



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 34457 DE 2010
(30 JUN 2010)

Radicación No. 07-037124

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA**

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en el artículo 1 numerales 2 y 3 y en el artículo 8 numerales 3 y 5 del Decreto 3523 de 2009, modificados por los artículos 1 y 4 del Decreto 1687 de 2010, respectivamente y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que "[...] la libre competencia económica es un derecho de todos [...]" y "[...] el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional".

SEGUNDO: Que de conformidad con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 le corresponde a esta Superintendencia "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2 y 3 el artículo 1 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales, sin perjuicio de las competencias que la ley expresamente atribuya a otras autoridades" y "[a]tender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios".

CUARTO: Que dentro del mismo ordenamiento, se han establecido como funciones especiales del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia "[i]niciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.", así como "resolver sobre la admisibilidad de las denuncias de que trata el numeral anterior"¹.

QUINTO: Que mediante correo electrónico radicado con el número 07-037124 del 16 de abril de 2007, el señor Alfredo Avellaneda Hidalgo reenvió a esta Superintendencia una

¹ Decreto 3523 de 2009, artículo 8, numerales 3 y 4.

información que estaba circulando en la red de internet, según la cual, el Presidente del Directorio de Negocios de MERCALIMENTO S. A., denunciaba ciertos hechos presuntamente llevados a cabo por la sociedad ÉXITO S. A. (en adelante ÉXITO) bajo el título "La verdad de almacenes ÉXITO".

El mencionado correo electrónico fue a su vez remitido a esta entidad por el señor Mauricio Gutiérrez², por la Dirección de Protección al Consumidor Financiero de la Superintendencia Financiera³ y por la Procuraduría General de la Nación⁴.

Los hechos relacionados en la queja en cuestión, pueden resumirse así:

- a. De las Promociones: "[S]on los proveedores los que ponen el descuento. Es decir, si le venden algo con 10 o 20% de descuento, eso lo que tiene que asumir el proveedor..."⁵.
- b. Averías de los productos: "[S]i el proveedor entrega un producto en buen estado, pero por el manejo que le da el almacén se deteriora (un hundido, un rayón, etc.) eso lo asume el proveedor y no el ÉXITO que por negligente lo dañó..."⁶.
- c. El proveedor tiene que pagar para que un producto sea codificado: "[A]demás tiene que pagar por la codificación en cada Almacén (como si un computador central no pudiera pasar por red el código a todos los almacenes de una vez)..."⁷.
- d. Las facturas son pagadas a 90 días y sin intereses: "[L]as facturas se las pagan a 90 días y sin intereses. Mejor dicho, Ellos (sic) se quedan con su plata, se ganan la renta que ella produce en 90 días y luego no le dan a usted ni un peso de esa renta. Si quiere que se la paguen antes, le descuentan..."⁸.
- e. De los promotores y mercaderistas: "[L]os promotores y mercaderistas los paga el proveedor. ¿Sabe cuántos empleados se ahorra el ÉXITO?..."⁹.
- f. De los empacadores: "[S]abía que el ÉXITO no le paga a los empacadores? Piense un minuto, cuánta gente se ha quedado sin trabajo por culpa de estas prácticas desleales y sin el más mínimo sentido social...no puede ser más justo con los proveedores y los empleados..."¹⁰.
- g. El primer pedido es gratis: "[S]i usted quiere unirse como proveedor, el primer pedido es gratis"¹¹.

SEXTO: Que mediante memorando radicado con el número 07-037124-00001-0000 de fecha 16 de abril de 2007¹², el Superintendente Delegado para la Protección de la

² Folios 15 a 20 del expediente.

³ Folios 21 a 23 del expediente.

⁴ Folios 30 a 36 del expediente.

⁵ Folio 21 del expediente.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Folio 37 del expediente.

Competencia solicitó al Jefe de Grupo para la Promoción de la Competencia iniciar una averiguación preliminar para determinar la necesidad de iniciar una investigación por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia por parte de ÉXITO.

SEPTIMO: Que en desarrollo de la etapa de averiguación preliminar, esta Entidad realizó las siguientes actuaciones:

- a. Visita administrativa al ÉXITO¹³, llevada a cabo los días 18 y 19 de junio de 2008.
- b. Declaración del señor Héctor Darío Jaramillo Velásquez, Vicepresidente Comercial de ÉXITO tomada en la visita administrativa
- c. Se efectuaron requerimientos de información a ciertos proveedores del ÉXITO¹⁴.

OCTAVO: Que una vez adelantada la correspondiente averiguación preliminar, esta Delegatura considera que no existe mérito para abrir investigación formal por los hechos denunciados. Lo anterior con fundamento en lo siguiente:

8.1. Mercado presuntamente afectado

Las quejas presentadas que dieron lugar a la presente actuación están relacionadas con la forma en que el ÉXITO adelanta su actividad comercial, ello es, una actividad de comercialización de productos, entendida como comercio minorista consistente en *"la reventa (compra y venta sin transformación) de mercancías o productos, destinados para consumo o uso personal o doméstico (consumidor final)"*, excluyendo *"las actividades comerciales realizadas en casas de empeño, telemercadeo, expendios de lotería, puestos de ventas móviles y en viviendas con actividad económica"*¹⁵.

En este sentido, para efectos de la presente resolución, el análisis se centrará en los principales canales de comercialización a través de los cuales se realiza la actividad de "comercio minorista". No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que existe también un canal mayorista a través del cual los productores venden sus productos a empresas que posteriormente se encargarán de la distribución de los mismos, ya no a los consumidores finales como en el caso del comercio minorista, sino a intermediarios que se encargan de su reventa. Los canales de distribución del comercio minorista son:

- i) Grandes Almacenes Hipermercados Minoristas y Vehículos -canal GAHM-, que comprende las ventas de los grandes almacenes e hipermercados minoristas a nivel

¹³ Folios 51 a 54 del expediente.

¹⁴ Se requirió información de las empresas Huevos Oro Ltda, Verduras Ltda, Gaseosas Posada Tobón S. A., Nestlé de Colombia S.A., Bavaria S. A., Algarra S. A. y Molino Fior Huila S. A., folios 461 a 474 del expediente.

¹⁵ Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE-, Dirección de Metodología y Producción Estadística – DIMPE, *"Metodología Grandes Almacenes e Hipermercados Minoristas –GAHM–"*, 10 de junio de 2009. Pág. 32. Disponible [en línea]:

<http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/GAHM.pdf>, recuperado 12 de febrero de 2010. Comercio minorista es *"la reventa (compra y venta sin transformación) de mercancías o productos, destinados para consumo o uso personal o doméstico (consumidor final). Se excluyen las actividades comerciales realizadas en casas de empeño, telemercadeo, expendios de lotería, puestos de ventas móviles y en viviendas con actividad económica; igualmente, no hacen parte de la investigación las actividades de mantenimiento y reparación asociadas al comercio, no se incluye el comercio de mercancías usadas"*

ABUS

nacional¹⁶. Así, se entiende por grandes almacenes e hipermercados a grandes superficies, aquellos establecimientos que realizan sus ventas fundamentalmente a los consumidores finales bajo el esquema de tiendas por departamentos, en locales generalmente de un tamaño superior a 2.500 M2¹⁷.

ii) Canal tradicional, conformado por establecimientos donde se efectúan ventas a los consumidores finales, principalmente a clientes que se encuentran muy cerca a su ubicación, quienes a su vez tienen la posibilidad de realizar sus compras varias veces a la semana, incluso varias veces al día. Difieren también de los GAHM por el tamaño de los locales, la variedad de productos, el número de empleados, entre otros aspectos. Se incluyen en este canal las tiendas de barrio, restaurantes, panaderías, tiendas sociales, cafeterías, minimercados, etc.

En este contexto, el ÉXITO es una empresa que desarrolla principalmente una actividad de comercio minorista o venta al por menor de un gran número de productos de consumo masivo, en los formatos de supermercados e hipermercados, ello es, a través del canal GAHM. Para el desarrollo de su actividad empresarial cuenta con importante número de empresas proveedoras ubicadas en diferentes ciudades del país. En la Tabla 1 se describen las categorías de los productos comercializados por los almacenes ÉXITO.

