



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 19110 DE 2003
(07 JUL. 2003)

"Por la cual se revoca una resolución"

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que a través de la Resolución No. 7390 del 26 de marzo de 2003, esta Superintendencia objetó la solicitud de integración presentada por las sociedades ETERNIT COLOMBIANA S.A., ETERNIT ATLÁNTICO S.A., ETERNIT PACIFICO S.A. y COLOMBIT S.A..

SEGUNDO: Que mediante escrito radicado en esta Entidad bajo el número 02112607-10 del 5 de mayo de 2003, la doctora María Consuelo Torres Lozano, en su calidad de apoderada de las sociedades ETERNIT COLOMBIANA S.A., ETERNIT ATLÁNTICO S.A., ETERNIT PACIFICO S.A. y COLOMBIT S.A., interpuso recurso de reposición en contra de la citada Resolución 7390.

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

"(...).

A-. Oportunidad

"Acorde con lo previsto en el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, interpongo el presente recurso dentro del término de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la Resolución, la cual se surtió el día 25 de abril de 2003.

B-. Antecedentes

"Con fecha 11 de diciembre de 2002 y mediante documento radicado bajo el N° 02112607 0000000 se informó a la Superintendencia de Industria y Comercio un proceso de integración entre las compañías Eternit Colombiana S.A.; Eternit Pacífico S.A.; Eternit Atlántico S.A y Colombit S.A, como consecuencia de la adquisición de las acciones que Nefibouw N. V sociedad holandesa posee en la sociedad colombiana Colombit S.A., por parte de Eureka SA de C. V S.A de C. V. Esta última compañía mexicana, filial de la sociedad Mexalit S.A, quien es accionista de las compañías Eternit en Colombia.

"En desarrollo del trámite, la Superintendencia solicitó información adicional mediante documento con radicación 02112607 0000001 del 24 de enero de 2003, la cual fue atendida íntegramente por mis representadas mediante memorial radicado con el N° 02112607 0000003 del 12 de febrero de 2003, al cual se le dio posteriormente alcance para aclarar la eficiencia relacionada con la incorporación del carbonato de calcio que fue radicado el día 19 de febrero de 2003 bajo el N° 02112607 0000004.

"Por la cual se revoca una resolución"

"La Superintendencia de Industria y Comercio, profirió la Resolución N° 07390 fechada el 26 de marzo de 2003 y notificada el día 25 de abril de 2003, por medio de la cual decide objetar la operación, desestimando las consideraciones sobre la estructura del mercado de cubiertas y la cláusula de eficiencia invocada y sustentada dentro de la actuación administrativa.

"C-. Motivos de inconformidad y Sustento del recurso de Reposición

"Con el debido respeto me aparto de la resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio porque contradice los principios constitucionales de la libre empresa, de la buena fe y del debido proceso por ausencia o indebida motivación, como analizaremos a continuación frente a cada uno de los aspectos objeto del presente recurso, siguiendo el orden en que fueron planteados por la Superintendencia.

"Previamente a abordar cada punto específico, debo destacar que el sustento normativo invocado por la Superintendencia en la parte considerativa del acto administrativo, artículo 5° del Decreto 1302 de 1964, está afectada de inconsistencia al fundar la decisión en una innecesaria e impertinente cita relacionada con la presunción de que la integración busca restringir indebidamente la competencia, cuando se presentan las conductas irregulares enumeradas en tal disposición, ya que no existen elementos probatorios que pudieran dar lugar a la aplicación de esta disposición.

"La falta de motivación o una motivación indebida, hace nugatorio el derecho de defensa y, por ende, el debido proceso protegido constitucionalmente en el artículo 29 de la Constitución Política.

"ANÁLISIS DE CADA UNO DE LOS ARGUMENTOS DE LA SUPERINTENDENCIA QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN

"El acto administrativo expedido por la Superintendencia infringe las normas en que debería fundarse, conforme a lo siguiente:

"1) Racionalización de la materia prima mediante el control de espesor de las placas onduladas por valor de \$ 1.085.028.928.

"Sobre este aspecto, estima la Superintendencia que el ahorro total ascendería únicamente a \$225 millones, suma que afectada con el valor de adquisición de equipos y del software¹, daría como resultado una eficiencia de sólo \$100 millones. A esta conclusión arriba la SIC con fundamento en supuestos equivocados que, en aras de precisión, transcribo a continuación para abordar su estudio:

"Primera afirmación:

"a) Según catálogos el espesor nominal, es decir la especificación que ofrece el productor al consumidor de acuerdo a como se referencia en los catálogos de las empresas, de las cubiertas de Etemit y de Colombit corresponde a los que se muestra en la siguiente tabla (...) (resolución 07390 pág 10)

"La anterior afirmación resulta contraria a la realidad pues, como puede corroborar su despacho, con los mismos catálogos de las compañías Etemit que reposan en la SIC, no es cierto que el espesor nominal sea ofrecido a los consumidores en los catálogos como lo sostiene el acto administrativo; sencillamente dicha especificación no aparece en ninguno de los catálogos (adjunto catálogos de P-3, P.5, P.7 y P.10 – Anexo No. 1).

"Contrariamente a lo sostenido en el acto administrativo impugnado, el compromiso de las

¹ Debe aclararse que no se trata de adquisición de equipos, sino de su amortización anual.

"Por la cual se revoca una resolución"

compañías Etemit para con el consumidor, no es entregarle productos con un determinado espesor nominal, sino entregarle productos que cumplan íntegramente las especificaciones de la Norma NTC 160 que expresamente determina el espesor efectivo de las cubiertas, ejemplo 5 mm para la categoría C (perfil 7).

"Sin embargo, Etemit viene entregando al mercado unos productos que exceden significativamente los espesores mínimos necesarios, por falta de un mejor sistema de control de proceso que le permita optimizar racionalmente el uso de las materias primas.

"El espesor nominal en Etemit, es un parámetro adoptado internamente para la producción en orden a:

- "Reducir la dispersión de los espesores con respecto al nominal, mejorando la homogeneidad de los productos, y
- "Optimizar el uso de las materias primas al alcanzar el espesor promedio más bajo posible entre el nominal y el mínimo permitido por la NTC 160, de hasta 0.5 mm por debajo del nominal, teniendo en cuenta que dicho espesor nominal es sensiblemente más alto que el mínimo definido por la NTC para cada uno de los perfiles.

"Segunda afirmación:

"b) Esta formulación lleva implícito el propósito empresarial de entregar al consumidor un espesor menor al ofrecido. Situación que no se desvirtúa aún tomando en cuenta la tolerancia fijada en la NTC 160. en efecto, la tolerancia prevista en la NTC es la precalificación del grado de aceptación o rechazo de un error en que se incurra en la producción, es decir una preestimación de la significatividad de una desviación, no una regla de producción."

"La afirmación, resaltada es temeraria y presume la mala fe de las compañías involucradas en la integración, pues se les acusa de pretender engañar al consumidor, lo cual resulta contrario a la realidad y contraría ostensiblemente el principio constitucional de la buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución política².

"Con el respeto que nos merecen las instituciones gubernamentales, debemos rechazar cualquier imputación en el sentido de que se pretende engañar al consumidor entregándole un bien diferente al ofrecido, pues se reitera que lo ofrecido son productos que cumplen estrictamente la Norma NTC 160, independientemente de los estándares nominales que adopte libremente la compañía para efectos internos y que son susceptibles de modificación por parte de las compañías.

"Como podrá observar su despacho, la Norma Técnica Colombiana NTC 160, determina que el espesor efectivo medido en cualquier punto no debe ser inferior a los siguientes valores:

Categoría	5	Espesor mínimo en mm
A (P3)		3.0
B (P5)		4.5
C (P7)		5.0
D (10)		5.5

"Ver certificación del jefe de calidad de Etemit sobre las características de los productos Etemit en relación con las normas NTC 160 (Anexo 2).

² Artículo 83 de la Constitución Política "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas." (resalto).

"Por la cual se revoca una resolución"

"Si bien la NTC 160 se refiere al espesor nominal para señalar que este debe estar de acuerdo con las especificaciones de los catálogos de los fabricantes y que se permiten espesores que no sean inferiores en 0,5 mm del nominal, nótese que la garantía técnica está medida en términos del espesor efectivo, el cual no tiene margen alguno de tolerancia. Siendo el ofrecimiento de las compañías Eternit el cumplimiento de estas normas técnicas, resulta difamatorio afirmar que el propósito es entregar productos con espesor menor al ofrecido.

