



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 17723 DE 2002
05 JUN. 2002

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus atribuciones legales, en especial las consagradas en los números 14 y 24 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 y el artículo 50 del código contencioso administrativo y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Mediante escrito radicado bajo el número 02002439-07 el doctor José Ignacio Leyva González, actuando en su calidad de apoderado especial de Pintuco S.A., presentó recurso de reposición contra la decisión contenida en el oficio número 02002439-06 del 2 de mayo de 2002 mediante la cual este Despacho determinó que la operación presentada no ameritaba ninguna objeción, siempre y cuando se cumplieran una serie de condicionamientos. El recurso tiene por objeto que la decisión sea aclarada y revocada parcialmente con base en los siguientes fundamentos:

“ 3. Fundamentos del Recurso:

En primer término es necesario solicitar claridad sobre la calificación que como "precedentes" hace el acto acusado de las condiciones que impone, toda vez que al revisar el contenido de los mismos encontramos que ninguno de ellos es susceptible de cumplirse antes del cierre de la operación proyectada y, por el contrario, son condiciones que se verificarían luego de la integración del establecimiento de comercio de Permapint a Pintuco pues, incluso, la misma Superintendencia les fija plazo para su cumplimiento.

De otro lado, señalaremos a continuación, y en su orden, los motivos de reparo que nos asisten en el presente recurso frente a cada una de las condiciones impuestas por la Superintendencia, así:

Condición 1.1. En materia de marcas y disponibilidad técnica:

1.1.1 *De acuerdo con lo expresado desde la solicitud inicial, el propósito de Pintuco con la operación proyectada no era en manera alguna el de eliminar la presencia de las marcas de Permapint en el mercado. Por el contrario, al obtener la no objeción, la existencia de ambas marcas se constituye en un factor de competitividad apreciable para la Compañía, dado que el mercado de las pinturas en polvo obedece a una dinámica fundamentada en las condiciones técnicas del producto más que en las marcas de los fabricantes. No obstante, el reconocimiento de la calidad Permapint en los productos que se fabricarán en el futuro, permitirá a Pintuco conservar las ventas que hasta la fecha ha venido atendiendo Permapint.*

Sin embargo, lo indicado por su Despacho en el Parágrafo, en el sentido de que las formulaciones de Permapint deberán igualmente conservarse sin modificación, no consulta la realidad del negocio de pintura en polvo, pues requerir de la previa y expresa autorización de la Superintendencia para variar la formulación de productos en este mercado, iría en contra del mismo ya que con ello carecería Pintuco de la capacidad y velocidad de reacción que en muchas oportunidades el mismo mercado reclama, ante variaciones en los métodos de aplicación, en las materias primas y en los procesos de fabricación.

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

Como se señaló también en los reportes de información que reposan en este expediente, el mercado de pintura en polvo posee la particularidad de que cada cliente es individualmente considerado para efectos de la formulación, no existiendo por tanto productos estándar cuya formulación deba ser protegida en el tiempo. Es decir, en este mercado la formulación termina siendo a la medida aunque, naturalmente, la parte básica de ella permanece idéntica; y es a la medida en razón a que se ajusta a las necesidades específicas de cada cliente.

Condición 1.2. En materia de precios: Los términos de esta condición desconocen la realidad del mercado y, por ende, colocan a Pintuco en una posición desventajosa frente a sus competidores y, además, en imposibilidad de cumplirla.

En la solicitud original y en el posterior suministro de información requerida por la Superintendencia existió claridad en la descripción de las características del mercado relevante que se impacta con la operación, destacando que por ser el mercado de pintura en polvo un mercado industrial, la variable precios cumple un papel bastante diferente al que se conoce en los mercados de consumo masivo. Es así pues como al obedecer el diseño de los productos a requerimientos específicos e individuales de cada cliente, los precios constituyen también un elemento individualizado y casi único para cada uno de ellos. Por lo anterior, exigir reportes justificados de las variaciones en los precios por de los límites indicados en la sección 1.2, constituye una exigencia por fuera del contexto del mercado que es imposible cumplir, pues tales variaciones suelen producirse por la exigencia misma del cliente de contar con un producto de determinadas características físico químicas que alteran su costo y por ende su precio. Es decir, la imposibilidad proviene de la inexistencia de un punto objetivo contra el cual comparar y, por ende, determinar si hubo un incremento o una baja en el precio superior al margen indicado por la Superintendencia.

