

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 26325 DE  
2003 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y  
COMERCIO**

*Caso NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.*

*Actos de negativa de venta y retaliación*

**Investigados:**

***NESTLE DE COLOMBIA S.A. y CESAR DE LOS RÍOS***

**Análisis del CEDEC**

**Por:**

**Alfonso Miranda Londoño**

**Bogotá D.C., junio de 2020**

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN .....	3
2. AVERIGUACIÓN PRELIMINAR .....	4
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA .....	4
4. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA .....	7
5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC .....	7

# **RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN No. 26325 DE 2003 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

## ***Caso NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.***

### ***Actos de negativa de venta y retaliación***

#### **Investigados:**

***NESTLE DE COLOMBIA S.A. y CESAR DE LOS RÍOS***

## **1. Introducción**

La actuación fue iniciada de oficio a raíz del aviso publicado por Néstle de Colombia S.A. el día 22 de julio de 2002 en el diario El Tiempo, informando a los consumidores de sus productos:

*NESCAFE, MIO, KLIM, LA LECHERA, CHOCOLATES NESTLE, NESTEA, NESQUÍK, GALLETAS LA ROSA NESTLE, DOLCA, CEREALES INFANTILES NESTLE, NESTOGENO, NAN, CEREALES PARA EL DESAYUNO NÉSTLE, CALDO RICO, LECHE EL RODEO, CREMA DE LECHE NÉSTLE, PRODUCTOS MAGGI.*

*Que los mencionados productos/marcas pueden no encontrarse disponibles en los Almacenes Ley, Optimo, Pomona y Éxito por cuanto las condiciones que desde hace más de dos meses nos exige la Organización Éxito- Cadenalco, propietaria de los mencionados almacenes, para su exhibición y comercialización, están fuera de nuestro alcance y su eventual concesión afectaría de manera significativa los precios al consumidor lamentamos la incomodidad que la ausencia de nuestros productos en esta importante cadena de almacenes pueda causarles, por lo cual ofrecemos sinceras disculpas y los invitamos a adquirirlos en los demás establecimientos comerciales de su preferencia.*

*Confiamos en alcanzar un pronto acuerdo con la mencionada organización en cuanto a las condiciones de comercialización de nuestros productos/marcas, sin perjuicio para nuestros consumidores”*

Con fundamento en lo anterior, se adelantó una averiguación preliminar por parte de la Delegatura para la Promoción de la Competencia, con el fin de determinar si Néstle de Colombia S.A. habría realizado una conducta contraria a las normas sobre libre competencia. En desarrollo de lo anterior, se practicó una visita de inspección en las instalaciones de la sociedad Almacenes Éxito S.A., en la cual se recepcionó testimonio a la señora Luz Marina Mora Otálora, en calidad de Administradora Comercial -Zona Centro- de dicha empresa. Igualmente, se llevó a cabo la práctica de una visita administrativa a la Federación Nacional de Comerciantes – FENALCO -, durante la cual se tomó declaración a la doctora Jimena Peñafort, Vicepresidente Jurídica de la referida agremiación.

Con ocasión de la documentación recaudada y las pruebas recaudadas, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, encontró mérito suficiente para iniciar investigación en contra de Néstle de Colombia, por la presunta violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, concretamente, de lo normado en el artículo 48, numeral 3o, del Decreto 2153 de 1992.

## **2. Conductas imputadas**

Que como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, esta Superintendencia encontró mérito suficiente para abrir investigación en contra de la sociedad Néstle de Colombia S.A. y su representante legal, con el fin de determinar si habrían incurrido en violación a las normas sobre libre competencia, específicamente., del precepto contenido en el numeral 3 del artículo 48 del citado Decreto 2153.

## **3. Consideraciones de la Delegatura**

Se advirtió por parte de la Delegatura que Néstle de Colombia S.A., ejerce en forma habitual y permanente una actividad económica consistente en *fabricar; deshidratar; pulverizar; envasar, preparar, comprar, vender, distribuir; importar y exportar y en general comerciar con toda clase de productos alimenticios, artículos patentados. Bebidas y artículos de consumo humano o que deban usarse junto con cualquier artículo alimenticio. (...)*

El sujeto pasivo de la conducta, por su parte, lo constituye el destinatario de los actos de negativa de venta y retaliación, quien además de ser receptáculo de la conducta desplegada, debe tener el carácter de empresa. En el caso que se analiza, el ente sometido a la negativa por parte de Néstle habría sido Almacenes Éxito, quien dadas sus condiciones particulares se ajusta a la definición de empresa que presenta el Código de Comercio.

En consecuencia, el elemento subjetivo se cumple al advertirse la presencia de ambos sujetos bajo las cualificaciones que la ley señala.