"Además incurre en un error la SIC al definir la tolerancia prevista en la NTC como la "precalificación del grado de aceptación o rechazo de un error en que se incurra en la producción". En el caso particular de las placas onduladas de asbesto-cemento, dicha tolerancia es el máximo grado de precisión que puede obtenerse dadas las características de los equipos, de los materiales y del proceso de fabricación y no el producto de algún error que se cometa en dicho proceso.

"En la industria del fibrocemento hay diferentes formas de control de proceso, desde la más simple como el ojo del operario de la máquina, hasta la más compleja como el programa MANASCO de Colombit, y en la misma medida son diferentes los grados de eficiencia alcanzados en el uso de las materias primas. Es por eso que tiene gran importancia el programa MANASCO para reducir en Eternit el desperdicio de materia prima al lograr que una mayor cantidad de productos presente mínima dispersión en sus espesores.

"Consistente con lo anterior, el cálculo de la eficiencia para las compañías Eternit debe ser la diferencia entre el espesor real promedio de Eternit y el espesor real promedio alcanzado por Colombit para productos que, además del espesor, en todas y cada una de sus especificaciones cumplan la Norma NTC correspondiente en los términos señalados y no como lo pretende la SIC tomando la diferencia entre el espesor real promedio de Eternit, frente al espesor nominal referenciado para cada perfil. Apoya la SIC esta última interpretación en los siguientes dos supuestos:

"1. - Ofrecer cumplir una NTC hace legalmente exigible su cumplimiento frente al consumidor y da lugar a la determinación de responsabilidad administrativa (sanciones) por su incumplimiento (decretos 3466 de 1982 y 2269 de 1993)."

"2.- Las proyecciones empresariales no pueden considerarse aceptables cuando se estructuran sobre el supuesto de un "incumplimiento calculado aceptable". Por el contrario, debe dirigirse al estricto cumplimiento de lo ofrecido, es decir de espesor nominal anunciado y en concordancia con la NTC cuyo cumplimiento también se ofrece.

"Resulta nuevamente forzoso rechazar enfáticamente las calumniosas aseveraciones en el sentido de que se proyecta un "incumplimiento calculado aceptable" de la norma técnica, ¿o es que en el sentir de la SIC el conocimiento, experiencia, inversión y desarrollo tecnológico realizado por Colombit para fabricar con la máxima eficiencia y economía de sus materias primas unos productos que cumplan estrictamente la NTC correspondiente, tal como se ofrece al consumidor, configura un incumplimiento susceptible de rechazo? .

"La respuesta no puede ser afirmativa, primero, porque no es posible predicar "incumplimiento" cuando se actúa dentro de las normas que regulan el tema y, segundo, porque en los términos definidos por la misma SIC en la Resolución impugnada, se fabricaría una mayor cantidad de productos con la misma cantidad de insumos y ello se lograría conservando el estándar de calidad previsto en la norma técnica y, en ese entendido, Eternit a través de la integración podría alcanzar el mismo grado de eficiencia de Colombit.

"Por último, respecto de los ahorros generados en moldaje, que según la SIC no se suministró explicación, teniendo en cuenta que dichos productos se fabrican con la misma placa fresca de los

"Por la cual se revoca una resolución"

productos mecanizados ondulados y por lo tanto se benefician igualmente del programa MANASCO, no se requería una explicación adicional a la suministrada desde el inicio de la actuación administrativa, a la cual nuevamente nos remitimos en aras de celeridad.

"Adicionalmente al amparo de las disposiciones del Código Contencioso Administrativo que orientan la actuación administrativa de la SIC, no resulta consistente desestimar parte de la eficiencia bajo la consideración de que faltó información, cuando entendemos que la entidad mediante su requerimiento de información, solicitó todo aquello que consideró necesario para decidir sobre la misma.

"Lo anterior evidencia que el rechazo parcial de la eficiencia, descansa sobre supuestos equivocados, lo cual configura una falsa o indebida motivación del acto administrativo que lo hace anulable conforme a las disposiciones que regulan la materia.

"Sobre el particular conviene citar al doctrinante Alberto Ramón Leal, en su libro La Fundamentación del Acto Administrativo, cuyo texto es del siguiente tenor: "la motivación como tal no puede erigirse en un simple compromiso de copar una formalidad externa, pues ella, conforme acaba de verse, realmente debe estar impregnada de razones y explicaciones convincentes, de argumentos jurídicos, de fundamentos que surjan del propio expediente, de reflexiones que analicen la prueba."

"Lo anterior, nos demuestra que la motivación no se cumple con cualquier apreciación dicha sin decantamiento jurídico; por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, es decir, ha de dar razón del proceso lógico jurídico que ha determinado la decisión.

"Como dice el tratadista Jaime Ossa Arbeláez en su obra el Derecho Administrativo Sancionador: "las partes tienen el derecho de saber cuál es la razón de la negativa o aceptación de sus argumentos, del examen de las pruebas al expediente, de la procedencia o no de las normas legales que se aducen como sustento de sus pretensiones, de qué los hechos que se han esgrimido como sustento fáctico están o no respaldados por la jerarquía normativa y el acervo probatorio".

"Con fundamento en lo anterior, solicito a su despacho revocar la decisión del rechazo parcial de las eficiencias y, en su lugar, aceptar la eficiencia que a través de la optimización de la materia prima por control del espesor, se lograría a través del proceso de integración.

"2) Ahorros administrativos por valor de \$ 1.007 millones

"Respecto de esta eficiencia aduce la SIC que el monto de los ahorros ascenderían sólo a la suma de \$603 6 millones, existiendo en su sentir una "diferencia no explicada" de \$353 millones.

"Como podrá observar su despacho, el cálculo efectuado por la SIC no es consistente con sus propias consideraciones sobre el particular, pues expresamente señala que el cargo de Gerente de Sistemas Livianos no puede considerarse dentro de la parte comercial, sino que pertenece a la parte directiva y, por tal razón lo lista dentro de la racionalización de la parte administrativa (Res.07390/03 página 15 Inciso 2° del acápite 23. "Ahorros administrativos"). En otras palabras reclasifica el cargo de la parte comercial a la parte administrativa.

"Adicionalmente, en la misma página y mas exactamente en el pie de página N° 20 de Resolución identificada, consta el recálculo de la indemnización de \$300 millones de pesos presentados por mis poderdantes a la suma de \$116 millones, lo cual incrementaría el valor de los ahorros administrativos, como quiera que el valor que se restaría es menor.

"Por último tenga en cuenta que en el inciso 2° de la página comentada se hace también expresa referencia "al cálculo correcto de los aportes parafiscales", lo cual evidencia su reconocimiento.

"Por la cual se revoca una resolución"

"No obstante los reconocimientos anteriormente expresados, que constan en las consideraciones del acto administrativo que nos ocupa, la SIC omite tenerlos en cuenta en la cifra que resume las aceptaciones de las eficiencias administrativas. Nótese que la cifra de \$604 millones de ahorros administrativos, a lo sumo contiene los salarios de los cuatro cargos directivos de la parte administrativa, pero no integra el monto de los aportes parafiscales.

"En efecto, asumimos que la suma de \$ 604 millones se encuentra integrada en la siguiente forma

"Millones de pesos

"Salario del Director Administrativo y Financiero	190
"Salario del Gerente de Logística y Operaciones	71
"Salario del Gerente de Sistemas Constructivos Livianos	123
"Salario Asistente de Gerencia	220

"Se echa de menos el valor de los aportes parafiscales para efecto de cuantificar la eficiencia por este concepto.

"De esta forma resulta imperioso que consistente con sus propias consideraciones la SIC corrija el valor de las cifras, adicionando el valor de las eficiencias reconocidas con el valor de los aportes parafiscales, de los cuatro cargos directivos: Director Administrativo y Financiero, Gerente de Logística y Operaciones, el Gerente de Sistemas Constructivos Livianos y el Asistente de Gerencia General, tal como lo menciona la SIC en la página 15 pie de página 19, de la siguiente forma:

"(...)el Gerente de Sistemas Constructivos Livianos es parte del personal directivo de dicha sociedad, según el anexo 16D, documento de radicación 02112607".

"Dado que la Superintendencia no presenta un recálculo de los aportes que desvirtúa el presentado por mis representadas, ni tampoco fundamenta el supuesto error de cálculo obstaculizando gravemente el derecho de defensa, resulta procedente y así le solicito a su despacho, tener en cuenta los presentados dentro de la actuación o en subsidio recalcularlos y aceptar los correspondientes ahorros por tal concepto.

