



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 27743 DE 2013
(14 MAY 2013)

Radicación: 12-175620

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las conferidas por el Decreto 01 de 1984 y el Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que en cumplimiento del deber consagrado en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, las sociedades **ALMACENES ÉXITO S.A.** (en adelante "ÉXITO") y **CARULLA VIVERO S.A.** (en adelante "CARULLA") informaron a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante "SIC" o "Entidad"), mediante escrito radicado con el consecutivo No. 06094273-0 del 20 de septiembre de 2006, la operación de integración que proyectaban llevar a cabo, la cual consistía en la adquisición de control de CARULLA por parte de ÉXITO.

SEGUNDO: Que de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de ÉXITO del 5 de octubre de 2012, desde mayo de 2007 se configuró una situación de control empresarial por parte de ÉXITO respecto de CARULLA.

TERCERO: Que en atención a que la operación proyectada ocasionaba una indebida restricción a la libre competencia en los términos en que estaba planteada, esta Entidad profirió la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, resolviendo **NO OBJETAR** la operación de integración informada, sujetándola al cumplimiento de una serie de condicionamientos de carácter estructural y de comportamiento, de acuerdo a lo establecido en los numerales **SÉPTIMO** y **OCTAVO** de la citada Resolución.

CUARTO: Que para efectos de resolver la solicitud de finalización de los condicionamientos presentada por ÉXITO, a continuación procederá este Despacho a citar los condicionamientos incluidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, y sobre los cuales versa la solicitud.

4.1. A través de la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, la SIC ordenó que dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de la mencionada Resolución, las sociedades intervinientes enajenaran once (11) establecimientos de comercio a un tercero que no tuviera relación alguna con ÉXITO o CARULLA, con conocimiento y experiencia en el mercado del "retail", así como con el capital suficiente para mantener y desarrollar los establecimientos enajenados. Para el efecto, se estableció:

"ACTIVOS A ENAJENAR: Son los establecimientos de comercio que aparecen listados a continuación, los cuales incluyen los inventarios, equipos y demás activos vinculados exclusivamente con ellos y que son necesarios para el normal funcionamiento de los mismos:

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

No.	Almacén	Ciudad	Dirección ¹
1	CARULLA CEDRITOS	Bogotá	Calle 140 No. 23-61
2	CARULLA ISERRA	Bogotá	Calle 98 No. 17 ^a -31
3	POMONA HACIENDA SANTA BARBARA	Bogotá	Calle 114 No. 6 ^a -92, CC Santa Bárbara
4	LEY 7 DE AGOSTO	Bogotá	Carrera 24 No. 63F-5
5	MERQUEFACIL CENTRO	Cartagena	Calle del Candilejo No. 32-82
6	MERQUEFACIL BLAS DE LEZO	Cartagena	Carrera 3este No. 20 ^a -19 sur
7	CARULLA BUENOS AIRES	Cartagena	Nuevo Bosque Transversal 54 No. 41-241
8	CARULLA VILLANUEVA	Medellín	Calle 57 No. 47-40 2
9	CARULLA SAN LUCAS	Medellín	Carrera 34 No. 16 ^a sur – 241
10	MERQUEFACIL COLOMBIA	Medellín	Calle 50 No. 46-23 4
11	MERQUEFACILCARBAOBO	Medellín	Carrera 52 No. 49-31

(...)

7.2. Condicionamiento

7.2.1. Enajenación del "Negocio"

Dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, las INTERVINIENTES deberán enajenar el NEGOCIO. Los elementos del NEGOCIO correspondientes a *ACTIVOS ADICIONALES* y *PERSONAL CLAVE*, han de ser ofrecidos de manera obligatoria por las INTERVINIENTES. Sin embargo, podrán ser excluidos de la negociación a voluntad del ADQUIRIENTE de lo cual deberá quedar expresa constancia.

Para tal efecto, las INTERVINIENTES deberán celebrar un encargo fiduciario irrevocable con una sociedad fiduciaria dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

Sólo durante los primeros cinco (5) meses siguientes a la ejecutoria de la presente resolución, la Enajenación del NEGOCIO podrá fraccionarse, llevando a cabo la venta en bloque de los establecimientos por regiones, esto es, enajenando los establecimientos de Bogotá, Medellín y Cartagena a diferentes ADQUIRIENTES.

