



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 11665 DE 2005
(23 MAYO 2005)

Por la cual se resuelve un recurso

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que a través de la Resolución 05487 del 15 de marzo de 2005, esta Entidad resolvió *"Objetar la operación de integración informada por las empresas MEALS MERCADEO DE ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A. y PRODUCTOS LACTEOS ROBIN HOOD S.A., mediante escrito radicado bajo número 05020104 del 3 de marzo de 2005, salvo que se de fiel cumplimiento de lo dispuesto en el considerando QUINTO del presente proveído"*.

SEGUNDO: Que contra la mencionada Resolución 05487 de 2005, la apoderada de las empresas MEALS MERCADEO DE ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A. y PRODUCTOS LACTEOS ROBIN HOOD S.A. interpuso recurso de reposición, *"[a] fin de que sean revocados sus numerales 5.1.1., 5.1.2, 5.1.3. literal c), modificándose los condicionamientos impuestos para efectos de la procedencia de la integración proyectada de mis representadas, conforme a la nueva propuesta que presentamos adelante"*

TERCERO: Que el recurso a que se hace referencia en el considerando anterior, está sustentado en los siguientes términos:

"(...).

"I FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El condicionamiento contenido en la resolución impugnada, referente a la eventual venta de los congeladores de ROBIN HOOD, haría imposible el aprovechamiento de las sinergias que generarían la integración para MEALS, en lo que respecta a la venta de helados de crema en el canal tradicional, razón por la cual su cumplimiento neutralizaría los beneficios derivados de la misma, haciéndola inútil.

"En este sentido, llamamos respetuosamente la atención del Despacho sobre el hecho de que, sin perjuicio de la validez del estudio hecho por el Centro Nacional de Consultoría en relación con los establecimientos del canal minorista que poseen congeladores, conforme al cual, tan sólo un 15% de éstos tienen congeladores, de acuerdo con el estudio de AC Nielsen que obra en el expediente y que es igualmente válido, mas del 50% de los establecimientos detallistas de las principales ciudades del país poseen congelación".

Frente al mismo punto, señalan que *"[p]ara efectos de los cálculos que sobre el 'total nacional de congeladores' hizo la Superintendencia de Industria y Comercio, no se tuvieron en cuenta los de empresas /marcas como CHUPIS, LIS, TONNY, TILIN, LA CABAÑITA, LA FRESITA, BUGUI, YOM YOM, TOLY, TILIN, SAN JERONIMO y SAN TELMO, entre muchas otras, además de los congeladores propios. Si se considera la importancia de las marcas regionales, y la considerable presencia que éstas tienen con sus congeladores en las diferentes regiones, además de los congeladores propios de los tenderos, necesariamente se concluirá que la presencia de MEALS en*

el canal tradicional es muchísimo menor de lo que el análisis fraccionado del número de congeladores de algunos pocos de sus competidores parecería arrojar.”

II. POSIBLES CONDICIONAMIENTOS

“Para MEALS tiene una -sic- carácter estratégico, de cara a su desempeño futuro, su integración con ROBIN HOOD, y en esa medida, a fin de que la misma sea viable pone a consideración de su Despacho la siguiente nueva alternativa de condicionamiento, no sin antes rogar al Despacho que tenga en cuenta los argumentos señalados anteriormente, en lo que respecta a la realidad de los congeladores del país:

- “Poner a la venta las marcas HELADINO, registrada bajo el certificado número 106.896 para distinguir productos de la clase 30 internacional; y GOLISUNDAE, registrada bajo el certificado número 201.121 para distinguir productos de la clase 30 internacional. (...).
- “Mecanismo Fiduciario: MEALS está dispuesto a estructurar un mecanismo fiduciario sobre las marcas HELADINO y GOLISUNDAE, en virtud del cual se establezcan los términos y condiciones para que la entidad fiduciaria correspondiente asuma la administración de dichas marcas, junto con el encargo de ofrecerlas en venta a terceros. Con este mecanismo se garantizaría el libre acceso de terceros a la propiedad y uso de las marcas en condiciones de mercado, y se aseguraría la transparencia en el manejo de todo el proceso que se adelante para su venta y traspaso, dado que dicho proceso estaría siendo administrado por una entidad fiduciaria independiente, sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y regida por los estándares de responsabilidad y diligencia contemplados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones aplicables.
- “Compartir la capacidad de congelación de los 6.069 congeladores de ROBIN HOOD ubicados en el territorio nacional con el adquiriente de las marcas HELADINO y GOLISUNDAE, de manera que éste pueda ubicar en los mencionados congeladores los mismos productos que hoy se están comercializando bajo las marcas HELADINO y GOLISUNDAE, en las mismas proporciones en que éstos actualmente se encuentran abasteciendo los congeladores de MEALS.

“El adquiriente deberá, por supuesto, comprometerse a vender sus productos identificados con las marcas HELADINO y GOLISUNDAE por encima del valor de su costo de producción.

- “No pactar una relación de exclusividad que impida a los minoristas adquirir productos de otros fabricantes distintos de MEALS. Estas exclusividades no se pactaran ni siquiera en los casos en que MEALS o sus distribuidores hayan entregado a cualquier título bienes tales como equipos refrigerantes, estantes, o cualquier otro elemento utilizado para comercializar o distribuir sus productos.
- “No pactar cláusulas de exclusividad con terceros transportadores de sus productos.

“III. PETICIÓN

“Conforme a lo expuesto, de manera comedida me permito solicitar a su Despacho que revoque parcialmente la resolución impugnada en sus numerales 5.1.1., 5.1.2. y 5.1.3. literal c), y en su lugar autorice la integración proyectada condicionada al cumplimiento de los anteriores condicionamientos, además de los demás contenidos en la resolución objeto del presente recurso”.

CUARTO: Que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, se resolverán todas las cuestiones planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

4.1 Las sinergias que se aducen

Por mandato de la ley, las operaciones de integración empresarial que tiendan “[a] producir una indebida restricción de la libre competencia” deben ser objetadas,¹ a menos que logre implementarse un condicionamiento capaz de asegurar el restablecimiento efectivo de la competencia. Cualquier alternativa o solución que no satisfaga este aspecto, resultará inadecuada para lo que se pretende y, en esa medida, hará persistir en la necesidad de su objeción.

En el caso concreto, la operación sometida a consideración de esta Entidad no implica, desde el punto de vista de la competencia, inconvenientes en los productos lácteos, ni en helados correspondientes a los canales institucional y hogar; sin embargo, la situación es distinta al analizar el canal de impulso de helados a base de crema, toda vez que en este segmento específico se anticipa, como se expresó en la providencia recurrida, una indebida restricción de la competencia de realizarse la operación en la forma en que está planteada por las intervinientes.

Por tanto, el condicionamiento establecido en la Resolución 05487 de 2005 recae únicamente sobre el segmento de helados de impulso a base de crema,² que representa menos del % de los ingresos de las intervinientes, y no genera ninguna carga para los demás categorías de negocios, lo que pone de relieve la congruencia y proporcionalidad de la decisión adoptada, con los resultados que arrojó el análisis de la operación.

Ahora bien, dado que las “sinergias” a que se alude en el recurso son precisamente las circunstancias que confluyen en la restricción indebida de la competencia, al consolidar las barreras de acceso y asegurar el poder de mercado con que quedaría la resultante, es claro que no pueden admitirse y, antes por el contrario, deben remediarse si se quiere llevar a cabo la operación.

Adicionalmente, para considerar que las eficiencias compensan los efectos indeseables de la operación y que dan lugar a “su no objeción”, es preciso que estén acreditados los supuestos definidos por el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, de lo cual están lejos las empresas en el caso que se revisa. En efecto, las intervinientes en ningún momento han afirmado y, mucho menos, acreditado que en la operación analizada “[p]uede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado”.

