



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 01789 DE 2004
(30 ENE. 2004)

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus atribuciones legales, en especial la contenida en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el numeral 1° del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, mediante resolución 36700 de 2001, abrió investigación en contra de las sociedades DURÁN Y TASCÓN GRANJA SANTA ANITA Y CÍA. S. EN C. A. (en adelante Granja Santa Anita) y AVÍCOLA NÁPOLES MEJÍA VILLEGAS Y CÍA. S.C. (en adelante Avícola Nápoles), así como contra sus representantes legales, luego de encontrar elementos respecto a una posible infracción a las normas sobre promoción de la competencia.

1 Las Conductas

La presunta infracción a las normas sobre libre competencia se habría presentado, en síntesis, en razón a lo siguiente:

1.1 El deber de información previa

Según lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley 155 de 1959, las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía o servicios, cuyos activos individualmente considerados o en conjunto, asciendan a veinte millones de pesos (\$ 20.000.000,00) o más, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración.¹

En el caso concreto, el supuesto fáctico que dio origen a la investigación consistió en la suscripción de un contrato entre Granja Santa Anita y Avícola Nápoles, autenticado ante la Notaría Novena de Cali el día 13 de febrero de 2001, y a partir del cual se constituyó el Consorcio Nápoles-Santa Anita, con el objeto de presentar propuestas "para la adjudicación, celebración y ejecución del contrato de suministro de huevos y pollos a los siguiente establecimientos: Éxito, Cadenalco, Colsubsidio, Mercamas, Mercafacil, Carulla, Carrefour(sic), Pomona, Olímpica, Cafam, Surtimax, Ecofacil,

¹ Concordante con la Circular Única de esta Entidad, Título VII, Capítulo II.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

*Bucaros, Móvil-Esso, Zapatocas, Alkosto, Makro, Febor, Romi, El Trigal I, El Trigal II, Bodegones, Coraltienda.*² No obstante, verificados los archivos de esta Entidad no se encontró aviso previo de tal operación.

1.2 Autorización, ejecución o tolerancia

Según lo establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, están sujetos a las sanciones allí contempladas, tanto las empresas infractoras, como los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Así, dado que para la época en que se presentaron los hechos materia de análisis, los señores Luis Alfonso Tascón Durán y Elena Mejía de Villegas ostentaban la representación legal de las sociedades investigadas, fueron vinculados a la respectiva investigación.

SEGUNDO: Que mediante comunicación radicada bajo el número 04004209 y de fecha 21 de enero de 2004, el apoderado de Granja Santa Anita, Avícola Nápoles y de sus respectivos representantes legales, presentó ofrecimiento de garantías con el objeto de que se ordene la clausura de la investigación, adquiriendo los siguientes compromisos:

1 **Obligación principal**

- *"La sociedad DURAN Y TASCÓN GRANJA SANTA ANITA Y CIA S.C.A. se compromete a suspender sus operaciones dentro del Consorcio mientras esa Superintendencia hace el análisis pertinente y aprueba la integración empresarial cuyo estudio se solicita en el presente memorial. En tal sentido, Granja Santa Anita dejará de surtir productos (sic) a los inventarios del Consorcio a partir de la fecha hasta que (sic) Despacho emita la decisión a que haya lugar".*
- Para los efectos previstos en el punto anterior, las sociedades allegan la información correspondiente a la operación, en los términos establecidos en la Circular Única de esta Superintendencia.
- De lo anterior se desprende que, las investigadas adquieren el compromiso de desmontar en forma definitiva el consorcio Nápoles-Santa Anita, en caso que el estudio de la operación arroje como resultado que la constitución del mismo, lleva aparejada o implica una restricción indebida para la competencia.