En caso de no lograrse la venta en bloque para todas las regiones, la enajenación del NEGOCIO deberá realizarse a un solo ADQUIRIENTE. Por ello, la venta en bloque por regiones debe quedar condicionada a la venta en bloque de todas las regiones.

(...)

8.1. Compromisos

8.1.1. En materia del Acuerdo Unificado sobre Buenas Prácticas Industriales

ÉXITO y CARULLA deberán respetar y seguir aplicando el ACUERDO UNIFICADO SOBRE BUENAS PRÁCTICAS INDUSTRIALES, COMERCIALES Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, en adelante, el "ACUERDO", suscrito entre ACOPI, FENALCO, ANDI, FENAVI, ASOCAJAS, ACIBA, INDUARROZ, ACOPLASTICOS, ANDIGRAF y EL MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO y TURISMO el día 23 diciembre de 2003.

¹ Información suministrada por las Intervinientes, documento de radicación 06094273-13.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

8.1.2. Relaciones comerciales con proveedores y acceso al mercado

A partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, ÉXITO y CARULLA deberán en desarrollo de sus relaciones comerciales con sus proveedores de productos pertenecientes a las categorías de frescos y productos de gran consumo:

- 8.1.2.1. Eliminar, inaplicar y abstenerse de pactar con sus proveedores cláusulas de exclusividad o de establecer requisitos en virtud de los cuales los proveedores se obliguen a dar trato exclusivo, salvo en lo referente a negociaciones de productos importados directamente por el ÉXITO o CARULLA.*
- 8.1.2.2. Eliminar, inaplicar o abstenerse de pactar las cláusulas o requisitos en virtud de los cuales los proveedores se obliguen a dar prelación o trato preferente al ÉXITO o CARULLA, respecto de sus competidores, así como abstenerse de aplicar requisitos, sanciones o consecuencias adversas para el proveedor por no dar prelación o trato preferente.*
- 8.1.2.3 Eliminar, inaplicar o abstenerse de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de tecnología.*
- 8.1.2.4. Eliminar, inaplicar o abstenerse de pactar cláusulas de exclusividad en los contratos de maquila.*
- 8.1.2.5. Abstenerse de solicitar, sugerir o imponer a sus proveedores los precios, términos de negociación o descuentos a los cuales deben vender a los competidores de ÉXITO y CARULLA.*
- 8.1.2.6. Eliminar, inaplicar o abstenerse de pactar condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que pongan a un proveedor en situación desventajosa frente a otro proveedor de condiciones análogas.*
- 8.1.2.7. Abstenerse de aplicar, pactar, solicitar, sugerir o imponer cláusulas, requisitos, sanciones o consecuencias adversas para el proveedor relacionadas con la obligación de suministrar o aportar información sobre términos de negociación, precios, descuentos, promociones o condiciones comerciales que los proveedores ofrezcan o tengan establecidas con los competidores de ÉXITO y CARULLA.*
- 8.1.2.8. Abstenerse de pactar, aplicar, solicitar, sugerir o imponer cláusulas o requisitos sanciones o consecuencias adversas para el proveedor relacionados con la obligación de supeditar las condiciones de las negociaciones comerciales, tales como precios, descuentos, productos, espacios asignados, cantidades, frecuencias de pedido y demás relacionados, a las condiciones establecidas por el proveedor con los competidores del ÉXITO y CARULLA o porque los competidores de ÉXITO y CARULLA ofrecen los productos del proveedor a un precio distinto.*
- 8.1.2.9. Abstenerse de pactar, aplicar, solicitar, sugerir o imponer cláusulas o requisitos sanciones o consecuencias adversas para el proveedor relacionados con la obligación de condicionar la aceptación del incremento de precios al hecho que el mismo se aplique en forma previa a los competidores del ÉXITO y CARULLA.*

