



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 26325 DE 2003

Por la cual se da una investigación.

15 SET 2003

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
en uso de sus atribuciones legales y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia encontró mérito suficiente para abrir investigación en contra de la sociedad Nestlé de Colombia S.A. y su representante legal, con el fin de determinar si habrían incurrido en violación a las normas sobre libre competencia, específicamente, del precepto contenido en el numeral 3 del artículo 48 del citado Decreto 2153

**SEGUNDO:** Que en aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, una vez notificada la apertura de investigación y corrido el traslado de ley, esta Superintendencia decretó la práctica de pruebas mediante acto administrativo radicado bajo el número 02060706-10004 de fecha 31 de octubre de 2002. Culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, elaboró el Informe Motivado que contiene el resumen de la investigación.

**TERCERO:** Que tal y como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficio radicado bajo el número 02060706-10029 de agosto 1 de 2003, se dió traslado del informe motivado a los investigados, quienes a través de su apoderado expresaron sus opiniones al respecto mediante el escrito radicado bajo número 02060706-10033, de fecha 13 de agosto de 2003.

**CUARTO:** Que surtidas todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso en los siguientes términos:

**1 El inicio de la actuación**

La actuación fue iniciada de oficio a raíz del aviso publicado por Nestlé de Colombia S.A. el día 22 de julio de 2002 en el diario El Tiempo, informando a los consumidores de sus productos:

**"NESCAFE, MILO, KLIM, LA LECHERA, CHOCOLATES NESTLE, NESTEA, NESQUIK, GALLETAS LA ROSA NESTLE, DOLCA, CEREALES INFANTILES NESTLE, NESTOGENO, NAN, CEREALES PARA EL DESAYUNO NESTLE, CALDO RICO, LECHE EL RODEO, CREMA DE LECHE NESTLE, PRODUCTOS MAGGI.**

*"Que los mencionados productos/ marcas pueden no encontrarse disponibles en los Almacenes Ley, Optimo, Pomona y Éxito por cuanto las condiciones que desde hace más de dos meses nos exige la Organización Éxito- Cadenalco, propietaria de los mencionados almacenes, para su exhibición y comercialización, están fuera de nuestro alcance y su eventual concesión afectaría de manera significativa los precios al consumidor.*

Por la cual se cierra una investigación

*"Lamentamos la incomodidad que la ausencia de nuestros productos en esta importante cadena de almacenes pueda causarles, por lo cual ofrecemos sinceras disculpas y los invitamos a adquirirlos en los demás establecimientos comerciales de su preferencia.*

*"Confiamos en alcanzar un pronto acuerdo con la mencionada organización en cuanto a las condiciones de comercialización de nuestros productos/ marcas, sin perjuicio para nuestros consumidores." <sup>1</sup>*

Con fundamento en lo anterior, se adelantó una averiguación preliminar por parte de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, con el fin de determinar si Néstle de Colombia S.A. habría realizado una conducta contraria a las normas sobre libre competencia. En desarrollo de lo anterior, se practicó una visita de inspección en las instalaciones de la sociedad Almacenes Éxito S.A., en la cual se recepcionó testimonio a la señora Luz Marina Mora Otálora, en calidad de Administradora Comercial -Zona Centro- de dicha empresa. Igualmente, se llevó a cabo la práctica de una visita administrativa a la Federación Nacional de Comerciantes - FENALCO-, durante la cual se tomó declaración a la doctora Jimena Peñafort, Vicepresidente Jurídica de la referida agremiación.

Con ocasión de la documentación recaudada y las pruebas recaudadas, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, encontró merito suficiente para iniciar investigación en contra de Néstle de Colombia, por la presunta violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, concretamente, de lo normado en el artículo 48, numeral 3º, del Decreto 2153 de 1992.

## **2 Tiempo de los hechos investigados**

La conducta que se tratará en la presente resolución, hace referencia a hechos que ocurrieron principalmente en el mes de julio de 2002.

## **3 Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio**

En el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 44 del mismo Decreto, se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales.

Es oportuno mencionar que dentro de las normas de competencia se encuentran diferentes facetas que permiten al Estado prevenir o sancionar, según se trate, las conductas que afectan un mercado determinado. Bajo estas facetas se sancionan los actos y acuerdos restrictivos, así como el abuso de posición dominante.