2 **Colateral**

Como colateral, ofrecen *"[l]a constitución de un (sic) póliza de cumplimiento de obligaciones expedida por una Compañía de Seguros debidamente aprobada por la Superintendencia Bancaria como respaldo del compromiso aquí adquirido. Para tal efecto, ofrecemos constituir una póliza de cumplimiento por un valor equivalente al 10% de la sanción máxima a que haya lugar en el presente caso, y la cual será constituida dentro de los 3 días hábiles siguientes a que Ustedes impartan la aprobación sobre este ofrecimiento".*

² Obrante en folio 292 del Expediente 01054466.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

TERCERO: Que para decidir lo solicitado, este Despacho tendrá en cuenta que el ofrecimiento cumpla con los requisitos establecidos por el Decreto 2153 de 1992, de la siguiente manera:

1 Numeral 12 del artículo 4 y artículo 52 del Decreto 2153 de 1992

En ejercicio de la facultad contemplada en el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, le corresponde al Superintendente de Industria y Comercio decidir sobre la terminación de las investigaciones por posibles infracciones a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, cuando el presunto infractor ofrezca garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

Ahora bien, la anterior atribución implica el uso de una potestad discrecional, pero como es apenas entendible, la discrecionalidad no puede traducirse en el desconocimiento del principio de legalidad, sino en la realización por parte de la administración de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones con el fin de permitir el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de decidir.³ Tampoco implica arbitrariedad, puesto que consiste en un margen de amplitud de juicio, con el único fin de realizar materialmente los fines del legislador, adoptando la decisión que más convenga.⁴

Hecha la anterior aproximación, corresponderá ahora señalar que el Superintendente debe efectuar dos revisiones respecto al ofrecimiento presentado. En una primera instancia, debe asegurarse que el cumplimiento de lo ofrecido permita vislumbrar que el comportamiento que ha sido cuestionado será efectivamente suspendido y, posteriormente, que las garantías puestas a su consideración son suficientes de que ello sucederá y perdurará. Veamos si lo anterior se cumple en el caso que se analiza.

2 La obligación que se garantiza

De acuerdo con el procedimiento establecido para investigaciones por violación a las normas sobre libre competencia en el Decreto 2153 de 1992, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia abrirá investigación cuando los resultados de la averiguación preliminar permitan concluir que existe mérito para ello.⁵ En esta medida, al abrirse la investigación se delimitarán los aspectos normativos y fácticos que serán objeto de instrucción, señalándose tanto las normas que podrían haberse contravenido, como las conductas particulares que se estima violarían la ley.⁶

³ Artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Ver también Santofimio Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, página 73. Universidad Externado de Colombia. 1998.

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 22 de octubre de 1975. Magistrado Ponente: Luis Carlos Sábica.

⁵ "Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y práctica comerciales restrictivas a que se refiere ese decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación." Inciso 1 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

⁶ En el procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 se prevé que "Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer". La disposición sólo hace sentido si para ese momento el

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

Ahora bien, la suspensión o modificación de la conducta constituye, según sea el caso, el compromiso principal que debe realizar quien tiene interés en acogerse a este mecanismo procesal. Por ello, el análisis que realizará el Superintendente consiste en establecer si lo ofrecido asegura o no, que de cumplirse, el mercado se verá liberado, en el presente y el futuro, de las circunstancias que motivaron el inicio de la investigación.

Para tal propósito, se tiene que el ofrecimiento deberá hacerse en los mismos términos de la resolución de apertura, pues el compromiso del infractor debe versar íntegramente sobre los hechos investigados e implicar que serán eliminados.

Para el caso concreto, se tiene que Granja Santa Anita se compromete a no participar en el Consorcio, hasta tanto la operación de integración haya sido autorizada por este Despacho, lo que indica que la integración no avisada, que motivó la apertura de la presente investigación, será suspendida, y que en caso de encontrarse que la constitución del consorcio implica una restricción indebida para la competencia, será desmontado en forma definitiva.

3 Garantía

3.1 Concepto

La expresión "garantía" carece de definición expresa dentro del Ordenamiento Jurídico. Por ello, siguiendo los parámetros contenidos en el Código Civil⁷ y con los elementos de juicio a disposición, se advierte que a partir del concepto de caución (cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de una obligación propia o ajena),⁸ es posible inferir que la garantía consiste o se concretiza, en la existencia de una seguridad que refuerza el compromiso o acuerdo establecido.⁹

El destinatario de la notificación puede conocer los hechos que se le investigarán y las normas contra las cuales se hará el análisis.

