



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 02503 DE 2004
(13 FEB. 2004)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 34712 del 11 de diciembre de 2003, esta Entidad condicionó la integración de las sociedades ETERNIT COLOMBIANA S.A., ETERNIT ATLÁNTICO S.A., ETERNIT PACIFICO S.A. y COLOMBIT S.A., al cumplimiento de las condiciones y compromisos definidos en el respectivo acto, entre los cuales se estableció la enajenación previa de algunos activos de la empresa Colombit.

SEGUNDO: Que mediante escrito radicado en esta Entidad bajo número 02004374-137 y de fecha 19 de diciembre de 2003, el doctor JORGE TORRADO ANGARITA, actuando como apoderado de las sociedades señaladas en el considerando anterior, interpuso recurso de reposición en contra de los artículos TERCERO¹ y CUARTO² de la citada Resolución 34712.

TERCERO: Que el recurso a que hace referencia el numeral anterior se fundamentó en lo siguiente:

"(...).

"El recurso que mediante este escrito interpongo, tiene como fin que el Despacho a su digno cargo, previa las consideraciones de hecho y de derecho que expondré en el presente documento, acceda a las siguientes peticiones:

"1.- El recurso de Reposición contra el Artículo Tercero de la Resolución ya mencionada pretende exclusivamente: (i) Que se modifique el condicionamiento de que trata el numeral 7.1. de la misma Resolución en el sentido de que se excluya de los "Activos a Enajenar" los derechos sobre las marcas con certificado de registro No. 103033, 181458, 195081, 236498, 262306, 221338 y 221339 e igualmente que se permita que el Activo a enajenar sea el indicado en el Capítulo II numeral 3 de este recurso, y (ii) que se modifique el numeral 7.1.6 de la Resolución recurrida para, en su lugar, disponer que la operación de integración entre las Intervinientes puede realizarse y quedar en firme a partir de la fecha de ejecutoria de la Resolución por medio de la cual se resuelve el presente recurso.

¹ "ARTÍCULO TERCERO. No objetar la operación de integración entre las Intervinientes, sujeto a la condición del cumplimiento de lo establecido en el punto 7.1 'Condicionamiento' del considerando SEPTIMO de la presente resolución".

² "ARTÍCULO CUARTO. Sujetar la exigibilidad de las pólizas establecidas en el punto 7.2.2 del presente acto, al incumplimiento de las Compromisos establecidos en el punto 7.2 de la parte motiva".

"2.- El recurso de Reposición contra el Artículo Cuarto de la Resolución busca simplemente que de accederse a la petición de que trata el numeral anterior, las pólizas de cumplimiento se ajusten a lo que se establezca en materia de condicionamiento.

"II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.-

"El recurso que interpongo se fundamenta en las siguientes razones de hecho y de derecho que respetuosamente someto al ilustrado criterio del señor Superintendente:

"1. Alcance de la operación aprobada

"Sea lo primero señor Superintendente, reconocer el espíritu que ha imperado en la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo su dirección, al analizar la integración que nos ocupa, pues a todas luces, refleja un interés en que las empresas establecidas en el país no solo subsistan sino que se consoliden y crezcan a través de procesos de integración siempre que se adopten las medidas correspondientes para garantizar la competencia y proteger al consumidor.

"No obstante lo anterior, queremos llamar la atención del señor Superintendente en el sentido de que la no objeción de la operación propuesta, debido a la naturaleza del condicionamiento contemplado en el numeral 7.1 de la Resolución recurrida, imita seriamente y reduce en forma sustancial los alcances de la integración que proyectan adelantar mis representadas, a un grado tal que prácticamente desaparecerían las razones económicas que justificarían la operación.

"En efecto, el alcance del negocio propuesto fue la integración de las empresas ETERNIT con COLOMBIT, mediante la adquisición por parte de MEXALIT, controlante de las COMPAÑÍAS ETERNIT, del 81.5% de las acciones de COLOMBIT, lo cual conllevaría a que ETERNIT y COLOMBIT actuaran como un solo agente económico en el mercado de cubiertas

"La Superintendencia no objetó la integración, pero en su numeral 7.1 estableció una serie de condicionamientos siendo el principal la enajenación de los derechos de todas las marcas distinguidas con la expresión COLOMBIT, así como los activos necesarios para a elaboración y fabricación de cubiertas onduladas perfil 7.

"Dada la naturaleza y magnitud de este condicionamiento, la operación que se proponen adelantar mis representadas quedaría desnaturalizada, en la medida que, principalmente, la resultante no podría usar en sus cubiertas el signo distintivo con que son identificados en el mercado los productos de la adquirida. En este sentido el tercero adquirente dentro del plan de enajenación que señala esa Superintendencia si podría utilizar sin limitante, para todos los productos de construcción, las marcas COLOMBIT, mientras que se privaría de tal derecho a mi representada.

"Es decir ETERNIT quedaría imposibilitada para hacer uso de la reputación comercial y grado de recordación de las marcas que distinguen los productos de la empresa que pretende adquirir.

"Lo anterior se agrava con la pérdida de identidad que consecuentemente se generaría sobre el nombre comercial adquirido (COLOMBIT), el cual entraría a competir con una idéntica expresión que se encontraría para marcar productos en manos de un competidor.

"No podemos soslayar que una de las razones fundamentales que motiva a ETERNIT a

adquirir COLOMBIT es el reconocimiento que esta última tiene en el mercado de cubiertas, con el valor económico que ello implica, razón por la cual de llegarse a imposibilitar acceder a dichas marcas se perdería la razón de ser de la integración propuesta.

"Por todo lo anteriormente expuesto, el presente recurso va dirigido fundamentalmente a que se permita la integración en los términos que sean comercialmente viables para mis representadas, lo cual supone necesariamente el poder utilizar el nombre comercial, el cual no hace parte de los activos a ceder, en conjunto con las marcas que guardan identidad en su expresión, pero sujeto a un condicionamiento que permita que en el mercado existan condiciones de competencia y protejan efectivamente a los consumidores conforme con la Propuesta Alternativa que formulamos en el Capítulo II numeral 3. del presente recurso, y que esperamos sea despachada favorablemente modificándose consecuentemente el condicionamiento contenido en la Resolución recurrida.

"2. Problemática de los condicionamientos impuestos

"Aparte de los ya expuestos queremos exponerle al señor Superintendente los inconvenientes adicionales que genera el condicionamiento impuesto, conforme se explica a continuación:

"2.1 Plazo para poder adelantar la operación

"Señor Superintendente, supeditar la aprobación de la integración hasta el momento en que efectivamente se haya logrado la venta del negocio a un tercero conlleva serios perjuicios para las empresas que pretenden integrarse como son los siguientes:

- (i) El hecho de posponer la operación de integración en aproximadamente veinte meses o más implica para las compañías Intervinientes un total desconocimiento de la situación en que se van a encontrar ellas mismas, el mercado y el país al término de dicho lapso, teniendo que evaluar en dicho momento si persisten o no las condiciones necesarias para que opere la integración. Como Usted bien conoce señor Superintendente la situación económica, política, en materia de seguridad y en materia legislativa hace que sea imposible para las partes y en general para cualquier potencial inversionista comprometerse a realizar una integración a tan largo plazo.
- (ii) Adicionalmente, posponer la integración conlleva la imposibilidad de dar estabilidad a las compañías y consecuentemente de llevar a cabo todos los planes administrativos, técnicos, de inversión, de aprovechamiento de sinergias y de ahorros, que se deben adoptar al momento de efectuarse la integración, lo que además de afectar a las compañías repercutirá negativamente en los consumidores.
- (iii) La incertidumbre ante el futuro de la empresa puede generar el retiro voluntario de empleados claves para la continuidad de ambas empresas, y particularmente para los de Colombit quienes percibirán en entredicho su futuro laboral.
- (iv) La incertidumbre ante el futuro de la empresa puede generar disminución de participación de mercado de Colombit.