En esta perspectiva, se estableció en el numeral 3º del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, que constituye un acto contrario a la libre competencia, "[n]egarse a vender o a prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios". Ahora bien, según lo dispuesto en los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, están sujetos a las sanciones allí contempladas, tanto las empresas infractoras, como los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

<sup>1</sup> Ver folios 1 a 5 del cuaderno principal del expediente radicado bajo el número 02060706.

Por la cual se cierra una investigación

#### **4 Los hechos probados**

- La vigencia de las relaciones comerciales entre los proveedores y Almacenes Éxito se encuentra circunscrita a la negociación anual de una serie de condiciones.<sup>2</sup>
- Entre las empresas Nestlé de Colombia S.A. y Éxito existe una relación comercial desde hace más de 40 años.<sup>3</sup>
- Durante el periodo comprendido entre los meses de Enero a Agosto del año 2002,<sup>4</sup> se llevó a cabo la negociación de los parámetros sobre los cuales se regirían las relaciones comerciales entre Nestlé y Éxito para ese mismo año. Sin embargo, durante los meses de Junio a Agosto de 2003 se presentó una suspensión de las mismas.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Ver declaración del señor Cesar de los Ríos Jaramillo, presidente de Nestlé de Colombia S.A. Obrante a folios 338 a 342 del cuaderno reservado de Nestlé, quien manifestó:

*"PREGUNTA 3: Puede usted decirnos si en lo corrido del año 2002 tuvo lugar un proceso de negociación o renegociación entre Nestlé de Colombia y Almacenes Éxito, en caso afirmativo precisenos si lo recuerda en que periodo se llevó a cabo.*

*"RESPUESTA: Cada año Nestlé de Colombia negocia las condiciones comerciales con los clientes de grandes superficies, dentro de estos Almacenes Éxito Cadenalco. La negociación se inició en enero de 2002 y concluyó en el mes de agosto del año 2002".*

<sup>3</sup> Ver declaración del Doctor Santiago Figueroa Serrano, exvicepresidente adjunto de Nestlé, quien en relación con el tiempo de duración de las relaciones comerciales entre el Nestlé de Colombia S.A. y el Éxito manifestó lo siguiente:

*"PREGUNTA 17: Sírvase informar al despacho desde hace cuanto sostiene Nestlé de Colombia relaciones comerciales con almacenes Éxito.*

*RESPUESTA: Desde hace más de 40 años"*

En concordancia con lo manifestado por el Doctor Darío Jaramillo Velásquez, Vicepresidente Comercial de Éxito, quien manifestó:

*"PREGUNTA 5: Sírvase manifestar si la organización Éxito- Cadenalco tiene algún tipo de relación contractual con Nestlé de Colombia S.A., especificando en caso de ser así, en que consiste y desde hace cuanto se mantiene?"*

*RESPUESTA: Efectivamente, existe una relación comercial, yo me atrevería a decir de más de 50 años de vínculo, en donde nosotros comercializamos productos de dicho proveedor".*

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ver declaración del señor Cesar de los Ríos Jaramillo, presidente de Nestlé de Colombia S.A. Obrante a folios 338 a 342 del cuaderno reservado de Nestlé, quien manifestó:

*"PREGUNTA 11: Sabe usted si en algún momento del año 2002 quedaron suspendidas las relaciones comerciales entre Nestlé de Colombia y la organización Éxito Cadenalco.*

*RESPUESTA: Por un periodo de aproximadamente 50 días Éxito Cadenalco dejó de comprar una parte del portafolio de productos de Nestlé y en función de la no generación de ventas y la cartera morosa existente en la cuenta Éxito Cadenalco, que alcanzaba varios miles de millones de pesos, Nestlé, siguiendo la política de ventas suspendió los despachos, presentándose de esta forma escasez de productos Nestlé en las tiendas Éxito Cadenalco".*

En concordancia con lo anterior, en declaración del Doctor Santiago Figueroa Serrano, exvicepresidente adjunto de Nestlé, quien en relación con la suspensión de las relaciones comerciales entre el Nestlé de Colombia S.A. y el Éxito manifestó, lo siguiente:

*"PREGUNTA 34: Sabe usted si durante el término de las negociaciones entre Éxito y Nestlé de Colombia, a que usted se ha referido en varias de sus respuestas, se suspendieron las relaciones comerciales existentes, específicamente si Nestlé dejó de despachar mercancías al Éxito.*

*"RESPUESTA: En ese sentido Nestlé sí dejó en algunos momentos de despachar mercancías al Éxito pero por las circunstancias ya mencionadas anteriormente en cuanto a cartera y tratamiento de los productos, es de aclarar que el Éxito dejó de comprar muchísimas categorías de los productos. Yo quiero aclarar que Nestlé le asistió un interés grande de estar presente en su segundo o tercer cliente como es Almacenes Éxito".*