4.2 La red de frío como barrera de acceso

La impugnante manifiesta que según el “[e]studio de AC Nielsen que obra en el expediente y que es igualmente válido, mas del 50% de los establecimientos detallistas de las

¹ Ley 155 de 1959, artículo 4°, parágrafo 1°

² Ver: Considerando Quinto de la Resolución 05487 de 2005

principales ciudades del país poseen congelación". En relación a este aspecto, es preciso señalar:

(i) Aunque desde la solicitud inicial presentada el 7 de julio de 2004, se hacía referencia al mencionado estudio, sólo hasta el 11 de marzo de 2005 fue arrimado al expediente, es decir, dos días antes de la expedición de la providencia impugnada, circunstancia que resulta llamativa, pues desde mucho antes esta Entidad había requerido a las intervinientes, a fin de que allegaran cualquier estudio de mercado que pudiera ser de utilidad para el análisis que se estaba realizando.³

(ii) En todo caso, el "estudio" a que se está haciendo referencia en el recurso consiste en siete hojas, en las cuales se presentan unos cuadros sobre la evolución de número de establecimientos de comercio, como su composición. Sin embargo, no se adjuntó ficha técnica que permita conocer: cuál fue la metodología y procedimiento utilizado para su elaboración, la muestra que se tomó de referencia, las fuentes consultadas, el margen de error que puede presentar, la persona que lo contrató, el propósito de su realización y, adicionalmente, se desconoce si fue aportado en forma completa o fragmentada, lo cual le resta mérito a su valoración.

(iii) Pero con prescindencia de lo anterior, los resultados presentados en el estudio a que se refiere la impugnante, igualmente ponen de relieve una alta concentración de la red de frío para helados en el canal tradicional, como a continuación se detalla:

Aunque el estudio de AC Nielsen da cuenta de un número de establecimientos de comercio en el territorio nacional, no todos pueden tomarse en cuenta para efectos del presente análisis, como quiera que el canal comprometido con el condicionamiento es sólo el "tradicional" (tiendas de barrio, consumo local, droguerías, papelerías, etc.). En esa medida, deben excluirse del cálculo, aquellos establecimientos que no correspondan a esta categoría, lo que reduce el universo de establecimientos a

Ahora bien, de los establecimientos de comercio que pertenecen al canal tradicional, cabe precisar que sólo disponen de refrigeradores⁴ y únicamente dispone de congeladores para helados, es decir, menos del % de los establecimientos pertenecientes al canal tradicional.

³ En la respuesta al requerimiento de información formulado por esta Entidad, las empresas manifestaron el 3 de febrero de 2005, "*Tal y como lo señalamos verbalmente a la Superintendencia de Industria y Comercio en reiteradas ocasiones, al igual que por escrito en las páginas 23. y 31. del documento de notificación de la integración proyectada, mis representadas no conocen de la existencia de ningún estudio que fuente oficial o privada alguna haya adelantado en relación con el tamaño del mercado de helados*".

Igualmente, frente a la solicitud de esta Superintendencia de "*Allegar copia completa de estudios de mercado, consumidor, posicionamiento de marcas, y en general, estudios relacionados con los productos elaborados por las sociedades involucradas*", la respuesta de las empresas se limitó a señalar: "*La Copia del 'Estudio de Necesidades y Expectativas del Consumidor de Helados', realizado entre julio y agosto de 2004 por la Jefatura de investigaciones de MEALS, se encuentra en el archivo denominado 'Consumidores' contenido en CD-Rom adjunto como anexo 1. En relación con ROBIN HOOD debe anotarse que éste no ha desarrollado ni ha contratado estudios de mercado*". (Subrayado no hace parte del texto original)

⁴ Refrigeradores para cualquier clase de productos, como lácteos, bebidas refrescantes, bebidas alcohólicas, jugos, carnes frías, etc.

Pero adicionalmente, de los establecimientos del canal tradicional que cuentan con congeladores para helados, cabe señalar que pertenecen a MEALS (%) y a ROBIN HOOD (%), con lo cual de llevarse a cabo la integración en la forma en que está planteada por las intervinientes, la resultante del proceso quedaría con el % de los congeladores para helado que están ubicados en el segmento tradicional, lo que ratifica las conclusiones a que arribara este Despacho en la Resolución 5487 de 2005.