"Por el contrario, al permitir realizar la integración a partir de la fecha de ejecutoria de la Resolución por medio de la cual se resuelva el presente recurso, se obtienen las siguientes ventajas:

- (i) Aprovechamiento de eficiencias y sinergias de manera inmediata, con la posibilidad de trasladar, simultáneamente, dichas eficiencias a los consumidores.
- (ii) Evitar que los proyectos de inversión, investigación, desarrollo de nuevos productos se pospongan indefinidamente en el tiempo o no se realicen.
- (iii) Evitar que pudiera desaparecer el interés de las partes de realizar una integración, con lo cual se perdería la oportunidad de obtener las sinergias y eficiencias antes mencionadas.

"2.2 Confusión por subsistencia de marca y nombre comercial

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 134 de la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena se entiende que "constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado."

"Por otra parte, el nombre comercial, según el artículo 190 de la misma Decisión 486 es cualquier signo que "identifique a una actividad económica, a una empresa, o a un establecimiento mercantil."

"La definición de marca identifica los bienes y servicios, en tanto que la esencia de un nombre comercial es proteger a la actividad del empresario frente a las actividades de otros empresarios. Tanto el nombre comercial como la marca protegen bienes jurídicos diferentes. El primero hace referencia a la identificación de la empresa y la segunda indica el producto o el servicio."

"Si bien, conforme se ha establecido anteriormente, el nombre comercial y la marca son elementos de la Propiedad Industrial de una naturaleza distinta, existe una muy alta probabilidad que el público consumidor sea inducido en error o confusión respecto al origen empresarial de dichos signos si es que los mismos son idénticos o semejantes y se refieren a una actividad económica y a un producto o servicio relacionados, como ocurriría en el caso que nos ocupa."

"Esta posibilidad de riesgo de confusión (error) entre una marca y un nombre comercial es reconocida por la Decisión 486 al establecer en su artículo 136 inciso b) que no pueden registrarse como marcas los signos que sean idénticos o se asemejen a un nombre comercial protegido siempre que dadas las circunstancias pudiere inducirse al público a error."

"La misma situación es aplicable para los casos de inscripción de licencias de marcas, pues conforme al artículo 163 de la Decisión 486, "no pueden ser admitidas por la autoridad de control cuando no se ajuste a las disposiciones comunes sobre marcas."

"En aplicación de lo anteriormente expuesto, el condicionamiento impuesto por la Superintendencia en el sentido de ordenar la enajenación a un tercero de las marcas identificadas con la expresión CQLOMBIT, sumado al uso del nombre comercial COLOMBIT a manos de la organización ETERNIT, genera de inmediato un problema en donde se presenta conexidad competitiva entre los agentes."

"Por consiguiente, de aplicarse el condicionamiento materia del recurso nos encontraríamos en un escenario en el cual el tercero adquirente de los bienes materia de cesión usará la expresión COLOMBIT para identificar cubiertas de fibrocemento y

la empresa ETERNIT usará la expresión COLOMBIT para identificar una empresa de tejas de fibrocemento.

"La representación de la situación evidencia el alto riesgo de confusión en el cual quedaría el mercado, lo cual es razón adicional, para solicitar que dentro del condicionamiento a la concentración no sea incluido como tal la enajenación de las marcas identificadas con la expresión COLOMBIT, obviamente ofreciendo soluciones que permitan dar tranquilidad a su Despacho sobre las condiciones competitivas en que quedaría el mercado.

"3. PROPUESTA ALTERNATIVA

"En el fallo recurrido la Superintendencia decide subordinar la no objeción de la operación propuesta por ETERNIT y COLOMBIT a la condición de que antes de adelantarse la integración de las representadas sea enajenado el "Negocio" tal y como este es definido en el numeral 7.1.1. de la Resolución recurrida, el cual incluye los derechos sobre las marcas que identifican los productos Colombit.

"Entendemos que nuestra legislación³ no se refiere expresamente a condicionamientos y menos consagra un catálogo de los mismos, lo cual no impide a la autoridad competente acudir a la doctrina como fuente auxiliar del derecho como expresamente lo prevé nuestra Constitución. En el caso que nos ocupa, todo parece indicar que la Superintendencia se ha apoyado en la experiencia extranjera la cual es rica en soluciones económicas que permiten el desarrollo de la operación, particularmente la experiencia Europea, donde por la autoridad antitrust son tomadas soluciones⁴ que posibilitan adelantar las operaciones de agrupación propuesta por los interesados, sin menoscabo de la competencia dentro del mercado relevante.

"Las Soluciones Aceptables son fórmulas económicas que buscan resolver las dificultades de competencia consecuentes de una concentración jurídico-económica a fin de prevenir la constitución o fortalecimiento de una posición de dominio en el mercado por parte del ente resultante de la integración.

"Al realizar un estudio de la experiencia internacional respecto de esta clase de condicionamientos, encontramos las directrices bajo las cuales son observadas operaciones de concentración empresarial por las autoridades a nivel Europeo⁵ y Americano⁶.

"A fin de regular estas soluciones en Europa fue emitida la "Comunicación de la Comisión

³ Constitución Política, Ley 155 de 1959, Decreto 1302 de 1964, Decreto 2153 de 1992.

⁴ "Estas modificaciones suelen llamarse "soluciones", ya que tienen por objeto reducir el peso en el Mercado de las partes de la concentración y restablecer las condiciones para una competencia efectiva, la cual se vería falseada a consecuencia de la creación o fortalecimiento de una posición dominante debido a la concentración." Numeral 2 de la "Comunicación de la Comisión sobre las Soluciones Aceptables".

⁵ "El reglamento sobre control de concentraciones, establece expresamente que la comisión podrá declarar una concentración compatible con el mercado común previa modificación de la misma por las partes". Numeral 1 de la "Comunicación de la Comisión sobre las soluciones Aceptables". (cursivas propias).

⁶ "En agosto de 1999, la Federal Trade Commission emitió un informe titulado Divestiture report destinado a replantear la estrategia con relación a los condicionamientos y a pensar en nuevas formas de actuar". Peña, Julián, "Control de concentraciones económicas", rubinzall - culzoni Editores, Buenos Aires - 2002.

sobre las soluciones aceptables con arreglo al reglamento (CEE) No 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) No 447/98 de la Comisión." Dentro de esta comunicación aparecen contenidos los Tipos de Soluciones Aceptables para la Comisión, encontrándose dentro de ellas una amplia gama de soluciones dentro de las cuales se incluye la cesión del negocio (enajenación) entre otras muchas⁷.

"Exaltamos el interés de la Superintendencia a su digno cargo para preservar la competencia dentro de nuestro mercado⁸, adoptando para el efecto tipos de soluciones que siguen las directrices que son vanguardia en otras latitudes, no obstante lo cual consideramos de la mayor importancia definir el entorno bajo el cual se presentan tales soluciones en su ámbito de aplicación natural, a efectos de que se pueda evaluar la mejor forma de darles aplicación dentro de una economía como la nuestra.

"La 'Comunicación de la Comisión sobre las Soluciones Aceptables' es una regulación aplicable cuando la operación de concentración propuesta por los interesados es compatible con el mercado europeo. Ello significa que la operación trasciende las fronteras de un país⁹ miembro y tiene un efecto de posición de dominio dentro de todo el mercado europeo,¹⁰ siendo necesario adoptar medidas que permitan dar tranquilidad sobre la presencia efectiva de competencia dentro del mercado común.

