



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **08228** DE 2001

(21 MAR. 2001)

Por la cual se termina una investigación

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, el Jefe de la División de Promoción de la Competencia, debidamente facultado, mediante resolución 2216 de 2000 abrió una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia contra la Compañía Comercial e Industrial La Sabana Avesco Ltda., en adelante Avesco, por algunas decisiones tomadas por dicha compañía que podrían ser contrarias al número 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la ley 155 de 1959, al negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma, cuando tales actuaciones puedan entenderse como una retaliación a su política de precios.

En el mismo sentido se ordenó investigar a Hernando Álvarez Uribe, representante legal de Avesco para la época de los hechos, y a Alfonso Murcia Pulido, director nacional de ventas institucionales de la compañía investigada, para determinar si estas personas naturales autorizaron, ejecutaron o toleraron conductas contrarias a la libre competencia, de conformidad con los números 15 y 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, se notificó la apertura de investigación y se corrió traslado a los investigados para que aportaran y solicitaran pruebas. El 18 de abril de 2000 la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia decretó las pruebas solicitadas que consideró conducentes y pertinentes, así como las que estimó convenientes ordenar de oficio. Una vez culminada la etapa probatoria, se elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO: Tal como se ordena en el artículo 52 del decreto 2153 de 1992, mediante oficio 99040921-20001 del 15 de septiembre de 2000, se dio traslado del informe motivado a los investigados para que manifestaran sus opiniones. Vencido el término fijado para ello los investigados no presentaron opiniones al respecto.

CUARTO: Habiéndose evacuado adecuadamente todas las etapas del proceso, este Despacho decide el caso en los siguientes términos:

1 Antecedentes

La investigación se inició de oficio a partir del hallazgo de una comunicación calendada en la ciudad de Bogotá el 17 de diciembre de 1998, dirigida al departamento de Compras de la empresa Makro de Colombia, Bogotá, en cuyo contenido se lee lo siguiente:

Por la cual se termina una investigación

"Señores MAKRO DE COLOMBIA Atn. Sra. Sandra Sánchez. Compras Ciudad.

"Apreciados señores: Estamos informando a ustedes que nuestra Compañía tomó la decisión de suspender los despachos de las referencias Pinchos de Pollo Kokoriko Institucional x 48 unidades y Nuggets de Pollo Kokoriko Institucional x 24 unidades a la cadena Carrefour.

"Esta decisión obedece al precio de venta fijado por dicha cadena ya que se encuentra fuera de los parámetros del mercado.

"Para Avesco Ltda. son claras e iguales las políticas comerciales establecidas con todos sus clientes garantizando de este modo un desarrollo normal de las actividades comerciales.

"Agradecemos la atención prestada. Cordialmente, firmado Alfonso Murcia Pulido, Dirección Nacional de Ventas Institucionales"

Con base en el anterior documento se indagó a fin de determinar si la conducta desarrollada por Avesco tuvo como resultado la real abstención de vender unos productos a otra empresa, como una retaliación por los precios de venta fijados por la empresa que revenda los productos de las referencias pinchos de pollo Kokoriko institucional X 24 unidades y nuggets de pollo Kokoriko institucional X 48 unidades, cuando sus precios se encuentren "por fuera de los parámetros del mercado". Para el caso presente se tuvo en cuenta la participación de la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A., propietaria de la cadena de almacenes Carrefour en Colombia, como la empresa que recibiría la conducta de la investigada.

2 Resultados de la investigación

2.1 Adecuación normativa

La investigación se abrió invocando el supuesto restrictivo contenido en el número 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, según el cual se considera restrictivo de la competencia el acto mediante el cual se niega a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

Para adelantar la adecuación normativa de este precepto legal debe cumplirse con todos los elementos exigidos para ello.