Sin bien, no se desconoce que existe un número considerable de establecimientos que en la actualidad no disponen de congelador para este tipo de productos, no puede pasarse por alto, que hacerse a una red de la magnitud y cobertura similar a la de las empresas involucradas en la operación, implicaría una labor logística y de negociación que se vería traducida en un tiempo prolongado, durante el cual la resultante del proceso podría determinar las condiciones del mercado en forma independiente, dada la ausencia de competidores que la puedan neutralizar.

De modo, pues, que los esfuerzos y el tiempo que requiere la implementación de una red de frío que permita ejercer una competencia efectiva en el mercado, constituye una barrera de acceso para potenciales entrantes, como también, para los actuales competidores que pretendan expandir su oferta.⁵

(iv) La importancia de la red de frío como mecanismo de distribución y la barrera de acceso al mercado que produce su falta de disposición, es una realidad a la que no escapan las intervinientes del proceso, pues justamente aducen como una sinergia del proceso la consolidación de sus redes de frío, la cual si fuese tan fácil de alcanzar, no insistirían en ella por la vía de la integración, pues la conducta lógica sería que buscarán adquirir nuevos congeladores para luego colocarlos en los establecimientos de comercio que pretendan "colonizar".

Lo expresado en los puntos anteriores, nos lleva a ratificarnos en el convencimiento de que la red de frío, a pesar de que existe un considerable número de establecimientos sin congelador, sí constituye un instrumento esencial de acceso al mercado y, por lo mismo, una barrera para quienes carecen de ella.

4.3 Frente a los competidores regionales no tenidos en cuenta

Según manifiesta la apoderada, esta Entidad no tuvo en cuenta algunas empresas/marcas regionales, para el cálculo del total nacional de congeladores.

A este respecto, es preciso señalar que los establecimientos y marcas a que alude la apoderada si fueron tenidos en cuenta, pues tanto el estudio del Centro Nacional de Consultoría, como el de AC Nielsen, son de carácter nacional, por lo cual asumimos que incluyen los establecimientos y las marcas a que se refiere.

⁵ Sobre el punto, se expresó en el acto impugnado "Aun si la empresa entrante dispusiera del capital suficiente para realizar un (sic) inversión de los niveles ya señalados, no puede pasarse por alto que la puesta en marcha de una red de congelación encaminada a suplir el segmento de comercio minorista a lo largo de del territorio nacional, requeriría necesariamente un tiempo considerable para su implementación, en tanto supone un fuerte número de negociaciones y, además, un grado importante de experiencia por la complejidad que implica distribuir a un tipo de segmento tan atomizado como es el canal tradicional.(..)" Resolución 05487 del 15 de marzo de 2005.

Pero adicionalmente, conviene manifestar que como quiera que las marcas a que alude son de carácter regional, es evidente que no representan un contrapeso efectivo para la resultante del proceso, la cual cuenta con cobertura de carácter nacional.

QUINTO: Que aún cuando los fundamentos en que se basa la impugnante están llamados a no prosperar por las razones ya aducidas, y que esa sola circunstancia sería suficiente para no acceder al objeto de su solicitud,⁶ este Despacho procede a revisar si el condicionamiento presentado en el recurso cumple con los mismos principios y finalidades que motivaron la decisión adoptada en la Resolución 5487 de 2005, en cuanto la enajenación de los "Activos adicionales", como requisito necesario para no objetar la operación.⁷

En este sentido, encontramos que la propuesta alternativa presentada consiste, fundamentalmente, en *"...compartir la capacidad de congelación de los 6.069 congeladores de ROBIN HOOD ubicados en el territorio nacional con el adquirente de las marcas HELADINO y GOLISUNDAE, de manera que éste pueda ubicar en los mencionados congeladores los mismos productos que hoy se están comercializando bajo las marcas HELADINO y GOLISUNDAE, en las mismas proporciones en que éstos actualmente se encuentran abasteciendo los congeladores de MEALS".* (El subrayado no hace parte del texto original)