El precepto normativo señalado se estructura sobre la negativa a vender a una empresa o la discriminación en su contra, como una respuesta adversa a la política de precios que tiene implementada.

Nótese que lo que se está reprochando no es el simple acto de dejar de vender a una empresa en particular, sino que la determinación de la conducta comporta una retaliación en contra de la política de precios que el sujeto pasivo tiene implementada, de modo que entre una y otra circunstancia medie una relación de causa-efecto. Respecto al segundo de los supuestos, la discriminación, podría decirse lo mismo, y es que esa diferencia en el trato no tenga otra razón de ser que la política de precios que decide adoptar una empresa en particular, que por la falta de justificaciones valederas se torna en discriminatoria.

La posibilidad de las empresas de "*participar libremente en los mercados*" constituye una de las principales finalidades que persiguen las normas sobre libre competencia y, en esta línea, no cabe duda que el precio constituye, por excelencia, un instrumento para lograr el favorecimiento de la clientela. Por ello, cuando el precio no es fijado por el empresario en consideración a sus costos y expectativas de utilidad, sino impuesto por un tercero, se está coartando la posibilidad de participar y desenvolverse libremente en un mercado.

El precio como factor de competencia corresponde al fuero de cada agente económico y la potestad de autodeterminación en este aspecto no puede ser desconocida o atropellada por quien utiliza en la negativa de venta o en la discriminación, instrumentos de presión o retaliación para quienes se resisten a su sometimiento.

Ahora bien, la manera en que fue redactada la norma exige un efecto o resultado, en este caso la negativa a vender, con lo cual no basta con que se haya tenido la intención de hacerlo o de dejarlo de hacer. Se requiere, entonces, que haya existido una negativa a vender y que ésta haya sido como retaliación a la política de precios establecida por el comprador. Otro tanto puede decirse en cuanto a la discriminación, y es que ésta efectivamente sea ejercida y no quede en simples amenazas del sujeto activo.

Hecha la anterior aproximación conceptual, encontramos que en el caso concreto pudo establecerse que a mediados del año pasado, se suspendieron las ventas de productos de Nestlé a Almacenes Éxito. Así se desprende de los movimientos contables de ambas empresas y de las declaraciones recepcionadas por este Despacho. No obstante, resulta pertinente hacer algunas aclaraciones en torno a lo sucedido.

En primer término, las negociaciones entre Nestlé y el Éxito el año anterior se extendieron desde del mes de enero hasta el mes de agosto, con lo cual las mencionadas empresas se hallaban en periodo de negociaciones para la época en que se presentó la situación aludida en el párrafo anterior. Ello resulta de especial relevancia, pues habría sido entonces la falta de consenso o entendimiento frente a determinados aspectos de la negociación, el motivo que ocasionó la suspensión de las relaciones comerciales entre las aludidas empresas.

Adicionalmente, se presentó una situación de retardo en los pagos del Éxito, circunstancia que, de acuerdo a lo establecido en la investigación, fue determinante en la decisión de Néstle para no continuar despachando productos a Almacenes Éxito, hasta tanto no se normalizara la situación de cartera.

Efectivamente, luego de la constatación realizada, pudo corroborarse que el referido "*Manual de Política de ventas de Néstle*" contempla en el numeral 6.1 del capítulo VI, la posibilidad de que Néstle suspenda en forma temporal o definitiva los despachos a un cliente por incumplimiento de los términos de cartera establecidos, al consagrar que "*[e]l incumplimiento en el pago de las facturas dentro de los plazos establecidos por la compañía, inhabilita de forma automática a un cliente para la atención de un nuevo pedido.*"

Así mismo, aparecen en el expediente varias comunicaciones que permiten comprobar

que en distintas oportunidades Néstle de Colombia efectuó la gestión de cobro de cartera vencida, lo cual podemos apreciar a continuación:

- En noviembre 19 de 2001,<sup>18</sup> se envía una relación de 7 facturas por valor de \$ 40.884.272,00 que tienen más de 30 días de cartera.
- El 13 de febrero de 2002,<sup>19</sup> Nestlé hace llegar al Éxito una relación de 35 facturas vencidas, por un valor de \$ 83.539.206,00 que tiene más de 30 días de cartera.
- En mayo 29 de 2002,<sup>20</sup> Nestlé envía una relación de 25 facturas con más de 30 días de vencimiento. Las facturas no relacionan su valor, pero sí los días de mora por cada una de ellas, encontrándose que 12 de ellas, esto es, casi el 50% superan los 90 días de cartera.
- En junio 18 de 2002,<sup>21</sup> Nestlé, envía una comunicación donde se relacionan 28 facturas con más de 30 días de vencidas. Aun cuando dicha relación no muestra el valor unitario ni total, sí indica los días de cartera de cada una de las facturas, notándose que 20 de ellas, esto es, el 71,4% presentan más de 60 días de cartera.
- El 26 de junio de 2002,<sup>22</sup> se envía una nueva relación de 63 facturas con más de 30 días de cartera, que aun cuando no identifican su valor, se puede decir que 28 de ellas, equivalentes al 44,4%, presenta más de 60 días de cartera.