Tabla 1
Categoría de productos comercializados por el ÉXITO

Categoría	Descripción
Frescos	Líneas de carnes, frutas y verduras, alimentos preparados y cafetería.
Productos de Gran Consumo (PGC)	Líneas de productos asociadas al consumo personal y de alimentos; incluyen los productos de aseo personal y farmacia (medicamentos de venta libre), aseo hogar, bebidas, abarrotes, frescos industriales, granos y otros básicos.
Textiles	Corresponde a líneas de mercancía de vestuario para toda la familia. Incluye la ropa interior y exterior masculina y femenina, infantil, bebés, calzado y marroquinería.
Hogar	Agrupar las mercancías relacionadas con la decoración, mejoramiento y dotación que el cliente necesita para su casa. Incluye las líneas de textiles hogar, electrodomésticos mayores y menores, papelería y decoración.
Entretenimiento	Comprende los productos que la familia necesita para disfrutar su tiempo libre. Incluye las líneas de ferretería, digital, fiesta, juguetería, deportes, libros y revistas.

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 34904 de 2006. Pg. 16.

Aunque son muchos los productos y muy diversos los proveedores que surten al ÉXITO, puede decirse, en general, que los proveedores ofrecen productos diferenciados a sus clientes, según el canal de distribución de que se trate. Entre las características que distinguen la oferta de un producto dependiendo del canal de comercialización se encuentran el empaque, su presentación, la calidad e incluso el volumen de ventas. Así

¹⁶ Ibidem, pg. 7

¹⁷ Cfr., ibidem, pg. 10

mismo, la negociación contractual que adelantan los productores con los GAHM es más estricta, debido a una serie de requisitos que deben cumplir los proveedores, no solo en cuanto a especificidades del producto, sino también en aspectos financieros, comerciales y técnicos, entre otros¹⁸.

Con el fin de hacer un análisis preliminar en este estado de la actuación en relación con el mercado presuntamente afectado, la Delegatura envió numerosos requerimientos de información¹⁹ a algunas empresas que suministran sus productos al ÉXITO para su posterior reventa, entre otras con el propósito de estudiar la posibilidad que tienen los proveedores de sustituir las ventas que realizan a través de un determinado canal de distribución, es decir, observar la eventual sustituibilidad entre los diferentes canales de distribución y ventas.

Los requerimientos de información fueron enviados a una selección aleatoria de 7 empresas proveedoras del ÉXITO, que si bien no constituye una muestra representativa, la información recaudada sí permite obtener datos útiles respecto de las características de los canales de distribución antes mencionados.

En la tabla 2 se presentan las características del proceso de comercialización y ventas con los canales de distribución de tres empresas comparables²⁰ de la muestra.

¹⁸ El señor Héctor Jaramillo, Vicepresidente Comercial de los almacenes ÉXITO, indicó en su declaración (Cuaderno 1, Folio 74) lo siguiente en relación con el método o las variables que son tenidas en cuenta por el ÉXITO para la selección de los proveedores: "... que necesitamos el producto. Después se evalúan las características del proveedor, experiencia, conocimiento, capacidad financiera, de aportar innovación, y desarrollo de nuevos productos. La honestidad de las personas que son propietarias y/o representan la compañía. Y luego las condiciones comerciales del producto ofrecido".

¹⁹ Las empresas requeridas fueron Huevos Oro Ltda. (en adelante HUEVOS ORO), Verduras Ltda., Gaseosas Posada Tobón S.A. (en adelante POSTOBON), Nestlé de Colombia S.A. (en adelante NESTLE), Bavaria S.A. (en adelante BAVARIA), Molino Flor Huila S.A. (en adelante FLORHUILA) y Algarra S.A. (en adelante ALGARRA). No obstante, no se trata de una muestra representativa de empresas proveedoras del ÉXITO, es ilustrativa de los aspectos claves que diferencian los tipos de productos y servicios que se negocian en cada uno de los canales de distribución.

²⁰ La tabla 2 se construyó solamente con la información remitida por las empresas ALGARRA S.A., HUEVOS ORO LTDA Y MOLINO FLOR HUILA S.A por ser las únicas respuestas que contienen información comprable.

Tabla 2
Características de la comercialización de tres empresas proveedoras a los tres grupos de canales de distribución

Característica	Canal GAHM	Canal Tradicional	Canal Mayorista
Molino Flor Huila S.A.			
Costos logísticos (% con respecto a las ventas)	6% Costo de transporte, <i>cross docking</i> , operadores	3% Costo de transporte, <i>cross docking</i> , operadores	3% Costo de transporte, <i>cross docking</i> , operadores
Plazos de pago (días)	60	10	10
Descuentos (% con respecto a las ventas)	3%	3%	1,50%
Huevos Oro LTDA.			
Costos logísticos	Impulso, mercadeo, POP*, averías, soporte, mantenimiento y otros logísticos	Transporte propio o alquilado, facturación, supervisión y control logístico	N/D
Plazos de pago (días)	30 - 50	0 - 30	N/D
Descuentos (% con respecto a las ventas)	2% al 9%	Volumen y pronto pago	N/D
Algarra S.A.			
Costos logísticos (% con respecto a las ventas)	21%	2% -3%	13% - 16%
Plazos de pago (días)	35	Contado - 35	12 - 20
Descuentos (% con respecto a las ventas)	Varían según el cliente. Hasta el 8%	Varía según el cliente. Hasta 3% en todas las líneas; hasta 8% en leches; hasta 7% en derivados	Entre 11,5% - 14% en leches, 12% pasteurizada, 16% derivados, 12% preparación alimenticia

Fuente: Cuaderno 3, Folios 461-571; Cuaderno 4, Folios 572-745.

* Pieza promocional colocada en el punto de venta del producto.

De la información contenida en la Tabla 2 y algunas de las respuestas proporcionadas en los requerimientos de información, la Delegatura desprende las siguientes conclusiones en relación con cada uno de los canales de comercialización:

- a) Canal GAHM: Este canal presenta los costos logísticos más altos para los proveedores en comparación con el tradicional y el mayorista. También es el canal al que se otorgan mayores plazos de pago para la cancelación de las facturas, lo que genera a su vez una menor liquidez para los proveedores. Además, las ventas a los GAHM están condicionadas a ciertos criterios de rotación de los productos, con riesgo de devoluciones si éstos no se cumplen.

En cuanto al proceso de negociación, en particular las empresas HUEVOS ORO y NESTLÉ manifestaron realizar acuerdos anuales sobre las condiciones comerciales (estrategias de exhibición, exhibiciones adicionales, puntas de góndola, espacio por muebles, POP, etc), y sobre la participación en actividades promocionales de la cadena. Ambas empresas cuentan con programas específicos de provisión para este canal, en los que se incluye el

abastecimiento continuo y la coordinación de la entrega de los pedidos de acuerdo con la zona, el volumen y horario de recepción.

- b) Canal Tradicional: Este canal se caracteriza por tener los menores costos logísticos, con respecto a los demás, los menores descuentos y los plazos de pago más cortos. Según el tipo de cliente, muchas veces los pagos se realizan de contado, lo que les permite a los proveedores contar con una mayor liquidez, a diferencia de las ventas que se realizan a los GAHM (ver tabla 2).

La negociación de los términos de comercialización y la distribución en este canal son mucho más simples. La empresa HUEVOS ORO, por ejemplo, cuenta con un representante de ventas que distribuye los productos a diario en un vehículo adaptado técnicamente para ello, quien puede además cobrar y vender directamente a cada cliente en el momento.

- c) Canal mayorista: Este canal muestra un nivel de costos logísticos intermedios, en comparación con los GAHM y el canal tradicional. Así mismo, presenta plazos de pago mayores o iguales a los del canal tradicional, pero menores que los otorgados a los GAHM (en el caso de ALGARRA y FLOR HUILA).