"Adicionalmente, señala la SIC que existe una diferencia no explicada por valor de \$353 millones, lo cual no resulta cierto, como quiera que los anexos determinan la explicación de cada una de las cifras calculadas dentro de las eficiencias, como puede constatarse en el anexo 17B correspondiente al punto 1.18 del requerimiento de información solicitado por la Superintendencia.

"Consistente con el análisis y reconocimientos de la SIC, contenidos en el acto administrativo recurrido, a continuación sintetizamos los ahorros administrativos resultado de la integración:

"AHORROS EN COSTOS POR RESTRUCTURACION PERSONAL ADMINISTRATIVO

COLOMBIT S.A.	DIRECTIVOS	SALARIO INTEGRAL ANUAL*
JEAN HOROVYSKI	Director Administrativo y Financiero	189,600,000
LUZ MARINA RODRÍGUEZ	Gerente de Logística y Operaciones	71,040,000
JOSE MAUEL MARTINEZ	Asistente de Gerencia General	219,600,000
MAURICIO VILLEGAS	Gerente de Sistemas Constructivos Livianos	122,724,000
TOTAL SALARIOS		602,964,000
Más: Aportes parafiscales de ley		
Pensión	10.125%	61,050,105
Salud	8%	48,237,120

"Por la cual se revoca una resolución"

Riesgos profesionales	0,522%	3,147,472
SENA, ICBF, Caja de Compensación Familiar	9%	54,266,760
TOTAL SALARIOS MAS APORTES PARAFISCALES LEY	27,6%	769,665,457
Reestructuración administrativa		725,000,000
Subtotal ahorros administrativos		1,494,665,457
Menos indemnizaciones ³		116,000,000
total ahorros administrativos		1,378,665,457 ⁴

*Valores en pesos colombianos

"Asimismo, sin ningún sustento la Superintendencia desconoce el valor de \$725 millones, lo cual resulta violatorio del derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, viciando en consecuencia de nulidad el acto administrativo.

"Por estas razones, solicito a su despacho aceptar las eficiencias por \$1.378 millones por concepto de los ahorros administrativos que se derivarían de la integración económica.

"3) Producción AC por NT por valor de \$4.726 millones

"Desestima la Resolución impugnada la eficiencia derivada de la producción bajo el sistema AC por parte de Colombit bajo el escenario de la integración informada con base en las siguientes premisas.

- Referencia que el grupo ETEX acogió la política de la Unión Europea de la no utilización de asbesto, señalando que se trata de un producto cuyo uso es prohibido en un importante número de países alrededor del mundo y que se debe tener en cuenta que el uso del mismo está restringido en el mundo por los problemas que puede causar al medio ambiente ya la salud humana, advierte adicionalmente que el uso del asbesto debe hacerse controladamente para evitar que la exposición de las fibras de asbesto supere los niveles autorizados.
- Señala que un cambio en la decisión de política empresarial Colombit permitiría alcanzar el mismo efecto pretendido de la integración.
- Que no pueden generarse eficiencias cuando el producto resultante del asbesto es de "menor calidad" al de NT, dados los efectos nocivos del asbesto para la salud humana.

"Con el acostumbrado respeto, es preciso señalar que al hacer tales aseveraciones se equivoca la Superintendencia de Industria y Comercio, primero porque sin mayores elementos de juicio cuestiona los efectos del asbesto, tema irrelevante dentro de la actuación adelantada y ajeno a la competencia de la SIC, e insinúa un uso inadecuado del mismo por parte de las compañías involucradas en la integración, segundo, porque la limitación de Colombit para producir con asbesto no depende de una política interna de esta compañía colombiana, sino que proviene de una directriz de su matriz extranjera a nivel mundial sobre la cual no tiene ninguna ingerencia, ni mucho menos poder de modificación y, tercero, porque sin ningún sustento técnico descalifica la calidad del producto de Asbesto Cemento frente al producto NT aduciendo razones de salubridad.

³ Teniendo en cuenta los cálculos realizados por la SIC, en el pie de página 20. donde literalmente se señala: "asumiendo un costo diferido de tres años por pago de indemnizaciones, con una tasa de 7.82% (DTF febrero 24- marzo 3 de 2003), este valor llegaría a \$116 millones." (negrita fuera de texto).

⁴ El incremento de la cifra, obedece a la reclasificación efectuada por la misma SIC del cargo de Gerente de Sistemas Livianos de la parte comercial a la parte administrativa y el menor valor por concepto de indemnizaciones que se restarían.

"Por la cual se revoca una resolución"

"Veamos cada una de ellas:

"3.1 Política de la Unión Europea. efectos para la salud humana y uso controlado del asbesto"

"Para facilitar el estudio de este tema, hemos dividido nuestro análisis en la siguiente forma:

"3.1.1 El tema de la salubridad de la materia prima no es pertinente, ni su calificación es de competencia de la SIC:

"Atendidos los supuestos previstos en la cláusula de eficiencia, las mismas deben medirse en función de los ahorros que se logren a través del proceso de integración, siendo improcedente descalificarlas aduciendo razones ajenas al análisis, como la supuesta insalubridad del producto al amparo de políticas de la Unión Europea, no acogidas en la regulación Colombia y no siendo tampoco parámetro para comparar la calidad de los productos, conforme se explicará más adelante.

"Adicionalmente, no es competencia de la SIC calificar este aspecto en relación con un determinado producto y en tal virtud, menos aún podría sustentar en una apreciación semejante el rechazo de las eficiencias presentadas.

"No obstante lo anterior y aunque no corresponde al tema objeto de análisis, ni sea de su competencia, presento a continuación algunas consideraciones sobre el tema de la salubridad en aras de mayor claridad:

"3.1.2 Aspectos generales sobre el asbesto:

=> ¿Qué es?

"El asbesto es una fibra mineral de origen natural que se encuentra en las dos terceras partes de la corteza terrestre. Por esta razón se encuentra libre en la naturaleza y hay fibras en suspensión en el aire y en el agua, hayan o no productos industriales con contenido de asbesto.

=> Tipos de Asbesto.

"Hay dos grandes familias de asbesto.

- ✓ Serpentina a la cual pertenece el CRISOTILO (asbesto blanco) que es el único que se usa actualmente y,

Anfiboles (asbesto café y azul) que se encuentran prohibidos por la configuración de la fibra más larga y puntiaguda que permite penetrar fácilmente a los alvéolos pulmonares. El asbesto azul o sea la crocidolita nunca se utilizó en Colombia en materiales de construcción y se dejó de utilizar en la fabricación de tubos desde 1984.

En cambio, está demostrado que el asbesto crisotilo (blanco) inhalado en bajas dosis, es fagocitado fácilmente por el organismo.

=> ¿En qué se usa el crisotilo?

"El 90% del crisotilo producido mundialmente se transforma en placas planas, onduladas y accesorios; tejados residenciales, comerciales e industriales; tanques de agua potable y tubos para acueductos y alcantarillados.

"Por la cual se revoca una resolución"

=> ¿Dónde se usa actualmente el Crisotilo?

"En RUSIA, CANADA, ESTADOS UNIDOS, IRLANDA, LUXEMBURGO, PORTUGAL, GRECIA, JAPON, INDIA, CHINA, COREA y los demás países del ASIA, en NUEVA ZELANDA, y todo el Continente de AFRICA.

"En Centroamérica.

"MEXICO, PANAMA, NICARAGUA GUATEMALA BELICE, HONDURAS, EL SALVADOR, COSTA RICA, Las islas de CUBA, REPUBLICA DOMINICANA, JAMAICA, HAITI, BAHAMAS, PEQUEÑAS ANTILLAS, TRINIDAD y TOBAGO.

"En Suramérica:

"COLOMBIA, VENEZUELA, GUYANAS, ECUADOR, PERU, BOLIVIA, URUGUAY Y BRASIL.

=> ¿Cómo puede ingresar el asbesto en el organismo?

➤ Por ingestión:

"Sobre el particular, conviene citar el análisis efectuado por el Profesor Cummins, famoso investigador Inglés, mediante el cual se demuestra fehacientemente que el asbesto ingerido es totalmente inocuo. El ser humano bebe diariamente millones de fibras de asbesto.