No existen, por lo general, razones objetivas que expliquen los cambios de precio que aplican tanto Pintuco como Permapint en sus mercados actuales y, por el contrario, depende de las condiciones mismas del cliente industrial el que el producto que se suministre tenga determinado precio. Un reporte justificado de la variación en el precio equivaldría por tanto a un reporte de todas y cada una de las ventas que efectúe la Compañía, sin lograr un propósito lógico con tal información, por lo que solicitamos se elimine tal condición.

De otro lado, la condición alude a imponer un límite a las variaciones de precios ligado a las metas de inflación que se establezcan en el país por los próximos cinco años. Tal imposición también se repara pues, como se informó en la solicitud original, los costos y gastos en que incurren los fabricantes en el negocio de pintura en polvo están asociados en su gran mayoría a variables externas tales como el costo de las materias primas, en su mayoría importadas, y los gastos de fletes y seguros asociados al transporte de las mismas. Pretender que Pintuco mantenga sus precios dentro de límites de inflación, lo cual no se está exigiendo al mercado en su conjunto, significaría tener que asumir el riesgo de no trasladar al mercado industrial las contingencias que por fuera del país pueden alterar el costo de los productos, haciendo prácticamente inviable el soportar la operación. Igualmente la meta de inflación que establece el gobierno central no puede constituir un referente, pues dicha meta es más una expectativa macroeconómica de gestión gubernamental que un índice de costos incurridos, base de todo negocio razonable. Lo expuesto nos asiste también entonces para solicitar se revise la condición en este punto.

Finalmente, y como corolario, es también necesario señalar la inequidad que para Pintuco se genera a partir de tal condicionamiento. Realizar reportes justificados de precios por parte de mi representada, cuando tal obligación no le es impuesta a sus competidores, equivale, ni más ni menos, a establecer un sistema de control de precios para Pintuco, mientras los demás partícipes del mercado gozarán de la libertad absoluta, que es la regla general en las economías de libre mercado. Para Pintuco se volvería imposible competir en condiciones justas y equitativas si ante las variables que señalábamos en el punto anterior, sus competidores tienen una mayor capacidad de reacción. Por ello, la exigencia de la Superintendencia, más que atender a la preservación de la libre competencia, produciría fácilmente el efecto contrario en detrimento de la Compañía.

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

Condición 1.3. En materia de publicidad

Consecuencia lógica de la dinámica del mercado descrita, en el sentido de componerse de productos individualizados y casi únicos para cada cliente, también se tiene reparo en aceptar la exigencia de listas de precios y condiciones comerciales publicadas por medio idóneo para conocimiento de cualquier potencial adquirente. Los clientes potenciales de pintura en polvo han tenido, tienen y tendrán la posibilidad de ser atendidos en sus necesidades de producto, pero siempre mediando el desarrollo concreto del producto que solicitan y que dependerá en última instancia del pacto de especificaciones técnicas que se haga entre ambos. Es usual en mercados de productos genéricos o de consumo masivo el que el precio se conozca y se informe de antemano a cualquier potencial adquirente, pero tal particularidad se hace no sólo imposible, sino también carente de utilidad en un mercado estructurado sobre bases técnicas en las que confluyen las características del producto con los requerimientos técnicos de quien lo usa.