"De esta manera, para la aplicación de esa regulación se requiere la presencia de un supuesto de hecho esencial, como es la constitución o fortalecimiento de la posición de dominio de la empresa dentro del Mercado Común Europeo.

"No sobra indicar que el mercado común supone la creación de un espacio económico común entre varios Estados, en el cual los intercambios comerciales se efectúan en las mismas condiciones que en un mercado interior, lo cual implica la supresión de todos los obstáculos a la circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como el establecimiento de un régimen en el cual la competencia no sea falseada¹¹. Esto denota la amplitud del mercado en donde es aplicable la Comunicación de Soluciones aceptables.

"Ahora bien, de acuerdo a la regulación en comento, las Soluciones Aceptables son compromisos propuestos por las partes proporcionales al problema planteado eliminando las imperfecciones económicas que se puedan crear por la concentración.

"En tal sentido las Soluciones propuestas por las partes tienen por objeto (i) reducir el peso

⁷ Números 26 al 30 de la Comunicación de la comisión sobre las Soluciones Aceptables.

⁸ "Instruir a sus destinatarios sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones en las materias a que hace referencia el numeral anterior, fijar los criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los procedimientos para su cabal aplicación". Numeral 21 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992.

⁹ "La Comisión evalúa la compatibilidad con el mercado común de las concentraciones notificadas, en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la comunidad". Numeral 4 de la "Comunicación de la Comisión sobre las Soluciones Aceptables".

¹⁰ "La prueba de compatibilidad con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 2 del reglamento sobre control de concentraciones consiste en determinar si una concentración crea o refuerza una posición dominante a consecuencia del cual se planteen obstáculos significativos APRA la competencia efectiva en el mercado común o en parte sustancial del mismo". Numeral 4 de la "Comunicación de la Comisión sobre las Soluciones Aceptables".

¹¹ WAELDROESK Michel, Derecho Europeo de la Competencia. Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, pagina 8, 1998

en el mercado de la resultante y (ii) restablecer las condiciones para una competencia efectiva, en caso de que esta llegare a verse afectada.¹²

"Una vez propuesta la solución, la Comisión evalúa que con ésta se cumpla el objetivo, define su eficacia, así como las posibilidades de cumplimiento, a efectos de impartir su correspondiente aprobación. Por ello es responsabilidad de las partes demostrar que las soluciones propuestas, no obstante la constitución o fortalecimiento de una posición de dominio, permiten restablecer la competencia efectiva en el mercado común.¹³

"Para este efecto, la Solución propuesta debe contener:

- "• Tipo, dimensión y alcance de la solución
- "• Probabilidades de su aplicación satisfactoria, completa y oportuna,¹⁴ y
- "• Que las dos anteriores se presenten analizando la estructura y características particulares del mercado comprometido, así como la posición de las partes.¹⁵

"Dentro del contexto de la regulación europea se han definido algunos tipos de Soluciones Aceptables, encontrándose diferentes alternativas, entre ellas la Cesión de todo o parte del negocio¹⁶ a un comprador definido.

"Con la Cesión se pretende crear las condiciones para la aparición de una nueva entidad competitiva o para la consolidación de los competidores existentes.¹⁷ Se dice que esta figura es una solución aceptable en la medida en que el negocio a ceder sea una actividad viable, que exista por sí sola y con la presencia de un comprador adecuado el cual pueda competir duraderamente y de manera eficaz con la resultante de la operación.¹⁸

"También se incluyen como Soluciones Aceptables, entre otras, la rescisión de los

¹² Numeral 2 de la "Comunicación de la Comisión sobre las Soluciones Aceptables".

¹³ "Es responsabilidad de la comisión demostrar que una concentración crea o fortalece estructuras de mercado que pueden impedir de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común. Es responsabilidad de las partes demostrar que las soluciones propuestas, una vez aplicadas, eliminan la creación o fortalecimiento de tal posición dominante determinada por la Comisión. A tal fin las partes deben demostrar claramente, a satisfacción de la comisión y de conformidad con sus obligaciones con arreglo al reglamento sobre control de concentraciones, que la solución restablece de modo duradero condiciones de competencia efectiva en el mercado común". Numeral 6, Ob. cit.

¹⁴ "A la hora de evaluar si una solución restablecerá o no la competencia efectiva, la Comisión atenderá a todos los factores pertinentes sobre la propia solución, incluidos, entre otros, el tiempo, la dimensión y el alcance de la solución de la propuesta, así como las probabilidades de su aplicación satisfactoria, completa y oportuna por las partes". Numeral 7, Ob. cit.

¹⁵ "Por otro lado, estos factores deben evaluarse en relación con la estructura y características particulares del mercado en el que se planteen los problemas de competencia". Numeral 7, Ob. cit.

¹⁶ Numeral 13 al 25 de la "Comunicación de la Comisión sobre las Soluciones Aceptables".

¹⁷ "Cuando una concentración prevista amenace con crear o reforzar una posición dominante que suponga un obstáculo a la competencia efectiva, la manera más eficaz de restablecer una competencia efectiva, aparte de la prohibición, consiste en crear las condiciones necesarias para la aparición de una nueva entidad competitiva o para la consolidación de los competidores existentes mediante una cesión". Numeral 13, Ob. cit.

¹⁸ "Las actividades cedidas deben ser actividades viables que, explotadas por un comprador adecuado, pueden competir eficaz y duraderamente con la entidad. Por lo general, una actividad viable, es una actividad existente que puede explotarse por sí sola, es decir, con independencia de las partes de la concentración, por lo que se refiere al suministro de materiales de producción u otras formas de cooperación, excepto durante un período transitorio". Numeral 14, Ob. cit.

contratos de suministros con exclusividad; la rescisión de contratos de distribución con exclusivas; el permitir compartir tecnologías clave necesarias y el uso compartido de licencias.¹⁹

"Bajo esta línea es la misma Comunicación de la Comisión quien acepta que no puede excluirse la posibilidad de que otros tipos de compromisos diferentes a la Cesión, pueden operar como mecanismos idóneos para restablecer la competencia ante un fenómeno de integración de empresas.²⁰

"Señor Superintendente, al analizar los condicionamientos impuestos en la Resolución recurrida se encuentra que fue impuesto el tipo de Solución Aceptable más drástico que opera para el Mercado Común Europeo, máxime si se tiene en cuenta que la operación no sólo se condiciona a la cesión de los activos esenciales de Colombit sino que simultáneamente se imponen prácticamente todas las restantes soluciones aceptables previstas en las reglas comunitarias.

"Compartimos el interés que asiste al señor Superintendente para asegurar que exista competencia en nuestro mercado, pero también consideramos, con todo respeto, que la aplicación de la experiencia extranjera debe ser observada dentro de un "Principio de Proporcionalidad", que tenga en cuenta las profundas diferencias de mercado entre la Comunidad Económica Europea y el de nuestro país, pues no siempre las directrices de economías desarrolladas pueden ser aplicables en forma idéntica y plena a nuestras regiones.