OMS: OCCUPATIONAL EXPOSURE LIMIT FOR
ASBESTOS CH-2111 GENEVA 27, SWIZERLAND

MUESTRA	FUENTE	MILLONES DE FIBRAS POR LITRO
CERVEZA	CANADA	6.6
CERVEZA	USA	2
JEREZ	CANADA	4.1
VERMOUTH	FRANCIA	1.8
	ITALIA	11.7
AGUA POTABLE	USA, CANADA, UK, SUECIA	1.2

➤ Por inhalación.

"Sobre el particular, es conveniente tener cuenta algunos antecedentes históricos:

"En la segunda guerra mundial, al igual que durante la reconstrucción del viejo continente y años después, el asbesto se utilizó en el recubrimiento de tuberías de calefacción y ductos de aire acondicionado, aplicado mediante el procedimiento de aspersion o spray sin tener en cuenta el tipo de fibra usada.

"Los aliados compelidos por la guerra, comenzaron a construir submarinos en serie y uno de los materiales usados fue el asbesto como aislante del fuego y la electricidad, aplicado con spray. Así, los operarios estuvieron sometidos a inhalar nubes de polvo de asbesto azul y muchos enfermaron.

"Debido al período de latencia (aproximadamente 20 años), el problema se detectó muchos años después y fue cuando el mundo científico comenzó a estudiar el material, siendo hoy uno de los más estudiados en el mundo. El estado actual de la investigación médica y científica (sic) permite llegar a la conclusión de que el uso controlado del asbesto crisotilo no ocasiona daño a la salud.

"Es de resaltar que la política de prohibición de asbesto fue adoptada en aquellos países que

"Por la cual se revoca una resolución"

presentaron serios problemas en materia de salud, en virtud de la utilización del asbesto mediante el procedimiento de aspersión o spray, el cual nunca ha sido utilizado en Colombia.

"Por otra parte, conviene aclarar que en los países de la Unión Europea en los cuales se prohibió el uso del asbesto, se ordenó retirar de las construcciones las aplicaciones con asbesto por aspersión o spray, no así los techos de asbesto cemento.

=> Los problemas del pasado (hasta los años 70):

- Exposición prolongada y constante a los anfíboles o asbesto azul.
- Precarias condiciones técnicas y de limpieza en las áreas de trabajo.
- Uso de asbesto desmenuzable o friable en Europa y Estados Unidos (Asbesto suelto). En Colombia nunca se ha utilizado en esta forma.

=> Principios mundiales de la política del uso controlado.

- Adopción de límites de exposición a las fibras de crisotilo.
- Difusión de información y la formación adecuada de los trabajadores
- Prohibición de los anfíboles.
- No utilización de materiales friables.
- Normalización de exposición de fibras.

"Estos lineamientos deben ser observados obligatoriamente en todos los procesos industriales y mineros que utilizan este material.

"Son de destacar los análisis y conclusiones sobre el tema, proferidos por entes internacionales autorizados, como la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo.

OMS Y OIT

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) acepta una exposición de 1f/cc.

Convenio 162, junio 4/1986 (WAI 374/4; abril 5/1989, 22)

La Organización Mundial de la Salud (OMS) acepta una exposición de 1f/cc. Occupational Exposure Limit for asbestos CH-1211 Geneva 27, Switzerland.

En Colombia todos los fabricantes de fibra cemento aplican conceptos de calidad ambiental bajo la norma ISO 14.000.

En Colombia, las empresas que utilizan el Crisotilo como insumo para la fabricación de sus productos han venido aplicando el Convenio 162 de la OIT.

A la Convención 162 de la OIT han adherido 150 países y la han ratificado hasta la fecha 27.

Los productores de materiales con contenido de asbesto solicitaron que se restringiera en el país el uso del mineral, lo que efectivamente se logró con la Ley 430 de 1995. Declarada compatible por la Corte Constitucional con la sentencia No. C-432/95 del 15 de septiembre del mismo año. Ratificada oficialmente por la cancillería y el gobierno colombiano en enero de 2001.

La Resolución 00035 de 2001, por la cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social conforma la Comisión Nacional de Salud Ocupacional para el sector asbesto.

=> No existe riesgo para el usuario final:

"Todos los productos de cemento asbesto terminados son inocuos debido a que las fibras de asbesto se encuentran confinadas en una matriz que contiene un 90% de cemento y un 10% de asbesto." (Fuente: Dr. Selikoff, Hospital Monte de Sinai, New York).

"Es por esto que las fibras de asbesto en los productos de asbesto cemento no tienen ninguna posibilidad de desprendimiento, lo cual explica la decisión de los países Europeos de no ordenar la eliminación de los techos ya instalados.

=> Mediciones de asbesto en áreas con y sin techos de Cemento Asbesto (W. Feldemeyer,

"Por la cual se revoca una resolución"

M. Ussar, Austria):

- Area urbana con techos de cemento asbesto: 0,0001 F/ML
- Area urbana sin techos de C/A: 0,0001 F/ML

"Como puede observarse, no hay diferencia estadística en los resultados; el ambiente es igual con o sin cubiertas o productos de asbesto. Esto se debe a que el asbesto, como ya se anotó, se encuentra libre en la naturaleza y no se desprende ninguna cantidad adicional de los productos de asbesto cemento.

"3.1.3 Aspectos específicos del asbesto a los cuales alude la Resolución recurrida:

"Sostiene la Superintendencia que el asbesto esté prohibido en un "importante número" de países alrededor del mundo. Sin embargo, en la realidad esta cifra sólo representa una docena de países, lo cual puede observarse de manera muy gráfica en el mapa adjunto, donde se resaltan con color amarillo, los países donde se utiliza actualmente el asbesto.



Fuente: Asociación Internacional del Asbesto.

"Como podrá observar su despacho, comparativamente es más importante el número de países donde se utiliza el asbesto.

"De otra parte, la SIC, en forma que, muy respetuosamente debo calificar como tendenciosa, señala que el uso del asbesto debe hacerse controladamente para evitar que la exposición de las fibras de asbesto supere los niveles autorizados, sin haber indagado previamente sobre tal aspecto con las compañías Eternit.

"Así, esta advertencia resulta incompatible con el uso controlado del asbesto aplicado íntegramente por las compañías Eternit y Colombit, las cuales cumplen estrictamente (sic) las normas nacionales e internacionales para su utilización, entre otros el convenio 162 de la OIT, el cual fue adoptado, por el Congreso de la República de Colombia, mediante la Ley 436 de 1998 y ratificado oficialmente por la cancillería y el gobierno colombiano en enero de 2001.

"Por la cual se revoca una resolución"

"En materia de seguridad industrial y siguiendo las normas anteriores, Etemit y Colombia cuentan con la auditoria externa de la Fundación para la Protección del Ambiente y la Salud (FAS), único laboratorio certificado en Colombia por la misma Superintendencia de Industria y Comercio para la medición de fibras en el ambiente, el cual practica mínimo dos mediciones al año, certificando los niveles de exposición anteriormente mencionados. Cabe señalar que a partir del año 1984, tanto Etemit como Colombit han realizado grandes inversiones para mejorar el control ambiental. (Ver Anexo No. 3 Certificado SIC de FAS).

"Resulta pertinente destacar que la OMS y la OIT, aceptan una exposición hasta de una fibra por c.c., lo cual es excedido en su cumplimiento por las plantas de Etemit, las cuales están 10 veces por debajo de los límites aceptados por éstas organizaciones internacionales.

"En materia de salud ocupacional se hacen rigurosamente, por lo menos una vez al año, controles de Rayos X de pulmones y espirometrías. En los últimos 18 años no se ha detectado un solo caso con patologías que puedan derivarse del mal uso del crisotilo. (Ver Anexo 4 Informe médico- Dr. Demner Sigfrido).

"Por último, conviene destacar también que el grupo Etemit, cuenta con la certificación ISO 14001 la más exigente norma internacional en materia de manejo y control ambiental.

"3.2 Cambio de política empresarial"

"En relación con el cambio de política empresarial que invoca la SIC para desestimar la eficiencia informada, es de señalar que ello no se compadece con la realidad organizacional de las compañías dependientes o subordinadas, cuyas actuaciones deben supeditarse a las decisiones y políticas de sus matrices, quienes ejercen poder dominante sobre ellas. Esta situación es, inclusive, reconocida y regulada por la legislación comercial en los artículos 260 y ss del Código de Comercio.