8.1.3. Esquema de Seguimiento

Para el cumplimiento de los compromisos señalados en los numerales 8.1.1. y 8.1.2, ÉXITO y CARULLA deberán:

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

- 8.1.3.1. *Publicar en los dos periódicos de más amplia circulación en el país, los compromisos descritos en los numerales 8.1.1 y 8.1.2. La publicación deberá efectuarse en dos oportunidades dentro del mes siguiente a la fecha de ejecutoria de la presente resolución, con un intervalo mínimo de quince días calendario.*
- 8.1.3.2. *Mantener publicado en la página Web de ÉXITO y CARULLA el Acuerdo Unificado sobre Buenas Prácticas Industriales y los compromisos señalados en los numerales 8.1.1. y 8.1.2 de forma tal que pueda ser consultado por cualquier persona natural o jurídica.*
- 8.1.3.3. *Informar por escrito a los proveedores actuales y futuros, domiciliados o con establecimientos de comercio en Colombia, el contenido de los compromisos señalados en los numerales 8.1.1 y 8.1.2, así como al personal de ÉXITO Y CARULLA encargado de la negociación con proveedores. Copia de dicha comunicación, con la constancia de envío, debe ser conservada a disposición de esta Superintendencia de forma que sea fácilmente consultable por parte de esta Entidad, cuando así ella lo solicite.*
- 8.1.3.4. *Implementar los procedimientos que sean necesarios para ajustar el sistema de PQR's para proveedores y mantener información del cumplimiento de los compromisos descritos en los numerales 8.1.1 y 8.1.2, de forma que sea fácilmente consultable por parte de esta Entidad, cuando así ella lo solicite."*

QUINTO: Que mediante comunicación radicada con el No. 12175620 del 5 de octubre de 2012, el representante legal de ÉXITO solicitó a este Despacho lo siguiente:

"De manera atenta me permito solicitar a su despacho proceda a ordenar la finalización de los condicionamientos estructurales y conductuales, así como los esquemas de seguimiento y compromisos impuestos a las sociedades Almacenes Éxito S.A. (Éxito) y Carulla Vivero (Carulla) mediante Resolución 34904 de 2006 (...).

(...)

Que como consecuencia de lo anterior y teniendo en cuenta que: i) la sociedad Carulla se disolvió sin liquidarse, ii) que su personería jurídica ha sido cancelada del registro mercantil que administra la Cámara de Comercio respectiva, iii) que se ha dado estricto cumplimiento a los condicionamientos y compromisos de la Resolución Éxito - Carulla; iv) que los supuestos fácticos que dieron origen a los condicionamientos se terminaron desde la entrada en operación por parte de Éxito de los establecimientos de comercio de Carulla, a nuestro juicio se hace necesaria la cancelación de los condicionamientos y compromisos ordenados por la Resolución Éxito - Carulla"².

5.1. Los argumentos señalados por el representante legal de ÉXITO para fundamentar la solicitud de finalización de los condicionamientos estructurales y conductuales establecidos a través de la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, así como la finalización de los esquemas de seguimiento y compromisos señalados, son los siguientes:

5.1.1. Respecto de los condicionamientos estructurales establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006

² Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folios 1 y 2.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

En la comunicación de la referencia, el representante legal de ÉXITO señaló el cumplimiento de la enajenación de los activos en los siguientes términos:

"Dando estricto cumplimiento a estos condicionamientos estructurales, el día 13 de junio de 2007, se celebró un contrato de compraventa de activos y establecimientos de comercio entre las sociedades Éxito y Carulla como vendedores y la sociedad Supertiendas Olímpica S.A. ("Olímpica") como comprador, en virtud del cual se transfirió la propiedad de los establecimientos relacionados anteriormente"³.

