mantenido e, incluso, se ha reducido. Si el porcentaje de exclusividades se incrementó, como lo afirma la SIC, no es porque el número de exclusividades haya aumentado, sino porque la cantidad de establecimientos de comercio se disminuyó, seguramente como consecuencia de la crisis económica, pero en todo caso no es por causa de **Bavaria**.

Sin perjuicio de ello, resaltamos nuevamente que lo que demuestran los porcentajes antes mencionados es que **Bavaria** no pretende celebrar exclusividades con al menos el 20% de los establecimientos que venden cerveza en el país, sino que está pendiente de que las exclusividades jamás lleguen a porcentajes que puedan restringir el acceso de los competidores al mercado.

CCC y los demás jugadores del mercado, tan tenido y tienen más de 450.000 establecimientos en los que pueden comercializar sus cervezas.

3.4.6. No es cierto, ni se acreditó, que Bavaria esté dispuesto a aumentar el número de exclusividades

En varios apartes de la Sentencia 4407 de 2021 se afirma que **Bavaria** está dispuesta a aumentar el número de exclusividades, lo que, según la SIC, refuerza la potencialidad de su conducta de restringir la competencia en el mercado.

Así, la Sentencia manifiesta que *“la política de Bavaria respecto al número de exclusividades que considera válido suscribir, la que muestra que no solo tiene infraestructura para aumentar las exclusividades sino también la disposición de hacerlo”*.

A su vez, señala que *“en el contexto y en las condiciones del mercado expuesto, hay circunstancias adicionales que llevan finalmente a que el riesgo de restricción se vea con claridad puesto que: (...) Además de la capacidad tiene la disposición de llegar hasta un 20% de exclusividades”*.

De igual forma, indica que *“no resulta difícil concluir que este riesgo de restricción existe porque es claro que Bavaria tiene la capacidad y la disposición de aumentar el porcentaje de cláusulas que ya tiene suscritas”*.

El sustento de estas afirmaciones es que la Política Comercial de **Bavaria** indica que dicha sociedad no suscribirá exclusividades que superen el veinte por ciento (20 %) del número de establecimientos en los que se vende cerveza en el país.

La lectura que se hizo en la Sentencia sobre esa política es errónea. Lo que allí se indica es que la compañía no quiere llegar jamás a esos porcentajes. En parte alguna se señala que **Bavaria** aspira a tener exclusividades al menos con el 20% de los establecimientos comerciales que venden cerveza.

De hecho, las exclusividades de **Bavaria** siempre han sido inferiores del diez por ciento (10 %) de los establecimientos, por lo cual no se comprende por qué la SIC afirma que **Bavaria** tiene la disposición de aumentar las exclusividades actuales.

Los números muestran que las exclusividades de **Bavaria** se han mantenido en los mismos niveles durante los últimos tres (3) años o incluso han disminuido, como se explicó a mayor detalle en la sección 3.4.5.

En el expediente no obra un solo elemento de prueba que permita concluir que **Bavaria** tiene la intención de aumentar las exclusividades actuales, por lo que la afirmación del *a quo* no se realiza con fundamento en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, sino con base en su consideración personal. Es importante resaltar que no es posible declarar responsable a alguien por algo que no ha hecho, por lo que no tiene sentido que la SIC declare que **Bavaria** actuó (en pasado) deslealmente, por la

potencialidad que tiene su conducta (a futuro) de restringir la competencia, y ello a pesar de reconocer que en el presente no ha limitado el ingreso de **CCC** al mercado.

4. INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

En esta sección es necesario resaltarle al Tribunal que la SIC tergiversó varias de las pruebas que obran en el expediente y obvió el contenido de otras sin justificación alguna, para dar por acreditado el supuesto hecho de que las cláusulas de exclusividad de **Bavaria** pueden generar el riesgo de restringir el mercado y el acceso a los competidores al mismo.

4.1. Indebida valoración del dictamen pericial elaborado por Markup

El Dictamen Pericial elaborado por Markup fue contundente en demostrar, a partir de la teoría económica y la situación actual del mercado de la cerveza, que las exclusividades pactadas por **Bavaria** no impidieron la entrada al mercado a **CCC**. Es más, el mismo estudio declaró que las exclusividades no tenían la potencialidad de impedir la entrada al mercado a la sociedad demandante.

La SIC restó mérito probatorio al dictamen y, en especial, se negó a considerar si quiera la posibilidad de que fuera cierto que las exclusividades no tuvieron el efecto ni la potencialidad de impedir el acceso de **CCC** al mercado.

Para ello, la SIC hizo un análisis sobre el cuestionario realizado por Markup, el cual se basa en el estudio que esa misma Superintendencia realiza para determinar si una regulación o un comportamiento en el mercado restringe, o no, la competencia económica. Este cuestionario fue desarrollado por esa Superintendencia, de conformidad con las recomendaciones que la OCDE realizó al país sobre sus políticas de libre competencia.

La SIC, en primera medida, señaló que era indiferente analizar la pregunta en que se aborda el tema de si **CCC** ha podido ingresar al mercado y mantener o aumentar su participación, pues si se hubiera impedido del ingreso de **CCC** al mercado, ello se debería a que **Bavaria** suscribió exclusividades con el 100% de los posibles clientes.

Sin embargo, como lo explicó el perito en su declaración, esta resulta tal vez la pregunta más relevante para el objeto de la prueba, pues si en los seis (6) años que lleva **CCC** en el mercado de la cerveza, ha podido ingresar y aumentar su participación de mercado, a pesar de la existencia de las cláusulas de exclusividad, lo cierto es que estas no tienen ni el efecto, ni la potencialidad, de restringirle la competencia.

El perito afirmó, en las páginas 8 y 9 del Dictamen que el número de establecimientos con los que **Bavaria** ha suscrito algún tipo de exclusividad es menor al 6% del total de establecimientos que venden cerveza a nivel nacional, aclarando que en este estudio se incluyeron, en gracia de discusión, los contratos de patrocinio suscritos por **Bavaria** con los cuatro tipos de cláusulas: **(i)** exclusividad en ventas; **(ii)** exclusividad en publicidad; **(iii)** preferencia en venta; y **(iv)** preferencia en publicidad.

Sin embargo, el perito aclaró también que si se incluían solamente las exclusividades en venta, que son las únicas realmente idóneas para restringir el acceso de **CCC** al mercado, en el año 2017 las exclusividades en venta pactadas por **Bavaria** sólo representaban el 1.86% de los establecimientos que comercializan cerveza a nivel nacional; en 2018 el 7.05%; en 2019 el 5.79%; y para el primer semestre de 2020 el 5.87%, por lo que es claro que existía un amplio número de establecimientos de comercio disponibles para que competidores como la **CCC** entraran al mercado.

En este punto, se hace necesario resaltar le a los H. Magistrados que la SIC, sin fundamento alguno, pasó por alto las explicaciones que en materia de cláusulas de exclusividad hizo el perito en el aludido dictamen, para concluir que no todas las cláusulas celebradas por **Bavaria** podían entenderse restrictivas del mercado.

En la página 17 del referido dictamen el perito aclaró que las preferencias (es decir la preferencia en ventas y la preferencia en publicidad) que suscribe **Bavaria** no son pactos de exclusividad; y que la exclusividad en publicidad tampoco es comparable con la exclusividad en ventas, toda vez que: **(i)** no limita la diversidad de oferta del tendero, y **(ii)** no restringe la libertad del consumidor de elegir un producto del competidor. Estas afirmaciones fueron reiteradas por el aludido perito en el minuto 02:44:10 al minuto 02:45:32 del interrogatorio oral que rindió para sustentar su dictamen, quien sostuvo que la preferencia o exclusividad en materia de publicidad no es restrictiva de la competencia, porque pueden existir otros canales de venta para los competidores.

Ahora bien, frente al aumento de la cuota de participación en el mercado de **CCC**, el perito expresó en la página 9 de su estudio que la sociedad demandante aumentó su participación en el mercado de la venta de cerveza de 1.45% a 3.85%⁷⁵ entre octubre de 2017 y junio de 2020, consolidándose como un competidor efectivo.

Así mismo, en la página 21 manifestó que la sociedad demandante pasó de vender 7.6962,6 hectolitros en el periodo de octubre-diciembre de 2017, a vender 9.591,9 hectolitros en el periodo de abril-junio de 2020, lo cual evidencia una tendencia creciente desde abril-junio de 2018 a abril-junio de 2020 y un aumento en el volumen de hectolitros vendidos de octubre-diciembre de 2017 a enero-marzo de 2018, de

⁷⁵ Este porcentaje se calcula del volumen de hectolitros vendidos respecto del total vendido en el mercado nacional.