"En efecto, los lineamientos comerciales en comento determinan la subordinación cuando se presenta una influencia dominante y determinante sobre una sociedad entre otros aspectos, por la participación mayoritaria en el capital de ésta. Dicha situación implica que las actuaciones de las subordinadas se circunscriben a lo autorizado por la matriz, no son autónomas en las decisiones, sino que las mismas deben enmarcarse en las políticas determinadas e impartidas por la sociedad controlante.

"Si bien en principio la sociedad como persona jurídica independiente de la matriz, se encuentra habilitada para tomar decisiones y adoptar políticas, las mismas no pueden apartarse de las decisiones y políticas fijadas por su matriz.

"Dado que en el caso concreto, la prohibición de producir bajo la técnica AC no constituye una política de la compañía colombiana involucrada en el proceso de integración, susceptible por ende de ser modificada en cualquier momento como lo pretende la SIC, sino que corresponde a la decisión de su matriz del exterior, compañía que ni siquiera se encuentra sujeta a las regulaciones o prácticas colombianas, y sobre la cual no tiene ingerencia alguna, es evidente que Colombit se encuentra en absoluta imposibilidad de utilizar AC mientras pertenezca al grupo que ha fijado tal directriz.

"Así, única y exclusivamente cambiando de dueño la compañía Colombit podría producir con AC y con ello obtener importantes ahorros en costos que se encuentran determinados de manera fehaciente dentro de la actuación administrativa. En este punto, resulta relevante reiterar lo manifestado ante la Superintendencia en el documento radicado el 19 de febrero de 2003, página 8 del memorial, cuya parte pertinente transcribo a continuación.

"Por la cual se revoca una resolución"

"(...) a excepción de las sociedades extranjeras MEXALIT y actualmente EUREKA S.A. DE C.V., hasta la fecha ninguna compañía, ni nacional ni extranjera ha manifestado su interés de adquirir Colombia S.A." (resaltado)

"Bajo tales supuestos, la alternativa de logro de la eficiencia que nos ocupa, únicamente sería la adquisición de Colombit por parte de Eureka, lo cual implicaría el cambio de producción del modelo NT al modelo AC, con el consecuente ahorro de costos de producción ya tantas veces explicado y sustentado.

"En resumen, si la solución fuese tan simple como lo señala la SIC, Colombit no estaría incurriendo en sobre costos de producción que impactan su resultado económico, ni el grupo ETEX vendería su participación en la compañía Colombiana.

"Al amparo de lo anterior, muy respetuosamente solicito a su despacho revocar la decisión de rechazar y, en su lugar reconocer la eficiencia presentada.

"3.3 Comparación de la calidad de los productos

"Señala la SIC que no puede haber eficiencias cuando se produce un bien de "menor calidad", lo cual pone en tela de juicio el control técnico y las cualidades técnicas del producto sin sustento alguno, pues no obra en el expediente ninguna prueba de que tal aspecto hubiere sido examinado por la SIC o de que hubiere solicitado la información pertinente que le permitiera efectuar la comparación que pretende en el acto administrativo.

"Lo anterior contraría las reglas y lineamientos que orientan la actuación administrativa y que exigen que las decisiones se adopten con fundamento en las pruebas obrantes en el proceso, lo cual implica una indebida motivación del acto administrativo, en claro detrimento del derecho de defensa de mis representadas, pues rechaza las eficiencias planteadas aduciendo una diferencia de calidad, técnicamente inexistente, las cuales ni siquiera se encuentran analizadas, soportadas ni mucho menos probadas a lo largo del trámite del derecho de petición.

"Inclusive, con el propósito de sustentar la pretendida "menor calidad" del producto AC, se distorsiona el alcance del término calidad, pues alejándose del significado propio de esta expresión en la industria, vinculado al cumplimiento de las normas y especificaciones técnicas, se hacen aseveraciones ligeras y temerarias en tal sentido aduciendo razones de salubridad que como ya se tuvo oportunidad de señalar, tampoco cuentan con el respaldo suficiente.

"Semejante conclusión no se compadece con los lineamientos técnicos en materia de calidad de los productos, contenidos en las Normas Técnicas Colombianas, cuyo cumplimiento es el que determina la calidad o no de un producto, independientemente de la materia prima utilizada en su fabricación, conforme se ilustra a continuación.

MATERIAL	NTC N°	FABRICANTE	CATEGORIA	CLASE	RESISTENCIA DNM
Asbesto - cemento	160	Eternit	C	1	425
PVA (NT)	4694	Colombit	C	7	330

"Como puede observarse cada producto se regula por normas distintas, con especificaciones diferentes, que al ser íntegramente cumplidas como en efecto se realiza, determinan la calidad de ambos productos, lo cual se encuentra debidamente respaldado en certificados de gestión de la calidad otorgados por el INCONTEC con base en normas ISO 9001 versión 2000 tanto en Eternit como en Colombit.

"Por la cual se revoca una resolución"

"Precisado lo anterior, la afirmación que hace la SIC en la página 17 cita 27 en el sentido de que:

"(...) no se consideraría válido considerar ahorros en costos si se está fabricando un producto de meno calida" es incorrecta y descalifica de manera impropcedente el producto Etermit y, en tal virtud, sería ostensiblemente ilegal sustentar en tal supuesto el rechazo de la eficiencia

"Al amparo de lo anterior, muy respetuosamente solicito a su despacho revocar la decisión de rechazar y en su lugar reconocer la eficiencia presentada.

"4) Ahorros por adquisición de materia prima por valor de \$ 2.739 millones

"Esta eficiencia es reconocida por la SIC sólo en el monto de \$203.3 millones por concepto de la importación de materia prima, veamos en detalle.

"4.1 Ahorros por adquisición de asbesto importado (Vr. solicitado. \$966 millones)

"Una vez más se duda de la buena fe de las compañías y se echa de menos el correlativo análisis que debe preceder un acto administrativo al afirmar que la cifra del volumen de las importaciones de asbesto por parte de Colombit en el año 2002, difiere significativamente de la cifra presentada en el documento inicial, puesto que confunde la SIC un supuesto hipotético de importación de materia prima bajo el esquema de la integración presentado en el informe inicial, con las cifras reales de asbesto importadas durante el año 2002 por Colombit, el cual fue informado a la SIC con ocasión de la respuesta al requerimiento de información presentada el 19 de febrero de 2002, como pasaremos a explicar a continuación.

"Como podrá corroborar su despacho en el documento radicado bajo el número 02112607 0000000 del pasado 12 de diciembre de 2002 folio 28, mediante el cual se informó la operación de integración y más específicamente en la tabla N° 9 "Situación actual de costos NT vs. AC" se informó un total de producción en el año 2002 de 56.803 toneladas, lo cual se distribuía entre producción NT y AC en una proporción del 77% AC y 23% NT (43.660 AC + 13.144 NT). A partir de esta información, se presentaron dos hipótesis para el año 2003, una sin escenario de integración, en el cual Colombit sólo podría producir con NT (Tabla 10 Escenario sin integración. costos Colombit 2003) y, otra con escenario de integración en el cual Colombit produciría exclusivamente AC (Tabla 11 Escenario de costos con integración).

"Bajo tales supuestos, en el primer caso, sin integración se asumió una producción similar a la del año 2002 de 56.803 toneladas por el método NT y así fue expresamente señalado en el escrito)⁵, lo cual originaría costos por valor de \$8.145 millones. En el segundo caso, escenario con integración, se asumió la misma producción de 56.803 toneladas de AC, lo cual implicaría costos por valor de \$6.173 millones, evidenciándose manifiestamente la eficiencia en los ahorros que se lograrían.

"En este evento, escenario con integración, se asumió un volumen de importaciones equivalente al 10% de la producción proyectada en el supuesto (acorde con la fórmula presentada en el folio 24 Tabla N° 4, del documento inicial) con el propósito de graficar las eficiencias correspondientes a la adquisición de materia prima importada, lo cual arrojó un volumen de importaciones de 5680 toneladas.

"No obstante desprenderse lo anterior del documento inicial, folio 28 Tablas 10 y 11 contentivas de

⁵ Literalmente se le señaló a la Superintendencia en el folio 28 del escrito identificado. "De no darse la operación de integración, en el año 2003 los sobrecostos en que incurriría Colombit por mantener un nivel de producción similar al registrado en el año 2002, serían más clavados. Esto se debe a que el 100% de la producción sería fabricado bajo el proceso NT. La proyección de costos en el nuevo escenario se presenta en la tabla 10"

"Por la cual se revoca una resolución"

las simulaciones, la SIC equivocadamente confronta este volumen proyectado de importaciones de asbesto para el año 2003 de 5.680 toneladas contra el volumen real del asbesto importado por Colombit en el año 2002 en un monto de 3.405 toneladas que fue debidamente reportado a la entidad con ocasión del requerimiento de información.