5.1.2. Respecto de los condicionamientos de comportamiento establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006

a. Respecto de la obligación de mantener el Acuerdo de Buenas Prácticas

La comunicación se refirió a la aplicación del Acuerdo de las Buenas Prácticas Comerciales y de Defensa del Consumidor suscrito entre ACOPI, FENALCO, ANDI, ASOCAJAS, ACIBA, IDUARROZ, ACOPLASTICO, ANDIGRAF y el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo en los siguientes términos:

"Teniendo en cuenta lo anterior y lo ordenado por la Resolución Éxito - Carulla, Éxito ha cumplido cabalmente con este condicionamiento ya que ha aplicado en sus relaciones con proveedores el Acuerdo de Buenas Prácticas Comerciales y cuenta con un Manual de Proveedores cuyos principios reguladores se basan en dicho acuerdo (...).

(...) hoy todos los proveedores provenientes de Carulla hacen parte de los proveedores de Éxito, cuya relación comercial se rige por el Manual de Proveedores de Éxito y el Acuerdo de Buenas Prácticas Comerciales suscrito por la ANDI, FENALCO y ACOPI, los cuales recogen en buena medida los compromisos adquiridos en el numeral 8 de la Resolución 34904 de 2006, por lo que no tiene sentido que se mantengan de forma indefinida en el tiempo los compromisos y el esquema de seguimiento dispuesto en la mencionada Resolución."⁴.

b. Respecto de las relaciones comerciales con proveedores

El representante legal de ÉXITO señaló la observancia de los condicionamientos conductuales:

"Es así como podemos afirmar que Carulla y Éxito antes del contrato de operación suscrito en el 2007 y a partir de esa fecha Éxito ha cumplido estrictamente con estos condicionamientos conductuales, prueba de ello son los informes presentados como parte del esquema de seguimiento ordenado en la Resolución Éxito - Carulla de la firma Horwath Colombia (...).

Además de lo anterior, la SIC ha realizado anualmente dos visitas a la sede principal de Éxito, desde el 2007 hasta la fecha, donde verifica el cumplimiento de los mencionados condicionamientos. (...)"⁵.

³ Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folio 3.

⁴ Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folio 3.

⁵ Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folios 4 y 5.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

c. Respeto del proceso realizado con los proveedores de CARULLA

En la solicitud de finalización de condicionamientos, el representante legal de ÉXITO se refirió a la negociación asumida por parte de ÉXITO en relación con los proveedores:

"(...) Éxito asumió mediante contrato de operación suscrito con Carulla en 2007, la operación de todos los establecimientos de comercio pertenecientes a Carulla. De acuerdo con lo anterior, Éxito asumió de forma directa la negociación con cada uno de los proveedores de Carulla, suscribiendo con ellos las fichas de negociación utilizadas por Éxito.

(...)

De acuerdo con lo anterior, las causas de los condicionamientos conductuales y la protección que buscaban frente a los proveedores de Carulla, han desaparecido al ser cumplidos, razón por la cual resulta innecesario prolongar en el tiempo e indefinidamente los condicionamientos y el esquema de seguimiento⁶.

d. Respeto de la Póliza de Cumplimiento

Se resaltó en la comunicación que ÉXITO ha constituido y actualizado la póliza de cumplimiento de los condicionamientos:

"Éxito ha cumplido de manera satisfactoria con la constitución de esta póliza la cual ha estado vigente desde el mes de marzo de 2007 y se ha actualizado y prorrogado hasta la fecha (...)"⁷.

e. Respeto del auditor

El representante legal de ÉXITO señaló la verificación del cumplimiento de los condicionamientos:

"Que de acuerdo con lo ordenado en la Resolución Éxito – Carulla y como parte del esquema de seguimiento, Éxito y Carulla contrataron a las firmas Euroempresarial Ltda quien verifico (sic) el cumplimiento de los condicionamientos estructurales, y a la firma Horwath Colombia quien verifica el cumplimiento de los condicionamientos conductuales de dicha resolución."⁸

f. Respeto de la vigencia de los condicionamientos

En su solicitud, el representante legal de ÉXITO indicó que la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006 señaló que los compromisos establecidos cesarían una vez se produjera un cambio sustancial en las condiciones del mercado, previo reconocimiento expreso de esta Entidad. Afirmó que:

"(...), es de aclarar a la SIC que todos los participantes del mercado que comprende el retail en Colombia incluyendo Éxito han aumentado sus participaciones y áreas de

⁶ Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folio 5.