Por la cual se cierra una investigación

## 5 Adecuación normativa

Para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre libre competencia, debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Es por ello que en el caso particular, deben probarse los supuestos fácticos señalados en el numeral 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en cualquiera de estos sentidos:

- Acto de:

- Negarse a vender o prestar servicios a una empresa cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.
- Discriminar en contra de una empresa cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

En consecuencia, para que se configure la anterior conducta es menester que concurren los elementos subjetivos y objetivos que integran la preposición jurídica. Veamos si lo anterior se cumple en el caso *sub examine*.

### 5.1 El elemento subjetivo

Este elemento hace referencia a los sujetos que en forma activa o pasiva juegan un papel en el comportamiento que se analiza, así como a las cualificaciones que la ley ha previsto, cuya verificación resulta forzosa para la estructuración del precepto.

De esta forma, el *sujeto activo* es quien ejerce la negativa de venta o la discriminación, en retaliación a la política de precios que una empresa específica tiene implantada. Sin embargo, la misma ley se encarga de cualificar a este agente cuando define el término "acto" como "todo comportamiento de quienes ejerzan un actividad económica",<sup>6</sup> con lo cual la estructuración del sujeto ha quedado condicionada, a que quien ejerce la retaliación, efectivamente desarrolle una actividad económica.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Numeral 2 del artículo 45 del Decreto 2153.

<sup>7</sup> La Corte Constitucional ha señalado que la libertad económica consiste en "...la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio".

La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre la cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico (...).

"De la anterior norma —el artículo 333 de la Carta— se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas. (...)" Corte Constitucional; Sentencia C-616-01, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

En igual sentido, se ha manifestado que por actividad económica se entiende "[t]oda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos, sin importar que con aquellas se persiga o no un fin de lucro" Ver: [www.procompetencia.gov.ve](http://www.procompetencia.gov.ve) documento: Informe sobre el sector de servicios de transporte de volteo.

Por la cual se cierra una investigación

Dicho lo anterior, tenemos que Nestlé de Colombia S.A., ejerce en forma habitual y permanente una actividad económica consistente en "fabricar, deshidratar, pulverizar, envasar, preparar, comprar, vender, distribuir, importar y exportar y en general comerciar con toda clase de productos alimenticios, artículos patentados. Bebidas y artículos de consumo humano o que deban usarse junto con cualquier artículo alimenticio. (...)"

El sujeto pasivo de la conducta, por su parte, lo constituye el destinatario de los actos de negativa de venta y retaliación, quien además de ser receptáculo de la conducta desplegada, debe tener el carácter de empresa. En el caso que se analiza, el ente sometido a la negativa por parte de Nestlé habría sido Almacenes Éxito, quien dadas sus condiciones particulares se ajusta a la definición de empresa que presenta el Código de Comercio.<sup>8</sup>

En consecuencia, el elemento subjetivo se cumple al advertirse la presencia de ambos sujetos bajo las cualificaciones que la ley señala.

## 5.2 El elemento Objetivo

El precepto normativo señalado se estructura sobre la negativa a vender a una empresa o la discriminación en su contra, como una respuesta adversa a la política de precios que tiene implementada.

Nótese que lo que se está reprochando no es el simple acto de dejar de vender a una empresa en particular, sino que la determinación de la conducta comporta una retaliación en contra de la política de precios que el sujeto pasivo tiene implementada, de modo que entre una y otra circunstancia medie una relación de causa-efecto. Respecto al segundo de los supuestos, la discriminación, podría decirse lo mismo, y es que esa diferencia en el trato no tenga otra razón de ser que la política de precios que decide adoptar una empresa en particular, que por la falta de justificaciones valederas se torna en discriminatoria.

La posibilidad de las empresas de "participar libremente en los mercados" constituye una de las principales finalidades que persiguen las normas sobre libre competencia y, en esta línea, no cabe duda que el precio constituye, por excelencia, un instrumento para lograr el favorecimiento de la clientela.<sup>9</sup> Por ello, cuando el precio no es fijado por el empresario en consideración a sus costos y expectativas de utilidad, sino impuesto por un tercero, se está coartando la posibilidad de participar y desenvolverse libremente en un mercado.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> De conformidad con el artículo 25 del Código de Comercio, se entiende por empresa "[t]oda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o mas establecimientos de comercio".