Según el tipo de producto y de proveedor, se negocian diversos aspectos de comercialización. Se acuerda por ejemplo, la entrega de pedidos en la bodega del cliente mayorista en la respectiva ciudad, o el desarrollo de un sistema de verificación de las condiciones de almacenamiento del producto en las bodegas de los clientes (como en el caso de NESTLÉ y FLOR HUILA).

De acuerdo con la información analizada, la Delegatura advierte que los procesos de comercialización y ventas llevados a cabo por los proveedores difieren según el canal de distribución. Tales diferencias obedecen a varios factores, entre los que se consideran el volumen de ventas, el tipo de producto (calidad, presentación) y el consumidor objetivo. Además, los canales de comercialización presentan otras diferencias en aspectos tales como costos logísticos, plazos de pago y políticas de descuentos. Con fundamento en lo anterior, esta Delegatura concluye preliminarmente, con los datos disponibles en este estado del trámite, que no se presenta sustituibilidad entre el canal GAHM, el canal tradicional y el canal mayorista, razón por la cual, para efectos de la presente resolución serán considerados como mercados de abastecimiento independientes a los que los diferentes proveedores de productos pueden acudir.

Adicionalmente, en términos geográficos, es necesario señalar con respecto a la ubicación del mercado presuntamente afectado que, debido a la presencia del ÉXITO en las principales ciudades del país y a la cantidad de proveedores con los que cuenta en las diferentes regiones, en este caso se considera la proveeduría de productos en el nivel nacional. De hecho, tanto el ÉXITO como los proveedores tienen acceso a sistemas de transporte de cobertura nacional.

Conforme con lo anterior, el mercado en relación con el cual esta Delegatura concentrará el análisis de poder de mercado del ÉXITO en la presente resolución será el de abastecimiento de productos para su posterior comercialización a través de Grandes Almacenes Hipermercados Minoristas –GAHM–.

8.2. Sobre la participación en el mercado del ÉXITO

De acuerdo con la información preliminarmente recaudada, esta Delegatura observa que el mercado en referencia se caracteriza por ser un mercado oligopsónico, dado que se trata de un mercado con un número relativamente pequeño de GAHM (compradores) en relación al número de proveedores, lo cual les permite tener poder de negociación al momento de definir las condiciones de intercambio de los productos que les suministran los vendedores (precios, cantidades, plazos de pago, publicidad, descuentos, entre otros).

En un mercado oligopsónico la participación de mercado de cada comprador puede medirse con el volumen de compras que realiza a sus proveedores en relación con las compras totales de los demás demandantes. Sin embargo, dado el gran número de proveedores que participan en el mercado, esta Delegatura no cuenta en este estado de la actuación con información suficientemente comprensiva sobre las ventas totales que hacen los proveedores de este mercado a sus compradores.

En este sentido, con el fin de proceder a un cálculo preliminar de la cuota de mercado del ÉXITO y sus principales competidores para efectos de la presente actuación administrativa, se tomó en consideración el valor de las ventas de los GAHM publicada por el DANE desde 1997 con frecuencia trimestral, como referente del volumen de compras en el mercado.

De acuerdo con la definición del DANE para Grandes Almacenes e Hipermercados Minoristas (GAHM), se tomaron las ventas anuales del grupo de establecimientos que cumplen con los requerimientos de ingresos por ventas o personal ocupado (aquellos que ocupan 200 o más personas y/o sus ventas anuales son mayores o iguales a 7.000 millones de pesos de 1995 – según la Encuesta Anual de Comercio de 1995²¹).

Para determinar los competidores más fuertes en el mercado, por volumen de ventas, se utilizó el Ranking de Sociedades (antes Ranking de las 3.000), publicado anualmente por la Superintendencia de Sociedades desde 1998. En la Tabla 3 se encuentran las seis sociedades de comercio al por menor con mayores ventas anuales según la información publicada:

Tabla 3
Ranking de Sociedades – Comercio al por menor 2008.

NIT	RAZÓN SOCIAL	SECTOR	INGRESOS OPERACION (Millones COP)
890900608	Almacenes Éxito S.A.	Comercio al por menor	5.930.680
830025638	Grandes Superficies de Colombia S.A.	Comercio al por menor	3.169.285
890107487	Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A.	Comercio al por menor	2.479.577
860002095	Carulla Vivero S.A.	Comercio al por menor	1.429.718
800242106	Sodimac Colombia S.A.	Comercio al por menor	1.218.340
890300346	Almacenes La 14 S.A.	Comercio al por menor	992.027

Fuente: Superintendencia de Sociedades²²

²¹ DANE: Metodología Grandes Almacenes e Hipermercados Minoristas –GAHM–, 10 de junio de 2009. Página 11.

²² Ranking de sociedades de 2008 por ventas, disponible [en línea]: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?MIval=sec&dir=132>, recuperado 12 de febrero de 2010.

De acuerdo con la anterior información, el ÉXITO se encuentra en primer lugar a nivel nacional, seguido por Grandes Superficies de Colombia S.A. (en adelante CARREFOUR), Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. (en adelante OLÍMPICA), Carulla Vivero S.A. (en adelante CARULLA), Sodimac Colombia S.A. (en adelante HOMECENTER) y Almacenes La 14 S.A. (en adelante LA 14) siendo estos los seis principales participantes en el mercado.

En el agregado, de acuerdo con la información publicada por el DANE, las ventas anuales del grupo de GAHM para 2008 ascendieron a \$21'315.054 millones de pesos. La muestra comprende todas las empresas que cumplen con límites de inclusión determinados por el DANE anteriormente mencionados y que comercializan los siguientes grupos de productos²³:

- Alimentos y bebidas no alcohólicas.
- Licores y tabaco.
- Productos textiles y prendas de vestir.
- Calzado y artículos de cuero.
- Productos farmacéuticos.
- Productos de aseo personal.
- Muebles y electrodomésticos.
- Artículos y utensilios de uso doméstico.
- Aseo hogar.
- Muebles y equipos para oficina.
- Libros, papelería y revistas.
- Artículos de ferretería.
- Repuestos y accesorios de vehículos (partes, piezas y accesorios para vehículos automotores).
- Otras mercancías.

Según se desprende de la información analizada por esta Delegatura y contenida en la Tabla 1, en principio el ÉXITO participa en la comercialización de productos relacionados con todas las categorías anteriores, excepto las de repuestos y accesorios de vehículos y otras mercancías. Por lo anterior, para efectos del cálculo de las ventas totales del mercado presuntamente afectado en la presente resolución, de las ventas anuales agregadas del sector GAHM (\$21'315.054 millones de pesos), la Delegatura procedió a descontar el monto de las ventas de repuestos y accesorios de vehículos y otras mercancías en las que el ÉXITO no participa (\$1'707.116 millones de pesos). Así, las ventas anuales del sector GAHM sin incluir estas dos categorías de productos ascienden a \$19'607.938 millones de pesos para 2008.

Cabe aclarar en este punto que los almacenes minoristas incluidos en la serie de datos de GAHM publicada por el DANE, no necesariamente participan en la comercialización de todos los grupos de productos mencionados anteriormente. Así, los almacenes que participen en al menos uno de tales grupos y cumplan con los umbrales establecidos en la metodología del DANE (número de empleados y/o ventas anuales) son incluidos en la mencionada encuesta. Por lo anterior, algunos de los establecimientos contenidos en el

²³ Grandes Almacenes e Hipermercados Minoristas –GAHM–, serie hipermercados IV trimestre de 2009 disponible [en línea]: http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&view=article&id=81&Itemid=55, recuperado 12 de febrero de 2010.

estudio del DANE compiten con el ÉXITO en una o algunas de las categorías de mercancías relacionadas la Tabla 1.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura advierte que la información recaudada en este estado del trámite no permite establecer de manera discriminada la participación efectiva de las ventas que el ÉXITO y los demás encuestados tienen en cada una de las categorías de productos. No obstante esta limitación, la metodología utilizada permite establecer preliminarmente la participación de la empresa investigada en las ventas agregadas del mercado minorista en grandes superficies.