15.831,7 hectolitros en solo 4 meses, lo que equivale a un aumento en la cuota de participación en el mercado del 1.45% al 1.62%⁷⁶.

Bajo la lógica anterior expuesta por el perito, si las exclusividades no pudieron impedir a CCC su ingreso al mercado, no se explica cómo podrían ser una restricción cuando CCC ya es un competidor asentado.

Por otra parte, frente a la pregunta b) del cuestionario sugerido por el perito, relativa a si CCC cuenta con los medios para superar las barreras de entrada en el mercado y convertirse en un competidor efectivo, el perito indicó que sí cuenta con los medios necesarios, pues: **(i)** tiene el músculo financiero de **Postobón** y **Heineken**, unas de las empresas más importantes a nivel nacional e internacional; **(ii)** cuenta con la línea de distribución de **Postobón**, que según dicha sociedad es la más grande e importante del país; y **(iii)** puede hacer uso del portafolio de marcas de **Heineken**, que es uno de los productores más importantes de cervezas del mundo.

En el minuto 00:54:54 del interrogatorio oral que rindió para sustentar su dictamen, el experto reiteró que la CCC tiene la estructura de distribución para llegar fácilmente al mercado residual o disponible, entendido como el número de establecimientos en los que se comercializa cerveza que no tienen ningún tipo de exclusividad y que pueden ser disputados por los competidores⁷⁷, el cual equivale al 95% de la totalidad de establecimientos.

La SIC negó esta afirmación, por considerar que la base para hacerla fue la Resolución No. 24329 de 2016 y que el perito no había corroborado que ello fuera cierto. No obstante, la misma Sentencia utiliza esa misma Resolución No. 24329 de 2016 para afirmar que **Bavaria** tiene una posición dominante en el mercado, sin ninguna verificación por parte de la SIC o sin ninguna prueba en el que expediente que indique que aquella posición que tuvo en 2016, la siga teniendo en el 2021.

En cualquier caso, lo cierto es que en el expediente no existe ninguna prueba que indique **(i)** que **Heineken** o **Postobón** tienen problemas financieros que les impidan hacer las inversiones necesarias para que CCC sea un competidor efectivo en el mercado; **(ii)** que **Postobón** perdió la línea de distribución más importante del país o que la que tiene actualmente no es lo suficientemente grande como para garantizar que CCC tenga acceso a la mayoría de establecimientos del país en los que se venden bebidas alcohólicas y no alcohólicas; o **(iii)** que **Heineken** ya no tiene el importante portafolio marcario que le ha llevado a ser una de las empresas cerveceras más importantes del

⁷⁶ Se resalta que este aumento de participación en el mercado se produjo por el periodo en el que se aumentó el número de exclusividades suscritas por Bavaria, por lo que los fundamentos de la demanda se caen por su propio peso, al constatarse con las pruebas obrantes en el expediente que el aumento en el número de exclusividades suscritas por Bavaria no afectó la competencia en el mercado de la sociedad demandante.

⁷⁷ Min 00:24:09 del interrogatorio oral rendido por Jorge Plata, perito de Markup.

mundo. Si en el expediente se demostró que **CCC** tiene todas estas ventajas competitivas, la SIC solo podría desconocerlas si en el mismo expediente hubiera otras pruebas que acreditaran que ya no cuenta con ellas.

En relación con la pregunta c) del referido cuestionario, el experto concluyó que el porcentaje de exclusividades siempre fue inferior al 10% de los establecimientos de comercio, lo que implica que dichas exclusividades no son lo suficientemente grandes como para impedirle a **CCC** alcanzar su escala mínima eficiente.

La SIC descartó esta conclusión en la sentencia de primera instancia, pues consideró que el perito no realizó ningún estudio sobre la producción de **CCC** y los costos de la misma, sino que dicha conclusión la había hecho con fundamento en el sentido común y en su experiencia como experto en economía de la competencia.

La conclusión del perito, no obstante su claridad y coherencia, no fue valorada. En efecto: si el noventa y cuatro por ciento (94 %) de los establecimientos están libres de exclusividades y más del ochenta por ciento de la cerveza que se vende en el país se comercializa en establecimientos que no tienen una exclusividad en venta con **Bavaria**⁷⁸, una empresa que tiene una producción actual del siete por ciento (7%) de la cerveza que se comercializa en el país y una capacidad máxima de producción del quince por ciento (15%),⁷⁹ claramente tiene espacio para comercializar sus productos.

Siguiendo el tema del volumen, para efectos prácticos, se puede ilustrar lo anterior en un ejemplo. Si un parqueadero que tiene cien (100) puestos de parqueo tiene ocupados veinte (20) de esos puestos, es claro que una persona que tiene entre siete (7) y quince (15) carros puede parquearlos perfectamente en dicho parqueadero, pues el parqueadero tiene ochenta (80) espacios de parqueo libres.

⁷⁸ Se encuentra probado con el testimonio de Santiago Ambroggio, ejecutivo de Bavaria que el 6% de los establecimientos que tienen exclusividad venden aproximadamente el 20% de la producción total de cerveza que se vende en el país. El aludido testigo afirmó en el minuto 02:48:33 de su interrogatorio que: "(...) El 5, 6% de los establecimientos que tienen exclusividad con Bavaria venden aproximadamente el 20, 21% del total del volumen de cerveza que se vende en el país (...)".

⁷⁹ Este aspecto se encuentra probado con la nota de prensa "*Las fórmulas de Postobón y Heineken para retar la hegemonía de Bavaria*" publicada por EL TIEMPO, la cual se encuentra presente en el expediente como el anexo No. 14 aportado con la contestación de la demanda. En esta nota se rescata que el presidente de Postobón afirmó que abrirían una planta de producción de cerveza en Sesquilé para competir por el 15% del mercado: "(...) *El mercado hoy es de 20 millones de hectolitros. Nosotros vamos a construir una fábrica para 3 millones de hectolitros. Es decir, estamos hablando de cerca del 15 por ciento del volumen, que queremos colocar en el mercado. Ese es nuestro alcance, digamos, en una etapa inicial. En los primeros tres a cinco años, lo que queremos es vender esos tres millones de hectolitros en Colombia (...)*". Esta misma circunstancia se reitera en la nota de prensa "*¿Cómo va la construcción de la nueva planta de Heineken en Sesquilé?*" publicada por la Revista Dinero, y que reposa en el expediente como el anexo No. 15 de la contestación de la demanda; y en la nota de prensa "*Así calienta motores competencia cervecera de Bavaria y Postobón*" publicada por EL TIEMPO y que reposa en el expediente como el anexo No. 16 de la Contestación de la demanda.

Con independencia de lo simple que parece ser la conclusión, a esta no llega una persona común o una que solamente tenga conocimientos en derecho, como el *a quo*, sino un experto en economía, que tiene distintas maestrías en economía de la competencia y que ha sido parte del grupo de expertos del país que se encargan de verificar si los proyectos de regulación generan una restricción indebida en la competencia. Por esto, es claro que su opinión, así sea basada en su lógica económica o en su experiencia profesional, debe ser tomada en consideración pues tiene una alta capacidad de demostración.

En adición, en el expediente no obra ninguna prueba que controvierta la afirmación del perito, pues no hay medio probatorio que acredite que el noventa y cuatro por ciento (94%) libre de exclusividades no es suficiente para que CCC pueda comercializar su producto y alcanzar las eficiencias en sus costos de producción.

Por el contrario, el perito de Markup, José Plata, al momento de absolver el interrogatorio oral para sustentar su dictamen, ante una pregunta del suscrito apoderado, afirmó desde el minuto 03:05:33 al 03:07:35 que **Bavaria** podría tener exclusividades hasta con un 60, 70 e incluso con un 80% de los establecimientos que venden cerveza, sin impedir que CCC alcanzara su masa crítica de clientes.

Si otra hubiera sido la conclusión, le habría correspondido a CCC demostrar que efectivamente las cláusulas de exclusividad pactadas por **Bavaria** le habían impedido alcanzar sus costos eficientes y no a **Bavaria**, como parte demandada, demostrar su actuar leal y respetuoso de la juridicidad. No puede olvidarse que, de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del Código General del Proceso, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que fundan su postura para que sea declarada a su favor la respectiva consecuencia jurídica en la sentencia.

Sobre la pregunta d), a través de la cual se concluyó que no existen penalizaciones para los establecimientos por la terminación de las exclusividades, lo cual resalta la ausencia de efecto o de potencialidad de la conducta para afectar la libre competencia, la SIC manifestó que existe la posibilidad de que los establecimientos deban devolver los equipos entregados en comodato o que no reciban más descuentos por parte de **Bavaria**, lo cual como se demostró anteriormente no es cierto.