⁷ Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folio 5.

⁸ Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folio 5.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

ventas, todo como parte de un sistema competitivo al que obedecen los planes de expansión de cada competidor.

Es así como, el comportamiento de los principales competidores de Éxito entre el año 2006 y 2011 en cuanto a posicionamiento en el mercado ha sido progresivo, ya que todos han incrementados (sic) sus áreas de ventas y su número de almacenes; lo anterior lo han logrado construyendo nuevos almacenes o adquiriendo establecimientos de comercio ya existentes. (...)⁹.

SEXTO: Que con el objeto de decidir sobre la solicitud de finalizar los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, es preciso fundamentarse en los precedentes establecidos por la SIC respecto del objeto de los condicionamientos de una operación de integración, los resultados de los seguimientos a los condicionamientos en relación con la operación ÉXITO – CARULLA, así como el estudio de las condiciones actuales del mercado del retail. Para el efecto, se tiene en cuenta lo siguiente:

6.1. Antecedentes de condicionamientos respecto de una operación de integración

Esta Entidad ha señalado que el establecimiento de condicionamientos se presenta con el objeto de garantizar a consumidores, competidores y agentes del respectivo mercado, que las sociedades que participan de la operación de integración no incurrirán en conductas que afecten la libre competencia. Así, los condicionamientos surgen como medidas coherentes que permiten la adecuada oferta de bienes y servicios y el normal funcionamiento del aparato productivo¹⁰.

Cabe señalar que los condicionamientos tienen un período o término de vigencia, puesto que su objetivo es garantizar que se presenten las circunstancias anteriormente anotadas.

En virtud de lo expuesto, a continuación procederá este Despacho a analizar el cumplimiento de los condicionamientos impuestos en la Resolución No. 34904 de 2006, así como los demás aspectos necesarios para determinar el mantenimiento de los mismos.

6.2. Seguimiento de condicionamientos ÉXITO – CARULLA

Con el objeto de efectuar el seguimiento a esta operación de integración y, en particular, al cumplimiento de los condicionamientos impuestos, se efectuaron las siguientes actuaciones:

6.2.1. Visitas administrativas

- Visita del 5 de agosto de 2010 efectuada en las instalaciones de la sociedad ÉXITO ubicada en la Carrera 48 No. 32B Sur 139 en el municipio de Envigado.

⁹ Información aportada por ÉXITO en documento de solicitud de finalización de condicionamientos, a folio 6.

¹⁰ Cfr. Resolución SIC 25583 del 10 de septiembre de 2003. Por medio de la cual se condicionó la operación de integración informada por las empresas: Bavaria S.A., Cervecería Unión S.A., Cervecería Águila S.A., Malterías de Colombia S.A., LatinDevelopment y Cervecería Leona S.A.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

- Visita realizada los días 26 y 27 de mayo de 2011 efectuada en las instalaciones de la sociedad ÉXITO ubicada en la Carrera 48 No. 32B Sur 139 en el municipio de Envigado.

6.2.2. Testimonios

- Declaración de la señora María Elena Cardona Bermúdez, quien obraba en su calidad de Directora de Soporte a los Negocios de Almacenes Éxito S.A., realizado el 6 de agosto de 2010.

6.2.3. Informes de Auditoría

- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2007, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2008, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2008, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de junio y el 30 de junio de 2009, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2009, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2010, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2010, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.
- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2011, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

- Informe de Auditoría comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2011, realizado por la firma HORWATH COLOMBIA, en atención de lo dispuesto en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.

6.2.4. Póliza de Seguros en cumplimiento de la Resolución 34904 del 18 de diciembre de 2006

- Póliza 1516365-2 con la Compañía de Seguros Suramericana de Seguros S.A. para "GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO POR PARTE DE ALMACENES EXITO S.A. Y CARULLA VIVERO DE LA RESOLUCIÓN NO. 34904 DE 18 DE DICIEMBRE DE 2006 POR LA CUAL SE CONDICIONA UNA OPERACIÓN DE INTEGRACIÓN EXPEDIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO".