"Así las cosas, la SIC se equivoca en dos aspectos: primero al asumir que los 3,405 toneladas importadas por Colombit en el año 2002 corresponden al 100% de la producción de fibrocemento, lo cual no es cierto según página 28 Tabla 9 del documento inicial donde se detalla que la producción de Colombit de NT fue del 23% y de AC del 77%, porcentajes que cita inclusive la SIC en el mismo acto administrativo recurrido páginas 15 y 16.

"Y segundo, se equivoca al asumir que las 3.405 toneladas importadas en el 2002 equivalen a las 43.660 toneladas de producción de AC, cuando por la misma fórmula (materia prima equivalente al 10% de la producción) el consumo del año 2002 fue de 4.366 toneladas, lo cual evidencia la utilización de existencias importadas en el año anterior.

"Adicionalmente, se observa que la Superintendencia modifica el precio de adquisición de la materia prima que le fue presentado bajo el escenario de integración, aplicando como metodología el promedio aritmético, el cual no consulta el volumen de la adquisición, criterio determinante en el precio por kilogramo.

"Precisado lo anterior, el cálculo efectuado por la SIC debe ser corregido partiendo del volumen de toneladas de asbesto que serían adquiridas bajo el escenario de integración y calculando el precio bajo una metodología de promedio ponderado que se ajusta exactamente a la realidad de la operación.

"Conforme con lo anterior, la configuración correcta sería la que se presenta a continuación explicada detalladamente:

"Tabla 1 Ahorros por compra de asbesto importado por parte de Colombit al precio Etemit.

Filas		Etemit	Colombit
1	Asbesto Importado (Tons)	4,239	2,840
2	Precio de compra sin integración (\$/Ton)	1,103,793	1,217,441
3	Costo total sin Integración (\$)	4,678,977,137	3,457,532,440
4	Precio de compra con Integración (\$/Ton)	1,078,715	1,078,715
5	Costo total con integración (\$)	4,572,670,776	3,063,549,187
6	Ahorro por cada Cia. (\$)	106,306,361	393,983,253
7	Ahorro Total		500,289,613

"Sobre los datos consignados en esta tabla nos permitimos hacer las siguientes aclaraciones:

- 1) Las 2.840 Tons sobre las que se realizan los cálculos para Colombit en el año 2003, bajo el escenario de integración, se explicaron suficientemente en los apartados anteriores.
- 2) El precio de compra sin integración fue recalculado ya que el consignado en la tabla 16 de la resolución 07390 (Pág. 18) y que registra 1.098.068 \$/Ton fue calculado con base en los datos consignados en la página 7 de la solicitud 02112607 00000003 radicada el 12 de febrero de 2003 y se realizó por parte de la SIC en un cálculo de Promedio Aritmético, lo cual constituye un error ya que la cifra corresponde a una cálculo de Promedio Ponderado y asciende a 1.103.792.67 (\$ por Tonelada) debido a que al realizar dicho Promedio Aritmético se desconoce el efecto real del volumen de toneladas adquiridas por cada una de las empresas Etemit. La diferencia para cada fábrica esta explicada por los costos adicionales (fletes) en los que se incurre al ubicar esta materia prima en las diferentes

"Por la cual se revoca una resolución"

ciudades.

- 3) El precio de compra por parte de Colombit permanece igual al calculado en la tabla 16 de la resolución 07390 ya que es el precio real de adquisición de la sociedad Colombit durante el año 2002.
- 4) El precio de compra, bajo el escenario de la integración, se recalculó, con base en la comunicación de Sama (proveedor internacional) fechada el 28 de abril de 2003 (Ver anexo 5) en la que claramente especifica su política de descuentos, y que define que se realizaran descuentos equiproporcionalmente teniendo como base un 4 % para 5.000 tons, por ello, y al verse aumentado el requerimiento de materia prima, en el escenario de integración, en un Total de 2840 Tons, el descuento equiproporcional citado en el documento mencionado, se calcula en el 2.3 % del precio al cual normalmente se adquiere el material. Un descuento de 23% sobre un precio de compra de 1.103.792.67 \$/Ton., el cual equivaldría a un nuevo precio de adquisición de 1.078.714.6 \$/ Ton.
- 5) Al recalcular, haciendo efectivo el descuento logrado por volumen, se especifican los costos totales en los que incuriría cada compañía (fila 5), la diferencia entre las filas 3 y 5 (fila 6) muestra el ahorro estimado para cada compañía bajo el escenario de integración. 106,30 millones de pesos para Etemit y 393.98 millones de pesos para Colombit.
- 6) En la fila 7 aparece, entonces, el ahorro total calculado por el efecto de la adquisición de materias primas de origen importado y que ascienden a 500.28 millones de pesos colombianos por cada año de integración en sustitución de los 203.29 millones de pesos calculados erróneamente por la SIC.

"Con fundamento en lo anterior resulta procedente la suma de \$500,28 millones, los cuales solicito respetuosamente sean reconocidos por su despacho.

"4.2 Ahorros por adquisición de asbesto nacional (Vr. solicitado \$1.773 millones)

"Sea lo primero señalar que carece de todo sustento la advertencia de la SIC, en el sentido de que la obtención de descuentos por adquisición de materia prima en el mercado nacional corresponde a un mayor poder de negociación que obtendría la sociedad integrada frente a sus proveedores y que, en consecuencia, no puede considerarse como eficiencia, pues desde nuestro documento inicial habíamos aclarado que la eficiencia no se derivaba de tal circunstancia⁶.

"Ahora bien, se desconocen las eficiencias derivadas de la adquisición de materia prima en el mercado nacional, pero se reconocen en relación con la adquisición de la materia prima en el exterior, lo cual se traduce en una sanción a la adquisición del producto nacional y más específicamente al único proveedor existente, Minera las Brisas, cuya capacidad ociosa es reconocida por la misma SIC.

"Ciertamente como se podrá observar, si el supuesto se analiza sobre la base de la adquisición del 100% de materia prima importada procedería la eficiencia, lo cual no resulta consistente ni equitativo.

"Adicionalmente, debe reiterarse que la prohibición de adquirir asbesto, cualquiera que sea su origen no constituye una política de la compañía colombiana Colombit S.A (sic) y por tanto no puede ser

⁶ Véase folio 31 del documento con radicación 02112607 0000000 del 12 de diciembre de 2002: "De esta forma se puntualiza que el ahorro que se genera por este concepto no puede ser considerado como el ejercicio de mayor poder de mercado por parte de la sociedad integrada, puesto que la nueva situación no generará un descuento en el precio de compra".

"Por la cual se revoca una resolución"

modificada por ella, como lo plantea la SIC; sino que corresponde a la decisión de su matriz del exterior sobre la cual no tiene ingerencia alguna, de manera que sólo a través de la integración Colombit tendría la posibilidad de producir con AC y con ello obtener importantes ahorros en costos que se encuentran determinados de manera fehaciente dentro de la actuación administrativa.

"En otras palabras, seguir perteneciendo Colombit al grupo ETEX, implica sobrecostos que han sido demostradas a la SIC, existiendo como única alternativa el cambio de dueño, pues en tal evento, estaría en posibilidad (sic) de producir con asbesto, obteniendo así significativos ahorros en la producción y con ellos una mejora sustancial en el resultado de la compañía.

"En el entendido que actualmente Colombit adquiere este material a un precio de \$1,217.441 (\$/Ton) del proveedor Sama, a continuación presentamos el recálculo de las eficiencias por sustitución de materias primas de origen importado (asbesto grado 6) por materias primas de origen nacional, con su respectiva explicación:

Filas		Colombit
1	Abesto Importado (Tons)	2,840
2	Precio de compra sin integración (\$/Ton) Sama (Brasil)	1,217,441
3	Costo total sin Integración (\$)	3,457,532,440
4	Precio de compra con Integración (\$/Ton) Minera las Brisas (Col.)	723,251
5	Costo total con integración (\$)	2,054,032,733
6	Ahorro Calculado	1,403,499,707

- 1- Los cálculos se realizan con base en las 2840 Tons. que consumiría Colombit en el año 2003, (Bajo el escenario de la integración).
- 2- El precio de 1,217.441 (\$/Ton) es al que actualmente Colombit adquiere este material con el proveedor Sama.
- 3- La fila 3 muestra el valor estimado de adquisición de esta materia prima en el mercado internacional.
- 4- La fila 4 representa el precio por kilo al cual Eternit adquiere esta materia prima, la fila 5 muestra el costo total en el escenario de la integración.
- 5- En la fila 6 se muestra el ahorro calculado que solo sería posible bajo el escenario de la integración y que ascendería a 1,403.49 millones de pesos Colombianos por cada año de integración.