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

Esta Entidad no pudo probar que Avesco hubiere dado desarrollo a lo indicado en la comunicación previamente señalada y que como consecuencia haya dejado de vender productos a las cadenas de almacenes antes mencionadas. La Superintendencia de Industria y Comercio encontró respecto de la compañía Avesco que el resultado de negarse a vender los productos de las referencias "pinchos de pollo Kokoriko institucional X 24 unidades" y "nuggets de pollo Kokoriko institucional X 48 unidades" a la empresa Carrefour, no se produjo íntegramente, con fundamento en las siguientes pruebas decretadas y valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Veamos:

- ❖ Interrogatorio de parte a Hernando Álvarez Uribe, anterior representante legal de Avesco

"Pregunta 31: Manifestó usted en respuesta anterior que tuvo conocimiento de la comunicación calendada el 17 de diciembre de 1998, hacia el mes de junio de 1999, ¿qué actuación en concreto verbal

Por la cual se termina una investigación

o escrita asumió la gerencia de la sociedad para paralizar los efectos de una comunicación de seis meses más o menos anteriores a la fecha de su conocimiento?

Respuesta: En primer instancia cuando conocí la comunicación cité a una reunión con el Gerente de Producción y el señor Alfonso Murcia, reunión en la cual quedó claro que la carta había sido enviada por el señor Alfonso Murcia sin ninguna autorización ni conocimiento alguno por parte de sus superiores. También quedó claro que no se adoptó ninguna medida de suspensión de despachos como estaba anunciado en la carta. Ordené revisar todos los procedimientos y políticas de la compañía para saber si existía alguna disposición que permitiera al señor Murcia el envío de dicha carta. A los pocos días me informaron que las políticas, y manuales de la compañía eran ajustados a la ley. El señor Murcia manifestó que había sido un gran error de su parte. Solicité verificar si se habían continuado los despachos normales a Carrefour "Grandes Superficies" y fui informado de que la persona encargada de asesorar a la empresa para que hiciera los pedidos oportunamente a Avesco había continuado obrando después de la comunicación con absoluta normalidad.

"(...).

"Pregunta 41: ¿Sírvasse señalar si efectivamente los despachos de las referencia "pinchos de pollo Kokoriko institucional X 24 unidades" y "Nuggets de pollo Kokoriko institucional X 48 unidades" fueron suspendidos a la Cadena Carrefour, tal como se enfatiza en la comunicación de fecha 17 de diciembre de 1998, ya citada?

Respuesta: No fueron suspendidos."

Pregunta 42: En la respuesta proferida por la sociedad Grandes Superficies de Colombia-Carrefour a la solicitud de información decretada en el acto de pruebas de esta investigación, radicada bajo número 99040921-0010012, se indica lo siguiente: "certifico que la compañía Comercial e Industrial La Sabana Avesco Ltda., con NIT 860.025.461-0, no suspendió las ventas de pinchos de pollo Kokoriko institucional por 24 unidades y los Nuggets de pollo Kokoriko institucional por 48 unidades fueron despachados en su totalidad excepto por las ordenes de compra números 11-5691 y 118531, en el período comprendido entre noviembre de 1998 y marzo de 1999". ¿Podría usted explicar las razones por las cuales no fueron despachadas y atendidas las ordenes de compra citadas?

Respuesta: La afirmación de Carrefour fue que no se suspendieron los despachos. El hecho de que no se hayan podido atender dos órdenes en un período tan largo podría deberse a problemas de transporte o de inventarios o de producción pero debe ser una cosa excepcional como lo afirma Carrefour.

"(...).

"Pregunta 51: ¿El hecho de que la mercaderista o impulsora de productos no fuera retirada de Carrefour qué opinión le merece?

Respuesta: Significa claramente que nunca hubo la intención de suspender los despachos a Carrefour.

"Pregunta 53: La Superintendencia ha presentado como prueba una comunicación de Carrefour en que se hace referencia a dos ordenes de pedido impulsadas por la funcionaria de Avesco que no llegaron a traducirse en una factura de productos ¿de acuerdo con su experiencia qué circunstancia podría explicar este hecho?