<sup>9</sup> "El precio es una variable del marketing que viene a sintetizar, en gran número de casos, la política comercial de la empresa. Por un lado, tenemos las necesidades del mercado, fijadas en un producto, con unos atributos determinados; por otro, tenemos el proceso de producción, con los consiguientes costes y objetivos de rentabilidad fijados. Por eso deberá ser la empresa la encargada, en principio, de fijar el precio que considere más adecuado.

"Para el cliente potencial, el valor del producto se manifiesta en términos objetivos y subjetivos, ya que tiene una escala muy particular a la hora de computar los diferentes atributos de los que está compuesto, de ahí la denominación de caro o barato que les da. Sin embargo, para la empresa el precio es un elemento muy importante dentro de su estrategia de marketing mix, junto con el producto, la distribución y la promoción.

"Por tanto, podemos definir el precio como la estimación cuantitativa que se efectúa sobre un producto y que, traducido a unidades monetarias, expresa la aceptación o no del consumidor hacia el conjunto de atributos de dicho producto, atendiendo a la capacidad para satisfacer necesidades". Marketing en el Siglo XXI. Política de precios. Por Rafael Muñiz González

<sup>10</sup> Al respecto, ha sostenido la Corte Constitucional que "[l]a competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia. De

Por la cual se cierra una investigación

El precio como factor de competencia corresponde al fuero de cada agente económico y la potestad de autodeterminación en este aspecto no puede ser desconocida o atropellada por quien utiliza en la negativa de venta o en la discriminación, instrumentos de presión o retaliación para quienes se resisten a su sometimiento.<sup>11</sup>

Ahora bien, la manera en que fue redactada la norma exige un efecto o resultado, en este caso la negativa a vender, con lo cual no basta con que se haya tenido la intención de hacerlo o de dejarlo de hacer. Se requiere, entonces, que haya existido una negativa a vender y que ésta haya sido como retaliación a la política de precios establecida por el comprador. Otro tanto puede decirse en cuanto a la discriminación, y es que ésta efectivamente sea ejercida y no quede en simples amenazas del sujeto activo.<sup>12</sup>

Hecha la anterior aproximación conceptual, encontramos que en el caso concreto pudo establecerse que a mediados del año pasado, se suspendieron las ventas de productos de Nestlé a Almacenes Éxito. Así se desprende de los movimientos contables de ambas empresas y de las declaraciones recepcionadas por este Despacho.<sup>13</sup> No obstante, resulta pertinente hacer algunas aclaraciones en torno a lo sucedido.

En primer término, las negociaciones entre Nestlé y el Éxito el año anterior se extendieron desde del mes de enero hasta el mes de agosto, con lo cual las mencionadas empresas se hallaban en periodo de negociaciones para la época en que se presentó la situación aludida en el párrafo anterior. Ello resulta de especial relevancia, pues habría sido entonces la falta de consenso o entendimiento frente a determinados aspectos de la negociación, el motivo que ocasionó la suspensión de las relaciones comerciales entre las aludidas empresas.

Adicionalmente, se presentó una situación de retardo en los pagos del Éxito, circunstancia que, de acuerdo a lo establecido en la investigación, fue determinante en la decisión de Nestlé para no continuar despachando productos a Almacenes Éxito, hasta tanto no se normalizara la situación de cartera. En

---

*ahí, que la Carta Fundamental, le ha impuesto expresamente al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar el abuso de la posición dominante que los empresarios tengan en el mercado". Corte Constitucional; Sentencia C-616-01, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil. (Subrayado nuestro)*

<sup>11</sup> *"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados. (...)*

*"La Constitución no puede, sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional". Corte Constitucional, Sentencia C- 535-97*

<sup>12</sup> La discriminación implica una violación al derecho a la igualdad, por lo que su prohibición se encamina a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable. Sobre este último punto, se ha dicho que *"El principio de igualdad solo se viola si el tratamiento diferenciado de casos no está provisto de una justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe ser apreciada según la finalidad y los efectos del tratamiento diferenciado."* Corte Constitucional; Sentencia C-016/93. M.P. Doctor Ciro Angarita Barón.

<sup>13</sup> De acuerdo con la relación de egresos e ingresos correspondientes a las compras y ventas, entre el Éxito y Nestlé, respectivamente, se observa que durante los meses de junio, julio y parte de agosto del año pasado, no se presentaron operaciones entre las mencionadas empresas por concepto de compra y venta de productos. (Fuente cuaderno reservado del Éxito: relación mensual de pagos, relación mensual de compras y ordenes de pedidos de compra de Éxito a Nestlé de Colombia, obrante a folios 369 1 370, 400, 402-403).