6.3. Consideraciones respecto de la solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006

Las solicitudes de finalización de condicionamientos establecidos por la SIC a una integración empresarial deben adecuarse a los siguientes lineamientos generales: (i) solicitar su terminación antes del vencimiento del condicionamiento, esto es, que el condicionamiento no haya precluido y (ii) demostrar de manera suficiente las razones para conceder la solicitud de terminación. Como es claro que el primero de los requisitos se cumple en este caso, con el fin de decidir sobre la finalización de los condicionamientos establecidos en la Resolución No. 34904 de 2006 se analizarán los siguientes factores:

6.3.1. Objetivo de los condicionamientos establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre 2006

El propósito de los condicionamientos estructurales impuestos a la operación de integración entre ÉXITO y CARULLA, fue el de mantener la competencia efectiva en los mercados relevantes definidos por la Superintendencia en dicha resolución, objetivo que se cumplió con la venta a Supertiendas Olímpica S.A. (en adelante "OLÍMPICA") de los establecimientos de comercio que en virtud del condicionamiento impuesto las intervinientes debían enajenar. Para la época de los hechos OLÍMPICA era un importante competidor que vio reforzada su participación en el mercado con dicha adquisición, de forma que se lograron las condiciones prevalecientes antes de la operación.

Los compromisos de comportamiento obedecieron a los problemas de competencia que se podrían derivar de la operación de integración entre ÉXITO y CARULLA, los cuales podrían verse traducidos en una barrera o limitante de acceso al mercado para sus competidores actuales o potenciales, en particular dada la capacidad que adquiriría ÉXITO de comportarse en el mercado como un agente con poder de compra que podría imponer a los proveedores condiciones restrictivas a la libre competencia.

6.3.2. Cumplimiento de los condicionamientos establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006

En cuanto al cumplimiento de los condicionamientos establecidos en la Resolución No. 34904 de 2006, se observa que, de acuerdo con los seguimientos y verificaciones efectuados por la Entidad, así como con fundamento en los informes de auditoría, se habría dado cumplimiento tanto a los condicionamientos estructurales como a los condicionamientos de comportamiento ordenados en la Resolución No. 34904 de 2006.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

6.3.3. Condiciones del mercado de retail

La Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006 estableció que el cumplimiento de los condicionamientos señalados cesaría una vez se produjera un cambio sustancial en las condiciones de mercado, previo reconocimiento expreso de la Superintendencia de Industria y Comercio. Así, para decidir sobre la finalización de los condicionamientos establecidos en la mencionada Resolución, se debe establecer si efectivamente se ha ocasionado una modificación en la estructura de mercado en el sector del "retail".

De acuerdo con la información aportada por ÉXITO en el documento de solicitud de finalización de los condicionamientos, en el periodo comprendido entre los años 2006 y 2011, **todos** los participantes en el mercado de "retail", incluido ÉXITO, han aumentado sus áreas de ventas y su número de almacenes, ya sea a través de la construcción de nuevos establecimientos o mediante la adquisición de establecimientos de comercio ya existentes.

Según las cifras disponibles en el *"Estudio Económico del Sector Retail en Colombia"*¹¹, elaborado por la Delegatura de Protección de la Competencia de esta Superintendencia, se observa que las cuotas de participación de los diferentes agentes se han mantenido relativamente constantes. Entre los años 2000 a 2006, antes de la operación de integración entre ÉXITO y CARULLA, la participación del grupo empresarial ÉXITO se encontraba entre el 29% y el 30%, seguido por CARULLA, quien como ya se mencionó, hoy en día hace parte de ÉXITO, con una participación alrededor del 18% y OLÍMPICA con una participación de alrededor del 15%.

Respecto del nivel de concentración en el sector, señala el mencionado estudio, con base en los indicadores de concentración calculados para los años 2008, 2009 y 2010, que éste no ha presentado variaciones bruscas, pasando de un HHI de tres mil ciento noventa y cuatro (3.194) en 2008 a tres mil cuatrocientos cuarenta y ocho (3.448) en 2010, lo que muestra que la concentración del mercado es alta y en lugar de disminuir ha aumentado en el periodo analizado. Adicionalmente, indica que el sector de "retail" presenta una estructura asimétrica, donde ÉXITO tiene una mayor participación en comparación con sus competidores. En el año 2010, ÉXITO tenía la mayor participación de mercado con un 50,9%, seguida por Carrefour con un 23,8%.