La Tabla 4 muestra las ventas anuales de los cinco participantes más grandes del mercado, desde el año 2000 a 2009, así como las ventas agregadas del resto de participantes en el grupo de GAHM, según la información publicada por el DANE y por la Superintendencia de Sociedades.

Tabla 4
Ventas anuales sector GAHM²⁴

PERIODO (año)	Ventas Éxito	Ventas Carrefour	Ventas Olímpica	Ventas Homecenter	Ventas La 14	Ventas Otros GAHM	Ventas GAHM
2000	1.497.243	249.716	981.224	126.994	491.736	5.379.491	8.726.404
2001	3.101.038	483.798	1.108.386	143.249	576.850	4.400.230	9.813.551
2002	3.179.038	742.672	1.253.119	184.051	653.147	4.523.774	10.535.802
2003	3.143.319	1.021.096	1.402.752	242.715	710.569	4.726.069	11.246.520
2004	3.336.952	1.267.574	1.538.699	396.286	744.750	4.994.080	12.280.342
2005	3.530.586	1.715.531	1.655.463	553.857	778.931	5.607.012	13.841.380
2006	4.260.316	2.174.155	1.817.243	808.756	893.377	6.211.297	16.165.145
2007	7.118.116	2.663.285	2.128.148	1.068.536	969.686	4.340.978	18.288.748
2008	7.360.398	3.169.285	2.479.577	1.218.340	992.027	4.388.311	19.607.938
2009	7.301.614	3.313.079	2.465.539	1.475.679	1.087.405	4.641.665	20.284.981

Fuente: DANE y Superintendencia de Sociedades.

Con base en la anterior información, esta Delegatura procedió a calcular las participaciones del ÉXITO y sus principales competidores, sobre las ventas agregadas del mercado, entre los años 2000 y 2009. La Tabla 5, a continuación, resume esta información.

Tabla 5
Participación en las ventas totales

PERIODO (año)	% ÉXITO	% CARREFOUR	% OLÍMPICA	% HOMECEITER	% LA 14	% OTROS GAHM	TOTAL
2000	17,2%	2,9%	11,2%	1,5%	5,6%	61,6%	100,0%
2001	31,6%	4,9%	11,3%	1,5%	5,9%	44,8%	100,0%
2002	30,2%	7,0%	11,9%	1,7%	6,2%	42,9%	100,0%
2003	27,9%	9,1%	12,5%	2,2%	6,3%	42,0%	100,0%
2004	27,2%	10,3%	12,5%	3,2%	6,1%	40,7%	100,0%
2005	25,5%	12,4%	12,0%	4,0%	5,6%	40,5%	100,0%
2006	26,4%	13,4%	11,2%	5,0%	5,5%	38,4%	100,0%
2007	38,9%	14,6%	11,6%	5,8%	5,3%	23,7%	100,0%
2008	37,5%	16,2%	12,6%	6,2%	5,1%	22,4%	100,0%
2009	36,0%	16,3%	12,2%	7,3%	5,4%	22,9%	100,0%

Fuente: Cálculos SIC. Delegatura para la Protección de la Competencia.

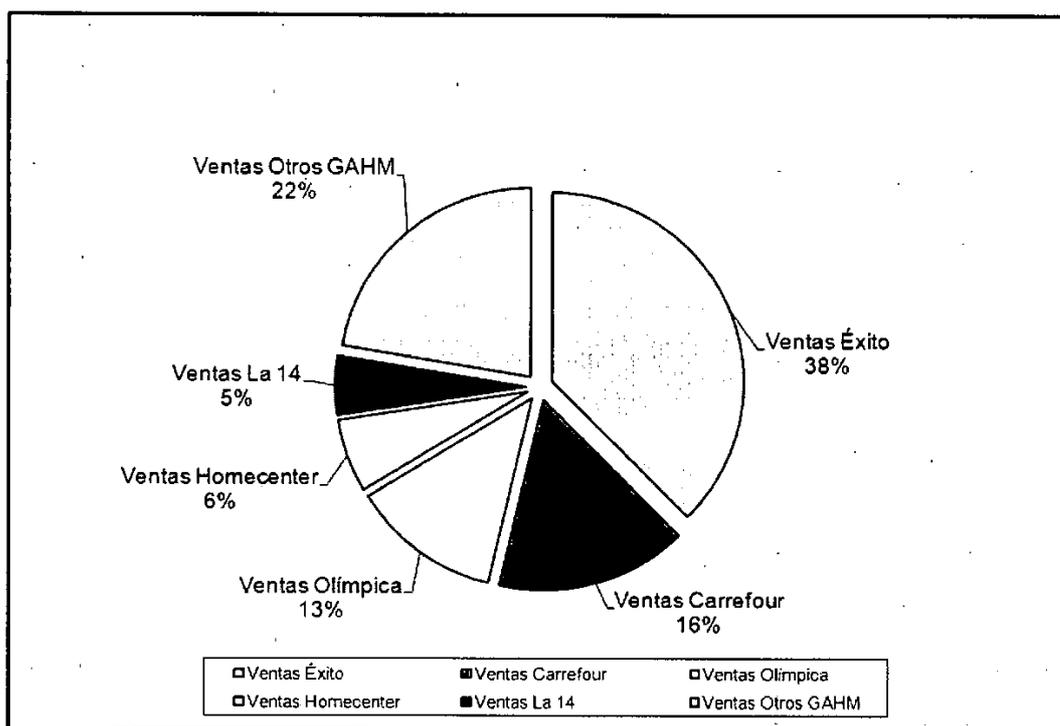
²⁴ Los datos de la Superintendencia de Sociedades fueron publicados hasta el año 2008. Los valores correspondientes al año 2009 se presentan como proyecciones.

Handwritten signature

Como puede advertirse, para el año 2008 el ÉXITO reportó a la Superintendencia de Sociedades ventas anuales por \$7'360.398 millones de pesos, incluyendo las ventas de CARULLA – VIVERO²⁵ (que ascienden a \$1'429.718 millones de pesos). Esta cifra equivale para el 2008 al 37,5% de las ventas totales de GAHM excluyendo las categorías de repuestos y accesorios de vehículos y otras mercancías, de acuerdo con las consideraciones expuestas anteriormente.

Para el mismo periodo, el segundo participante más grande del mercado, CARREFOUR, reportó ventas anuales de \$3'169.285 millones de pesos, lo cual equivale al 16,2% de las ventas totales de GAHM excluyendo las categorías de repuestos y accesorios de vehículos y otras mercancías, que a su vez corresponden al 43,1% de las ventas reportadas por el ÉXITO en el mismo año. El Gráfico 1 muestra que para 2008 las ventas del ÉXITO superaron en más de doble las ventas de CARREFOUR y se dio una diferencia aún mayor con respecto a las ventas de los demás competidores.

Gráfico 1
Composición de las ventas de GAHM para 2008²⁶



Fuente: Cálculos SIC. Delegatura para la Promoción de la Competencia.

²⁵ En virtud de la integración aprobada en 2006 por esta Superintendencia mediante Resolución 34904 de 2006.

²⁶ Cálculos SIC – Delegatura para la Promoción de la Competencia.