Por la cual se cierra una investigación

efecto, el señor Santiago Figueroa Serrano, quien ocupó el cargo de Vicepresidente Adjunto de Nestlé de Colombia, manifestó lo siguiente:

*"(...) PREGUNTA 9: Asumió Nestle algún tipo de conducta o de respuesta frente a las pretensiones formuladas por el Éxito a que ha hecho usted mención en una de sus respuesta anteriores?"*

*RESPUESTA: Nestle trató de llegar a un acuerdo con Éxito. Esto no fue fácil, y nosotros notamos que se deterioró la cartera, que el trato que dio a los productos no era el trato que estos se merecían en concordancia con su participación en el mercado y con su prestigio. Le repito que nosotros siempre estuvimos atentos a llegar a un entendimiento con esta cadena.*

*"(...) PREGUNTA 27: De acuerdo con las condiciones de venta de Nestlé y en la relación tradicional con el Éxito y con las otras grandes superficies, qué se considera cartera corriente.*

*RESPUESTA: Transcurridos 30 días después de la venta el cliente está en mora si no realiza el pago. Es decir al día 31 lleva un día de mora. Nestle tiene una política muy severa sobre este particular en el sentido de que suspende despacho a los clientes morosos. Esto no es solamente con el Éxito sino con cualquier cadena que incurra en mora. Hemos tenido casos con Olímpica, Carulla, etc.*

*"PREGUNTA 28: Sírvase informar al despacho si durante la época de la negociación entre el Éxito y Nestle en el año 2002 incurrió Éxito en mora en el pago de sus obligaciones con Nestle.*

*RESPUESTA: Sí, si incurrió. Inclusive en la carta aludida del señor de los Ríos se menciona esta situación.*

*"(...) PREGUNTA 34: Sabe usted si durante el término de las negociaciones entre Éxito y Nestle de Colombia, a que usted se ha referido en varias de sus respuestas, se suspendieron las relaciones comerciales existentes, específicamente si Nestle dejó de despachar mercancías al Éxito.*

*RESPUESTA: En ese sentido Nestle sí dejó en algunos momentos de despachar mercancías al éxito pero por las circunstancias ya mencionadas anteriormente en cuanto a cartera y tratamiento de los productos, es de aclarar que el Éxito dejó de comprar muchísimas categorías de los productos. Yo quiero aclarar que Nestle le asistió un interés grande de estar presente en su segundo o tercer cliente como es almacenes Éxito".<sup>14</sup> (Subrayado nuestro)*

La versión anterior resulta acorde con el interrogatorio absuelto por el presidente de Nestle de Colombia S.A., el doctor Cesar de los Ríos, quien sobre el punto expresó:

*"(...) PREGUNTA 7: Por qué razón o cuales fueron los motivos por los que los productos de Nestle o algunos de ellos no se encontraban disponibles en los Almacenes Éxito.*

*RESPUESTA: Durante el curso de la negociación entre las dos empresas, Almacenes Éxito Cadenalco dejó de comprar una buena parte del portafolio de productos de Nestle aduciendo baja rentabilidad, contrario al proceder de las negociaciones de años anteriores. En vista de esto hice una revisión de la situación de negocios entre las dos compañías y encuentro que la cartera, en otras palabras lo que Éxito Cadenalco adeudaba a Nestle, iba creciendo mes a mes hasta llegar a cifras de miles de millones de pesos por encima del vencimiento de los plazos de pago otorgados por Nestle de Colombia a esta cadena. Siguiendo el Manual de Políticas de Venta de la compañía, suspendimos el despacho del saldo de los productos de portafolio de Nestle.*

*"(...) PREGUNTA 11: Sabe usted si en algún momento del año 2002 quedaron suspendidas las relaciones comerciales entre Nestle de Colombia y la organización Éxito Cadenalco.*

*RESPUESTA: Por un periodo de aproximadamente 50 días Éxito Cadenalco dejó de comprar una parte del portafolio de productos de Nestle y en función de la no generación de ventas y la cartera morosa existente en la cuenta Éxito Cadenalco, que alcanzaba varios miles de millones de pesos, Nestle, siguiendo la política de ventas suspendió los despachos, presentándose de esta forma escasez de productos Nestle en las tiendas Éxito Cadenalco.*

<sup>14</sup> Ver declaración del señor Santiago Figueroa Serrano, obrante a folios 253 a 259 del cuaderno principal del expediente radicado bajo número 02060706.