Por tal razón mantener a disposición de un público que es indeterminado e indeterminable unas listas de precios sobre unos bienes que no demandan, hace nugatorio el efecto que quiere proteger la Superintendencia y, en cambio, si coloca a Pintuco en dificultades pues esa publicidad se entendería como una oferta de un producto que no necesariamente es el requerido por el mercado pero que el mismo mercado y la competencia tratarán de equiparar con el hecho a la medida que demandan. Es decir, el condicionamiento le restaría la versatilidad y eficiencia ganada y aprendida por varios años de experiencia y les daría a los competidores de la Compañía una ventaja artificial creada por el acto administrativo recurrido y no derivado de sus propias eficiencias.

Frente al esquema de cumplimiento

Como efecto de la revisión que se está solicitando, estimo que debe entonces la Superintendencia reconsiderar el esquema de cumplimiento propuesto eliminando del acto recurrido el numeral 2.2.2 de la sección 2.2 del capítulo 2.

No sobra anotar el entendido de que el interés de Pintuco en seguir adelante con la operación proyectada está enmarcado dentro de una firme convicción de que la competencia comercial en este negocio debe llevarse a cabo en condiciones equitativas y justas para todos los partícipes."

SEGUNDO. Que de acuerdo con lo señalado en el artículo 59 del código contencioso administrativo, se resolverán todas las cuestiones que hayan sido planteadas y las que aparezcan con motivo del recurso, en los siguientes términos:

1. Facultad para establecer condicionamientos a una operación de integración económica

Conforme a lo establecido en el artículo 1 numeral 2 del decreto 2153 de 1992, corresponde a esta Superintendencia velar para que exista una libre y efectiva competencia en el mercado nacional, buscando mediante el ejercicio de sus funciones alcanzar, entre otras, las siguientes finalidades: "mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios."

De acuerdo con los anteriores objetivos, y en virtud de lo señalado en el artículo 4 de la ley 155 de 1993 esta Entidad deberá objetar aquellas operaciones de integración o consolidación que planeen realizar las empresas que se dediquen a la misma actividad, cuando tiendan a producir una indebida restricción a la libre competencia.

En desarrollo de esta facultad, el estudio realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio para establecer si autoriza o no una operación de integración jurídico-económico entre empresas que se dedican a la misma actividad, buscará analizar el impacto que dicha operación produce sobre el nivel de competencia efectiva en el mercado, ante la desaparición de uno o más competidores independientes.

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

De esta manera, este Despacho analizará las características y condiciones del mercado afectado, antes y después de una operación de integración, estableciendo si efectivamente la operación de integración debe ser objetada, o si por el contrario, ésta no amerita ninguna objeción, bien sea porque la operación en sí misma no tiende a producir una indebida restricción a la libre competencia, o bien, porque mediante una serie de compromisos o condicionamientos de las empresas, es posible asegurar el correcto funcionamiento del mercado. En otros términos, la Superintendencia de Industria y Comercio, luego del respectivo estudio económico, podrá: i) no objetar la operación, ii) no objetar la operación siempre y cuando las empresas solicitantes cumplan una serie de compromisos o condiciones, iii) objetar la operación.

Los condicionamientos o compromisos en cabeza de las empresas que pretenden integrarse, surgen entonces ante la necesidad de dar plenas garantías a los consumidores, a los competidores y al mercado en general, de manera que las empresas que se integren no puedan desmejorar las condiciones de oferta, calidad, servicio y demás factores que caracterizan una competencia efectiva. Por lo tanto, esta serie de compromisos que deben asumir las empresas solicitantes, además de las obligaciones propias de todo participante en el mercado, lejos de distorsionar u obstaculizar la libre competencia en el mercado, o de generar condiciones inequitativas para las empresas involucradas en la operación, surgen como una consecuencia lógica de un proceso de integración en el que resulta indispensable asegurar, a través de las medidas que resulten pertinentes, el normal funcionamiento del aparato productivo, la variedad de precios y de calidades de los bienes y servicios respectivos, y la libertad de escogencia del consumidor.