En este mismo sentido, la apoderada expresó con posterioridad y fuera del término legal establecido para la interposición de recursos, lo siguiente:

"Teniendo en cuenta que las marcas ofrecidas, Heladino y Golisundae corresponden al 9% del mercado, MEALS ofrece compartir la capacidad de congelación de los 6.069 congeladores de ROBIN HOOD ubicados en el territorio nacional con el adquirente de dichas marcas, de manera que éste pueda ubicar en los mencionados congeladores los mismos productos que hoy se están comercializando bajo estos signos, en las mismas proporciones en que éstos actualmente se encuentran abasteciendo los congeladores de MEALS."

"Hoy por hoy, los productos Heladino y Golisundae ocupan los congeladores de MEALS en un 14%, siendo importante anotar al respecto que, los congeladores de MEALS tienen un mayor tamaño que los de ROBIN HOOD. Ciertamente, mientras los de ROBIN HOOD tienen en promedio un tamaño de entre 5 y 6 pies cúbicos, los de MEALS tienen un tamaño promedio de 7.5 pies cúbicos."

"De lo anterior se infiere que, este 14% que ocupan hoy los productos Heladino y Golisundae en los congeladores de MEALS, aplicado a los congeladores de ROBIN HOOD implicará un mayor porcentaje de almacenamiento, pues el mientras dicho se porcentaje se mantendrá igual, los congeladores que los almacenarán serán más pequeños". (El subrayado no hace parte del texto original)

Para este Despacho, la alternativa propuesta no permitiría al adquirente distribuir los productos de las marcas Heladino y Golisundae en las mismas condiciones con que

⁶ El objeto del recurso presentado, consiste en que "... sean revocados sus numerales 5.1.1., 5.1.2, 5.1.3. literal c), modificándose los condicionamientos impuestos para efectos de la procedencia de la integración proyectada de mis representadas, conforme a la nueva propuesta que presentamos adelante"

⁷ De acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, "La decisión resolverá todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, aunque no lo hayan sido antes".

actualmente se distribuyen, por cuanto la red de ROBIN HOOD (congeladores) corresponde a menos de una tercera parte de la MEALS (congeladores) y la capacidad de almacenamiento volumétrica de los congeladores de ROBIN HOOD (en promedio 5 y 6 pies cúbicos) es menor a la que tienen los de MEALS (en promedio 7.5 pies cúbicos), según manifiesta la apoderada.

Así, pues, al comparar la capacidad de almacenamiento de MEALS con la de ROBIN HOOD, medida por el número de congeladores y su capacidad volumétrica en pies cúbicos, se encuentra que mientras el primero cuenta, aproximadamente, con pies cúbicos disponibles para el almacenamiento de helado,⁸ ROBIN HOOD no alcanza los pies cúbicos. De esta forma, si se tiene en cuenta que las marcas Heladino y Golisundae ocupan, como manifiesta la impugnante, el 14% de los congeladores de MEALS, es claro que este porcentaje aplicado sobre la red de ROBIN HOOD no es equiparable, pues la base sobre la cual recae es sustancialmente diferente. En efecto, un 14% de la capacidad de almacenamiento de MEALS, equivale a pies cúbicos, mientras que ese mismo porcentaje aplicado a la capacidad de ROBIN HOOD, corresponde a tan solo pies cúbicos.

Por tal razón, si el adquirente dispusiera tan solo del 14% de la red de ROBIN HOOD para almacenar los productos correspondientes a tales marcas, como lo sugiere la apoderada, tendría que suplir un déficit de almacenamiento de pies cúbicos,⁹ lo que le impediría distribuir y aprovechar las marcas en las condiciones actuales, viéndose enfrentados a la barrera de acceso a que nos hemos referido en el presente acto.