Por la cual se cierra una investigación

"PREGUNTA 12: Sirvase precisar si lo recuerda en qué meses se había presentado la situación que usted menciona en la respuesta anterior.

RESPUESTA: Si la memoria no me falla, estos 50 días caen entre los meses de junio y agosto de 2002.

"(...). PREGUNTA 14: En respuesta anterior hacia usted referencia a una política de ventas implementada por Nestle, recuerda usted si en la misma se establece algún tipo de tratamiento particular que deba seguirse para los clientes que presenten mora, en caso afirmativo díganos en qué consiste.

RESPUESTA: Presentada cartera morosa por parte de un cliente y no siendo efectiva la gestión de cobro para regular dicha mora, Nestle procede a la suspensión de despachos, hasta que dicha cartera morosa sea aclarada.

"(...). PREGUNTA 18: Puede precisarnos, si lo recuerda, a los cuantos días de mora se prevé la suspensión antes dicha.

RESPUESTA: La morosidad de cartera se genera a partir de un día que sobrepase la condición de crédito de 30 días otorgado a los clientes".<sup>15</sup>(Subrayado nuestro)

Efectivamente, luego de la constatación realizada, pudo corroborarse que el referido "Manual de Política de ventas de Nestle" contempla en el numeral 6.1 del capítulo VI, la posibilidad de que Nestle suspenda en forma temporal o definitiva los despachos a un cliente por incumplimiento de los términos de cartera establecidos, al consagrar que "[e]l incumplimiento en el pago de las facturas dentro de los plazos establecidos por la compañía, inhabilita de forma automática a un cliente para la atención de un nuevo pedido."

De la misma manera, es importante resaltar que las funcionarios del Éxito a quienes se recepcionó declaración, en ningún momento desconocieron las circunstancias relacionadas con el tema de la cartera existente. Así, sobre el punto específico hubo de manifestar el señor Luis German Fajardo lo siguiente:

"(...). PREGUNTA 8: En relación a la mora aducida por Nestle, sabe usted si esta tuvo lugar, y en caso de ser así, si lo recuerda a cuanto ascendía

RESPUESTA: Es posible que hubo mora con Nestle y otros tantos proveedores, esto se origina básicamente por toda la integración de nuestras bases de datos debido a la fusión de las dos compañías, y por la adopción principalmente del nuevo sistema de recibo de mercancías de los antiguos almacenes de CADENALCO. En todo este proceso hay una posibilidad de que documentos o facturas no sean ingresados a tiempo debido pues a la adopción del nuevo Software esto pudo haber generado mora en algunos documentos de Nestle. Yo no recuerdo el valor exacto de la mora pero eso era demasiado bajo, no superaba los \$ 50 millones, inclusive dentro de la relación de documentos que nos enviaba Nestle como facturas en mora había unos documentos que ya había sido cancelados vía transferencia electrónica.

"(...). PREGUNTA 19: Dr. Fajardo atendiendo a su experiencia sobre la dinámica y comportamiento de las relaciones comerciales entre Proveedores y el ÉXITO, indíquenos por favor si es normal que frente a una situación de mora por parte del ÉXITO, un proveedor se niegue a despachar sus mercancías o atender un pedido en particular.

RESPUESTA: Yo creo que suspender despachos por parte de un proveedor, llámese como se llame, porque no ha habido oportunidad en sus pagos, es de toda su potestad, (...)." <sup>16</sup>

Por su parte, el doctor Darío Jaramillo Velásquez manifestó:

<sup>15</sup> Ver declaración del señor Cesar de los Ríos Jaramillo, presidente de Nestlé de Colombia S.A. Obrante a folios 338 a 342 del cuaderno reservado de Nestlé.

<sup>16</sup> Ver declaración del señor Luis German Fajardo, obrante a folios 239 a 243 del cuaderno principal del expediente radicado bajo número 02060706.