El perito manifestó al respecto en las páginas 24 a 25 del dictamen escrito que:

(...) El último análisis del test propuesto por el perito está relacionado con la inexistencia de cláusulas de penalidad en los contratos de exclusividad que Bavaria firma con los propietarios de establecimientos, de manera que estos en cualquier momento pueden optar por la terminación del contrato si está en su interés pasarse a CCC.

Los contratos de exclusividad que se incluyen en los anexos 5.1 5.2 tienen en común que no pactan penalización alguna por la terminación anticipada del contrato. Sin embargo, en la cláusula 13.3 de los contratos que rigieron entre 2016 y 2018 se observa una diferencia ya que uno de estos permite la terminación anticipada por cualquiera de las partes con previo aviso de dos meses, mientras que el otro únicamente permite terminar anticipadamente la exclusividad por parte de BAVARIA. En el modelo de contrato que rige a partir de 2018, la cláusula de terminación del contrato permite a cualquiera de las partes acabarlo con preaviso de dos meses (...).

Con base en lo anterior, el Perito concluye que, tras la lectura de los contratos, no encuentra penalizaciones significativas por terminación anticipada del contrato que incrementen los costos de salida de los propietarios de establecimientos de comercio en el sentido de desalentarlos de su intención de pasarse a CCC, en caso de que este último les ofreciera condiciones más favorables. El hecho de que en uno de los tres contratos se haya encontrado que antes de 2018 existían cláusulas que sólo permitían la terminación unilateral de BAVARIA y no al propietario del establecimiento, no cambia la conclusión ya que a partir de 2018 se observa que la situación giró hacia la terminación unilateral por cualquier parte a partir de esa fecha (...). (Énfasis fuera del texto)

Incluso, como lo resalta la misma sentencia de primera instancia en la página 20, está demostrado en el expediente que, ante el incumplimiento o la terminación anticipada de la exclusividad por parte del establecimiento, ningún tipo de penalidad se causa para el mismo⁸⁰. Es decir, que como ya se demostró, **Bavaria** no le pide al establecimiento que devuelva la nevera, ni los demás equipos en comodato, o que le solicite la devolución del valor de la inversión hecha por **Bavaria** en su infraestructura, o que **Bavaria** deje de venderle u otorgarle descuentos por la compra de producto⁸¹.

De conformidad con lo expuesto, debe concluirse que la SIC hizo una indebida valoración probatoria del dictamen pericial, carente de cualquier fundamento probatorio para ello, y basado únicamente en sus convicciones personales.

⁸⁰ “(...) Al respecto, es cierto que los contratos de patrocinio no contienen penalizaciones “.

⁸¹ Anexo No. 4 de la solicitud de nulidad presentada el 19 de abril de 2021. Este hecho se encuentra acreditado en el expediente a través del testimonio de Santiago Ambroggio, ejecutivo de Bavaria, quien manifestó a partir del minuto 1:38:04 que salirse del contrato no tenía como consecuencia ninguna penalidad en contra de los establecimientos ni tampoco significa que vayan a despintar el lugar o a quitarle las mesas.

4.2. Indebida valoración de otros medios de prueba practicados en el proceso por parte del juez de primera instancia

La normativa procesal establece que corresponde a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas buscan que se declaren⁸². De igual forma, se obliga que toda decisión judicial debe basarse en las pruebas regular y oportunamente presentadas y practicadas en el proceso⁸³.

Por esto, correspondía a **CCC** demostrar que el actuar de **Bavaria** había tenido el objeto o producido el efecto de impedirle su efectiva entrada al mercado. Y a la SIC le incumbía dictar una decisión en derecho, basada solamente en las pruebas que obran en el expediente. Sin embargo, ninguno de ellos hizo lo correspondiente.

En virtud del principio de presunción de inocencia y de la buena fe, a **Bavaria** no le correspondía demostrar que su actuar no había sido desleal. Sin embargo, con la única finalidad de que no hubiera un rastro de duda respecto de su comportamiento intachable, el demandado probó todos y cada uno de los elementos que permiten concluir que su actuar no tuvo la intención o el efecto de impedir a **CCC** el ingreso al mercado.

Sin perjuicio de lo ya comentado a lo largo de esta sustentación, se resalta nuevamente al Tribunal que la SIC, sin contar con un material probatorio que sustentara su posición y haciendo caso omiso a las pruebas que obran en el expediente, declaró que el actuar de **Bavaria** era desleal, pues presuntamente (y sin pruebas que lo demuestren), tendría la potencialidad de restringir la entrada de los competidores al mercado.

El análisis de la SIC se construyó a partir de dos premisas centrales: **(i)** que todas las exclusividades pactadas por Bavaria tenían la potencialidad de restringir el mercado y **(ii)** que existía un riesgo de que **Bavaria** aumentara el número de exclusividades.

Así, en primera medida, la SIC omitió valorar que los pactos de exclusividad generan una serie de beneficios para la competencia y que los mismos solo son considerados como desleales, cuando han tenido un efecto real restrictivo de la misma. Se encuentra acreditado en el presente proceso que los pactos de exclusividad generan beneficios para los tenderos, para los consumidores y disminuyen el *free riding*.

En el dictamen pericial de MarkUp se afirmó por el perito lo siguiente:

⁸² Inciso primero, Art. 167, Código General del Proceso: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)”.

⁸³ Artículo 164, Código General del Proceso: “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

“(...) en esta segunda etapa de análisis, el Perito analizará a partir de la doctrina y lo expuesto por expertos en la materia las eficiencias derivadas de las cláusulas de exclusividad para concretar qué impacto tienen en el caso concreto ante la celebración de estas por parte de BAVARIA y algunos establecimientos de comercio en el mercado de cervezas en Colombia.

(...)

Ahora bien, de los 31.545 contratos que estuvieron vigentes de manera continua de 2018 a 2019, el 63,1% de los establecimientos reportó incrementos en sus ventas. Esto implica que en más de la mitad de los establecimientos donde se tuvo exclusividad para 2018-2019 las ventas aumentaron. De manera concreta de acuerdo a la información aportada al perito el aumento en las ventas corresponde a un promedio ponderado al 27.3 de las ventas.

(...)

El perito puede concluir que las cláusulas de exclusividad generan mayores beneficios económicos a un margen razonable de tenderos, al permitirles incrementar sus ventas. Cabe señalar que la entrega por parte de Bavaria de mobiliarios como mesas y sillas se traduce a la vez en beneficios para el consumidor final quien puede consumir su cerveza en el lugar de compra con mayor comodidad comparado si el dueño del establecimiento no contara con este tipo de bienes.

(...)

Se desprende del texto anterior, que el ‘PARÁGRAFO SEGUNDO’ señala que sólo en caso de que BAVARIA lo requiera se deberán devolver los elementos no consumibles que fueron entregados a título de comodato. De acuerdo con lo reseñado se tiene que este tipo de cláusulas tienen como fin que un competidor no (sic) beneficie de las inversiones realizadas por BAVARIA, en casos tales como el uso de las neveras para almacenar en frío cervezas de un competidor y proceda hacer sus propias inversiones (...)⁸⁴.

⁸⁴ Páginas 25 a 27 del aludido dictamen.

En el mismo sentido y como ya se expuso en este memorial, Santiago Ambroggio sostuvo en su testimonio que las cláusulas de exclusividad pactadas por **Bavaria** generaban múltiples beneficios. Del minuto 00:57:33 al minuto 00:59:25 sostuvo que las exclusividades se enmarcan dentro de unos programas de fomento y de inversión dirigidos a las tiendas, bares y restaurantes, para que el consumidor tuviera mejores opciones para conseguir su cerveza fría, en un lugar agradable y con sillas agradables.

No se otorgó por parte del *a quo* ningún valor probatorio a estos medios de prueba que demuestran que los beneficios que la teoría económica ha señalado que producen los pactos de exclusividad se encontraban presentes en las suscritas por **Bavaria**, pues ellas generan beneficios a toda la cadena de comercialización de cerveza, desde el productor, pasando por los establecimientos de comercio y hasta los consumidores.

Así mismo, en la Sentencia de primera instancia no se analizaron ni valoraron por parte del *a quo* las pruebas que demuestran que no todas las cláusulas pactadas por **Bavaria** pueden ser consideradas como exclusividad en venta, susceptibles de restringir el acceso a los competidores al mercado.