"Ahora bien, como su despacho ha reconocido las eficiencias que mediante el proceso de integración podrían lograrse con la adquisición de materia prima importada, en subsidio, le solicito al amparo de los principios de justicia y equidad, tomar en consideración la eficiencia sobre el supuesto de adquisición de la materia prima 100% importada, conforme al siguiente recálculo:

Tabla 3

Filas		Eternit	Colombia 100% Importado
1	Asbesto Importado (Tons)	4,239	5,680
2	Precio de compra sin integración (\$/Ton)	1,103,793	1,217,441
3	Costo total sin Integración (\$)	4,678,977,137	6,915,064,880
4	Precio de compra con Integración (\$/Ton)	1,053,636	1,053,636
5	Costo total con integración (\$)	4,466,364,416	5,984,654,372
6	Ahorro por cada Cia. (\$)	212,612,721	930,410,508
7	Ahorro Total (\$)		1,143,023,229

- 1- El tonelaje de asbesto importado por Colombit ascendería a 5,680 como se explicó inicialmente.
- 2- Al incrementarse en mas de 5000 toneladas las necesidades de materia prima de las sociedades peticionarias (bajo el escenario de integración) la fila 4 mostraría el nuevo precio de adquisición teniendo en cuenta un descuento equiproporcional del 4.54% para compras

"Por la cual se revoca una resolución"

superiores a 5,000 Tons ofrecido por el proveedor sobre el precio actual (1,103.793 \$/Ton) dando como resultado un precio de 1,053,636 \$/Ton(ver anexo 5).

- 3- La fila 6 muestra los ahorros en cada una de las compañías por el efecto de aplicar este descuento, para Etemit representaría ahorros por 212.6 millones de pesos y para Colombit 930.4 millones de pesos para un total (fila 7) de 1,143 Millones de pesos en ahorros, por cada año de Integración.

"5) Significatividad de las eficiencias:

"Metodológicamente abordaremos el estudio de este punto dividiéndolo en dos partes a saber:

"5.1) Significatividad de las eficiencias reconocidas por la Superintendencia en el proceso de integración.

"Sostiene la SIC que las eficiencias que cumplen los supuestos del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, representan "apenas" el 4.7% de las ventas anuales totales de las empresas peticionarias y el 6.5% de las ventas de productos ondulados de fibrocemento.

"Sin perjuicio del reconocimiento de las demás eficiencias sustentadas dentro de la actuación y circunscribiéndonos a las eficiencias ya reconocidas en el acto administrativo, es de manifestar el absoluto desacuerdo con la anterior conclusión de la SIC que plantea los beneficios reconocidos por valor de \$5.654 millones como una total insignificancia, lo cual no se compadece con la realidad económica del país y más específicamente de las empresas proveedoras del sector de la construcción que atraviesa desde hace ya casi seis años la más profunda recesión económica de la historia, lo que ha determinado una importante disminución de la demanda, impactando en consecuencia fuertemente su resultado económico.

"Obsérvese que se desprecian unas eficiencias que para las empresas peticionarias representan un porcentaje superior a la inflación anual estimada del país y que además puede influir significativamente en la supervivencia de estas empresas en el mercado colombiano.

"Adicionalmente la Superintendencia parece olvidar que el monto de las eficiencias reconocidas, no constituye una cifra única, sino que la misma es predicable por cada año de actividad a partir del proceso de integración, tal como fue demostrado y analizado en la actuación.

"Precisado lo anterior, es de tener en cuenta que si bien la norma que consagra la cláusula de eficiencia implícitamente da un margen de discrecionalidad a los funcionarios administrativos para determinar qué se entiende por "mejoras significativas en eficiencia"(pues ello no se encuentra definido en norma alguna), (sic) dicha facultad debe ejercerse consultando el entorno económico específico y la realidad empresarial de las compañías involucradas en el proceso de integración y ello impone la realización de un análisis en tal sentido, el cual se echa de menos en la Resolución impugnada.

"El acto administrativo califica como irrisorias las eficiencias enfrentándolas con un pretendido perjuicio del consumidor "pérdida del excedente del consumidor", esto último calculado, además, de manera incorrecta como pasaremos a demostrar a continuación en el siguiente punto.

"Dado que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, solicito muy respetuosamente medir la significancia de las eficiencias atendiendo el actual entorno económico y la situación económica de las compañías involucradas en la integración.

"5.2) Análisis general de la significatividad de las eficiencias

"Por la cual se revoca una resolución"

"La SIC para cuestionar la significatividad de la eficiencia, sostiene un efecto negativo en el mercado bajo dos supuestos:

5.2.1 Pérdida por equiparación de los precios de venta de Colombit a los de Eternit y,

5.2.2. Pérdida por un incremento de 110% en los precios de los productos finales

"Previamente a abordar cada uno de estos puntos, es menester presentar las siguientes consideraciones legales.

"Acorde con el artículo 51 del Decreto 2153 de diciembre 30 de 1.992, "El 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 4 de la ley 155 de 1.959 cuando los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no de la oferta en el mercado". (Subrayado fuera de texto).

"Del tenor de la norma se desprende que el Superintendente no puede objetar la integración de empresas cuando los interesados demuestren que:

- Puede representar mejoras significativas que se traduzcan en "ahorro de costos"
- Que no puede alcanzarse por otros medios y
- Que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

"Si bien en la práctica estas eficiencias se traducen en beneficios para los consumidores y el mercado en general, habida cuenta de los ahorros en costos que se lograría, como podrá observar su despacho, la norma de excepción no consagra este requisito, ni mucho menos la proporción del mismo versus las eficiencias que pueden lograr las compañías involucradas en el proceso de integración.

"Al ser claro entonces el sentido de la norma, no se debe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil, pues tratándose de una norma de excepción, se impone su aplicación e interpretación restrictiva. Admitir lo contrario, sería tanto como permitirle al intérprete desbordar la Ley so pretexto de interpretarla, pues conforme a la conocida regla general de interpretación, donde el legislador no distingue, no le es dado hacerlo al intérprete.

"Al amparo de lo anterior, resulta manifiestamente contrario a la ley que la SIC pretenda crear y exigir condicionamientos que no fueron consagrados por el legislador y lo que es peor, que con absoluta discrecionalidad desestime las eficiencias demostradas por considerarlas como no equivalentes al beneficio del consumidor o del mercado, aplicando para ello criterios de medición que no existen en la ley y que en el caso concreto son errados.

"Teniendo en cuenta que la cláusula de eficiencia, determina claramente los requisitos para su configuración, en la medida en que éstos sean demostrados por los interesados, resulta ostensiblemente ilegal que la Superintendencia pretenda adicionar nuevos requisitos o condiciones para su operancia, sujetando a las mismas la aplicabilidad de la cláusula de eficiencia, condiciones que por demás no son correctas, como pasaremos a explicar a continuación:

"5.2.1. Pérdida por equiparación precios de Colombit a Eternit

"Es indispensable y muy relevante destacar que la Resolución impugnada parte de una premisa incorrecta para medir el supuesto perjuicio del mercado, pues equivocadamente señala que, en caso

"Por la cual se revoca una resolución"

de perfeccionarse la operación de integración, se igualarían los precios de las peticionarias, pues señala que de acuerdo con la información allegada los precios de Eternit son más altos que los de Colombit y que en consecuencia el consumidor perdería ese excedente estimado en \$2.395 millones.

"Se equivoca la SIC porque la diferencia de precios entre Eternit y Colombit se da en los precios de venta en fábrica pero no en los precios finales de venta al consumidor, los cuales por simple razón de competencia de productos similares en todo sentido, deben ofrecerse también a precios similares por parte de los distribuidores.