"En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta lo ya expuesto en el sentido de que el condicionamiento materia de este recurso implica, entre otros, (i) la confusión de signos distintivos que se puede presentar por subsistir el nombre comercial y las marcas en cabeza de diferentes competidores y los problemas que ello conlleva, según se explicó en el punto 2.2. anterior; (ii) que según se señaló el condicionamiento materia del presente recurso de reposición corresponde a la solución más drástica contenida para un mercado tan amplio como el Mercado Común Europeo; (iii) los perjuicios que se derivan para las empresas que represento y para el mercado el posponer la operación y habida consideración de que existen otras soluciones también aplicables en mercados desarrollados, que igualmente permiten la existencia efectiva de competidores, por medio del presente recurso respetuosamente solicito del señor Superintendente acceder a modificar el condicionamiento previsto en el numeral 7.1. de la Resolución recurrida, en el sentido de excluir como parte de los activos a enajenar, las marcas con certificados de registro número 103033, 181458, 195081, 262306, 221338 y 221339, y que igualmente se permita realizar la integración en forma inmediata.

"A efectos de que el señor Superintendente pueda atender nuestra solicitud respetuosamente nos permitimos formular la siguiente Propuesta de Solución que esperamos su Despacho encuentre aceptable toda vez que garantiza efectivamente la competencia en el mercado de cubiertas:

¹⁹ Números 26 al 30 de la "Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables".

²⁰ "Pese a ser la solución de preferencia, la cesión no es la única aceptable para la Comisión. En primer lugar, puede haber situaciones en que la cesión de actividades resulte imposible. En segundo lugar, los problemas de competencia pueden también ser consecuencia de factores específicos tales como la existencia de acuerdos de exclusividad, la combinación de redes (efectos de red) o la posesión conjunta de patentes fundamentales. En este caso la Comisión debe determinar si existen otros tipos de solución que puedan tener efectos suficientes en el mercado para restablecer la competencia efectiva.

- (i) Se propone ceder una actividad que puede existir y explotarse por sí sola, dotándola en un periodo de tránsito de ayudas que permitan eliminar barreras e incentiven y conviertan en atractiva²¹ la compra del negocio por parte de otro competidor;
- (ii) Para tal fin proponemos poner en venta el know-how, los secretos industriales, la maquinaria y demás activos tangibles y los otros activos necesarios para la elaboración de cubiertas onduladas en fibrocemento perfil 7, bienes que provendrían, a nuestra elección, de cualquiera de las empresas Intervinientes en el proceso de integración, bajo el entendido de que en cualquier caso se vendería un negocio con capacidad suficiente para producir los mismos volúmenes de perfil 7 que actualmente produce y comercializa Colombit. De igual manera, poner a disposición del comprador el personal operativo y ejecutivo encargado del desarrollo y fabricación del perfil 7.

La determinación de cuál de las sociedades transferiría los bienes estaría en función de la agilidad en obtener las autorizaciones corporativas necesarias para efectuar la cesión, teniendo en cuenta que en algunas de ellas existen accionistas minoritarios.

Es de notar que esta solución igualmente se ha implementado en la Comunidad Económica Europea en donde los activos materia de cesión no necesariamente provienen de la sociedad adquirida sino que también pueden serlo de la adquirente.

- (iii) Con el fin de hacer aún más atractiva y viable la adquisición del negocio por parte de un competidor, y no obstante el alto grado de sacrificio económico que ello significa, adicionalmente ofrecemos Señor Superintendente, que a partir del momento en que se perfeccione la venta del negocio, el ente integrado disminuya progresivamente, en coordinación con el nuevo competidor, y bajo una estricta auditoría, la producción y venta del perfil 7 "Colombit".

Este ofrecimiento operaría únicamente durante un periodo de 2 años, contados a partir de la fecha de venta del negocio. Durante el primer año se reduciría paulatinamente la producción y venta del perfil 7 "Colombit" y durante el segundo no se utilizaría la marca. De esta manera, el comprador obtiene la ventaja de tomar la participación de mercado que deja de atenderse con la marca Colombit.

- (IV) Adicionalmente, ETERNIT está dispuesta a ofrecer al comprador:

– El precio de venta será financiado de la siguiente manera:

- i. 20% de contado a la firma del contrato de compraventa.
- ii. 40% al cabo del primer año.
- iii. 40% al cabo del segundo año.
- iv. La tasa de interés sobre el monto adeudado será del DTF T.A. + 4.0%.
- v. Los bienes adquiridos servirán como garantía de la obligación, sin perjuicio de otros que se pacten entre las partes.
- vi. En caso de que el comprador prefiera realizar el pago de contado, se ofrecerá un descuento del 7.0% sobre el precio de venta.

– El comprador podrá hacer uso de las bodegas de COLOMBIT para almacenar las

²¹ "Las partes podrán añadir motu proprio otros activos a fin de hacer más atractivo a los compradores el conjunto de actividades cedidas". Numeral 21, Ob. cit.

cubiertas perfil 7 fabricadas con los activos materia de enajenación durante un periodo máximo de 2 años, para lo cual pagará un monto igual al imputado por el mismo concepto a COLOMBIT.

- ETERNIT se compromete en el primer año a dar asesoría al Comprador en cuanto estructuras de cubiertas de fibrocemento perfil 7.
- Durante un periodo de 2 años y en caso de un aumento de producción anual superior al 10.0% deberá informar a la Superintendencia las razones económicas justificadas para ello.
- Todo lo anterior sin perjuicio del cumplimiento de los restantes condicionamientos impuestos por la Superintendencia en la Resolución número 34712 del 11 de diciembre de 2003 y que no resulten contradictorios con la alternativa propuesta en el presente recurso.

"3.1 Cumplimiento de objetivos

"Con la propuesta formulada en el numeral anterior consideramos señor Superintendente que: (i) se reduce el peso en el mercado de la resultante y (ii) se garantiza la existencia de una competencia efectiva. Veamos:

"3.1.1 Tipo, dimensión y alcance de la solución

"Se propone como tipo de Solución la enajenación (cesión) de una unidad de producción de cubiertas perfil 7.

"La dimensión de la solución abarca todos los activos necesarios para la elaboración de esas cubiertas, así como el know-how, los secretos industriales y en general todos los activos necesarios para la elaboración de cubiertas onduladas en fibrocemento perfil 7, así como la maquinaria y demás activos tangibles para la fabricación de esas tejas.

"Con respecto a la comercialización de los productos, el nuevo fabricante estaría en capacidad de utilizar la inmensa red de puntos de venta de materiales de construcción en todo el territorio nacional (denominados subdistribuidores y quienes comercializan todas las marcas de fibrocemento), convertir algunos de ellos en distribuidores directos y crear una red propia de distribución. Esto fue lo que hicieron Eternit Ecuatoriana S.A. hace 2 años y Manilit hace cerca de 20 años.

"Se propone además constituir un patrimonio autónomo, según se explicará más adelante, cuyo administrador será revestido de un mandato irrevocable para vender los bienes que permitan la entrada cómoda de un nuevo competidor al mercado o el fortalecimiento de cualquiera de los ya existentes.

"3.1.2 Aplicación satisfactoria, completa y oportuna de la Solución

"A fin de hacer satisfactoria la propuesta, ETERNIT ha implementado unas condiciones externas que hacen atractivo el negocio, siendo así una Solución Conjunta, compuesta no sólo por la enajenación de los activos, sino por otros compromisos.

"En adición se propone:

- Ofrece de manera temporal apoyo de infraestructura dejando usar las bodegas de

COLOMBIT para almacenar el material perfil 7 fabricado por el competidor entrante

- Se compromete a no hacer un uso inadecuado de su capacidad instalada
- Financia el pago de la compra.
- Para mitigar los riesgos propios del negocio, brinda asesoría al comprador en estructuras de cubiertas
- Para aminorar los costos hundidos del entrante, los pagos por el crédito para la adquisición de la actividad no se harán sino a partir del vencimiento del primer año

"De acuerdo a estos compromisos se pretende hacer atractiva la venta de los bienes, que implique una solución satisfactoria, completa y oportuna.