Este Despacho considera que la información allegada por ÉXITO para probar un cambio sustancial en las condiciones de mercado simplemente da cuenta del crecimiento en m² y número de almacenes tanto de ÉXITO como de sus principales competidores (CARREFOUR, OLÍMPICA y LA 14), y no demuestra efectivamente que las condiciones del mercado hayan variado significativamente, ya que la construcción y apertura de nuevos establecimientos se ha dado como una estrategia de expansión de las mismas firmas que ya operaban en el mercado.

De acuerdo con lo anterior, para el Despacho no existe información que le permita concluir que hay un cambio en las condiciones del mercado que justifique una eliminación de los condicionamientos de comportamiento. Por el contrario, las razones que dieron lugar a la imposición del condicionamiento siguen vigentes.

Es importante aclarar que el debido cumplimiento del condicionamiento, por sí mismo, no da lugar a su eliminación, en la medida en que son las condiciones del mercado y no el

¹¹ Disponible en: <http://www.sic.gov.co/documents/10157/d0e960fd-7a3d-4f1a-847e-5dfb926e89f3>

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

comportamiento del obligado frente a una instrucción de la SIC las que determinan el decaimiento de las razones que dieron lugar al condicionamiento.

6.3.4. Esquema de seguimiento

La Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006 estableció en el numeral 8.1.3 el esquema de seguimiento de los compromisos de comportamiento señalados en los numerales 8.1.1 y 8.1.2 de la citada Resolución.

Toda vez que continúan vigentes los citados compromisos de comportamiento, esta Entidad considera necesario mantener los siguientes compromisos que hacen parte del esquema de seguimiento:

- "8.1.3.2. Mantener publicado en la página Web de ÉXITO y CARULLA el Acuerdo Unificado sobre Buenas Prácticas Industriales y los compromisos señalados en los numerales 8.1.1. y 8.1.2. de forma tal que pueda ser consultado por cualquier persona natural o jurídica.*
- 8.1.3.3. Informar por escrito a los proveedores actuales y futuros, domiciliados o con establecimientos de comercio en Colombia, el contenido de los compromisos señalados en los numerales 8.1.1 y 8.1.2, así como al personal de ÉXITO Y CARULLA encargado de la negociación con proveedores. Copia de dicha comunicación, con la constancia de envío, debe ser conservada a disposición de esta Superintendencia de forma que sea fácilmente consultable por parte de esta Entidad, cuando así ella lo solicite.*
- 8.1.3.4. Implementar los procedimientos que sean necesarios para ajustar el sistema de PQR's para proveedores y mantener información del cumplimiento de los compromisos descritos en los numerales 8.1.1 y 8.1.2, de forma que sea fácilmente consultable por parte de esta Entidad, cuando ella así lo solicite."*

En cuanto al compromiso establecido en el numeral 8.1.3.1, este Despacho considera que el mismo ya fue cumplido en su totalidad, razón por la que no tiene sentido mantenerlo vigente.

6.3.5. Auditoría y póliza de cumplimiento de los condicionamientos EXITO – CARULLA

La Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006 estableció en los numerales 8.1.4 y 8.1.5 los requisitos y funciones del auditor, las fechas para la presentación del reporte de auditoría, la información que se debe incluir en dicho reporte, y el otorgamiento de una póliza de cumplimiento a favor de la SIC.

Respecto de la vigencia de estos compromisos, esta Entidad considera que no es necesario mantener el esquema de auditoría, ni la póliza de cumplimiento, toda vez que:

- (i) De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el incumplimiento de un condicionamiento, al ser considerado una violación a las normas de protección de la competencia, genera la imposición de una sanción de hasta 100.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, o de hasta el 150% de la ganancia obtenida por el infractor.