Por la cual se cierra una investigación

*"PREGUNTA 13: Sabe usted o tiene conocimiento de si en el presente año se mantuvo alguna periodicidad en la entrega de los productos Nestle al Éxito?"*

*RESPUESTA: A mediados del año hubo una interrupción de entregas de productos Nestlé provenientes de una situación que se presentó con la baja rentabilidad que se nos estaba dando en algunos de los productos que normalmente se comercializaban con Nestle. Ante la baja dramática de rentabilidad de algunos de esos productos Éxito se vio en la necesidad de parar temporalmente la compra y se continuó solicitando productos de las referencias de modificadores de leche, leches y sazoadores que la firma Nestle no despachó aduciendo problemas de cartera con la organización Éxito.*

*"(...). PREGUNTA 28: Recuerda usted si en alguna ocasión Nestle de Colombia había enviado algún tipo de comunicación en que exigiera el pago de la suma adeudada por Almacenes Éxito.*

*RESPUESTA. Sucedió el no despacho y aducida la mora llegó una comunicación en donde se hacía una relación de las facturas que estaban pendientes de pago y si mal no recuerdo, una parte importante de dicha relación había sido cancelada, pero efectivamente aparecían allí unos documentos que no habían sido cancelados y que estaban en mora producto de esa comunicación se inició el proceso de búsqueda de los documentos y una vez aclarado el no pago se procedió a hacer las cancelaciones correspondientes.<sup>17</sup>*

Así mismo, aparecen en el expediente varias comunicaciones que permiten comprobar que en distintas oportunidades Nestle de Colombia efectuó la gestión de cobro de cartera vencida, lo cual podemos apreciar a continuación:

- En noviembre 19 de 2001,<sup>18</sup> se envía una relación de 7 facturas por valor de \$ 40.884.272,00 que tienen más de 30 días de cartera.
- El 13 de febrero de 2002,<sup>19</sup> Nestlé hace llegar al Éxito una relación de 35 facturas vencidas, por un valor de \$ 83.539.206,00 que tiene más de 30 días de cartera.
- En mayo 29 de 2002,<sup>20</sup> Nestlé envía una relación de 25 facturas con más de 30 días de vencimiento. Las facturas no relacionan su valor, pero sí los días de mora por cada una de ellas, encontrándose que 12 de ellas, esto es, casi el 50% superan los 90 días de cartera.
- En Junio 18 de 2002,<sup>21</sup> Nestlé, envía una comunicación donde se relacionan 28 facturas con más de 30 días de vencidas. Aun cuando dicha relación no muestra el valor unitario ni total, sí indica los días de cartera de cada una de las facturas, notándose que 20 de ellas, esto es, el 71,4% presentan más de 60 días de cartera.
- El 26 de junio de 2002,<sup>22</sup> se envía una nueva relación de 63 facturas con más de 30 días de cartera, que aun cuando no identifican su valor, se puede decir que 28 de ellas, equivalentes al 44,4%, presenta más de 60 días de cartera.

<sup>17</sup> Ver declaración del señor Darío Jaramillo Velásquez, obrante a folios 230 a 238 del cuaderno principal del expediente radicado bajo número 02060706.

<sup>18</sup> Ver folio 462 del cuaderno reservado de Nestlé.

<sup>19</sup> Ver folios 458 y 459 del cuaderno reservado de Nestlé.

<sup>20</sup> Ver folios 463 y 464 del cuaderno reservado de Nestlé.

<sup>21</sup> Ver folios 460 y 461 del cuaderno reservado de Nestlé.

<sup>22</sup> Ver folios 455 y 457 del cuaderno reservado de Nestlé.

Por la cual se cierra una investigación

Por consiguiente, está probado que la suspensión en las relaciones comerciales entre Nestlé de Colombia y Almacenes Éxito, se produjo dentro del seno de sus negociaciones comerciales.<sup>23</sup> Así mismo, quedó demostrado que la situación de cartera influyó en la determinación de Nestlé de no continuar sus ventas, mientras no se lograra una solución y que la determinación de la empresa investigada estaba fundamentada en los lineamientos trazados en su "Manual de Política de Ventas", el cual aplica con independencia del comprador.

En línea con lo anterior, quedó establecido que Almacenes Éxito no ha recibido presiones de Nestlé por la política de precios que tiene implementada. Así se desprende de las siguientes declaraciones:

El Doctor Cesar de los Ríos, Presidente de Nestlé de Colombia, manifestó lo siguiente:

*PREGUNTA 10: Sabe usted si en lo corrido del año 2002 Nestle de Colombia impartió alguna directriz o instrucción a la organización Éxito Cadenalco respecto a los precios de venta al público que debía asignar a los productos Nestle.*

*RESPUESTA: Nestle, como lo establece el Manual de Política de Ventas, no interviene en la fijación de precios al público. Cada comerciante es libre de fijar los precios al público a los que desea vender determinando de esta forma su margen de ganancia.*