"3.1.3. Solución acorde con la estructura y características particulares del mercado relevante

"Como ya se mencionó, la aplicación de la regulación Europea contempla medidas que contrarrestan los efectos en materia de competencia derivados de la constitución, o fortalecimiento de la posición de dominio de una empresa dentro del Mercado Común Europeo, que es un mercado conformado actualmente por 15 países (próximamente 25 países) y con una población de 370 millones de personas. Lo que se busca es evitar que por la vía de la obtención de una posición de dominio se elimine la posibilidad de competencia mediante la creación de barreras de entrada prácticamente infranqueables, toda vez que la inversión requerida para la entrada de un nuevo competidor, en un mercado del tamaño del Europeo dominado por un solo agente, sería de tal magnitud que haría casi que imposible la entrada de nuevos competidores.

"Entendemos que se busque proteger el mercado, para lo cual es plenamente legítimo acudir como guía a normativas y experiencias más avanzadas sobre la materia, pero consideramos que debe existir una proporcionalidad frente a las características particulares de un mercado conformado por un solo país con 40 millones de personas como el colombiano. En efecto, mientras que ante una posición de dominio en la Comunidad Europea la barrera de entrada por el monto de la inversión hace casi imposible la entrada de nuevos competidores, en Colombia, tal y como lo señala el señor Superintendente en la Resolución 34712 el monto de dinero requerido para el ingreso de un nuevo competidor que efectúe un contrapeso efectivo para la nueva entidad es de US\$ 4 millones, suma que de plano no aparece como inalcanzable para un inversionista colombiano, y mucho menos lo sería para un inversionista internacional que participe en el mismo mercado.

"Adicionalmente, consideramos relevante tener en cuenta que si bien con la integración propuesta se está fortaleciendo la posición de un agente en el mercado Colombiano, se está lejos de tener una posición de dominio dentro del acuerdo de libre comercio suscrito recientemente entre los países de la Comunidad Andina y MERCOSUR.

"Como lo indicó la Superintendencia en la Resolución de aprobación condicionada que se recurre con este documento, se trata de un mercado que guarda una relación directa con el mercado de la construcción donde se ha experimentado la entrada de nuevos actores por el lado de la oferta de cubiertas, quienes en forma paulatina y constante han venido ganando mercado con la correlativa reducción de participación de las cubiertas de fibrocemento.

"En este sentido, en el mercado nacional la tendencia es de entrada de nuevos productos e incremento de la demanda de los productos diferentes al fibrocemento sin que por ello pretendamos negar que la participación de éste es aun importante. Dichas características hacen que existan personas interesadas en el mercado donde el producto es fuerte, sin perjuicio de la entrada de nuevos productos al mercado.

"Conforme a todo lo anteriormente expuesto se tendría plenamente garantizada la competencia pues son los constructores quienes escogen la cubierta; la competencia o elasticidad de la oferta se garantiza no solamente con los otros competidores que producen cubiertas de fibrocemento sino con los que fabrican cubiertas con otras clase de materiales; y ETERNIT con sus compromisos convierte en cómoda la entrada de un competidor de cubiertas de fibrocemento al mercado.

"4. Fiducia Mercantil como mecanismo de entrada a nuevas marcas o de consolidación de las existentes.

"A efectos de garantizar la seriedad en el proceso de venta propuesto, el mismo se le encargaría a un tercero para lo cual proponemos traspasar los bienes materia de cesión, una vez se perfeccione la integración, a un patrimonio autónomo, administrado por una sociedad Fiduciaria, que tendría el mandato irrevocable de enajenar dichos bienes en las condiciones y términos aquí indicados, fiducia que igualmente produciría cubiertas de fibrocemento a los potenciales competidores por el sistema de maquila.

"El contrato de fiducia tendría las siguientes características:

- 1. Como Fideicomitente obraría la sociedad propietaria de los activos a enajenar.*
- 2. Con los activos a enajenar se conformaría un patrimonio autónomo.*
- 3. La Fiduciaria tendría el mandato irrevocable de enajenar en condiciones de mercado los bienes para lo cual la misma fiduciaria contratará los servicios de un banquero de inversión que haga una valoración de los bienes.*
- 4. La Fiduciaria hará oferta pública y venderá los bienes al mejor postor de manera que no se desintegren es decir que sirvan como unidad productiva.*
- 5. La Fiduciaria será la encargada de determinar que el o los potenciales adquirentes cumplan con los requisitos indicados por su Despacho.*

"De esta manera desde un comienzo se garantiza en un tercero independiente y especializado: (i) que el proceso de venta se inicia desde el momento mismo en que sea aprobada la integración; (ii) que dicho proceso se desarrollará en forma profesional y eficiente, y (iii) se garantiza la existencia de una unidad de producción al servicio de la competencia.

"Señor Superintendente, como podrá observar la Propuesta Alternativa preserva los principios constitucionales y legales previstos en la legislación para preservar la competencia en el mercado, cuya guarda a Usted le compete y denota la seriedad de las empresas que represento. Por lo que respecta a mis representadas y dentro del objeto del recurso, debe entender que las mismas están dispuestas a aceptar cualquier ajuste a la Propuesta Alternativa, que considerare necesario su Despacho introducir a efectos de permitir la integración de mis representadas. (...)."

CUARTO: Que en cumplimiento del 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 El impacto de la operación frente al mercado

En primer término, es preciso señalar que una operación de concentración económica provoca, en términos reales, una reducción en el número de competidores, circunstancia que dependiendo de las condiciones que rodean cada caso en concreto, podría llegar a propiciar una indebida restricción a la libre competencia.

La circunstancia señalada, justifica la existencia de un control *ex ante*, en el que el Estado pueda anticipar los efectos indeseables que sobre el mercado tendría la concentración. Bajo esta premisa, el análisis de operaciones de integración empresarial, el cual es en esencia el mismo para todas las autoridades de competencia,²² tiene como punto de partida la definición de mercado relevante, al cual se circunscribe el análisis. En ese sentido, el grado de restricción que pueda llegar a presentar una operación específica, debe analizarse en función al mercado relevante que haya sido definido. Por ello, cuando quiera que una integración restrinja de manera indebida la competencia, dicha operación deberá objetarse o, en caso de ser posible, condicionarse, para asegurar la primacía del interés público sobre los intereses particulares. Al proceder de esta manera se está garantizando que en el mercado exista variedad de productos, calidades y, en consecuencia, de precios, al igual que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los diferentes mercados.²³

2 El condicionamiento establecido

2.1 Respecto a las eficiencias aducidas por las intervinientes

A lo largo del trámite adelantado, las intervinientes adujeron una serie de factores, de acuerdo con la cuales el perfeccionamiento de la operación traería consigo varias eficiencias. En efecto, en el trámite las intervinientes manifestaron:

"MEXALIT S.A. está interesada en optimizar la infraestructura y experiencia adquirida en Colombia a través de las sociedades Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacífico S.A. y Eternit Atlántico S.A., y en aplicar las sinergias de estas sociedades y COLOMBIT S.A., con el fin de lograr una industria de fibrocemento más eficiente y productiva, de manera que le permita ser más competitiva en el mercado interno a COLOMBIT S.A. y en sus exportaciones. Lo anterior, teniendo en cuenta que se lograría obtener en la operación de las sociedades COLOMBIT S.A., Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacífico S.A. y Eternit Atlántico S.A., ahorros importantes en la actividad industrial por economías en transporte, compra de materias primas por volumen, etc.; así como ahorros en la estructura corporativa, por optimización

²² Ver: García Perez, Mercedes: "Test de dominancia vs. Test de disminución sustancial de la competencia: a debate el criterio para prohibir una concentración, aspectos jurídicos". Centro de Política de la Competencia, II Seminario de Expertos, Instituto de Estudios Europeos, Universidad San Pablo – CEU.