En las páginas 30 y 31 de la Resolución No. 24329 del 3 de mayo de 2016, proferida por la SIC en ejercicio de funciones administrativas -documento que fue aportado como prueba con la demanda- se exponen las cuatro (4) diferentes clases de exclusividades suscritas por **Bavaria**: **(i)** exclusividad en venta, **(ii)** exclusividad en publicidad, **(iii)** preferencia en venta y **(iv)** preferencia en publicidad. Esta información puede corroborarse con el Oficio No. 15-306376-01004-0001 del 6 de octubre de 2017 enviado por **Bavaria** a la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual obra a folios 163-164 del expediente.

En la misma línea, puede evidenciarse en el contrato de patrocinio aportado por la demandante -el cual obra a folios 153-154 del expediente- su cláusula quinta que se refiere a exclusividad en publicidad. Es claro de su simple lectura que no restringe la venta por parte del tendero de productos de la competencia de **Bavaria**. Estas pruebas son coincidentes con lo manifestado por los peritos de Markup, quienes, en la página 17 del dictamen, aclararon que las preferencias sin exclusividad (es decir la preferencia en ventas y la preferencia en publicidad) que suscribe **Bavaria** no son pactos con la aptitud de restringir el acceso a los competidores; y que la exclusividad en publicidad tampoco es comparable con la exclusividad en ventas, toda vez que: **(i)** no limita la diversidad de oferta del tendero, y **(ii)** no restringe la libertad del consumidor de elegir un producto del competidor. Estas afirmaciones fueron reiteradas por el aludido perito en el minuto 02:44:10 al minuto 02:45:32 del interrogatorio oral que rindió para sustentar su dictamen, quien sostuvo que la preferencia o exclusividad en materia de publicidad no es restrictiva de la competencia porque pueden existir otros canales de venta para los competidores.

Así mismo, el señor Santiago Ambroggio manifestó en el minuto 01:31:21 de su testimonio que las cláusulas destacadas por la demandante tienen varias modalidades pues unas se refieren a la preferencia, pero no a la exclusividad en ventas. Así las cosas, era claro que la única cláusula, en gracia de discusión, que por su literalidad se podría acercar al menos a la situación descrita en la demanda sería la cláusula de exclusividad en ventas, pues en los demás casos si el consumidor desea adquirir un producto de la competencia el tendero lo podía vender. Todas estas evidencias fueron obviadas por completo por el *a quo* sin justificación alguna.

De igual manera, el *a quo* no valoró las pruebas que efectivamente acreditaban que, a pesar de lo sostenido en la demanda, ni la suscripción ni el aumento de exclusividades por parte de **Bavaria** habían restringido el acceso ni la participación efectiva en el mercado de **CCC**, ni tampoco podían generar ese riesgo, pues la **CCC** ha aumentado su participación en el mercado de 2017 a 2020 e incluso en el último año, de acuerdo con las notas de prensa aportadas como anexos 18 y 20 de la contestación de la demanda, tuvo un crecimiento por encima de todos los demás participantes en el sector de la venta de cerveza.

Sin perjuicio de lo ya expresado y desarrollado en el Capítulo 3 de este memorial, se reitera al Tribunal que está probado en el presente proceso que la sociedad demandante ha aumentado su participación en los últimos años y ha logrado tener ingresos positivos en muy poco tiempo, lo cual no es natural en un negocio entrante al mercado. Muestra de esto se encuentra en el dictamen pericial de Markup, en la declaración rendida por el perito en la audiencia de contradicción del dictamen, en la declaración de Thor Borresen, en el dictamen pericial elaborado por el doctor Baena, en las certificaciones de Nielsen que muestran el aumento de participación de mercado de **CCC**; y también en la declaración de parte de **CCC** en la cual se explicó el aumento de dicha participación.

Y, finalmente, como ya se refirió en este escrito, el *a quo* sostuvo en la sentencia que se impugna, que **Bavaria** supuestamente está dispuesta a aumentar el número de pactos de exclusividad suscritos con sus clientes pues consideró que el hecho de que mi representada se asegurara que las exclusividades no podían superar el 20% de la cantidad de establecimientos del mercado implicaba que **Bavaria** estaba dispuesta a alcanzar dicho límite, tergiversando por completo el contenido de las afirmaciones hechas por el señor Santiago Ambroggio en su testimonio. El mencionado testigo, contrario a lo sostenido por la SIC, afirmó que es una política empresarial de **Bavaria** autolimitarse en el número de exclusividades que pueden pactar, hasta máximo el 20% de ellas con el objetivo de respetar la libre competencia.

A partir del minuto 56:18 el señor Ambroggio lo que afirmó fue que “somos muy cuidadosos de la competencia y de la libre competencia” y que, junto al área legal de la compañía, llevan un control de los contratos de patrocinio de manera que el uso de estas palancas, como muchas otras, no interfieran con la libre competencia. En el minuto

57:33 de su testimonio recalcó que llevaban un control minucioso de las cantidades y lugares donde se celebran estas cláusulas de exclusividad y del minuto 01:17:48 al 01:18:35 sostuvo que:

“... mi área es la encargada de validar que los contratos estén dentro de la política establecida por la compañía... a que los contratos que se suscriben no generen concentración... o no superen ciertos límites autoimpuestos respecto a la cantidad (...)”.

Así mismo, agregó en el minuto 01:18:59 que:

“(...) nuestro mandato desde el punto de vista de compliance es que no deberíamos superar el 20% de los puntos de venta que tengan algún contrato de exclusividad, y de hecho nuestros números nos dan 5, 6% (...)”.

En el mismo sentido, y frente a diversas preguntas formuladas por el Despacho, el señor Ambroggio expresó de manera vehemente, desde el minuto 01:21:13 al minuto 1:26:07 que su área se encarga de monitorear el número de exclusividades suscritas por **Bavaria** por regiones y por zonas para no generar ningún tipo de concentración y si llega una solicitud de un contrato de exclusividad que genere ese riesgo se desestima, e incluso si la compañía se pasara de ese 20% de exclusividades -como porcentaje autoimpuesto- entraría a revisar todos los contratos suscritos con sus clientes para mirar opciones para su rescisión.

De esta forma, llama la atención que se haya considerado por el *a quo* que el 20% de exclusividades como tope, autoimpuesto es una meta a la cual pretendía llegar **Bavaria**, pues por el contrario quedó acreditado con el mismo dicho del señor Santiago Ambroggio que mi representada tomaría medidas en caso de que el número de exclusividades suscritas estuviera llegando a ese tope o lo sobrepasara, todo con el fin de respetar la libre competencia. Así mismo, no existe ninguna prueba en el expediente que señale que **Bavaria** estaría dispuesta a alcanzar el límite de ese 20%. Muy por el contrario, los elementos probatorios practicados dentro del presente proceso demuestran que las exclusividades de **Bavaria** se han mantenido desde 2017 a 2020 por debajo del 9%.

La SIC declaró que las cláusulas de exclusividad tienen la potencialidad de restringir la entrada de competidores al mercado, cuando en realidad no existe una sola prueba en el expediente que indique que ello es cierto. Esa afirmación se hizo bajo la íntima convicción del *a quo* de que ello era verdadero, sin contar con una prueba que indicara que así es.

Así las cosas, es claro que el juez de primera instancia valoró indebidamente las pruebas practicadas dentro del presente proceso, tergiversando su contenido, e incluso

descartando, sin motivación fáctica o jurídica, alguna aquellas que demostraban la ausencia de responsabilidad de mi poderdante, con el único propósito de sustentar su teoría de un supuesto riesgo de afectación al mercado, fundada en especulaciones y sin ningún respaldo en las pruebas que obran en el expediente. De esta manera, existen razones más que suficientes para que el Honorable Tribunal revoque en su integridad el fallo de primera instancia y exonere de toda condena a mi representada.

5. NO SE HAN DEMOSTRADO LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA DECLARAR A BAVARIA CIVILMENTE RESPONSABLE

La SIC ha explicado que *“tratándose de un tipo específico de responsabilidad civil extracontractual, la disciplina de la competencia desleal tiene por exclusivo propósito de estudio, aquellas conductas del mercado que tengan un fin concurrencial”*⁸⁵.

A su vez, el Tribunal ha indicado que *“es principio que informa el ordenamiento civil patrio, que toda persona que cause daño o agravio a otro sujeto debe repararlo, aforismo que descansa sobre la regla general de la conducta culposa, al que se agrega, como elementos que tipifican la responsabilidad civil, la necesaria prueba del hecho que provocó el daño, el perjuicio y el nexo causal entre éste y aquel, presupuestos de convergencia indispensable para la estructuración del fenómeno”*⁸⁶.