El despacho pone de presente al interrogado copia de las ordenes de compra números 001100008531 de fecha 28 de diciembre de 1998 y 001100005691 de fecha 10 de diciembre de 1998.

Respuesta: La carta de Carrefour es muy clara al afirmar que no hubo suspensión de despachos. Dos ordenes de pedido posiblemente son muy pocas frente a los pedidos de Carrefour. El hecho de que las ordenes correspondan al mes de diciembre ratifican que se debió tratar de alguna circunstancia ajena a la empresa, pues este es un mes de ventas mucho más altas que otro mes del año, lo que hace más justificables la imposibilidad de haber atendido dichos pedidos.

- ❖ Interrogatorio de parte y reconocimiento de firma, Alfonso Murcia Pulido, director de ventas institucionales de Avesco

Por la cual se termina una investigación

"Pregunta 9: ¿Qué motivo o motivos lo llevaron a usted a manifestar a la sociedad Makro S.A. que Avesco Ltda. tomó la decisión de suspender los despachos de las referencias "pinchos de pollo Kokoriko institucional X 24 unidades" y "nuggets de pollo Kokoriko institucional X 48 unidades", respecto de la cadena Carrefour?"

Respuesta: Makro estaba preocupado y así me lo manifestaron de si nosotros le vendíamos a Carrefour a unos precios mucho más bajos que a ellos, yo le expliqué a la niña de Makro que eso no era así, y le dije que nosotros íbamos a hacer algo al respecto. Así de que se me ocurrió como estrategia hacer una carta la cual no le mandamos nunca a Carrefour, quise con esos (sic) simplemente tranquilizar un poco a Makro, ya que es mi cliente y yo quería tranquilizarlo y básicamente eso. Pero en ningún momento nosotros le suspendimos los despachos a Carrefour, ya que para hacerlo necesito el permiso si yo quiero suspender los pedidos básicamente existen dos motivos: uno que es que el cliente tenga problemas de cartera o que tengamos indicio de que el cliente se va a quebrar, para eso necesito el permiso del Departamento de Cartera o del Comité de Mercadeo."

"(...).

"Pregunta 17: ¿Se ha mantenido vigente sin interrupción alguna la relación comercial de venta entre Avesco y la sociedad Carrefour?"

Respuesta: Si desde la llegada de Carrefour iniciamos como proveedores de ellos, han sido muy buenos clientes, les estamos vendiendo desde siempre en Bogotá y en Cali desde que iniciaron les estamos vendiendo, no hemos tenido interrupciones, normalmente hemos estado ofreciendo nuestros productos en ese almacén todo el tiempo."

"(...).

"Pregunta 20: ¿De haber sido intención de Avesco suspender los suministros a Carrefour se hubieran en ese caso tomado medidas como el retiro de las mercaderistas y díganos si algo así sucedió en éste caso?"

Respuesta: Bueno hasta el momento desde que estoy en la empresa jamás ha pasado una situación como esta, no ha pasado con una cadena de supermercados, que tengamos que dejarles de vender o suspenderles el despacho o algo por el estilo. No nos ha pasado sino es un caso de problema de cartera, de pagos o de alguna situación que nuestro cliente esté en quiebra o falta de plata, ya que existiría un riesgo para la compañía, si no hay una justificación de esta primero yo tendría que consultar con mi jefe directo y seguramente que él tendría que consultar con el Comité de Mercadeo y obviamente pues el personal en el punto de venta habría que retirarlo, pero en el caso de Carrefour la mercaderista estuvo todo el tiempo, en esta época ya que como dije es una venta buena en ese tiempo y cuando más necesitamos que la niña esté allí."

- ❖ Oficio dirigido a la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A.,¹ solicitando certificación sobre atención de pedidos de los productos denominados "pinchos de pollo Kokoriko institucional x 24 unidades" y "nuggets de pollo Kokoriko institucional x 48 unidades", a lo cual se contestó: "Certifico que la compañía Comercial e Industrial La Sabana Avesco Ltda., con NIT 860.025.461-0, no suspendió las ventas de pinchos de pollo Kokoriko institucional por 24 unidades y los Nuggets de pollo Kokoriko institucional por 48 unidades fueron despachados en su totalidad excepto por las ordenes de compra Números 11-5691 y 11-8531, en el período comprendido entre Noviembre de 1998 y Marzo de 1999".