Así las cosas, la alternativa propuesta, en los términos en que está planteada, resulta insuficiente, en cuanto no permite el acceso necesario para lograr el reestablecimiento efectivo de la competencia, en el mercado de helados de impulso a base de crema.

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que la propuesta alternativa presentada se orienta a la misma finalidad de la Resolución 5487 de 2005, en el sentido de facilitar al Adquirente el acceso a la red de frío, se estima procedente modificar el considerando quinto del referido acto, de tal forma que las intervinientes de la operación puedan mantener la red de frío, con la única obligación de permitir al Adquirente de las marcas Heladino y Golisundae el acceso necesario para que pueda distribuir los productos correspondientes a las mencionadas marcas, en el mismo volumen que actualmente se realiza. De esta manera, se armoniza la pretensión de las intervinientes, con el interés colectivo del mercado, preservando las condiciones de competencia efectiva.

En consecuencia, el punto 5.1 de la Resolución 5487 de 2005 quedará de la siguiente manera:

"5.1 Condicionamiento

5.1.1 Definiciones

Para efectos del presente condicionamiento, los términos que a continuación se enuncian, tendrán el significado que en cada caso se indica:

⁸ Cálculo obtenido de multiplicar el número total de congeladores de cada una de las intervinientes, por su correspondiente capacidad volumétrica almacenamiento, para el cual se tomaron las mismas cifras señaladas por las intervinientes, en el escrito del 10 de mayo de 2005.

⁹ Diferencia que existe, entre el 14% de la capacidad volumétrica de MEALS y el mismo porcentaje de la capacidad de ROBIN HOOD.

- *Intervinientes: Son las empresas MEALS MERCADEO DE ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A. (en adelante MEALS) y PRODUCTOS LACTEOS ROBIN HOOD S.A. (en adelante ROBIN HOOD)*
- *Negocio: Son los derechos sobre la marca HELADINO con certificado de registro No. 106896 y la marca GOLISUNDAE con certificado de registro No. 201121. Las Intervinientes deberán permitir la utilización del know-how que, a criterio del Adquiriente, resulte necesario para la elaboración de helados a base de crema denominados bajo dichas marcas.*
- *Red de frío: Corresponde al acceso de los productos que se designen bajo las marcas HELADINO y GOLISUNDAE a un volumen de almacenamiento no inferior a 19.784 pies cúbicos, repartido de manera uniforme, bien sea, en los congeladores que actualmente posee MEALS, que equivale al %¹⁰ de su capacidad, o en los congeladores que actualmente posee ROBIN HOOD, que equivale al % de su capacidad, a elección de las Intervinientes.¹¹*
- *Adquiriente: Tercero que adquirirá el Negocio.*

5.1.2 Enajenación del 'Negocio' y acceso a la 'Red de frío'

Con el propósito de mantener la competencia efectiva en el mercado nacional de helados de impulso a base de crema, las Intervinientes deberán.

a) **Enajenar el "Negocio"**
; y

b) *En caso que el "Adquiriente" no cumpla con lo establecido en el literal c) del punto 5.1.3., deberá ponerse a su disposición la "Red de frío", para la distribución de los productos bajo las marcas comprendidas en el "Negocio", los cuales serán ubicados en las bandejas superiores del congelador y solamente un 5% de ellos se podrá albergar en la bodega ubicada debajo de las canastillas de cada congelador. La anterior previsión deberá mantenerse por un período de tres (3) años, contados a partir de la fecha de enajenación del Negocio.*

5.1.3 Requisitos del Adquiriente

Respecto del Adquiriente del Negocio, las Intervinientes deberán garantizar que cumple con las siguientes condiciones mínimas:

a) *Ser un tercero, respecto del cual las Intervinientes y, en general, cualquiera de sus accionistas, no tengan una relación de control y/o direccionamiento.*

¹⁰ Porcentaje que corresponde, según las interviniendo, a la capacidad de los congeladores de MEALS que ocupan los productos Heladino y Golisundae.