En tal sentido, el régimen de competencia desleal hace parte del régimen de responsabilidad civil extracontractual y, como consecuencia de ello, para declarar la responsabilidad del demandado, se deben demostrar necesariamente los tres (3) elementos constitutivos de la misma: **(i)** daño, **(ii)** culpa o dolo y **(iii)** nexo causal.

En el presente proceso no se demostró que se le haya causado un daño a **CCC**, que ese daño haya sido causado por culpa de **Bavaria**, ni que exista un nexo causal entre el daño y la culpa, pero a pesar de ello, la sentencia declaró responsable a **Bavaria**.

A continuación, analizamos cada uno de estos elementos y la forma en la que no fueron demostrados en el proceso.

⁸⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales, Sentencia No. 5 de 28 de febrero de 2011 *“Por el cual se decide un proceso por competencia desleal”*. Exp. 07-39636. SD: Dionisio Manuel de la Cruz Camargo. Caso Motos de Bolivar vs United Motors.

⁸⁶ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 28 de mayo de 2012. Exp. 110013199001200625545-01. M.P. Luz Stella Roca Betancur. Caso EPM vs Telebridge. Reiterado en Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 31 de mayo de 2012. Exp. 11001319900120062553301. M.P. Luz Stella Roca Betancur. Caso EPM vs Encuestel. Y en Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia de 28 de septiembre de 2012. Exp. 11001 3199 001 2004 09688 01. M.P. Gamal Mohammand Othman Atshan Rubiano. Caso EPM vs Intelmarketing.

5.1. Inexistencia del daño – Sin daño no hay responsabilidad

El daño ha sido entendido como *“detrimento, menoscabo o deterioro, que afect[a] bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva”*⁸⁷.

El daño, para que sea reparable, debe ser cierto y personal, conceptos que se definen de la siguiente manera:

*“La certeza atañe a la materialidad de la lesión, puesto que es la real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente, ya sea actual o bien potencial e inminente, mas no eventual, de ahí que si está fundado en la posibilidad remota de obtener un beneficio en el caso de que la acción dañina no se hubiere producido será hipotético. Y la exigencia de ser personal implica que sólo el que lo ha sufrido debe ser resarcido, sin que impida el ejercicio de la acción indemnizatoria por sus herederos o por los terceros afectados con el daño reflejo”*⁸⁸.

En relación con el daño que la conducta de **Bavaria** habría causado, **CCC** afirma que *“en virtud de los contratos de patrocinio, los propietarios de los establecimientos que los suscriben adquieren la obligación de realizar publicidad exclusiva de las marcas de Bavaria y de vender de manera exclusiva las cervezas de esta, con lo cual, como se explicará en líneas posteriores, se restringe el acceso de la accionante al mercado, pues la exclusividad contractual impide que CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S. pueda contratar con los propietarios de estos establecimientos de comercio, que a 31 de diciembre de 2017 ascendían a 13.535, en perjuicio de mi representada y de la competencia”*.

Para demostrar lo anterior, **CCC** únicamente aportó y solicitó las pruebas que demuestran la cantidad de exclusividades pactadas por Bavaria, pero omitió demostrar el efecto que las mismas han causado en **CCC**.

Cabe preguntarse si **CCC** perdió dinero como consecuencia de las exclusividades; si **CCC** no logró vender sus cervezas en el mercado; si **CCC** perdió el dinero invertido la producción de las cervezas; si **CCC** no logró crecer en el mercado. Lo cierto es que nunca lo sabremos, pues **CCC** no aportó una sola prueba o, si quiera, dio alguna señal de que esto fuera así.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de octubre de 2012. Exp. 2006 00372 01.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de enero de 2013. Exp. 110131030262002-00358-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

Por el contrario, como se detalla en el Capítulo 3.3. de este escrito, **CCC** ha ganado una participación importante en el mercado de la cerveza y en muy poco tiempo. Adicionalmente, este crecimiento le ha permitido a **CCC** obtener beneficios económicos rápidamente, lo cual no es un comportamiento normal en el mercado, pues generalmente toma más tiempo a un entrante en el mercado tener un EBIDTA positivo.

La razón de lo anterior es clara: las exclusividades de **Bavaria** no restringieron a **CCC** la entrada al mercado.

No puede perderse de vista que de los 480.000 establecimientos de comercio en los que se comercializa cerveza, **Bavaria** solamente vende en 360.000 de ellos, lo que da un margen a CCC para vender sus productos en los 120.000 restantes. Adicionalmente, de esos 360.000 en los que **Bavaria** vende sus productos, solo 28.000 tienen un pacto de exclusividad, por lo que en los otros 322.000 también podría comercializar sus cervezas. Si sumamos dichos valores, **CCC** tiene un acceso efectivo en 452.000 establecimientos, de los 480.000 que existen en el país.

Si a lo anterior le agregamos que **CCC** tiene una producción que solo podría abarcar aproximadamente el 15% del mercado, es forzoso concluir que **CCC** tiene un amplio margen de establecimientos de comercio para vender sus productos.

Para corroborar lo anterior, respetuosamente nos remitimos a las explicaciones y pruebas presentadas en los Capítulos 3.3., 3.4.4. y 3.4.5.

Así las cosas, no solo está demostrado que **CCC** no acreditó haber sufrido un daño, sino también que en realidad dicho daño nunca existió.

Esto es tan claro, que la SIC declaró en su Sentencia 4407 de 2021 que *“la demandante no demostró la configuración de la conducta ‘por efecto’, por cuanto no acreditó la efectiva restricción de su acceso al mercado que se aduce en la demanda”*.

Por lo anterior, en desarrollo del principio según el cual sin daño no hay responsabilidad, no puede declararse a **Bavaria** como responsable.

5.2. Inexistencia de culpa o dolo

En relación con la culpa, se ha explicado que *“tiene venero en el artículo 2341 del Código Civil, consagrando la culpa como presupuesto de la responsabilidad, el que se traduce en negligencia, imprudencia, descuido o impericia en el comportamiento desplegado, amén*

que admite graduación, según su gravedad y conforme lo previsto en el artículo 63 ibídem, cuestión que tiene importancia en la concurrencia de culpas”⁸⁹.

A su vez, el artículo 63 del Código Civil establece lo siguiente:

“Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

En las secciones 3.4 y 3.4.2 de este documento se explicó y demostró que **Bavaria** se esmeró diligentemente en establecer un esquema de auto-control como consecuencia del cual las exclusividades no afectarían negativamente a **CCC** o a cualquier otro competidor en el mercado.

Este esquema está compuesto principalmente de tres (3) aspectos: **(i)** que los pactos de exclusividad se hicieran de forma tal que permitieran a los demás participantes del mercado competir por los puntos de venta; **(ii)** garantizar que el número de las exclusividades de ninguna forma superara el 20% de los establecimientos del mercado; y **(iii)** se estableció un mecanismo de seguimiento constante sobre las exclusividades, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de estas políticas.

Para asegurar la posibilidad de que **CCC** o los demás participantes de este mercado puedan competir por los establecimientos de comercio, ofreciéndoles mejores condiciones que las que **Bavaria** les entrega, se estableció que las exclusividades tendrían las siguientes características:

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de enero de 2013. Exp. 110131030262002-00358-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

- (i) Tienen un **término de duración de un (1) año**, con la finalidad de que al vencerse el plazo, el punto de venta quedara libre de la exclusividad y pudiera negociar con **Bavaria** o con cualquier otro participante del mercado, un nuevo contrato de patrocinio.

Esto significa que cada año **Bavaria** negocia nuevamente, con cada uno de los establecimientos de comercio con los que ha tenido o busca tener exclusividad, unas nuevas condiciones. Por supuesto, con cada nuevo contrato, se hacen nuevas inversiones en los puntos de venta, lo cual beneficia a su propietario y a quienes consumen el producto en el mismo.

- (ii) **No tienen renovación automática**, para que el punto de venta no quede cobijado por la exclusividad más allá del plazo inicialmente previsto y tenga la posibilidad de negociar unas condiciones más beneficiosas.
- (iii) **No tienen penalización** de cualquier tipo por incumplir el pacto de exclusividad, ya sea porque vende o publicita producto de la competencia o porque termina el contrato antes de tiempo.

La experiencia ha mostrado que aproximadamente el 40% de los establecimientos con un compromiso de exclusividad con **Bavaria**, no la cumplen.

- (iv) Su **número máximo no excederá el 20 %** de los establecimientos de comercio, para garantizar que el 80 % de puntos de venta restante queden libres de exclusividad y puedan vender los productos de la competencia o negociar sus propias exclusividades con **CCC** o con los demás participantes del mercado.