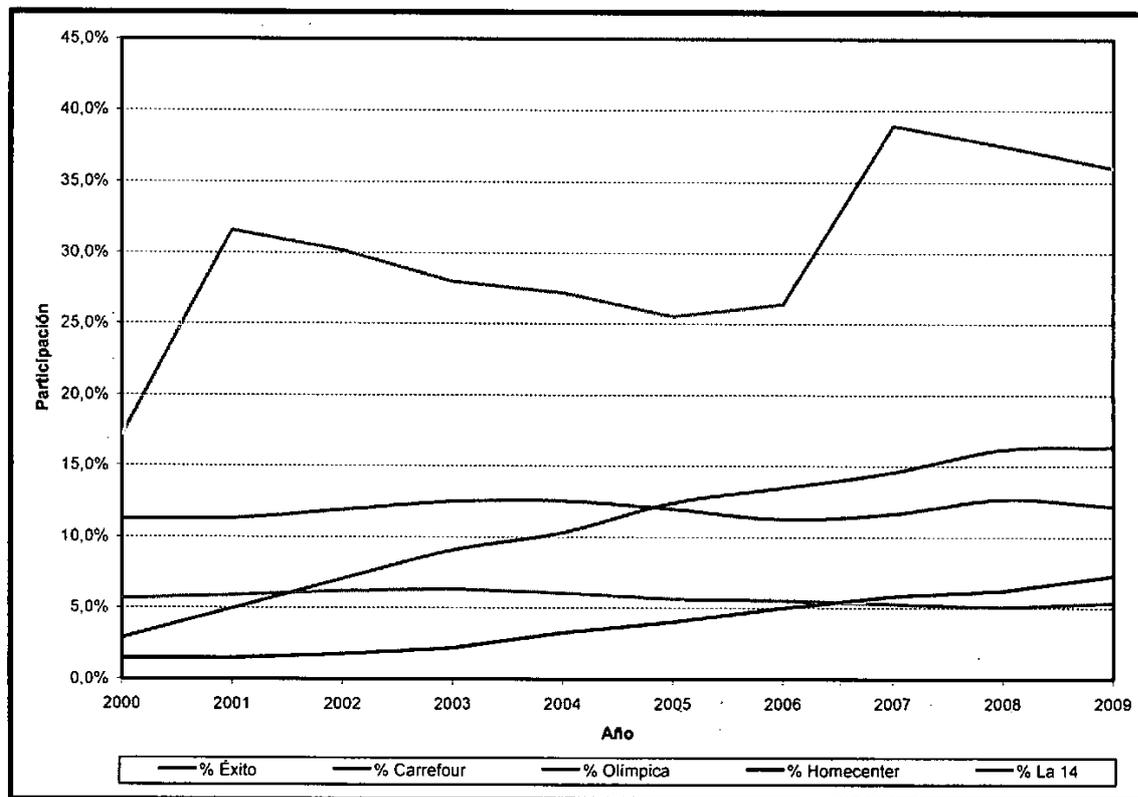
Fuentes:

- Grandes Almacenes e Hipermercados Minoristas –GAHM–, serie hipermercados IV trimestre de 2009 disponible [en línea]: http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&view=article&id=81&Itemid=55, recuperado 12 de febrero de 2010.
- Ventas anuales de Almacenes Éxito S.A., Grandes Superficies de Colombia S.A. (CARREFOUR) y Superficies y Droguerías Olímpica S.A. (OLÍMPICA), disponible [en línea]: <http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=132>, recuperado 12 de febrero de 2010.

Por otro lado, en el Gráfico 2 se observa que a pesar de una caída de aproximadamente cinco puntos porcentuales entre 2001 y 2006 (que coincide con un crecimiento en la participación de CARREFOUR), el ÉXITO siempre mantuvo una participación representativa en las ventas totales del mercado. Adicionalmente, en los últimos 3 años no solo recuperó los cinco puntos porcentuales perdidos en años anteriores, sino que incrementó su participación en cinco puntos porcentuales más, para un incremento total de diez puntos porcentuales entre 2007 y 2009.

Gráfico 2

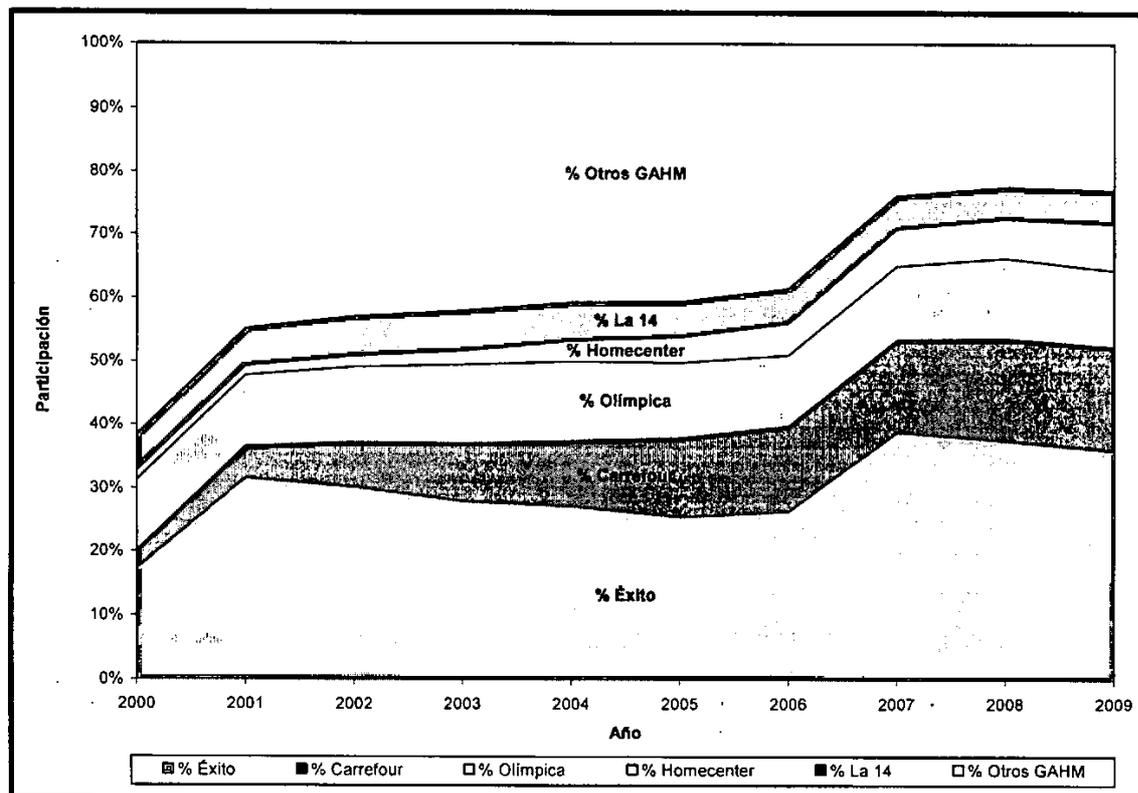
Participación de las ventas de Éxito, Carrefour y Olímpica sobre el total de GAHM de 2000 a 2009²⁷.



Fuente: Cálculos SIC. Delegatura para la Promoción de la Competencia.

Por último, el Gráfico 3 ilustra la composición de las ventas anuales del mercado desde el año 2000 a 2009. Se observa que el ÉXITO cuenta con una participación significativamente mayor con respecto a la de los demás participantes del mercado.

²⁷ Ibidem.

Gráfico 3Composición de las ventas anuales de GAHM de 2000 a 2009²⁸.

Fuente: Cálculos SIC. Delegatura para la Promoción de la Competencia.

8.3. Conclusión en relación con la participación en el mercado del ÉXITO

De conformidad con el análisis preliminar que antecede, efectuado con fundamento en la información recaudada hasta este punto de la actuación, esta Delegatura encuentra que en principio el ÉXITO no cuenta con una participación importante en el mercado de aprovisionamiento de grandes almacenes e hipermercados minoristas en el territorio nacional, toda vez que la proporción del mercado con la que cuenta no alcanza una entidad suficiente para arribar a tal conclusión. Lo anterior además, si se tienen en consideración que existen otros competidores que podrían ejercer una presión significativa sobre la competencia en el mercado.

²⁸ Cálculos Superintendencia de Industria y Comercio – Delegatura para la Promoción de la Competencia.

Fuentes:

Grandes Almacenes e Hipermercados Minoristas –GAHM–, serie hipermercados IV trimestre de 2009 disponible [en línea]:

http://www.dane.gov.co/daneweb_V09/index.php?option=com_content&view=article&id=81&Itemid=55, recuperado 12 de febrero de 2010.

Ventas anuales de Almacenes Éxito S.A., Grandes Superficies de Colombia S.A. (CARREFOUR) y Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. (OLÍMPICA), disponible [en línea]:

<http://www.supersociedades.gov.co/ss/drvisapi.dll?Mlval=sec&dir=132>, recuperado 12 de febrero de 2010.