²³ Conforme al artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras funciones, "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades; atender las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar, en particular, 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 procesos conjuntos e infraestructura administrativa, así como sinergias en intercambios de productos".²⁴

(...) "La adquisición de COLOMBIT S.A. por parte de MEXALIT S.A. representa eficiencia, sinergias y reducción de costos en el área administrativa y de producción para las sociedades COLOMBIT S.A., Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacífico S.A. y Eternit Atlántico S.A., la cual no sería posible obtener bajo otros medios. De hecho, la operación permitiría una transferencia de habilidades operativas, entre las que se encuentran mejores prácticas, mejores procesos, y mejores recursos humanos y tecnológicos de cada una de las sociedades, que serán implementados y/o utilizados por las demás sociedades..."²⁵

"No es la finalidad eliminar la competencia de Colombit sino aprovechar las sinergias que genera la operación" (...) "Se reitera que el objeto es aprovechar las sinergias entre las sociedades para el mejoramiento de la producción y generar gastos de administración y operación que mejoren la rentabilidad de las cuatro compañías..."²⁶

Los beneficios esperados por las empresas fueron sustentados en aspectos de diversa índole, dentro de los cuales no se encuentra la importancia de una explotación conjunta de los derechos marcarios de ambas compañías, y menos la necesidad de preservar las marcas COLOMBIT, como fundamento esencial para la integración. La explotación de la marca COLOMBIT por parte de las empresas Eternit, no fue la motivación expuesta que precedió la integración analizada. En esa medida, no es dable en la interposición de un recurso, exponer elementos nuevos como motivación de la integración. Por ello, el condicionamiento impuesto mantiene la competencia que representa Colombit en el mercado analizado, sin comprometer los objetivos y ventajas esperados de la operación.

De acuerdo con los estimativos realizados por las intervinientes, como resultado de la operación proyectada se obtendrían ahorros anuales por valor de \$ [REDACTED], representados en: (i) [REDACTED] (\$ [REDACTED])

[REDACTED], (ii) [REDACTED] (\$ [REDACTED]), y (iii) [REDACTED] (\$ [REDACTED]).²⁷ Estas sinergias no tendrían que verse afectadas como consecuencia de la enajenación de las marcas COLOMBIT, en razón a que las empresas seguirían contando con cuatro plantas en el territorio nacional, entre ellas la planta de Colombit en Manizales, para efectos de reorganizar la producción de sus distintas líneas.

En todo caso, los ahorros esperados por el primer aspecto y que fueran sustentados por las empresas en "[l]a eficiente reorganización de la producción y, consecuentemente, a la eliminación de la necesidad de contratar servicios adicionales de transporte entre fabricas", podrían obtenerse al sustituir el volumen actual de producción de perfil 7 de Colombit, por

²⁴ Expediente N° 02004374, Cuaderno 1, Carpeta 1, folio 5.

²⁵ Ibíd. folio 8

²⁶ Ibíd. folio 10

²⁷ Documento de radicación 03079727, folio 50 a 55, anexo al expediente 02004374.

perfil 7 de Eternit. Así mismo, los ahorros derivados de una adquisición conjunta de materia prima, empezarían a generarse desde el momento mismo en que sus líneas de producción queden integradas.

Adicionalmente, los ahorros por optimización del proceso productivo que obtendrían las intervinientes por mejores prácticas, tecnología y recursos humanos, no son afectados por el condicionamiento impuesto en la citada resolución 34712, dado que se excluye del condicionamiento

En este entendido, no es posible considerar que los ahorros estimados vayan a verse afectados como consecuencia del condicionamiento establecido, máxime si se tiene en cuenta que una vez se consolide la operación, se estaría adquiriendo una cuarta planta de producción, la de Colombit, que por estar ubicada en una zona geográfica distinta a la de las empresas Eternit, permitiría no solo reorganizar su sistema de producción y comercialización para las restantes líneas de cubiertas onduladas de Colombit y todas las líneas de cubiertas de Eternit sino, además, disponer de la tecnología de esta compañía.

En definitiva, la enajenación de las marcas COLOMBIT no desvirtúa las sinergias pretendidas por las intervinientes en la operación, pues aún bajo el supuesto de que sean enajenados los activos establecidos en el condicionamiento, la resultante de la operación dispondría de negocios adicionales que le permitan obtener las eficiencias esgrimidas.²⁸

2.2 La proporcionalidad

Por las condiciones de las empresas participantes y del mercado en que intervienen, la operación analizada tiende a producir una indebida restricción de la competencia, como quedará ampliamente expuesto en la resolución 34712 de 2003, circunstancia que, por demás, en ninguna parte del recurso fue negada, desconocida o refutada por las empresas intervinientes.

En ese sentido era necesario, para no objetar la operación, contemplar un condicionamiento que, sin echar a perder el sentido de la integración, permitiera el restablecimiento efectivo de la competencia.

Bajo esta consideración, el condicionamiento impuesto estuvo circunscrito a aquellas actividades en las que el análisis de la operación puso al descubierto la posibilidad de una concentración indebida para el mercado, recayendo de esta manera sobre una línea de producción específica y solamente respecto a la empresa Colombit.

²⁸ COLOMBIT S.A. dispone de otros negocios, los cuales no están incluidos en el condicionamiento establecido, y que podrán ser aprovechados por la sociedad integrada, tales como: Superonda (cubiertas onduladas en fibrocemento perfil 10), Ruralit (cubiertas onduladas en fibrocemento perfil 5), Facilit (cubiertas onduladas en fibrocemento perfil 3), Doblefacilit (cubiertas onduladas en fibrocemento perfil 3), Teja Colonial y Toscana (cubiertas onduladas en fibrocemento pintada perfil 7, 10 y Sistema Colonial), Complementos Arquitectónicos (quebrasones, ductos, persianas, jardineras, perreras, lavaderos, kioscos, remates de fachada), Línea de Sistemas Livianos en Seco (Placa de Fibrocemento Superboard, placa de yeso Gyplac y elementos complementarios) y Línea Ambiental (tanques plásticos, casetas sanitarias y pozos sépticos plásticos).

En efecto, el perfil 7 "Colombit" - [REDACTED], fue la línea del negocio en la cual recayó el condicionamiento, lo que de suyo significa que las demás marcas de la empresa Colombit, al igual que **las de las empresas Eternit, podrán ser explotadas en forma libre por la resultante,** [REDACTED].

Por consiguiente, el condicionamiento señalado no solo estuvo fundado en la necesidad de preservar al mercado libre de restricciones indebidas, sino que además fue adoptado de manera racional y proporcionada, al circunscribirse a la línea de producción que estaría generando la concentración excesiva, dejando las demás líneas intactas, para de esta forma asegurar las sinergias pretendidas por las intervinientes.

2.3 La operación en el tiempo

Según se estableció en el acto recurrido, [REDACTED]

²⁹ De acuerdo con las cifras aportadas por las intervinientes [REDACTED]

³⁰ De acuerdo con el Código Civil, la condición es un hecho futuro e incierto del que pende el nacimiento o la extensión de un derecho. (Art. 1530).