2. Análisis de los condicionamientos para el caso concreto

A continuación analizaremos cada uno de los condicionamientos impugnados por el recurrente, para verificar si éstos deben ser efectivamente revocados, o si resultan necesarios para alcanzar las finalidades que orientan la aplicación de las disposiciones en materia de libre competencia. Veamos:

2.1 Condicionamiento: "1.1. En materia de marcas y disponibilidad técnica (condicionamiento 1)"

En la decisión atacada este Despacho señala:

" (...) Parágrafo: La formulación de las marcas de Permapint solo podrá ser modificada cuando quede plenamente demostrado a este Despacho, por parte de la sociedad Pintuco S.A., que la nueva formulación presenta condiciones técnicas y de costo mejores en relación con la formulación anterior.

Considera el recurrente que la obligación impuesta a Pintuco, en el sentido de no modificar la formulación de Permapint sin haber obtenido antes la autorización por parte de esta Entidad, desconoce la particularidad del mercado de recubrimientos en polvo en el que cada cliente define a su medida la formulación de los productos que desea consumir, y que en consecuencia, la medida adoptada por este Despacho afecta la capacidad de reacción que requiere esta empresa para ser competitiva frente a sus competidores.

Al respecto se considera que, sin perjuicio de la facultad de esta Entidad para establecer mecanismos que garanticen a los consumidores una variedad de precios y calidades en los productos, y la necesidad de asegurar que las actuales condiciones técnicas y los costos de los productos Permapint no se vean afectados con la operación de integración, resulta conveniente modificar el condicionamiento en aras de permitir la capacidad y velocidad de reacción de Pintuco, ante las innovaciones que realicen sus competidores en este mercado.

En esta medida, la sociedad Pintuco deberá comprometerse expresamente con esta Entidad a no desmejorar las condiciones técnicas y de costo que actualmente ofrecen los productos Permapint. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, Pintuco deberá informar a cada uno de los clientes actuales y futuros de los productos Permapint, el compromiso asumido mediante este condicionamiento y la posibilidad que tienen de acudir ante esta Entidad para informar cualquier inconformidad que se presente

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

sobre dichos productos.

2.2 Condicionamiento: "1.2 En materia de Precios (condicionamiento 2)"

En la decisión atacada este Despacho señala:

"Reporte justificado de las variaciones de precios que resulten mayores o menores en 3 puntos porcentuales con relación a la meta anual de inflación. Simultáneamente, las empresas involucradas pondrán a disposición de esta Superintendencia la información de costos, discriminados entre fijos y variables, para la fecha de variación del precio, en formato adecuado para su fácil interpretación."

El recurrente señala que esta condición desconoce la realidad del mercado, donde la variable precio no es determinante para los clientes, y coloca a Pintuco en una situación desventajosa frente a sus competidores. De una parte, se indica que en la medida en que son los clientes quienes determinan la formulación de los productos, el precio varía según las distintas necesidades de aquellos y que en consecuencia habrán tantos precios como productos diseñados para cada uno de los clientes, sin que exista una referencia objetiva que permita comparar o establecer un incremento o una disminución en los precios de los productos. Por otra parte, se señala que mediante este condicionamiento se pretende establecer un control de precios con relación a las metas de inflación, cuando en realidad el mercado de revestimientos en polvo depende de variables externas tales como los precios de fletes, de seguros, y de las materias primas, y en consecuencia, se estaría colocando a Pintuco en una situación desventajosa frente a sus competidores, al pretender que esta empresa asuma los riesgos y contingencias externas que alteran el costo de los productos.

Frente a las anteriores consideraciones es necesario advertir que, independientemente del grado de importancia que presenta la variable precio dentro del mercado afectado, del carácter individualizado de los precios de los productos, la cantidad de precios y productos existentes, o de cualquier otra particularidad del mercado de pinturas, corresponde a esta Entidad adoptar las medidas necesarias para asegurar el normal funcionamiento del mercado, exigiendo para ello una justificación de todas aquellas variaciones considerables en los precios de los distintos productos.