8.4. Consideraciones de la Delegatura sobre los hechos motivo de queja

8.4.1. Consideraciones generales

Las quejas que dieron lugar a la presente averiguación preliminar sugieren que las condiciones contractuales acordadas entre el ÉXITO y sus proveedores podrían resultar desproporcionadas, injustas o inequitativas.

Si se tiene en cuenta que no obra en el expediente información suficiente que le permita a la Delegatura afirmar que el ÉXITO tiene posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de grandes almacenes e hipermercados minoristas en el territorio nacional, esta Delegatura estaría en principio relevada de realizar un análisis de fondo sobre las conductas denunciadas por los quejosos. Sin embargo, en razón a las limitaciones metodológicas antes señaladas en la determinación del poder de mercado del ÉXITO, a continuación la Delegatura procederá a examinar de fondo dichas conductas desde el punto de vista de la normatividad de protección de la competencia.

Así, considera pertinente la Delegatura diferenciar las prácticas restrictivas de la competencia de aquellas situaciones en las que, sin trascender la esfera privada de las partes contratantes, podrían constituir eventualmente un comportamiento leonino o abusivo de quien ostenta un mayor poder de negociación. Al respecto, esta Delegatura manifestó recientemente:

"Considera pertinente esta Delegatura señalar que, en términos generales, las relaciones contractuales se rigen por el principio de autonomía de la voluntad privada, al que se refiere el artículo 1602 del Código Civil, aplicable a los contratos mercantiles por expresa disposición del artículo 822 del Código del Comercio, en el que se establece que los particulares están facultados para determinar el contenido, alcance, condiciones y modalidades de sus actos jurídicos.

De esta manera, el ordenamiento supone que los contratos se celebran entre personas capaces que pueden disponer libremente de sus intereses. La autonomía privada se extiende al denominado principio de libertad de contratación, conforme al cual, las partes están en plena libertad de decidir vincularse contractualmente, incluso cuando en su opinión las condiciones contractuales son desfavorables a sus intereses. Todo lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste a quien considere que dicha relación contractual le ha ocasionado perjuicios económicos antijurídicos, de acudir a las instancias judiciales para reclamar el pago de dichos perjuicios.

En un sentido amplio, las normas sobre protección de la libre competencia tienen como finalidad que se preserven en el mercado las condiciones de competencia económica. Se escapa de la esfera de dichas normas, aquellas situaciones que en principio no tienen una relación directa con el derecho colectivo de la libre competencia económica, tales como el abuso del derecho o el abuso de la posición contractual, situaciones que, no obstante, podrían eventualmente resultar reprochables desde la óptica contractual.

En esa medida, puede suceder que una conducta, aún siendo considerada como leonina o exorbitante desde el punto de vista de la relación negocial, no constituya una práctica comercial restrictiva de la competencia y, en consecuencia, sus efectos no trasciendan más allá del ámbito privado de las partes contratantes, es decir, que la misma no afecte la libre competencia en el mercado [...]²⁹ (Subrayado y destacado fuera del texto).

Así y solo en gracia de discusión, esta Delegatura se ocupará de hacer algunos señalamientos frente a las condiciones contractuales que el ÉXITO presuntamente pacta con sus proveedores. Estas circunstancias se refieren, según el correo electrónico mencionado anteriormente, a las siguientes condiciones en concreto: (i) que las promociones realizadas por el ÉXITO son asumidas por los proveedores, (ii) es el

²⁹ Resolución 9865 de 2010, Superintendencia de Industria y Comercio.

proveedor quien asume el riesgo de las averías de los productos, (iii) es el proveedor el que debe pagar por la codificación en cada almacén del ÉXITO en los que se venden sus productos, (iv) las facturas son pagadas en 90 días y sin intereses, (v) le corresponde a los proveedores asumir el costo de los promotores (impulsadores) y mercaderistas, (vi) el proveedor debe despachar gratis el primer pedido efectuado por el ÉXITO. Finalmente, incluye la queja en mención que el ÉXITO no asume el costo laboral de los empacadores.

8.4.2. Sobre las condiciones contractuales en particular

A continuación, procede esta Delegatura a analizar las circunstancias puestas de presente por los quejosos, con base en las pruebas que obran en el expediente, así:

- **De las Promociones:** *"[S]on los proveedores los que ponen el descuento. Es decir, si le venden algo con 10 o 20% de descuento, eso lo que tiene que asumir el proveedor..."*

Esta Delegatura en desarrollo de una visita administrativa al ÉXITO³⁰ pudo establecer que tal sociedad suscribe con cada proveedor una ficha de negociación en la que se consignan las estipulaciones contractuales acordadas por las partes. Esta ficha de negociación contiene en cada caso en particular cuándo un proveedor está participando en las publicaciones que el almacén elabora para cada evento promocional y qué porcentaje se le cobra por este concepto³¹.

De conformidad con las pruebas recaudadas durante la presente averiguación preliminar, se logró evidenciar que el ÉXITO efectivamente organiza eventos o temporadas promocionales con cierta periodicidad, a los cuales invita a sus proveedores para que tomen parte en los mismos, siendo éste quien decide en qué eventos o temporadas quiere participar, con qué productos y con qué porcentaje de descuento.

A su turno, esta Delegatura realizó un examen aleatorio de algunas de las fichas de negociación entre el ÉXITO y algunos de sus proveedores, y encontró que la aplicación de descuentos para las publicaciones no se aplica automáticamente a todos los proveedores, sino tan solo a aquellos que han decidido expresamente participar en los eventos o temporadas promocionales.

Al respecto, el señor Héctor Darío Jaramillo Velásquez, Vicepresidente Comercial del ÉXITO, manifestó:

"Pregunta 4: Informe las políticas que la empresa tiene respecto del aspecto referido a promociones, rebajas o descuentos.

Respuesta: En promociones: la organización de manera tradicional ha desarrollado, además del calendario comercial FENALCO (temporada escolar, madres, padres, amor y amistad, halloween, final del año) tenemos la promoción aniversario y la promoción precios especiales. Particularmente, para la promoción aniversario y precios especiales, la organización invita a los proveedores a participar en dicho evento, solicitando condiciones especiales que la cadena transfiere al consumidor y que también la cadena sacrifica parte del margen, con lo cual el consumidor final obtiene un descuento importante en la adquisición de los productos en dichos eventos comerciales. Ha sido política de la compañía siempre negociar dichos descuentos y son de carácter voluntario por parte del proveedor. Quien no quiere participar no participa, lo que

³⁰ Practicada el 18 de junio de 2008.

³¹ Ver folios 121 y 156 del cuaderno No. 1 del expediente

significa dejar de vender unas cifras interesantes en dichos periodos porque la elasticidad de precios en dichos eventos es significativamente importante.

[...]

Pregunta 12: Informe al Despacho qué tipo de contratos se tienen suscritos con los proveedores?

Respuesta: Todos los años hacemos con los proveedores una revisión de las cifras del año inmediatamente anterior y se revisan las condiciones comerciales que estarán vigentes para el año en curso. Dichas condiciones se plasman en lo que se denomina la ficha de negociación, lo que es en la práctica un contrato, que es firmado por las 2 partes.

[...]

"Pregunta 19: En las publicaciones que hace EL ÉXITO bien sea para días especiales o en el transcurso del año, cómo interviene el proveedor?"

Respuesta: Hoy ÉXITO tiene diferentes publicaciones: las quincenales con 1 millón 500 mil ejemplares, las revistas temporales especiales como son madres, padres y fin de año, y las monográficas que son las que cuentan lanzamientos especiales de colecciones o eventos especiales como EXPOVINOS. En la negociación de cada año, los proveedores definen en cuáles de todas estas publicaciones desean salir y desde ese momento se define el aporte para dichas publicaciones y está en la ficha de negociación debidamente pactado³².

Adicionalmente, observa esta Delegatura que en principio no pareciera ser una circunstancia ajena al negocio de aprovisionamiento, el hecho que el ÉXITO y un proveedor adelanten negociaciones sobre las condiciones bajo las cuales se adelantarán las temporadas de descuentos. Del análisis de la evidencia con que cuenta esta Delegatura en la presente averiguación preliminar, se desprende que tales descuentos parecen ser de la naturaleza misma del negocio y, en consecuencia, no se aprecia en este estado de la actuación que los mencionados descuentos puedan constituir una eventual conducta restrictiva de la competencia que amerite la apertura de una investigación administrativa.