Lo expresado guarda coherencia con la versión del Dr. Luis Germán Fajardo, Director de Productos de Gran Consumo de Almacenes Éxito, quien al respecto expresó:

*("...).PREGUNTA 11: Sabe usted si en alguna ocasión Nestlé de Colombia ha pretendido interferir en las políticas de precios de Almacenes Éxito.*

*RESPUESTA: No tengo conocimiento. En los años que llevo manejando el negocio con Nestlé no tengo conocimiento que haya sucedido.*

En igual sentido, el doctor Darío Jaramillo Vélez, Vicepresidente Comercial de Almacenes Éxito, expresó:

*("...). PREGUNTA 29: Sabe usted o tiene conocimiento en cuanto a si en alguna ocasión la empresa Nestle de Colombia formuló alguna observación a la política de precios que seguía Almacenes Éxito frente a sus productos.*

*RESPUESTA: No, no tengo conocimiento de comunicaciones entre Nestle Colombia y nosotros referentes a los precios. El precio como tal es una situación de mercado, ello significa que el nivel de precios se va dando en el mercado (...)."*

Lo manifestado en las declaraciones anteriores, aunado a que no existe una prueba en la actuación que permita vislumbrar la existencia de una retaliación por parte de la investigada a la política de precios del Éxito, nos lleva a establecer que no existe relación causal entre la negativa de venta de Nestlé y la política de precios de la mencionada cadena, lo que impide la configuración del numeral 3° del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

<sup>23</sup> Según ha advertido la Corte Constitucional, "la libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan base legal y que se justifiquen socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacerlo la ley cuando la autonomía privada se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial, particularmente si la autonomía sólo resulta predicable de algunos agentes económicos o sujetos y el poder privado llega a traducirse en abuso, daño o expoliación de la parte débil cuya libertad negocial pasa a ser puramente formal. Dado que el derecho a la actividad económica y a la iniciativa privada precisan del instrumento contractual, no sorprende que las limitaciones ordenadas por la ley con el objeto de asegurar el bien común, la libre competencia y la función social de la empresa, se expresen generalmente en variadas restricciones del propio ámbito contractual". Sentencia T-240/93

Por la cual se cierra una investigación

De modo, pues, que aun cuando la aludida norma presenta dos supuestos distintos e independientes, debemos concluir que en el caso *sub examine* no concurre ninguno de ellos, motivo por el cual no se advierte responsabilidad de la empresa investigada por infracción a la norma analizada.

#### 5 Autorización, ejecución o tolerancia

Según el contenido del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones hasta por 300 SMMLV a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. De tal suerte que la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa. Por ello, habiendo establecido en los términos ya expuestos, que Nestlé de Colombia S.A. no incurrió en las conductas imputadas, no encuentra este Despacho motivos suficientes para considerar que César de los Ríos haya autorizado, ejecutado o tolerado la efectiva realización de conductas en violación a las normas de prácticas comerciales restrictivas.

Por lo anterior, el trámite correspondiente a seguir, debe ser el cierre de la investigación iniciada en contra de Nestlé de Colombia S.A. y su representante legal César de los Ríos.

Por todo lo expuesto anteriormente,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO:** Cerrar la presente investigación en contra de Nestlé de Colombia S.A. y César de los Ríos como persona natural y, en consecuencia, ordenar su archivo.

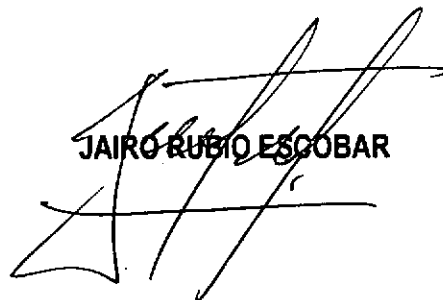
**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Martín Carrizosa Calle en su calidad de apoderado de Nestlé de Colombia S.A. y de Cesar de los Ríos, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a la misma.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 15 SET. 2003

El Superintendente de Industria y Comercio

JAIRO RUBIO ESCOBAR



Por la cual se cierra una investigación

**Notificaciones:**

Doctor

**MARTIN CARRIZOSA CALLE**

C. C. No 79.281.089 de Bogotá

Apoderado

NESTLE DE COLOMBIA S.A.

Nit. 08600021309

CESAR DE LOS RIOS

Carrera 9 No 74 - 08. Oficina 305

Ciudad