No comparte este Despacho las observaciones del recurrente cuando señala que en la medida en que todas las variaciones en los precios de los productos son el resultado de las exigencias de los clientes, no existe un referente objetivo que permita establecer si hubo o no un incremento sobre los precios de aquellos. Al respecto, es preciso considerar que el precio de un producto bajo unas características precisas, en un determinado periodo, sólo será comparable con el precio de ese mismo producto en un periodo posterior; y que cualquier variación en su composición y características físico químicas, corresponderá a un producto distinto, con un precio evidentemente distinto que sólo podría llegar a compararse con uno de idénticas características.

En esta medida, y contrariamente a lo manifestado por el recurrente, sí existe un referente objetivo de comparación, que corresponde a cada uno de los precios de los diferentes productos Permapint en un determinado periodo, frente a los precios de esos mismos productos en un periodo posterior. Las variaciones significativas que se presenten entre uno y otro precio, de un mismo producto, deberán ser entonces informadas y justificadas ante esta Entidad para efectos de cumplir con la respectiva condición.

Ahora bien, la selección de la meta de inflación, como parámetro de referencia de las variaciones que deben ser informadas a esta Entidad, de ninguna manera configura la imposición de un límite a las variaciones de precio ligadas a la inflación, o el establecimiento de un régimen de control de precios de Pintuco, tal y como lo indica el recurrente. Este parámetro de referencia, justamente por corresponder a una expectativa macroeconómica del gobierno que muestra las variaciones promedio en los precios de los principales bienes en el mercado nacional, fue escogido como referente objetivo, para determinar cuándo una variación en los precios debía ser informada y justificada ante esta Entidad.

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

De esta manera, afirmar que el condicionamiento impugnado pretende que Pintuco mantenga sus precios dentro de los límites de la inflación, o que asuma el riesgo de no trasladar al mercado las contingencias externas que afectan el costo de los productos, distorsiona el contenido mismo de la medida, cuya finalidad no es otra que la de conocer justamente qué variables, internas y externas, pueden explicar las variaciones de los precios de los productos, que sean mayores o menores en tres puntos porcentuales con relación a la meta de inflación.

En consecuencia, no son de recibo los argumentos presentados por el recurrente para efectos de revocar este condicionamiento.

2.3. Condicionamiento: "1.3 En materia de publicidad (Condicionamiento 3)

"Publicar las condiciones de venta de manera que cualquier adquirente pueda establecer exactamente las que le corresponderían según sus particularidades, incluyendo pero sin limitarse a: producto, cantidades, precios, formas de pago y descuentos. Esta información deberá hacerse pública en un medio idóneo para que alcance a todos los potenciales compradores y deberá actualizarse cada vez que sean modificadas. (...)"

Estima el recurrente que la exigencia de publicar las listas de precios y las condiciones de venta de Pintuco, no corresponde a la dinámica del mercado de pinturas donde los productos están individualizados conforme a las exigencias de cada cliente. En esa medida, el condicionamiento estaría generando una ventaja artificial para los competidores al crearle una carga innecesaria a Pintuco, consistente en publicar precios de productos que no se demandan.

A través de este condicionamiento, la Superintendencia de Industria y Comercio ha buscado impedir que Pintuco, una vez materializada la operación de integración, pueda llegar a establecer condiciones discriminatorias para con sus clientes. No obstante lo anterior, la misma ley prohíbe a todos los participantes en el mercado este tipo de comportamiento discriminatorio dentro del mercado nacional.

Adicionalmente, es necesario advertir que el mercado de pinturas se caracteriza por que cada producto es definido de acuerdo con las necesidades de cada cliente, y por que las condiciones de negociación varían respecto de cada uno de ellos.

En consecuencia, considerando tanto la naturaleza meramente preventiva de este condicionamiento, como el carácter individualizado de los productos y sus respectivos precios en este mercado, esta Entidad suprimirá este condicionamiento de la decisión impugnada.