Por consiguiente, está probado que la suspensión en las relaciones comerciales entre Nestlé de Colombia y Almacenes Éxito, se produjo dentro del seno de sus negociaciones comerciales. Así mismo, quedó demostrado que la situación de cartera influyó en la determinación de Nestlé de no continuar sus ventas, mientras no se lograra una solución y que la determinación de la empresa investigada estaba fundamentada en los lineamientos trazados en su "*Manual de Política de Ventas*", el cual aplica con independencia del comprador.

En línea con lo anterior, quedó establecido que Almacenes Éxito no ha recibido presiones de Nestlé por la política de precios que tiene implementada.

La no existencia de una prueba en la actuación que permita vislumbrar la existencia de una retaliación por parte de la investigada a la política de precios del Éxito, nos lleva a establecer que no existe relación causal entre la negativa de venta de Nestlé y la política de precios de la mencionada cadena, lo que impide la configuración del numeral 3o del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992.

De modo, pues, que aun cuando la aludida norma presenta dos supuestos distintos e independientes, debemos concluir que en el caso sub examine no concurre ninguno de ellos, motivo por el cual no se advierte responsabilidad de la empresa investigada por infracción a la norma analizada.

Ahora bien, según el contenido del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer sanciones hasta por 300 SMMLV 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.

Así, para que se configure la responsabilidad de los administradores y representantes legales por la infracción a las normas sobre libre competencia, necesariamente debe haberse establecido la responsabilidad de la empresa a que pertenecen. De tal suerte que la responsabilidad de los administradores presupone la de la empresa. Por ello, habiendo establecido en los términos ya expuestos, que Néstle de Colombia S.A. no incurrió en las conductas imputadas, no encuentra este Despacho motivos suficientes para considerar que César de los Ríos haya autorizado, ejecutando o tolerado la efectiva realización de conductas en violación a las normas de prácticas comerciales restrictivas.

Por lo anterior, el trámite correspondiente a seguir, debe ser el cierre de la investigación iniciada en contra de Néstle de Colombia S.A. y su representante legal César de los Ríos.

#### **4. Decisión de la Superintendencia**

**“ARTÍCULO PRIMERO:** Cerrar la presente investigación en contra de Néstle de Colombia S.A. y César de los Ríos como persona natural y, en consecuencia, ordenar su archivo.

**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor Martín Carrizosa Calle en su calidad de apoderado de Néstle de Colombia S.A. y de Cesar de los Ríos, 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 a la misma.”

#### **5. Análisis y conclusiones**

En el numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 44 del mismo Decreto, se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá la función de velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales.

Es oportuno mencionar que dentro de las normas de competencia se encuentran diferentes facetas que permiten al Estado prevenir o sancionar, según se trate, las conductas que afectan un mercado determinado. Bajo estas facetas se sancionan los actos y acuerdos restrictivos, así como el abuso de posición dominante.

En esta perspectiva, se estableció en el numeral 3o del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, que constituye un acto contrario a la libre competencia, “[n]egarse a vender o a prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.” Ahora bien, según lo dispuesto en los números 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.

Para que una conducta sea considerada como violatoria de las normas sobre libre competencia, debe cumplir con los elementos mínimos establecidos en cada precepto. Es por ello que en el caso particular, deben probarse los supuestos tácticos señalados en el numeral 3 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, en cualquiera de estos sentidos:

Acto de:

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

En consecuencia, para que se configure la anterior conducta es menester que concurren los elementos subjetivos y objetivos que integran la preposición jurídica. Veamos si lo anterior se cumple en el caso sub examine.

Respecto del elemento subjetivo señaló que este elemento hace referencia a los sujetos que en forma activa o pasiva juegan un papel en el comportamiento que se analiza, así como a las cualificaciones que la ley ha previsto, cuya verificación resulta forzosa para la estructuración del precepto.

De esta forma, el *sujeto activo* es quien ejerce la negativa de venta o la discriminación, en retaliación a la política de precios que una empresa específica tiene implantada. Sin embargo, la misma ley se encarga de cualificar e este agente cuando define el término “acto” como “todo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica” con lo cual la estructuración del sujeto ha quedado condicionada, a que quien ejerce la retaliación, efectivamente desarrolle una actividad económica.

Proyectado por: Diego Guarín