En la práctica, el número de exclusividades de **Bavaria** nunca ha superado el 10%, por lo que siempre ha estado disponible el 90 % restante para **CCC** y para los demás competidores.

- (v) Hay que seguir un **procedimiento establecido** para suscribir nuevas exclusividades, en el que varias áreas de la compañía se encuentran involucradas y están encargadas de aprobar la suscripción de nuevas exclusividades, para lo cual tendrían que analizar el número existente de las mismas y las condiciones en que se pactarían.
- (vi) Se realiza un **monitoreo constante** de las exclusividades, para garantizar que las exclusividades cumplen las características mencionadas y poder hacer los reportes periódicos a la SIC sobre este tema.

Esto muestra el esmero que ha puesto **Bavaria** para poder adelantar los programas de patrocinio, que, como se analizó en la Sección 3.2. de este documento, generan

beneficios para **Bavaria**, para los establecimientos de comercio y para el consumidor, sin afectar negativamente la competencia en el mercado.

Este gran esmero o autocontrol, descarta la existencia de cualquier tipo de culpa, inclusive la levísima, por lo que no es posible declarar responsable a **Bavaria** por la presunta restricción a la competencia que se le imputa.

5.3. Inexistencia del nexo causal entre el supuesto daño y la hipotética culpa

El nexo causal es el “*enlace entre un hecho antecedente y un resultado consecuente que no es otro que el perjuicio; en otras palabras, corresponde a una relación de causa a efecto*”⁹⁰.

Lo anterior implica, obligatoriamente, que ha debido demostrarse que cualquier perjuicio que **CCC** haya sufrido, necesariamente ha sido como consecuencia del actuar de **Bavaria**.

Al igual que no se ha demostrado que **CCC** haya sufrido un perjuicio, ni que la conducta de **Bavaria** haya sido culposa o dolosa, tampoco consta en este proceso que un hipotético perjuicio sufrido, haya sido como consecuencia del actuar de **Bavaria**, por lo que el nexo causal no ha sido probado.

Contrario a lo anterior, lo que se probó con los dictámenes periciales aportados al proceso por Markup y por Rubén Baena es precisamente que en el periodo en el cual se invoca el aumento en el número de exclusividades suscritas por **Bavaria** (2017-2018), aumentó la participación de la **CCC** en el mercado, lo que es más que suficiente para desvirtuar el supuesto nexo causal alegado y no probado por la parte demandante.

De conformidad con lo expuesto y teniendo en cuenta que no se han demostrado los elementos necesarios para configurar la responsabilidad civil, no es posible declarar civilmente responsable a **Bavaria** por un supuesto acto de competencia desleal, por lo que lo procedente es revocar la Sentencia 4407 de 2021 y, en su lugar, declarar que **Bavaria** no ha vulnerado lo dispuesto en la Ley de Competencia Desleal.

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 21 de enero de 2013. Exp. 110131030262002-00358-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

6. LA SENTENCIA TIENE CONSIDERACIONES Y DECISIONES QUE NO SON LÓGICAS ENTRE ELLAS

La Corte Constitucional ha considerado que la incoherencia interna de una sentencia judicial, entendida como la incongruencia entre su parte motiva y la parte resolutive, se constituye en una circunstancia que vulnera el derecho fundamental al debido proceso de las partes, pues las decisiones ambiguas o ininteligibles generan incertidumbre respecto del alcance de la decisión proferida:

“(…) Respecto de su relación con el deber de motivación de las decisiones judiciales ha indicado la corporación que ‘si la validez de la sentencia y la legitimidad de sus decisiones se encuentran en la motivación, es lógico concluir que la incongruencia entre la decisión y la motivación desconoce el debido proceso constitucional’. Por consiguiente, ha subrayado que una sentencia es susceptible de ser anulada ‘Cuando se presente una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive de la sentencia, la cual genere incertidumbre respecto del alcance de la decisión proferida. Un ejemplo de ello son las decisiones anfibológicas o ininteligibles, las contradictorias o las que carecen totalmente de fundamentación en la parte motiva (...)’”⁹¹. (Énfasis fuera del texto)

En la Sentencia de primera instancia se indicó en su parte considerativa, que para ese “Despacho resulta claro que en el presente caso Bavaria **incurrió** en la conducta de pactos desleales de exclusividad debido a que ha ejecutado **comportamientos que tienen la potencialidad** de restringir la competencia dentro del mercado de la cerveza”.

Lo anterior se encuentra plasmado también en la parte resolutive, en donde se resolvió “DECLARAR que Bavaria & Cía. S.C.A. **incurrió** en el acto de competencia desleal denominado pactos desleales de exclusividad consagrado en el artículo 19 de la ley 256 de 1996”.

Adicionalmente, la sentencia también resolvió “ORDENAR a Bavaria & Cía. S.C.A. abstenerse de suscribir, **a futuro**, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza. Lo anterior, sin perjuicio de que Bavaria & Cía. S.C.A. **puede conservar las exclusividades que tenga pactadas a la fecha** de notificación de la presente providencia”.

Esta última orden se realizó por considerar que en el expediente “no se demostró la restricción efectiva de la competencia sino que el acto se configuró en nivel potencial,

⁹¹ Corte Constitucional, Auto 224 de 2015, M.P: Myriam Ávila Roldán.

luego no estaría acorde con esa potencialidad una orden de suprimir los contratos vigentes que en sí mismos no han generado una efectiva restricción”⁹².

Es decir, en la Sentencia **(i)** se declaró que **Bavaria** incurrió un comportamiento desleal (en tiempo pasado); **(ii)** se autorizó mantener las exclusividades actuales (en tiempo presente); y **(iii)** se le ordenó no suscribir pactos de exclusividad en venta (a futuro).

En consecuencia, las decisiones tomadas por la SIC no son coherentes entre ellas. Primero, indica que **Bavaria** actuó deslealmente, porque es posible que a futuro su conducta tenga un efecto en el mercado. Y segundo, la autoriza a continuar realizando el mismo comportamiento. En la página 13 del fallo de primera instancia se afirma que:

“(…) Pues bien, para este Despacho resulta claro que en el presente caso Bavaria incurrió en la conducta de pactos desleales de exclusividad debido a que ha ejecutado comportamientos que tienen la potencialidad de restringir la competencia dentro del mercado de la cerveza”. (Énfasis fuera del texto)

De conformidad con la afirmación anteriormente citada, es claro que la SIC considera que mi representada ha ejecutado comportamientos que tienen la potencialidad de restringir la competencia, lo que incluiría comportamientos presuntamente ejecutados en el pasado y comportamientos presuntamente ejecutados en el presente. Sin embargo, en el numeral dos del resuelve de la mencionada providencia, se ordenó por la SIC:

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

Es decir, consideró legales las cláusulas de exclusividad pactadas por **Bavaria** hasta el momento de la notificación de la Sentencia, a pesar de que en la parte motiva había afirmado que dichas cláusulas debían entenderse incluidas dentro de los actos que presuntamente ha venido ejecutando mi mandante para restringir el mercado. Estas circunstancias marcan un claro desconocimiento de la congruencia interna que debe guardar cualquier decisión judicial, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso de mi representada.

⁹² Página 21.

Es claro que **Bavaria** no puede ser declarada responsable de un comportamiento pasado, por la potencialidad que considera la SIC que existe de que a futuro dicho comportamiento restrinja la competencia en el mercado. Precisamente, solo se puede declarar ilegal una conducta pasada, si en el pasado la misma generó un daño. Tan no está probado el supuesto daño, que el Juez de primera instancia afirmó, categóricamente en la página 21 de la Sentencia, que no existe daño al mercado. Adicionalmente, no se explica cómo si el actuar presente de **Bavaria** es permitido, es igualmente declarado ilegal.

Las razones de ser de todas estas contradicciones radican en un solo punto: está debidamente demostrado que la conducta de **Bavaria** no es desleal, pues no ha tenido ni el propósito, ni el efecto, de generar una restricción en la competencia, pero la SIC considera que en ciertos escenarios la conducta de **Bavaria** sí podría afectar, en un futuro, la competencia.

Sin embargo, al ser esta una acción de competencia desleal declarativa y de condena, no era posible para la SIC precaver eventos futuros, sino que solamente podía declarar la ilegalidad de sucesos del pasado o actuales.