En virtud de lo anterior, este Despacho,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO: Modificar parcialmente la decisión contenida en el oficio número 02002439-06 del 2 de mayo de 2002, en los siguientes aspectos:

1. Modificaciones sobre la decisión:

Se suprimirá la expresión "como precedentes" que aparece en el primer párrafo de la decisión contenida en el oficio radicado número 02002439-06 del 2 de mayo de 2002.

2. Modificaciones sobre los condicionamientos:

2.1 El párrafo del condicionamiento denominado: "1.1. En materia de marcas y disponibilidad técnica (condicionamiento 1)", será modificado en los siguientes términos:

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

" (...) *Parágrafo:* Antes de perfeccionada la operación, Pintuco deberá comprometerse expresamente con la Superintendencia de Industria y Comercio a que toda modificación que realice sobre la formulación de algún producto de Permapint representará una mejora en las condiciones técnicas y de costo de dicho producto. Una vez perfeccionada la operación este compromiso deberá ser informado a todos los clientes actuales y futuros de los productos Permapint, indicándoles que cualquier inconformidad sobre aquellos podrá ser reportada a esta Entidad.

2.2 Se suprimirá el condicionamiento denominado: "1.3 En materia de publicidad. (Condicionamiento 3)".

3. Modificaciones sobre el esquema de seguimiento:

Para efectos de garantizar el cumplimiento del compromiso contenido en el numeral 2.1 de la presente decisión, Pintuco, dentro de los quince (15) días siguientes al perfeccionamiento de la operación, deberá enviar a esta Entidad un listado de todos los clientes actuales de los productos Permapint, indicando respecto de cada uno de ellos: nombre o razón social, teléfono y dirección.

Por otra parte, dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se perfeccione la operación de integración y durante dos años más, Pintuco estará en la obligación de enviar a todos y cada uno de los clientes actuales y futuros de los productos Permapint, una comunicación, con copia informativa a esta Entidad, incluyendo el texto que se señala a continuación:

"De conformidad con lo establecido por la Superintendencia de Industria y Comercio se informa a todos los clientes de los productos Permapint que cualquier inconformidad acerca de los precios, la calidad y la asistencia técnica de estos productos, podrá ser reportada a la Delegatura de Promoción de la Competencia de esta Entidad, ubicada en la carrera 13 No. 27-00 Piso 10 de Bogotá, teléfonos (571) 2820840- 3411081; fax:3822698; línea gratuita nacional: 9800-910165, Callcenter: 4049044 Bogotá; dirección electrónica: info@sic.gov.co "

Este mismo texto deberá aparecer en un aviso de 25 cm. X 30 cm. visible al público, en cada uno de los puntos de venta de Pintuco y en las oficinas de atención al cliente en Colombia, por un término de 2 años contados a partir de la fecha en que se perfeccione la operación de integración.

Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones contempladas en el Esquema de Seguimiento de la decisión impugnada.

ARTÍCULO SEGUNDO: Confirmar en las demás partes la decisión contenida en el oficio 02002439-06 del 2 de mayo de 2002, proferida por la Superintendente de Industria y Comercio.

ARTÍCULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor José Ignacio Leyva González, entregándole copia de la misma e informándole que en contra de la misma no procede recurso alguno y que la vía gubernativa quedó agotada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 05 JUN. 2002

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


MÓNICA MURCIA PÁEZ

Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una decisión

Notificar

Señor
JOSÉ IGNACIO LEYVA GONZÁLEZ
Apoderado especial
PINTUCO S.A.
Carrera 7 No. 71-52 Piso 15 Torre B
Bogotá, D.C.

MMP/acc

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 13 JUN 2002

Notifiqué personalmente al Dr.

Carl Fajardo Leiva Gavilán

El contenido de la anterior providencia quiere
respuesta firmada

78520502
Tx. 75388

[Handwritten signature]