"Así mismo allegaron 3 fotocopias de las ordenes de compra expedidas por Grandes Superficies de Colombia S.A. desde Noviembre de 1998 hasta Marzo de 1999 en las cuales se solicita el suministro de los productos; pinchos de pollo kokoriko institucional por 24 unidades y nuggets de pollo kokoriko institucional por 48 unidades; así como 4 fotocopias de las facturas cambiarias de compraventa expedidas por la sociedad Compañía Comercial e Industrial La Sabana Avesco Ltda. desde Noviembre de

¹ Radicación No. 99040921-00010012 del 22 de mayo de 2000

Por la cual se termina una investigación

1998 hasta marzo de 1999 en las cuales se incluyen los productos pinchos de pollo kokorico institucional por 24 unidades y nuggets de pollo kokorico institucional por 48 unidades".

❖ **Facturación.**

Con base en las copias de las facturas de venta expedidas por Kokorico - Avesco Ltda. y en las órdenes de compra extendidas por Carrefour hacia Avesco,² documentos en los cuales se analizó el comportamiento de las ventas de los productos pinchos de pollo Kokoriko institucional X 24 unidades y de los nuggets de pollo Kokoriko institucional X 48 unidades, durante el período comprendido entre los meses de noviembre de 1998 y marzo del año 1999, se evidenció que los mismos siguieron siendo facturados por Avesco, a la cadena Carrefour, después de la comunicación calendada el 17 de diciembre de 1998, la cual motivó la presente investigación.

Así, de conformidad con el análisis realizado sobre la facturación y ordenes de compra señaladas en el acápite precedente, e igualmente, con fundamento en la certificación expedida por Carrefour con destino a esta investigación,³ se observó que el producto de la referencia "nuggets de pollo Kokoriko institucional X 48 unidades", solicitado en venta, -entre otros productos-, en las ordenes de compra números 0011 00008531, -con fecha de preparación de la orden el 28 de diciembre de 1998- y 0011 00005691, -con fecha de preparación de la orden el 10 de diciembre del mismo año- no aparece en las correspondientes facturas cambiarias de compraventa: números 0021117 del 30 de diciembre de 1998 y 0020574 del 11 de diciembre de 1998. En tales títulos, si aparece, -además de otros productos ajenos a esta investigación-, la referencia "pinchos de pollo Kokoriko institucional X 24 unidades".

Empero, del material probatorio recaudado no puede colegirse con certeza evidente que la presunta negativa a vender esta referencia, en las dos ocasiones mencionadas haya sido como resultado de la política de precios adoptada por Carrefour, respecto de aquellos. Por el contrario, este Despacho observa con fundamento en las declaraciones recepcionadas, que posiblemente por ser el mes de diciembre una época de abundante demanda del pollo, se pudo haber presentado escasez en los inventarios de Avesco. Aunado a lo anterior, apreciándose a futuro, y por sólo mencionar las facturas de fechas más cercanas a las que nos ocupan, es decir, las numeradas 0021406 del 7 de enero de 1999 y 0020599 del 12 de diciembre de 1998, se evidencia que tales productos siguieron despachándose normalmente por parte de Avesco hacia Carrefour. Por consiguiente, no puede endilgarse a los investigados una negativa a vender de contenido retaliatorio.

2.2 Instrucción

Es entendimiento de esta Superintendencia que el debido proceso⁴ y la posibilidad de que se ejerza el derecho de defensa en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas⁵ implican que en la

² Radicación No. 99040921-0010012 del 22 de mayo de 2000.