Adicionalmente, la autoridad de competencia no tiene atribuciones para imponer lo que considere es una distribución equitativa de los rangos de descuento.

- **Averías de los productos:** "[S]i el proveedor entrega un producto en buen estado, pero por el manejo que le da el almacén se deteriora (un hundido, un rayón, etc.) eso lo asume el proveedor y no el ÉXITO que por negligente lo dañó...".

Con base en la información recaudada en la presente averiguación preliminar, esta Delegatura pudo establecer que efectivamente el ÉXITO tiene previsto un descuento por averías, el cual se encuentra contenido dentro de los ítems de la ficha de negociación como "DESCUENTO PERMANENTE". Así mismo, dentro de la misma ficha de negociación, se encuentra establecido un ítem denominado "PACTO DE DEVOLUCIÓN POR", en el que se especifica el motivo por el cual el producto es devuelto al proveedor, estando dentro de las causales de devolución las averías³³.

Por su parte, examinadas las fichas de negociación que obran en el expediente, se encontró que el ÉXITO no siempre pacta este rubro con sus proveedores y depende de cada caso en concreto.

³² Ver folios 74 a 80 del cuaderno No. 1 del expediente

³³ Ver folios 174 a 245 del cuaderno No. 1 del expediente

El señor Héctor Darío Jaramillo Velásquez, Vicepresidente Comercial del ÉXITO, indicó lo siguiente frente al tema de las averías:

"Pregunta 5: Informe las políticas que la empresa tiene respecto al aspecto referido a garantías por averías o deterioro de los productos de los proveedores?"

Respuesta: Normalmente en la negociación con el proveedor, se negocia el rubro de las averías, es de naturaleza de este negocio el que se presenten averías y por lo tanto es usual en el mismo negocio el que ese tema sea objeto de acuerdo. La política es buscar que haya un acuerdo en el manejo de averías. Nosotros tenemos historia cuál es el nivel de avería que se presenta con los distintos tipos de producto y por lo tanto se busca alcanzar un acuerdo en torno a ese porcentaje, buscando siempre tener un manejo racional de las mismas. Se busca que sea similar para el mismo tipo de categoría de producto. No son iguales las averías que se presentan en detergentes, lácteos, galletas, neveras o en confección"³⁴.

Esta Delegatura advierte que en un negocio como el de los hipermercados en el que el manejo de mercancías es una labor indispensable y permanente, tanto para los proveedores que envían sus productos, como por los hipermercados que los reciben, descargan, almacenan y ubican en las respectivas góndolas de exhibición, está siempre latente el riesgo de que ocurran accidentes que causen el deterioro, la ruptura o hasta la pérdida de los productos. En este sentido, del análisis preliminar antes indicado se concluye que la inclusión en los contratos de proveeduría (fichas de negociación) entre el ÉXITO y sus proveedores de porcentajes de descuento por averías, las condiciones en la que aplican tales descuentos, así como la periodicidad, no constituye en principio un hecho indicador de la necesidad de abrir una investigación por prácticas restrictivas de la competencia.

De otro lado, esta Superintendencia no es la autoridad competente para determinar si el porcentaje que se pacta para amparar los riesgos asociados al manejo de las mercancías es o no justo.

- **El proveedor tiene que pagar para que un producto sea codificado:** "[A]demás tiene que pagar por la codificación en cada Almacén (como si un computador central no pudiera pasar por red el código a todos los almacenes de una vez)...".

De conformidad con la información recaudada por esta Delegatura, existe evidencia en el expediente en el sentido de que el ÉXITO tiene establecido dentro de su política de comercialización un ítem que denomina "BONIFICACIÓN MANEJO DE LÍNEA", que consiste en un descuento que debe asumir el proveedor por el hecho de que sus productos sean comercializados en dicha organización.

Revisadas las fichas técnicas que obran en el expediente, se encontró que la "BONIFICACIÓN MANEJO DE LÍNEA" es un descuento cuyo porcentaje varía de un proveedor a otro, de acuerdo al producto y a los términos de negociación en cada caso particular.

Se pudo constatar a su vez, con fundamento en la evidencia que obra en el expediente, que la "BONIFICACIÓN MANEJO DE LÍNEA" se encuentra establecida por el ÉXITO como contraprestación del beneficio o el valor agregado que, en su opinión, representa para sus proveedores estar vinculados con esa organización. Entre los beneficios que destaca el ÉXITO, se encuentra el tener la posibilidad de comercializar sus productos en más de 48 ciudades; contar con el transporte de sus mercancías desde sus centros de

³⁴ Ver folio 76 del cuaderno No. 1 del expediente

distribución hasta sus almacenes, entre otros, lo que a juicio del ÉXITO "...constituye un elemento diferenciador que hace que el proveedor pueda utilizar todos estos beneficios como palancas de venta que explican claramente el cobro de dichas ventajas"³⁵.

Sobre este particular, el Vicepresidente Comercial del ÉXITO, señor Héctor Darío Jaramillo Velásquez, expresó:

"Pregunta 3: Informe las políticas de venta en punto de venta (costo de arrendamiento, espacios, góndolas, etc.)

Respuesta: Entrar al Éxito le brinda a un proveedor la oportunidad de poder estar en 630 mil metros cuadrados de área de venta y estar por supuesto, en más de las 48 ciudades donde hoy se encuentra la organización y podrá utilizar también la red logística con que cuenta la organización para llegar a esos almacenes. Ello significa entonces que habrá unos cargos por estar en la organización que nosotros denominamos descuentos de línea, cargos de transporte por cuanto le corresponde a la organización llevar sus mercancías desde sus centros de distribución hasta sus distintos almacenes. Igualmente dispone la organización de publicaciones periódicas quincenales de más de 1 millón y medio de ejemplares por publicación que le permite a un proveedor hacer su publicidad de una manera masiva y superior a la que podría hacer en un diario de amplia circulación como lo es el tiempo. Hay servicios adicionales que ofrece la cadena como es contar con una base de datos totalmente organizada de más de 4 millones de clientes y dispone también la organización de cerca de 1 millón 200 mil tarjeta habientes con posibilidades de crédito para la adquisición de los productos que comercializa la organización. Estos elementos diferenciadores hacen que el proveedor pueda utilizarlas como palancas de venta y explican claramente el cobro de dichas ventajas. Igualmente, dentro de las salas de venta, el uso preferencial de los espacios en los topes de góndola tiene cargos que en esta industria tanto internacional como localmente se cobra y el proveedor paga. Este descuento se cobra permanentemente".

[...]

"Pregunta 18: Infórmele al Despacho en qué consiste la Codificación y Descodificación de proveedores.