⁷ Artículo 28 del Código Civil: "Las palabras de la ley se entenderán en sus sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal." Así mismo, establece el artículo 29 ibídem que, "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se ha tomado en sentido diverso."

⁸ Se debe entender por caución, la "Acción y efecto de afianzar lo estipulado. Fianza, prenda. Cosa que se asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. En general, seguridad dada contra una eventualidad cualquiera, y aquello que asegura el cumplimiento de un acuerdo". Diccionario de ciencias jurídicas, políticas, sociales y de economía. Vector de Santo. Editorial Universidad de Buenos Aires, 1996.

Igualmente, se señala que la caución representa una "Fianza. Seguridad personal de que se cumplirá lo pactado, prometido o mandado. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Política y Comerciales". Manuel Ossorio. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1981.

- "Por caución o garantía se entiende la obligación o el derecho real que asegura el cumplimiento de otra obligación principal, tales como la fianza, el derecho hipotecario y el prendario". Ospina Fernández, Guillermo. Régimen general de las obligaciones. Editorial Temis.

⁹ Garantía "Cualquier medida establecida para asegurar la efectividad de un crédito. Con ella se otorga al acreedor la seguridad, en mayor o menor grado, de que su derecho será satisfecho. Toda garantía consiste en un nuevo derecho que se yuxtapone al de crédito, de tal manera que existe aun relación de accesoriadad entre uno y otro". Enciclopedia Jurídica Básica. Editorial Civitas. Madrid, 1984.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

En esta línea argumental, es lógico considerar que una garantía representa una obligación adicional y accesoria a una principal, que contrarresta o aminora los riesgos de insatisfacción del deber a que accede. Así, aplicado al caso que ahora nos ocupa, debemos señalar que la obligación principal es la que quedó descrita en el punto anterior y lo que se busca garantizar es su efectivo y correcto cumplimiento.

3.2 Suficiencia de las garantías como requisito para su aceptación

Dado que la aceptación de garantías y la consecuente clausura de investigación han quedado supeditadas al juicio del Superintendente,¹⁰ resulta imperativo definir los parámetros bajo los cuales ha de establecerse la suficiencia en el ofrecimiento formulado.¹¹ De esta forma, considera esta Entidad que la suficiencia debe predicarse respecto a un parámetro general y a uno particular.

En cuanto al parámetro general, se estima que existirá suficiencia en la medida en que se pueda concluir que la implementación de la corrección, asegurada con las garantías, incentiva los fines de la aplicación de las normas sobre competencia, contemplados en el numeral 1 del artículo 2º del Decreto 2153 de 1992. De esta forma y analizando el ofrecimiento realizado, se advierte que este parámetro se cumple, toda vez que es posible constatar si la operación analizada, conlleva o no una indebida restricción para la competencia.

En relación al parámetro particular, habrá suficiencia cuando quiera que exista un elemento que brinde tranquilidad a esta Entidad, respecto a que los compromisos asumidos serán materializados en hechos concretos y que en caso de incumplirse podrá la Superintendencia hacer efectiva la correspondiente garantía.

Bajo este parámetro, se entenderá que el elemento es idóneo en la medida en que las empresas Granja Santa Anita y Avícola Nápoles constituyan, por separado, pólizas por valor equivalente a \$71.600.000.00, que corresponde al 10% de la máxima sanción que puede imponer el Superintendente de Industria y Comercio a las empresas que infrinjan las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.¹²

Así, pues, este Despacho considera que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de las sociedades investigadas, quedarían suficientemente respaldadas con la referida póliza, lo que le otorga a esta Entidad un grado razonable de confianza en cuanto a que lo ofrecido sería efectivamente cumplido.

¹⁰ En la redacción del inciso 4 del artículo 52 y del numeral 12 del artículo 4, ambos del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio ordenará la clausura de la investigación "...cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga". (Subrayado nuestro)

¹¹ A este respecto, es importante precisar que la expresión suficiencia entraña un calificativo de referencia, relativo a que lo que se propone es bastante para lo que se necesita, que es apto e idóneo para el fin propuesto. (Tomado del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, vigésima primera edición, página 1223).