Facturación anexa al escrito de AVESCO Ltda. Radicación No. 99040921-0018 del 24 de marzo de 2000

³ Radicaciones Nos. 99040921-0010012 del 22 de mayo de 2000 y 99040921-0010018 del 12 de junio de 2000

⁴ Según el artículo 29 de la Constitución Nacional, "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...."

"Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso."

⁵ El derecho de defensa se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad y se traduce en la facultad que tiene el inculpado para impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le son adversas... (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22 de diciembre de 1990).

Por la cual se termina una investigación

resolución de apertura de la investigación respectiva se contengan las disposiciones respecto de las cuales se evaluará el comportamiento de los investigados.

En el caso que nos ocupa, la investigación se abrió respecto de la prohibición contenida en el número 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992. Durante la investigación la Entidad no demostró, como ya se comentó, que la investigada efectivamente se hubiera negado a vender o a prestar servicios. En esa medida, hoy no existen fundamentos para sancionar, ni piso que habilite a este Superintendente para proceder en el sentido contemplado en el número 13 del artículo 4 del estatuto orgánico de la Entidad.

Sin embargo, en nuestra opinión el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia deberá evaluar si existen razones suficientes para que se continúe el trámite a la luz de la conducta reprimida en el número 2 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

2.3 Personas naturales vinculadas a la investigación

Según el contenido del número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que alude el presente decreto, hasta 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la multa, a favor del Tesoro Nacional.

Tal como se desprende de la norma, en este caso lo que se castiga es la tolerancia, ejecución o autorización de un acto restrictivo.

Sobre el particular encontramos que el entonces representante legal de Avesco, señor Hernando Álvarez Uribe, no pudo haber autorizado, ejecutado o tolerado, el comportamiento restrictivo objeto de la investigación, toda vez que al no haber transgredido la empresa investigada, el número 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992, no podría predicarse respecto de aquel, la violación del número 16 del artículo 4 de la misma normatividad, ya que esta conducta es de carácter accesorio.

De otra parte y en relación con el señor Alfonso Murcia Pulido, director de ventas de la línea institucional de la sociedad investigada, se reitera lo señalado anteriormente, en el sentido que al no haberse producido el resultado anunciado en el documento calendado el 17 de diciembre de 1998, no resulta predicable la aplicación del número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del artículo 4 del mismo texto legal, el 21 de marzo de 2001 se escuchó al Consejo Asesor.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que el comportamiento descrito en esta resolución, desarrollado por Compañía Comercial e Industrial La Sabana Avesco Ltda., no contravino lo previsto en el número 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Declarar que el comportamiento descrito en esta resolución, desarrollado por Hernando Álvarez Uribe y Alfonso Murcia Pulido, no contravino lo previsto en el número 3 del artículo 48 del decreto 2153 de 1992.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que conforme con el artículo 35 del código contencioso administrativo, en la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas tanto inicialmente como durante el trámite. Teniendo en cuenta que la resolución final de la investigación tiene como parámetro los cargos planteados en la apertura de la misma, el derecho de defensa del investigado se circunscribe a los asuntos mencionados y discutidos dentro del proceso.

Por la cual se termina una investigación

ARTÍCULO TERCERO: Regrésesele el expediente al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, a fin de que realice la evaluación a la luz de lo resumido en el número 2.2 de esta resolución.

ARTICULO CUARTO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Jorge Bustillo Melgarejo, apoderado de Compañía Comercial e Industrial La Sabana Avesco Ltda., Hernando Álvarez Uribe y Alfonso Murcia Pulido, o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **21 MAR. 2001**

El Superintendente de Industria y Comercio,


EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

NOTIFICACIONES:

Doctor
JORGE BUSTILLO MELGAREJO
Apoderado
COMPAÑÍA COMERCIAL E INDUSTRIAL LA SABANA AVESCO LTDA. Y OTROS
Carrera 5 n° 46 71, oficina 101
Ciudad

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL 19 FEB. 2007

Certifico que la resolución 8228 de fecha _____
fue notificada mediante edicto número 3920
leído el 03 ABR. 2007 y desahogado el 18 ABR. 2007