³¹ "La condición es un hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento o la extinción de un derecho, y se llama obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no (art. 1530 C.C.). La expresión de la ley 'la que depende de una condición', pone de manifiesto que en la obligación condicional, su nacimiento o su extinción están subordinados al hecho futuro e incierto en que la condición se hace consistir. La incertidumbre del hecho futuro es lo que viene a darle fisonomía y carácter propio a la condición, la cual es suspensiva si mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho (art. 1536).

"La condición afecta, pues, a la obligación misma, bien haciendo surgir el derecho o extinguiéndolo, según su naturaleza. La condición suspensiva regula, por tanto, el nacimiento de la obligación, y la resolutoria su extinción". (C.S.J., sent. 3 julio 1969. G.J., t. CXXXI., pág. 12).

2.4 Los elementos de "El Negocio" -confundibilidad-

Tal y como se estableciera en la Resolución 34712 de 2003 [REDACTED] deberán enajenar los derechos sobre las marcas con certificados de registro 103033, 181458, 195081, 236498, 262306, 221338 y 221339, como parte integrante del *Negocio*.

Para tal efecto, las empresas intervinientes han de procurar cuanto esté a su alcance para que el Adquirente pueda utilizar los activos y, adicionalmente, deberán abstenerse de realizar cualquier acto que amenace o pueda perturbar el pacífico disfrute de los mismos.

Bajo esta perspectiva, encontramos, por ejemplo, que en la compraventa "[l]as obligaciones del vendedor se reducen en general a dos, la entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida".³² Respecto a la segunda de ellas, se ha establecido, a su vez, que "[l]a obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios".³³ Al respecto, la Corte Suprema ha expresado:

"La obligación de sanear es prometer al comprador la posesión pacífica y útil de la cosa que le ha sido transmitida y comprometerse a indemnizarle de los daños y perjuicios, en el caso en que esta promesa no tuviere realización.

"El que adquiere a título oneroso, ha dado, o se ha obligado a dar un contravalor a cambio de la cosa que se le entrega; su prestación o su obligación dejaría de tener razón de ser, si se viera despojado de la cosa adquirida o no recibiera mas que una cosa incompleta o defectuosa. La obligación de sanear es un aspecto más de la obligación esencial del vendedor, que es la de transmitir la propiedad".³⁴

Así, en el entendido de que el **saneamiento constituye una condición esencial de la obligación del enajenante**, es lógico que la transferencia de los activos deba estar acompañada de todas las medidas que resulten indispensables para permitir su utilización y pacífico goce.

En esa justa medida, resulta claro que las empresas interesadas en llevar a cabo la operación propuesta, deberán abstenerse de incurrir en cualquier acto que pueda dar lugar a una perturbación en la explotación de las marcas objeto de la enajenación, entre los cuales se incluye la utilización del nombre comercial COLOMBIT, que por tener una expresión fonética y auditiva igual, podría ocasionar problemas de confusión entre los consumidores, con el consecuente detrimento patrimonial para quien ha adquirido la titularidad y el dominio de los derechos marcarios.

En virtud de lo anterior, se entiende que la utilización del nombre comercial en cabeza de las intervinientes, en cuanto pugna con la posesión y disfrute pacífico de la marca

³² Código Civil; artículo 1880.

³³ Código Civil; artículo 1893.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, sent. 9 octubre 1953. G.J., t LXXVI, pág. 576.

COLOMBIT a manos del *Adquirente*, deberá suspenderse desde el instante mismo en que se lleve a cabo la correspondiente transferencia.

3 La "Propuesta Alternativa" presentada

Cuando quiera que el estudio de una operación ponga en evidencia que la misma traerá aparejada una indebida restricción para la libre competencia, y no existan eficiencias significativas que compensen sus efectos,³⁵ solamente podrá dejar de objetarse esa operación, si es posible implementar un condicionamiento que permita el restablecimiento efectivo de la competencia en el mercado.

Bajo la perspectiva señalada, debemos mencionar que el condicionamiento impuesto en la resolución 34712 se ajusta a los presupuestos definidos, en tanto está encaminado a restarle poder a la resultante, impidiéndole la explotación de marcas posicionadas en el mercado y, a su vez, procura el reestablecimiento efectivo de la competencia, al buscar que dichas marcas sean utilizadas por competidores, reduciéndose de esta forma, las asimetrías que estarían acentuándose como consecuencia de la operación proyectada.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la solución alternativa que se presenta en el recurso, como quiera que, en términos reales, no representa un mecanismo que le reste poder de mercado a la sociedad integrada, y tampoco presupone un reestablecimiento de la competencia efectiva.

La Propuesta Alternativa presentada por las partes básicamente consiste en la venta del *know-how*, secretos industriales y parte de la maquinaria requerida para la elaboración de cubiertas onduladas en fibrocemento perfil 7. Con todo, aunque esta propuesta resulta una condición útil para conseguir la viabilidad del negocio, no es suficiente para reducir el poder de mercado de la sociedad integrada y reestablecer la competencia efectiva en el mercado analizado.

Para este Despacho, la sola venta de los activos indicados en el párrafo precedente sin la marca respectiva, no mantiene los niveles de competencia en que se encontraba el mercado, en el escenario previo a la operación, por los motivos que a continuación se exponen:

(i) El volumen de capacidad de producción no es garante de posicionamiento en un mercado. Así, por ejemplo, Toptec/Manilit dispone de cuotas reducidas de participación, aún teniendo altos volúmenes de capacidad ociosa y el *know how* necesario para producir cubiertas en fibrocemento. En esa medida, un negocio compuesto por capacidad de producción y *know how*, no puede ser considerado, por sí solo, una actividad viable que genere una competencia efectiva inmediata en el mercado definido.

³⁵ Conforme al artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, "[e]l Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4o. de la ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede 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".

(ii) Dado que el mercado en general cuenta con altos volúmenes de capacidad ociosa, resulta poco probable encontrar un competidor interesado en adquirir este tipo de activos. De igual manera, los competidores cuentan con el *know how* necesario para la producción, por lo cual es poco probable que deseen hacerse a un activo intangible que ya poseen. Según se ha podido evidenciar, el volumen de capacidad ociosa existente en el mercado de cubiertas para vivienda se constituye como una barrera a la entrada.³⁶

Por consiguiente, la transferencia de maquinaria o capacidad instalada en general, acompañada del *know how* asociado a la actividad, no garantiza una participación efectiva en el mercado analizado y, por ende, el reestablecimiento efectivo de la competencia.

(iii) La Propuesta Alternativa implica que el Adquiriente no contaría con un respaldo sobre su tejas onduladas, como el que confiere una marca posicionada, dificultándole penetrar en el mercado y haciendo prácticamente imposible demostrar a los clientes, que sus productos están siendo fabricados con idénticos estándares a los reconocidos en la actualidad bajo la marca Colombit.³⁷

La imagen que proyecta la marca es un aspecto de gran relevancia en el mercado afectado,³⁸ por lo que un nuevo competidor tendría que incurrir en costos significativos, principalmente de publicidad y promoción, para lograr el posicionamiento de su marca.³⁹ El Adquiriente, al incurrir en estos costos, vería afectado su nivel de competitividad en el mercado.

En efecto, una de las funciones de la marca es la indicación de la calidad del producto o servicio que distingue la misma.⁴⁰ Por ello, el reconocimiento de la marca le otorga al proveedor un respaldo frente al cliente, acerca del cumplimiento de este factor.⁴¹

³⁶ Ver Punto 6.6.3 "Concentración de la capacidad instalada" del considerando SEXTO de la resolución 34712.