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

- (ii) De conformidad con el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, la SIC tiene la facultad de realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, en este caso, con el fin de verificar que ÉXITO esté cumpliendo los condicionamientos de comportamiento vigentes.
- (iii) Aquellos agentes que se pudieran ver afectados por el incumplimiento, por parte de ÉXITO, de los condicionamientos que continúan vigentes, tienen la capacidad de imponer una queja ante la SIC, para que esta Entidad, de verificar el incumplimiento de los condicionamientos, imponga las sanciones pertinentes.

En la medida en que esta Superintendencia realizará visitas a ÉXITO cuando así lo considere pertinente, con el objetivo de verificar el cumplimiento del condicionamiento, la contribución señalada en el artículo 22 de la Ley 1340 de 2009 se seguirá generando en los términos establecidos en la Resolución No. 43165 del 22 de agosto de 2011, o la que se encuentre vigente.

6.3.6. Vigencia de condicionamientos de comportamiento

La vigencia de los condicionamientos de comportamiento señalados en los numerales 8.1.1 y 8.1.2 y de los compromisos que hacen parte del esquema de seguimiento señalados en los numerales 8.1.3.2, 8.1.3.3 y 8.1.3.4 de la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, se entiende prorrogada por los próximos tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria de la presente Resolución, los cuales podrán eliminarse una vez se produzca un cambio sustancial en las condiciones del mercado, previo reconocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio.

6.3.7. Conclusiones respecto de la solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006

Respecto de la solicitud de finalización de los condicionamientos estructurales establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, este Despacho no accederá a dicha solicitud toda vez que los mismos ya fueron cumplidos en su totalidad, razón por la cual, por sustracción de materia, no procede sobre los mismos una eliminación.

En cuanto a la solicitud de finalización de los condicionamientos de comportamiento y el esquema de seguimiento establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006, este Despacho considera que no se ha dado un cambio sustancial en las condiciones del mercado que permitan a esta Superintendencia acceder a la petición realizada por ÉXITO.

En conclusión, continúan vigentes los compromisos de comportamiento establecidos en los numerales 8.1.1. y 8.1.2, y los compromisos que hacen parte del esquema de seguimiento señalados en los numerales 8.1.3.2, 8.1.3.3 y 8.1.3.4 de la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006. Se eliminan los compromisos establecidos respecto del procedimiento de auditoría de verificación de los condicionamientos impuestos y la póliza de cumplimiento a favor de la SIC.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

"Por la cual se resuelve una solicitud de finalización de los condicionamientos establecidos a través de la Resolución No. 34904 de 2006 "

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: NO ACCEDER a la petición de no hacer exigibles los compromisos estructurales y de comportamiento, así como el esquema de seguimiento establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.

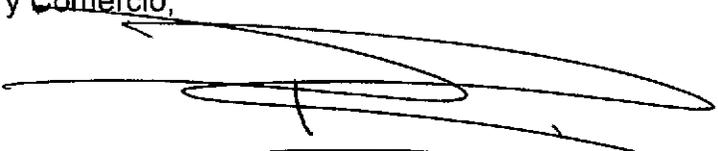
ARTÍCULO SEGUNDO: ACCEDER a la petición de no hacer exigibles el esquema de auditoría de verificación de los compromisos impuestos y la póliza de cumplimiento a favor de la SIC establecidos en la Resolución No. 34904 del 18 de diciembre de 2006.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución a ALMACENES ÉXITO S.A., a través de su Representante Legal, Doctor CARLOS MARIO DIEZ GÓMEZ, entregándole copia de la misma e informándole que en contra de la presente Resolución procede recurso de reposición el cual puede interponerse ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **14 MAY 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio,


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Carolina Liévano, Edilma Domínguez, Rafael Gutiérrez.
Revisó: Melba Castro, Germán Bacca, Felipe Serrano
Aprobó: Felipe Serrano.

NOTIFICACIONES:

ALMACENES ÉXITO S.A.
Doctor
CARLOS MARIO DIEZ GÓMEZ
Representante Legal
Carrera 48 No. 32B Sur – 139
Envigado