¹¹ De acuerdo con la información aportada, MEALS cuenta en la actualidad con congeladores con una capacidad promedio de almacenamiento de 7,5 pies cúbicos, ello equivale a una capacidad total de congelación de pies cúbicos. A su vez, ROBIN HOOD posee congeladores con una capacidad promedio de 5.5 pies cúbicos, lo que equivale a una capacidad total de congelación de pies cúbicos.

- b) Contar con el conocimiento del mercado o el capital suficiente para mantener y desarrollar las actividades relacionadas con el Negocio, de modo tal que permita vislumbrar que está en condiciones de participar en el mercado con las marcas adquiridas, con el volumen y distribución de ventas asociadas a éstas en el territorio nacional, particularmente en el canal minorista de distribución. Para ello, el Adquiriente deberá disponer, actualmente o en un futuro inmediato, de una línea de producción capaz de fabricar el volumen de ventas asociado a las marcas a enajenar; así como de la infraestructura de transporte necesaria para distribuir a nivel nacional, los helados a base de crema comercializados bajo las marcas a enajenar;
- c) Contar con capacidad suficiente para mantener y desarrollar adecuadamente el Negocio adquirido. Para ello, el Adquiriente deberá disponer, actualmente o en un futuro inmediato, de una red de congeladores o canal de distribución análogo al que actualmente posee ROBIN HOOD, de tal forma que se garantice que los productos comercializados bajo las marcas a enajenar podrán ser adquiridos por el consumidor habitual.
- d) En caso que la enajenación de lugar a una operación de integración que se encuentre bajo los presupuestos establecidos en el artículo 4º de la Ley 155 de 1959, la enajenación del Negocio al Adquiriente estará sujeta a la no objeción de la misma.

Para el cumplimiento de lo previsto, las Intervinientes deberán sujetarse al procedimiento que se describe en los siguientes puntos.

5.1.4 Obligaciones relacionadas

5.1.4.1 Preservación de la viabilidad del Negocio

Las intervinientes se obligarán a:

- a) Poner a disposición los recursos suficientes para el desarrollo normal del Negocio hasta tanto se lleve a cabo la transferencia efectiva del mismo, para lo cual deberán:
- o Disponer lo necesario para preservar la viabilidad económica y prestigio de la actividad empresarial asociada al Negocio, minimizando cualquier riesgo de pérdida de competitividad en dicha actividad.
 - o Mantener la inversión en publicidad en el Negocio, tomando como valor mínimo de referencia el gasto neto mensual promedio en publicidad de MEALS en las marcas HELADINO y GOLISUNDAE, durante los últimos tres (3) años.
 - o Mantener la disponibilidad de helados a base de crema, denominados bajo las marcas HELADINO y GOLISUNDAE, en el territorio nacional, tomando como referencia mínima, la cobertura geográfica de MEALS durante el último año.
- b) Las Intervinientes deberán abstenerse de implementar cualquier estrategia que pudiera entorpecer el desarrollo normal del Negocio.

5.1.4.2 Obligación a mantener información separada del Negocio

Las intervinientes deberán, hasta tanto se lleve a cabo la enajenación del Negocio, implementar las medidas y procedimientos que sean necesarios para mantener la información del Negocio de forma separada respecto de la información de las demás actividades de las empresas.

La información del Negocio ha de permitir verificar el mantenimiento de la eficiencia en el proceso productivo, la viabilidad económica, la comercialización y competitividad del Negocio, para lo cual deberá encontrarse a total disposición de un Auditor.

En consecuencia, las intervinientes deberán mantener suficiente información desglosada del Negocio, que incluya, sin limitarse a:

- Producción;
- Estructura de costos por marca;
- Ventas nacionales y zonales (volumen y valor) por marca;
- Canales de distribución y comercialización utilizados;
- Políticas y planes de comercialización y ventas;
- Listado de las tiendas minoristas que disponen de congeladores de ROBIN HOOD, relacionando ubicación y datos de contacto del cliente minorista;
- Gastos netos en publicidad por marca;
- Cualquier otra información adicional específica que requiera el Auditor, la Superintendencia o el Adquiriente para verificar el cumplimiento efectivo del condicionamiento.