³⁷ La Dra. Catherine Lemoine Gaitán, Gerente de Proyectos de Constructora Colpatria, testifica que no utiliza a Manilit como proveedor de tejas de asbesto cemento por el conocimiento histórico y buena experiencia que representan Colombit y Eternit, así como por los mejores precios ofrecidos por estas. (respuesta a pregunta 56, folio 524). Finalmente, el Dr. Diego Anzola Chiape, Gerente General de Cindú Andina, reconoce que la marca Eternit está demasiado arraigada a la cultura de consumo colombiana, con la cual un paralelo de precios [con las cubiertas termoacústicas] no necesariamente significaría un abordamiento masivo a productos que apenas empiezan a aparecer en el mercado como nueva opción (respuesta a pregunta 56, folio 2563).

³⁸ Al explicar la importancia de la imagen de la marca de sus productos para acceder al consumidor, las intervinientes indican que el consumidor aprecia la imagen de la marca de estos productos, en la medida que ella implica respaldo y garantía. Expediente 02004374, folio 893, carpeta 2, cuaderno 1.

³⁹ En respuesta a la pregunta 77, folio 2558 del expediente, el Dr. Diego Anzola Chiape, Gerente General de Cindú Andina (fabricante de tejas termoacústicas) señala: "Haciendo un cálculo superficial no creo que nuestra publicidad ni al 1% de la inversión publicitaria que hace Eternit o cualquier otro competidor en medios".

⁴⁰ "La contemplación de una marca enlazada con un producto suscita, de ordinario, en el ánimo del consumidor la creencia de que tal producto posee ciertas características. (...) En este sentido cabe afirmar que la marca es un signo que proporciona al consumidor información de una calidad relativamente constante del producto o servicio. Esto es innegable en el plano socio-económico: la marca es un signo que indica una cierta calidad del producto o servicio en la realidad del mercado y, sobre todo, en las experiencias y vivencias de los consumidores". FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. "Tratado sobre Derecho de Marcas". Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2001. Pág. 63-64.

(iv) El tiempo que tarde el Adquiriente en lograr el reconocimiento necesario en el mercado, de manera que represente un contrapeso efectivo en términos de competencia para la sociedad integrada, es un período durante el cual la resultante obtendría los beneficios de poseer las marcas de mayor reconocimiento en el mercado de cubiertas onduladas en fibrocemento,⁴² con una alta posibilidad de afectar de manera adversa las condiciones del mercado. De esta forma, sería un período durante el cual la sociedad integrada podría ejercer su poder de mercado sin encontrar contrapeso efectivo, lo que pone de manifiesto la reducida efectividad del condicionamiento alternativo propuesto por las partes.

En conclusión, la Propuesta Alternativa presentada por las intervinientes, no permite a esta Entidad considerar que los efectos adversos derivados de la operación vayan a desaparecer, especialmente cuando la sociedad integrada retendría las marcas más importantes de cubiertas onduladas en fibrocemento, en un mercado en el cual ostentaría una posición de dominio indiscutible, reduciendo la posibilidad de presencia y expansión efectiva en el mercado del Adquiriente.

Por todo lo anterior, el condicionamiento impuesto por esta Superintendencia en la citada resolución 34712 es necesario para preservar los niveles de competencia actuales en el mercado de cubiertas para vivienda, [REDACTED]

⁴¹ "La finalidad de una marca, en consecuencia, no es otra que la de individualizar los productos y servicios con el propósito de diferenciarlos de otros iguales o similares. En virtud de esta función diferenciadora, la marca protege a los consumidores, quienes, al identificar el origen y la procedencia del producto o servicio de que se trate, evitan ser confundidos o engañados.

"La unión entre signo distintivo y la clase de producto o de servicio, es sólo el aspecto objetivo de la marca.

*"A él debe agregarse el elemento psicológico que se presenta cuando los consumidores potenciales aprehenden o captan esa unión entre signo y producto. En la memoria de los consumidores, la marca representa el origen empresarial del producto, sus características, el grado de su calidad y, eventualmente, el goodwill, prestigio o buena fama del producto en cuestión. Estas representaciones o vivencias de los consumidores frente a determinada marca, son la base de las llamadas "funciones" que ella cumple, entre las que se señala la función de **publicidad**, en cuanto a la difusión o propaganda que la sola marca puede implicar*

"La marca cumple además, eventualmente, una función "condensadora" del prestigio, buena fama o goodwill del que pueda gozar entre el público determinado nombre o signo. La buena reputación de los productos distinguidos con determinada marca, suele implicar preferencia o reconocimiento por parte de los consumidores. Unido a esta función de prestigio está el aspecto de publicidad o propaganda comercial -cada vez más amplia, sofisticada y costosa-, ya que la marca puede llegar a tener de por sí una "capacidad" o "poder" de venta, o sea un poder de atracción o de seducción, dependiendo de las vivencias o creencias del público consumidor". Funciones de la marca, Proceso 1-IP-87 de 3 de diciembre de 1987.

⁴² Aunque los constructores señalan conocer a Eternit, Colombit y Manilit como los fabricantes de cubiertas onduladas en asbesto cemento. (Dr. Andrés Londoño Borda, Director de Construcciones Constructora Colmena, respuesta a la pregunta 25, folio 2538; Dra. Catherine Lemoine Gaitán, Gerente de Proyectos de Constructora Colpatria, respuesta a la pregunta 53, folio 2524; Dr. Mauricio López Escobar, Gerente de Construcciones Constructora Bolívar, respuesta a la pregunta 66, folio 2513), la mayoría de ellos indican que solamente utilizan a Eternit y Colombit como proveedores de este tipo de productos (Dr. Andrés Londoño Borda, Director de Construcciones Constructora Colmena, respuesta a la pregunta 26, folio 2538; Dra. Catherine Lemoine Gaitán, Gerente de Proyectos de Constructora Colpatria, respuesta a la pregunta 55, folio 2524; Dr. Mauricio López Escobar, Gerente de Construcciones Constructora Bolívar, respuesta a la pregunta 19, folio 2507). En particular, el Dr. Andrés Londoño Borda, Director de Construcciones Constructora Colmena, expresa que utilizan en un alto porcentaje cubiertas de Eternit o de Colombit y sólo en pocas ocasiones utilizaron cubiertas Manilit (respuesta a la Pregunta 26, folio 2538).

RESUELVE:

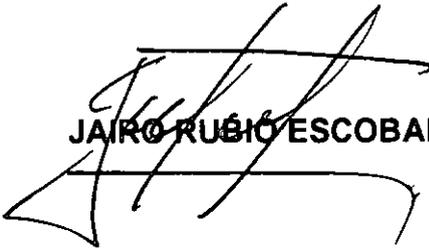
ARTICULO PRIMERO: No acceder al recurso de reposición interpuesto y, por ende, confirmar en todas sus partes la decisión contenida en la resolución 34712 de 2003.

ARTICULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor JORGE TORRADO ANGARITA, apoderado de Eternit Atlántico S.A., Eternit Pacífico S.A. Eternit Colombiana S.A. y Colombit S.A. o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma y advirtiéndole que contra la presente decisión no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., a los 13 FEB. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio,


JAIRO RUBÍO ESCOBAR

Notificación:

JORGE TORRADO ANGARITA

C.C. 19.394.916 de Bogotá

Apoderado

ETERNIT ATLANTICO S.A.

Nit. 860002301-1

ETERNIT COLOMBIANA S.A.

Nit. 860002302-9

ETERNIT PACÍFICO S.A.

Nit. 890301829-1

COLOMBIT S.A.

Nit. 890800148-3

Calle 93B No. 17-42, oficina 207

Bogotá, D.C.