Respuesta: La codificación ya está explicada en una respuesta anterior. En la descodificación de un proveedor se está evaluando cada 6 meses de forma periódica el desempeño del portafolio de productos de cada proveedor, en términos de rotación y de rentabilidad. En la medida en que los productos de dicho portafolio tienen dificultades bien en su rotación o en su rentabilidad se le está informando al proveedor para tomar las acciones pertinentes. En el evento en que no haya respuesta o no se obtenga la rentabilidad o rotación esperada se procede a descodificarlo, informándole con debida anticipación, tal y como lo define El manual de buenas prácticas. Con respecto a la codificación del producto, el proveedor presenta el nuevo producto a lanzar, se evalúa su necesidad, las cantidades a comprar y el margen teórico ofrecido. Se evalúa al cabo de 6 meses el desempeño de dicho producto, si no ha tenido la rotación esperada se suspende la compra y es un candidato (El producto) a ser descodificado. Hoy dado que el proveedor recibe semanalmente información detallada de las ventas de cada PLU (producto) y del nivel de inventario por punto de venta, es muy simple para cada proveedor hacer el seguimiento del desenvolvimiento de sus productos y por lo tanto la descodificación de productos no es una discusión que toma mucho tiempo, dado que toda la información está disponible para el proveedor"³⁶

Conforme se anotó anteriormente, para esta Delegatura los hipermercados y los proveedores en medio de una negociación buscan satisfacer sus propios intereses, lo que significa que la ponderación de los mismos no necesariamente coincide en todos los casos. Un ejemplo de una posible pugna entre ellos podría ser la convicción que tenga un hipermercado acerca del valor agregado que para un proveedor constituye poder ofrecer sus productos dentro del área del hipermercado, bien por la recordación o la vinculación que los consumidores hagan de los productos que allí adquieren, como por los diferentes puntos de venta con que cuente ese hipermercado, las facilidades de

³⁵ Ver folios 75 del cuaderno No. 1 del expediente

³⁶ Ver folios 74 a 80 del cuaderno No. 1 del expediente

compra, entre otros aspectos, motivo por el cual decida fijar un valor para ingresar a tal organización. Por otro lado, el proveedor puede considerar que es el hipermercado quien se beneficia por contar con sus productos en las góndolas de los hipermercados, por razones de preferencias del consumidor, posicionamiento de marcas, variedad de un determinado portafolio de productos, entre otros aspectos. Sin embargo, la ponderación de estos intereses no parece insinuar, en el caso objeto de la presente actuación, que se trate de circunstancias que sugieran la necesidad de abrir una investigación por prácticas restrictivas de la competencia.

En efecto, con la información con que cuenta esta Delegatura, pareciera que resulta propio de una negociación y entendible desde un punto de vista comercial, el que una empresa que ha efectuado una inversión en diseño o construcción de puntos de venta, en pago de nóminas, en costos de funcionamiento y labores comerciales en el posicionamiento de su marca, fije un valor de ingreso a sus proveedores quienes directa o indirectamente podrán gozar de dichas inversiones.

También observó esta Delegatura la negociación que hacen los proveedores que buscan que sus productos sean ubicados en las góndolas al final de los pasillos, a la entrada de los hipermercados, en los lugares más visibles o de más fácil acceso por parte de los consumidores. Es claro que los espacios dentro de un hipermercado no son infinitos y que cada góndola resulta ser una estrategia de mercadeo para cada proveedor, razón por la cual no es ajeno a la naturaleza del negocio de *retail* entregar las góndolas mejor ubicadas a los proveedores que han hecho las mejores ofertas económicas por ellas o las marcas con mejor posicionamiento en el mercado. En este sentido, de acuerdo con la información recaudada en este estado del trámite, dichas negociaciones no parecen sugerir *per se* motivos suficientes para iniciar una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

- **El primer pedido es gratis:** *"[S]i usted quiere unirse como proveedor, el primer pedido es gratis".*

Después de analizadas las pruebas que obran en el presente trámite administrativo, esta Delegatura no encontró evidencia que sugiera que el ÉXITO exija a sus proveedores que el primer pedido realizado debe ser asumido por el proveedor. Conforme lo anterior, se considera que no existen los elementos que le permitan a esta Delegatura, en el estado actual del trámite, valorar si existen o no méritos suficientes para abrir una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas de la competencia por esta causa.

- **Las facturas son pagadas a 90 días y sin intereses:** *"[L]as facturas se las pagan a 90 días y sin intereses. Mejor dicho, Ellos (sic) se quedan con su plata, se ganan la renta que ella produce en 90 días y luego no le dan a usted ni un peso de esa renta. Si quiere que se la paguen antes, le descuentan..."*

Examinados los archivos que obran en el expediente y que contienen la información relacionada con los plazos de negociación con los proveedores³⁷, se constató que los plazos de pago de las facturas varían de acuerdo al proveedor. Así por ejemplo, en el área de AVES CONGELADAS, para el año 2008, los plazos que fueron negociados entre los diversos proveedores oscilaron entre 12 y 47 días; para AVES FRESCAS entre 20 y 40 días y, para CARNES ROJAS entre 14 y 31 días. También se encontraron casos en los que efectivamente el plazo acordado fue de 90 días.

³⁷ Ver cd visible a folio 371 del cuaderno No. 2 del expediente.

Sobre este particular, se debe indicar que la fijación de los plazos de pago se constituye en un elemento intrínseco de la negociación, y que constituye un aspecto importante a discutir con miras a cerrar un negocio comercial y sobre el que las partes deben llegar a un acuerdo en ejercicio de su autonomía privada. En este sentido, además de encontrarse evidencia en el expediente que sugiere plazos de pago diferentes e incluso inferiores a los indicados en la queja, el hecho de que se incluya dentro de la negociación contractual los plazos de pago no sugiere *per se* la necesidad de iniciar una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia.

Además, esta Superintendencia no es la autoridad competente para determinar si los plazos pactados para el pago de las facturas son o no justos.

- **De los promotores y mercaderistas:** *"[L]os promotores y mercaderistas los paga el proveedor. ¿Sabe cuántos empleados se ahorra el ÉXITO?..."*

Dentro del expediente no se encuentra establecido que el ÉXITO obligue a sus proveedores a contratar promotores o mercaderistas para la promoción de los productos.

Sin embargo, dentro del esquema comercial que viene siendo objeto de análisis en la presente resolución, parece tener sentido comercial que el uso de promotores o mercaderistas impulse la venta de servicios o productos, situación que le podrá permitir tanto a los hipermercados como a los proveedores recibir beneficios comunes. Así, si dentro de la negociación se pacta que el pago de los mercaderistas o promotores estará a cargo del hipermercado, o del proveedor o que el valor será compartido por ellos, esta Delegatura no encuentra en principio motivos suficientes para abrir una investigación tendiente a establecer si ello podría constituir una práctica comercial restrictiva de la competencia.

Con todo, esta Superintendencia no es la autoridad competente para determinar cuál de las dos partes de un contrato bilateral debe asumir un determinado costo asociado al objeto del contrato o cómo debe distribuirse el costo.

- **De los empacadores:** *"[S]abía que el ÉXITO no le paga a los empacadores? Piense un minuto, cuánta gente se ha quedado sin trabajo por culpa de estas prácticas desleales y sin el más mínimo sentido social...no puede ser más justo con los proveedores y los empleados..."*

No obstante los eventuales reproches que pudiera merecer una conducta como la descrita por los quejosos, en caso de ser verificada, escapa por completo de la competencia de esta Delegatura.

8.5. Conclusión

La Delegatura concluye luego del análisis de las condiciones contractuales indicadas anteriormente y denunciadas como abusivas por los quejosos que, en principio, no prestan mérito para iniciar una investigación administrativa. Lo anterior, en la medida que se observa que los hechos que fueron objeto de queja y que dieron origen a la presente actuación, tienen su origen en una relación negocial que podrían eventualmente dar lugar a una disputa de carácter eminentemente contractual. Por tal razón, esta

Delegatura no encuentra mérito para iniciar una investigación en contra del ÉXITO y, en su lugar, procede a ordenar el archivo de la presente actuación.

Sin embargo, lo anterior no significa que el abuso de poder contractual por parte de un participante en el mercado no pueda derivar, bajo ciertas circunstancias, en un abuso de posición de dominio que afecte la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y/o la eficiencia económica., caso en el cual, le corresponderá a esta Superintendencia examinar las circunstancias de cada caso en concreto.

En mérito de lo anteriormente expuesto, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar el archivo del expediente radicado con el número 07-037124, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto

ARTÍCULO SEGUNDO: Comunicar la presente decisión la División de Registro, Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación y a Alfredo Avellaneda Hidalgo.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 30 JUN 2010

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia.


JORGE ENRIQUE SANCHEZ MEDINA

Comunicar:

Señora
LUZ STELLA MULLER OSORIO
Funcionaria
División de Registro, Control y Correspondencia
Procuraduría General de la Nación y
Carrera 5 No. 15 – 60, Piso 2
Bogotá D.C

Señor
ALFREDO AVELLANEDA HIDALGO
Alfredo.avellaneda@aerocivil.gov.co


EJ/hl/lc/cplp