7. EL HECHO DE QUE SE DECLARE EN LA ACTUALIDAD QUE UN COMPORTAMIENTO QUE NO HA SIDO REALIZADO, RESTRINGIRÁ A FUTURO LA COMPETENCIA EN EL MERCADO, NO ES NADA DISTINTO A DESCONOCER LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE Y DE INOCENCIA QUE DEBERÍA OTORGARSE A BAVARIA. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

De conformidad con lo previsto en el artículo 281 del Código General del Proceso, la Sentencia siempre debe ser dictada en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades procesales, así como con las excepciones alegadas y demostradas en el proceso.

De acuerdo con esta disposición, solo es posible, y de forma excepcional, proferir un fallo *ultra* (más de lo pedido) o *extra petita* (por fuera de lo pedido) en casos de familia, casos agrarios o de protección al consumidor. No existe una disposición legal que permita alguna de estas excepciones al deber de congruencia de la sentencia para los casos de competencia desleal.

La misma SIC, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, ha sostenido en su jurisprudencia que la escogencia en la demanda del tipo de acción a instaurar determina la eficacia y legalidad de la sentencia. Expresamente, ha afirmado que a través de la demanda “*se establece el linaje de la acción instaurada y de manera*

correlativa, la materia que la parte demandada afrontará en la instancia; de igual modo, determina las etapas subsiguientes del juicio y aún la elucidación del principio de congruencia entre lo pedido y lo fallado, razón por la cual no hay sentencia eficaz y legalmente posible si a ella no precede una demanda satisfactoria de los requisitos de forma correspondientes, ni se edifica un juicio que no corra el riesgo de configurar un fallo minus, ultra o extra petita partium”⁹³.

Si bien en la sentencia de primera instancia se sostiene que la Ley de Competencia Desleal habilita la posibilidad de formular la pretensión incluso cuando el acto de competencia desleal no se ha materializado o cuando habiéndose realizado no ha causado daño⁹⁴, las pretensiones del presente caso sí tuvieron como fundamento la existencia de un daño con ocasión a una supuesta restricción efectiva al mercado, lo cual no se encontró probado en la Sentencia⁹⁵, por lo que el Despacho de primera instancia debió denegar las pretensiones de la demanda. Sin embargo, la Sentencia de la SIC no cumplió con estos mandatos, pues condenó de forma distinta a la pedida en la demanda y por una causa diferente a la invocada en ella.

En la demanda, CCC pidió que se concedieran las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES

*Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 256 de 1996, se interpone la presente **acción declarativa y de condena**, con el propósito de que la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia efectúe las siguientes declaraciones:*

⁹³ Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), Sentencia No. 005 de 2008.

⁹⁴ Página 11 de la referida sentencia de primera instancia.

⁹⁵ Página 21 de la referida sentencia de primera instancia: “(...) En contraste, valga agregar que la demandante no demostró la configuración de la conducta “por efecto”, por cuanto no acreditó la efectiva restricción de su acceso al mercado que se aduce en la demanda. Sobre el punto, de acuerdo con la acusación formulada en la demanda: “(...) la conducta de Bavaria de suscribir contratos de patrocinio con los propietarios de los establecimientos de comercio de mayor recordación y volumen de compra en los principales municipios del país, que implica para estos la obligación de realizar publicidad y venta exclusiva de cervezas identificadas con marcas del portafolio de Bavaria, ha generado un nefasto efecto sobre la libre competencia, pues la accionante, que es un nuevo participante en este mercado, no puede acceder a estos para comercializar sus productos y lograr competir con quien ostenta posición de dominio” (hecho 17 de la demanda). Sin embargo, no se demostró en el proceso que Bavaria hubiera suscrito las exclusividades con los propietarios de todos los establecimientos de mayor recordación y volumen de compra. Si bien quedó demostrado que las ha suscrito en establecimientos que reportan importantes niveles de ventas, no es menos cierto que no está probado que eso haya ocurrido con todos los establecimientos de mayor recordación y volumen como se acusa en la demanda, por lo que no podría hablarse de una restricción efectiva a la luz de lo planteado por CCC (...).”

PRIMERA: Que se declare que la sociedad BAVARIA S.A. ha incurrido en actos de competencia desleal en contravención de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996.

SEGUNDA: Que se declare que la sociedad BAVARIA S.A. incurrió en actos de competencia desleal contrarios a las sanas costumbres mercantiles, la buena fe comercial y los usos honestos en materia industrial y comercial, en contravención a la cláusula general de competencia desleal establecida en el artículo 7 de la Ley 256 de 1996.

TERCERA: Que se ordene a la sociedad BAVARIA S.A. como consecuencia de las anteriores declaraciones a

3.1. Abstenerse de suscribir contratos en los que se establezcan cláusulas de denominadas EXCLUSIVIDAD O PREFERENCIA EN PUBLICIDAD y EXCLUSIVIDAD O PREFERENCIA EN VENTA, en virtud de las cuales el propietario del establecimiento de comercio no puede publicitar o vender productos de la competencia.

3.2. Suprimir de los contratos vigentes, a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso, las cláusulas denominadas EXCLUSIVIDAD O PREFERENCIA EN PUBLICIDAD y EXCLUSIVIDAD O PREFERENCIA EN VENTA, en virtud de las cuales el propietario del establecimiento de comercio no puede publicitar o vender productos de la competencia". (Énfasis fuera del texto original de la demanda)

Estas pretensiones se sustentaron principalmente en lo siguiente:

*"17. En suma, la conducta de BAVARIA de suscribir contratos de patrocinio con los propietarios de los establecimientos de comercio de mayor recordación y volumen de compra en los principales municipios del país, que implica para estos la obligación de realizar publicidad y venta exclusiva de cervezas identificadas con marcas del portafolio de Bavaria, **ha generado un nefasto efecto sobre la libre competencia**, pues la accionante, que es un nuevo participante en este mercado, **no puede acceder a estos para comercializar sus productos y lograr competir** con quien ostenta posición de dominio.*

(...)

*En el presente caso, teniendo en cuenta la definición de la conducta desleal y los hechos que sirven de fundamento a la presente acción, es evidente que la conducta desplegada por la accionada tipifica la conducta denunciada, pues con el incremento desmesurado de contratos de patrocinio por parte de BAVARIA a partir del 2017, empresa que tiene posición de dominio, **disminuyó la competencia**, pues CENTRAL CERVECERA DE COLOMBIA S.A.S no puede acceder a estos para comercializar sus productos y lograr competir con quien ostenta posición de dominio." (Énfasis fuera del texto original de la demanda)*

Con fundamento en esto, es claro que CCC interpuso una acción declarativa y de condena, con la finalidad de que se prohibiera a **Bavaria** pactar cláusulas de exclusividad, pues las mismas, a su juicio, tuvieron el efecto de restringir la entrada de CCC al mercado.

Sin embargo, la sentencia no declaró que la conducta de **Bavaria** haya tenido el efecto de impedir la entrada de CCC al mercado, como fue pedido en la demanda, sino se sostiene que el actuar de **Bavaria** tiene la potencialidad de restringir la entrada de competidores al mercado, lo cual no fue pretendido por CCC.

Al haberse declarado expresamente en la sentencia que la conducta de **Bavaria** no había tenido el efecto de impedir la entrada de CCC al mercado, debió negar las pretensiones de la demanda. Empero, como si de pretensiones preventivas y de prohibición se tratara y no de las declarativas y de condena, que fueron las propuestas por CCC, la SIC condenó a **Bavaria** a no aumentar el número de exclusividades, pero a su vez le permitió mantener el número actual de exclusividades.

Al respecto sostuvo que *"no se puede ordenar suprimir las exclusividades vigentes en la medida que, como se afirmó, no se demostró la restricción efectiva de la competencia, sino que el acto se configuró en nivel potencial, luego no estaría acorde con esa potencialidad una orden de suprimir los contratos vigentes que en sí mismos no han generado una efectiva restricción"*. Este razonamiento evidencia de manera clara que el análisis del *in quo* se basó en la potencialidad de la conducta en cuestión, mas no de su efectiva ocurrencia.

De esta forma, es claro que la Sentencia no es congruente con las pretensiones y los hechos formulados por CCC en su demanda, sino que corresponden a consideraciones y prohibiciones ajenas a la misma, por lo que la misma fue fallada *extrapetita*, y es ilegal por transgredir lo dispuesto en el citado artículo 281 del Código General del Proceso.

Por esta razón, se solicita al Honorable Tribunal revocar en su integridad el fallo de primera instancia para, en su lugar, negar la totalidad de las pretensiones de la demanda, como quiera que se afirmó por el mismo juez de primera instancia que las

exclusividades suscritas por **Bavaria** no generaron el efecto de restringir ni el acceso ni la participación de la **CCC** en el mercado, por lo que es claro que mi representada no incurrió en el acto de competencia desleal previsto en el artículo 19 de la Ley 256 de 1996.

8. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA LE IMPONE UNA RESTRICCIÓN DE MERCADO PERPETUA A BAVARIA

El inciso final del artículo 28 de la Constitución Política establece que “[e]n ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

A su vez, el artículo 34 de la Constitución Política determina que “[s]e prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación”. Como es sabido, esta redacción cambió para permitir la prisión perpetua para ciertos delitos contra menores de edad.

En relación con estas disposiciones, la Corte Constitucional ha explicado lo siguiente:

*“En primer término, desde el punto de vista literal, la imprescriptibilidad hace referencia a aquello que no cesa en el tiempo. Por consiguiente, como la Constitución no distingue entre la cesación en el tiempo de la ejecución de la pena, o la cesación en el tiempo de la posibilidad de imponer la sanción, debe entenderse que la Carta excluyó ambas hipótesis, y que por ende, **la prohibición de penas imprescriptibles cubre la hipótesis de las sanciones perpetuas.**”*

*11- La interpretación precedente armoniza además con la siguiente consideración sistemática y teleológica, relacionada con la finalidad que cumple la prohibición de penas imprescriptibles, en un Estado fundado en la dignidad humana (CP art. 1º, 5º y 28). En efecto, **el derecho a no ser sometido a penas imprescriptibles tiene como objeto permitir la resocialización de la persona condenada.** La regla según la cual no existen penas imprescriptibles es una garantía constitucional de que el Estado va a atender la función resocializadora de la pena. Por otra parte, esta función resocializadora está fundada en el valor primordial sobre el cual está fundamentado nuestro Estado de derecho: la dignidad humana. Esta dignidad no se pierde por la comisión de un delito. Presumir que una persona que ha cometido un delito y ha pagado una condena no ofrece una garantía suficiente de*

*moralidad es estigmatizarla, desconociendo el carácter resocializador que consagra la Constitución. En esa medida, teniendo en cuenta la estirpe constitucional de la imprescriptibilidad de las penas como garantía de su carácter resocializador, en consonancia con el principio pro libertate, también de estirpe constitucional, **es natural que esa prohibición cubra también las penas perpetuas.***

*12- Las anteriores consideraciones se ven reforzadas por un argumento lógico, y es el siguiente: si admitiéramos que la prohibición de las penas imprescriptibles no cubre la hipótesis de las sanciones intemporales, entonces deberíamos concluir que es constitucional que la ley imponga como pena por un delito la privación perpetua del derecho a ejercer una determinada profesión, pero que es inconstitucional que la ley establezca que el Estado puede perseguir ese delito e imponer esa sanción sin limitaciones temporales. Eso significaría que si la persona empieza a cumplir su pena, entonces ésta puede ser perpetua, (con lo cual se pierde la vocación resocializadora de la pena que propugna la Constitución), mientras que si no empieza nunca a cumplir esa sanción, entonces si operaría una cierta resocialización por fuera de la pena, pues el Estado no podría intentar aplicar la sanción sino por un determinado plazo. Esa situación es a todas luces irrazonable, por lo cual hay que concluir que **no es posible hacer la distinción entre penas perpetuas y penas imprescriptibles para determinar el alcance de la prohibición establecida en el artículo 28 de la Carta. Debe entenderse entonces que esa disposición constitucional no sólo prohíbe las penas o delitos imprescriptibles, en el sentido técnico penal, sino también las penas perpetuas.***

14- La anterior interpretación armoniza además con el entendimiento que esta Corte ha dado a la prohibición constitucional de las penas imprescriptibles. En efecto, en aquellas ocasiones en que esta Corporación ha estudiado el alcance de esa interdicción ha concluido que ésta abarca también las penas perpetuas. Así, la sentencia C-110 de 2000, MP Antonio Barrera Carbonell, la Corte declaró la inexecutable del numeral primero del artículo 204 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), que establecía que los comandantes de estación y de subestación podían exigir promesa de residir en otra zona o barrio a quien 'en cantina, bares u otros sitios de diversión o de negocios situados en el barrio donde tenga su residencia, fomenta o protagonice escándalos, riñas o peleas hasta el punto de ser tenido

*en esos sitios como persona indeseable'. La Corte, entre otras cosas, constató que la medida correctiva en cuestión no tenía 'límite en el tiempo', por lo que las autoridades podían 'imponer la sanción consistente en exigir promesa de residir en otra zona o barrio, en forma permanente'. La sentencia concluyó entonces que **esa disposición violaba el artículo 28 de la Constitución 'según el cual no pueden existir medidas de seguridad imprescriptibles, lo que equivale a que no puede el legislador autorizar a que se le limite a una persona en forma permanente alguno de sus derechos fundamentales'**".*

(...)

*15- Conforme a lo anterior, **la consagración de una pena perpetua es inexecutable, por vulnerar la prohibición del artículo 28 superior, según la cual, en Colombia son inadmisibles las penas imprescriptibles.** Por consiguiente, las inhabilidades intemporales, derivadas de un hecho punible, son también inconstitucionales, pues esas inhabilidades representan una pena perpetua"⁹⁶.*

De esta forma, en Colombia está prohibido imponer penas perpetuas. La jurisprudencia ha explicado que lo perpetuo es lo intemporal, lo que no tiene límites ni medidas en el tiempo, es decir, lo indefinido, de tal suerte que tiene un comienzo pero no un fin⁹⁷.

Teniendo en cuenta lo explicado, debe resaltarse que en la Sentencia 4407 de 2021 se resolvió "ORDENAR a Bavaria & Cía. S.C.A. abstenerse de suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza. Lo anterior, sin perjuicio de que Bavaria & Cía. S.C.A. puede conservar las exclusividades que tenga pactadas a la fecha de notificación de la presente providencia".

Por considerar que esta orden no fue clara, CCC le pidió a la SIC aclarar o complementar la sentencia para "que se indique, para evitar equívocos, que la orden de abstenerse de suscribir, a futuro, contratos de suministro que incluyan cláusulas de exclusividad para la venta de cerveza, comprende las renovaciones y/o prórrogas de los contratos vigentes".

Por medio del Auto 63701 de 26 de mayo de 2021, la SIC resolvió la petición de CCC, en los siguientes términos:

"Como se observa, en la orden proferida no se omitió resolver ninguno de los extremos de la litis bajo el entendido de que el

⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1212 de 21 de noviembre de 2001. M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-295 de 16 de julio de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

pronunciamiento hecho no omitió incluir que la orden comprendía las renovaciones y/o las prorrogas de los contratos vigentes, pues lo cierto es que en la pretensión CCC no pidió que al momento de darse la orden a Bavaria se incluyeran dichas renovaciones y prórrogas. Por el contrario, se limitó a pedir que se le ordenara a la demandada abstenerse de suscribir las exclusividades. De ahí que la orden fuera proferida en los términos que se hizo, pues de esa manera está acorde con lo pedido en la demanda. En estos términos, dado que en la sentencia fueron resueltos todos los extremos de la litis, no es procedente adicionarla”.

Como consecuencia de lo expuesto, la SIC prohibió a **Bavaria** suscribir nuevas exclusividades, pero a su vez la autorizó para mantener las exclusividades actuales.

En términos prácticos, esta decisión implica que la SIC concedió una autorización a Bavaria para que determinados establecimientos de comercio solamente vendan cervezas producidas por dicha sociedad, pero a su vez le negó a Bavaria la posibilidad de ampliar el número de exclusividades.

Dicha decisión no está limitada en el tiempo, por lo que la misma tiene un principio, pero no un fin. Según se explicó anteriormente, esta decisión debe ser considerada como de tipo perpetuo y, por ende, es inconstitucional.

Si esta decisión se mantiene, se podrían generar los siguientes efectos:

- i.** CCC nunca podría vender sus cervezas en los establecimientos de comercio que tienen una exclusividad con **Bavaria**.
- ii.** **Bavaria** no podría nunca más pactar una sola exclusividad adicional a las vigentes.
- iii.** Todo esto, sin importar los cambios que se puedan presentar en el mercado, como, por ejemplo, que **Bavaria** pierda su participación de mercado, que CCC pacte más exclusividades que **Bavaria**, o que entren nuevos competidores que dinamicen la competencia en el mercado.

Por lo expresado, respetuosamente solicito que, si no se revoca la sentencia por las razones expuestas en este documento, se modifique la decisión del *a quo*, con la finalidad de ponerle un límite temporal.

Atentamente,



Alfonso Miranda Londoño
C.C. No. 19.489.933 de Bogotá
T.P. No. 38.447 del C. S. de la J.