¹² Decreto 2153 de 1992, artículo 4, numeral 15 y 16.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

4 Esquema de seguimiento

Como complemento a las indicaciones que hemos dado, la Superintendencia de Industria y Comercio entiende que su deber de verificación del correcto funcionamiento de los mercados, previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y demás normas concordantes, no se verá satisfecho en el presente caso, sin un esquema de seguimiento tal que permita corroborar el cumplimiento de los compromisos adquiridos y asegurar que no se está incurriendo nuevamente en la misma conducta que ameritó la investigación.

- 4.1 Para la verificación de los compromisos asumidos, es preciso que se allegue una relación semanal, en la que pueda constatarse el movimiento de inventarios del consorcio Nápoles-Santa Anita, especificando la fecha y procedencia de los productos.

PLAZO: La anterior relación deberá allegarse a esta Entidad en forma quincenal, a partir de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente acto, hasta tanto sea emitido el pronunciamiento a que haya lugar respecto a la operación informada.

- 4.2 Acorde con lo anterior, deberá allegarse una relación del despacho de productos, vendidos o dados en consignación, por Granja Santa Anita a sus diferentes canales.

PLAZO: La anterior relación deberá allegarse a esta Entidad en forma quincenal, a partir de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente acto, hasta tanto sea emitido el pronunciamiento a que haya lugar respecto a la operación informada.

Lo anterior, entiéndase sin perjuicio de las facultades que por ley le corresponden a esta Superintendencia,¹³ para la verificación del cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: Aceptar como garantía del compromiso de que trata el artículo anterior, los comportamientos descritos en la parte considerativa de esta resolución, así como el esquema de seguimiento y las pólizas de cumplimiento que se detallan.

En consecuencia, las sociedades Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S. en C. A. y Avícola Nápoles Mejía Villegas y Cía. S.C., deberán constituir en una compañía de seguros legalmente autorizada para tal efecto y a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, las pólizas que garanticen el cumplimiento de los compromisos de que trata la presente resolución, por una suma asegurada de setenta y un millones, seiscientos mil pesos M.C.T. (\$ 71.600.000.00), con vigencia de seis (6) meses. Los anteriores documentos deberán ser remitidos a la División para la Promoción de la Competencia dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

¹³ Decreto 2153 de 1992; artículo 4, numeral 10.

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

ARTICULO SEGUNDO: Ordenar la clausura de la investigación abierta mediante resolución 36700 de 2001, respecto de las sociedades Durán y Tascón Granja Santa Anita y Cía. S. en C. A. y Avícola Nápoles Mejía Villegas y Cía. S.C., Luis Alfonso Tascón y Elena Mejía de Villegas.

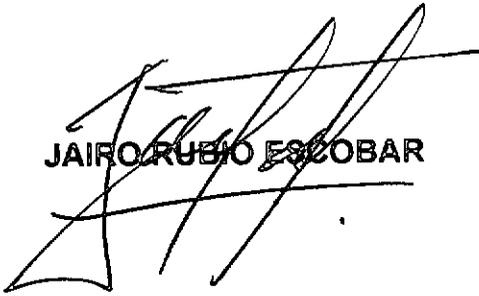
El fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta resolución, parte considerativa y resolutive, es fundamento de hecho para la clausura de la presente investigación. En este entendido, el incumplimiento de las garantías aceptadas dará lugar al decaimiento del presente acto administrativo y a la reanudación de la investigación. Adicionalmente esta Superintendencia procederá a hacer efectivas las pólizas de seguros respectivas.

ARTICULO TERCERO: Notifíquese personalmente al doctor JUAN GERMAN OSORIO del contenido de la presente resolución, en su condición de apoderado de los investigados, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que contra ésta procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes a dicha actuación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **30 ENE. 2004**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Por la cual se acepta un ofrecimiento de garantías

Notificación:

Doctor

JUAN GERMÁN OSORIO H.

Apoderado

DURÁN Y TASCÓN GRANJA SANTA ANITA Y CÍA. S. EN C. A.

AVÍCOLA NÁPOLES MEJÍA VILLEGAS Y CÍA. S.C.

LUIS ALFONSO TASCÓN DURÁN

ELENA MEJIA DE VILLEGAS

Carrera 12 N° 96 – 81 piso 5

Ciudad