5.1.4.3 Información del Negocio

Las intervinientes deberán, sujetas a las garantías de confidencialidad, proporcionar suficiente información sobre el Negocio a los Adquirientes potenciales.

5.1.5 Auditoria

5.1.5.1 Requisitos del Auditor

Las Intervinientes deberán contratar un servicio de auditoria –“Auditor”-, a efectos de que se encargue de verificar, monitorear y certificar, el cumplimiento por parte de las Intervinientes, del presente condicionamiento.

El Auditor deberá ser un tercero independiente de las Intervinientes y deberá contar con las calificaciones necesarias para realizar sus funciones, evitando situaciones que originen o puedan llegar a originar conflicto de intereses. El Auditor será remunerado por las Intervinientes, quienes además deberán procurar todo lo que sea necesario para el desarrollo efectivo de sus funciones.

5.1.5.2 Reporte del Auditor

El Auditor deberá allegar a esta Superintendencia un Reporte, con antelación no menor a un (1) mes de la fecha proyectada por las Intervinientes y el Adquiriente para llevar a cabo la enajenación del Negocio. El Reporte deberá incluir lo siguiente:

- a) Concepto debidamente justificado respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el punto 5.1.3 “Requisitos del Adquiriente” del presente acto, por parte del Adquiriente potencial;
- b) Concepto debidamente fundamentado acerca de la viabilidad del Negocio después de la enajenación al Adquiriente potencial;
- c) Toda información adicional, que permita a esta Superintendencia evaluar si el proceso de enajenación del Negocio, se adelantará de conformidad con lo dispuesto en el presente condicionamiento.

En caso que la enajenación del “Negocio” esté acompañada del acceso a la “Red de frío”, el Auditor deberá certificar semestralmente, por un término de tres (3) años, la manera en que se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el literal b) del punto 5.1.2 “Enajenación del Negocio y acceso a la Red de frío”.

5.1.6 Verificación de la transferencia del Negocio

De manera previa a la transferencia efectiva del Negocio, las Intervinientes deberán contar con un pronunciamiento favorable de esta Superintendencia (“Pronunciamiento”) respecto del cumplimiento de las condiciones de enajenación establecidas en el presente proveído, para lo cual el Despacho se basará en el Reporte enviado por el Auditor señalado en el numeral 5.1.5.2 “Reporte del Auditor”.

Una vez realizada la transferencia efectiva del Negocio, las Intervinientes y el Auditor deberán allegar a esta Superintendencia, una comunicación en la que certifiquen, bajo gravedad de juramento, que dicha transferencia se efectuó acorde con los lineamientos aprobados en el Pronunciamiento y, que por tanto, se dio cumplimiento a lo dispuesto en el presente proveído.

En todo caso, las Intervinientes podrán estructurar un mecanismo fiduciario sobre el Negocio, en virtud del cual se establezcan los términos para que la entidad fiduciaria correspondiente asuma la administración del mismo, así como el encargo de ofrecerlo a terceros. Bajo el anterior entendido las intervinientes podrán llevar a cabo la operación de integración una vez se realice dicho encargo fiduciario.

. (La parte en negrilla corresponde a las modificaciones introducidas)

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el punto 5.1 de la Resolución 05487 del 25 de marzo de 2005, y confirmar el acto en sus demás partes.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora MARIANA CALDERON MEDINA en su calidad de apoderada de las empresas MEALS MERCADEO DE ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A. y PRODUCTOS LACTEOS ROBIN HOOD S.A., o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente decisión no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los 23 MAYO 2005

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctora
MARIANA CALDERON MEDINA
CC. 39.789.265 de Usaquén
Apoderada
MEALS MERCADEO DE ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A.
NIT 860.008.448-2
PRODUCTOS LACTEOS ROBIN HOOD S.A.
NIT 890.106.132-1
Carrera 9 N° 74 – 08, oficina 305
Bogotá D.C.