"Ahora bien, el precio final de venta en cualquier población está compuesto por el precio en fábrica, el margen de utilidad del distribuidor y el flete desde la fábrica hasta la población correspondiente el cual es pagado por el distribuidor, tal como se encuentra demostrado en los antecedentes administrativos que reposan en la Superintendencia, punto 2.4 (pagina 15) de la solicitud radicada el día 12 de diciembre de 2002 (Documento con radicación No.02112607 0000000).

"Si consideramos prácticamente iguales los márgenes de utilidad que obtienen los distribuidores de Eternit y de Colombit sobre el precio de venta al público, la única diferencia apreciable está representada en el valor de los fletes, que para las plantas Eternit, por estar ubicadas en Cali, Barranquilla y Bogotá representan distancias sensiblemente mas cortas a las diferentes poblaciones del país que desde Manizales, única planta de Colombia desde donde despacha sus productos.

"Por esto es que los precios en fábrica de Colombit al distribuidor son más bajos que los de Eternit, pues los de Colombit deben absorber las mayores diferencias de fletes para poder llegar a todas las poblaciones del país con precios al público similares a los de Eternit.

"Así, es de concluir que la observación de la SIC es equivocada sobre una "pérdida del excedente del consumidor" de \$2.395 millones, porque parte de supuestos equivocados, pues compara los precios de venta en fábrica de los productos Eternit y Colombit, los cuales no incluyen el flete.

"Evidenciándose como errado el supuesto base del cálculo del efecto anti-competitivo de la SIC, con el cual cuestionaba la significatividad de la eficiencia, exigencia ajena a la norma como ya se analizó, el planteamiento no puede mantenerse.

"5.2.2. Pérdida por un incremento del 10% del precio de venta .

"Estima la SIC que se presentaría una pérdida del excedente del consumidor por valor de \$8.749 millones, en razón de un supuesto incremento del precio de venta de las placas onduladas de fibrocemento y accesorios por parte de las sociedades integradas, el cual asume en un 10%, bajo las siguientes premisas.

- a) Que no existen sustitutos de las cubiertas onduladas de fibrocemento en Colombia (Referencia: Resolución 7390 páginas 22 y 8)
- b) Que en caso de perfeccionarse la operación, la concentración que alcanzarían los productos de fibrocemento en el segmento de la VIS sería muy alta (Referencia. Resolución 7390 pág. 8)
- c) Que existe evidencia que señala que clientes en tejas de fibrocemento estarían dispuestos a pagar precios que podrían llegar hasta un 25% por encima de su precio actual (Referencia: Resolución 7390 pág. 22)
- d) Que las tejas de fibrocemento se comercializan en gran parte en el mercado de reposición.

"Por la cual se revoca una resolución"

- e) Que en caso de perfeccionarse la operación Eternit tendría un gran poder en el mercado porque no hay sustitutos perfectos ni imperfectos.
- f) Que los competidores (Manilit y Eternit Ecuatoriana) son muy inferiores en tamaño y capacidad. (Referencia: Resolución pág. 8).
- g) Irrelevancia del antecedente mexicano.
- h) Elasticidad de la demanda

"Veamos cada una de ellas.

"a) Que no existen sustitutos a las cubiertas onduladas defibroemento en Colombia:

"Al hacer esta afirmación la SIC no tuvo en cuenta

- ✓ Los documentos solicitados por la entidad a Eternit que obran en los antecedentes de la actuación que finalizó con la resolución No.28828 del 6 de septiembre de 2002, en los que se presentó en detalle un análisis del mercado de las cubiertas en Colombia y se definen los distintos segmentos, materiales y competidores Este análisis se basa en las experiencias de Eternit que atiende el mercado desde hace 60 años y de Colombit desde hace 35 años (de las cuales se anexaron estudios y múltiples pruebas documentales que reposan en la SIC), y, en los conceptos del Centro Nacional de Estudios de la Construcción (CENAC) y de la Cámara Colombiana de la Construcción (CAMACOL)).
- ✓ Las declaraciones de los constructores quienes, sin excepción, informaron que en el mercado de cubiertas existen, en Colombia, múltiples opciones y que ellos mismos han utilizado distintos tipos de cubiertas en sus obras. Veamos algunos ejemplos.
 - a- Testimonio de constructora Colmena que dice textualmente:
Pregunta: ¿Nos puede indicar qué otros tipos de cubierta están utilizando actualmente para vivienda de interés social?
Respuesta: "También utilizamos tejas metálicas con recubrimientos asfálticos o en pinturas acrílicas o de aluminio... porque se pueden instalar con menores pendientes y de esa manera los costos de construcción relacionados con su suministro e instalación son menores"
 - b- Testimonio de Constructora Colpatría:
Pregunta: ¿Nos puede indicar los tipos de cubierta que usa la constructora Colpatría según el estrato?
Respuesta: "En el caso de vivienda de interés social se usan cubiertas de asbesto cemento para el caso de Bogotá. En el caso de Medellín para VIS trabajamos las cubiertas de barro sobre un alistado de madera. Para viviendas diferentes alas de interés social trabajamos placas de concreto impermeabilizada y en el caso de viviendas unifamiliares diferentes a VIS trabajamos asbesto cemento o tejas de barro, con mayor proporción asbesto cemento"
 - c- Testimonio de Constructora Bolívar
Pregunta: ¿En su concepto dentro del mercado de vivienda de interés social al momento de elegir cubiertas compiten Eternit, Ajoever y Acesco?
Respuesta: "Si compiten cada una con sus fortalezas y debilidades"
 - d- Testimonio de Constructora Alfredo del Hierro
Pregunta: ¿Nos podría indicar cuáles son los tipos de cubiertas más frecuentes en los tipos de construcciones a las que se dedica su empresa?

"Por la cual se revoca una resolución"

Respuesta: "Dependiendo del tipo de construcción el tipo [de cubierta] es diferente. En viviendas como casas se utiliza la placa plana en concreto armado, la teja de barro, las marquesinas en teja plástica, en construcción industrial se utiliza la teja de asbesto cemento".

Pregunta: ¿Qué clase de cubiertas... conoce?

Respuesta: "En tejas zinc, teja Cindú, teja asbesto cemento, teja de barro, cubiertas planas en concreto armado".

Pregunta: ¿Ha utilizado usted esas clases de cubiertas que mencionó en la respuesta anterior?

Respuesta: "Si las he utilizado todas"

e- Testimonio de Constructora CEP Constructores

Pregunta: ¿Qué clase de cubiertas para construcción conoce usted?

Respuesta: "Por experiencia conozco y he hecho diferentes tipos de cubiertas. He usado teja de asbesto cemento, placa, cubierta en composición, teja de barro sobre placa, la teja que traen de Venezuela, Cindú, que es muy liviana..."

(Ver anexo N° 6 que contiene el texto de los testimonios-confrontables con los antecedentes que reposan en la SIC).

- ✓ Las declaraciones de los (fabricantes quienes, igualmente, afirman que sus productos, compiten con los de Eternit y Colombit. (Ver anexo N° 7 que contiene el texto de los testimonios-confrontables con los antecedentes que reposan en la SIC).

Nótese que el representante de AJOVER, fabricante de uno de los sustitutos mas cercanos de fibrocemento (Thermoacoustic), en su testimonio ante la SIC afirma. "(...) la demanda de cubiertas en Colombia está abierta para absolutamente todas las que mencioné (Cindú de Venezuela, Hunter Douglas de Colombia, Acesco, Alúmina, Metcol, Daniel J Fernández, Eternit, Colombit, Manilit) en igualdad de condiciones, proyectos y en igualdad de función principal que es cubrir" (Ver anexo N° 7- Testimonio Ajoover. Pregunta 54).

Veamos otros testimonios.

f- Testimonio de Acesco

Pregunta: ¿Nos puede indicar en qué tipo de construcciones se utilizan cada uno de los productos que menciona en la respuesta anterior? (tejas metálicas de Acesco)

Respuesta: "En general cada uno de los productos pueden ser utilizados en los diferentes usos como son: vivienda, comercial, institucional básicamente en éstos."

g- Testimonio de Corpacero

Pregunta: ¿Nos podría indicar qué tipo de cubiertas produce la compañía (CORPACERO) y hacia qué tipos de construcciones va dirigido cada tipo de cubierta?

Respuesta "Tenemos 2 tipos de productos para este campo. La teja corrugada que básicamente es utilizada en el campo o en vivienda popular y la cubierta estructural que es utilizada preferentemente para bodegas ..."

h- Testimonio de Cindu

Pregunta: ¿Qué tipo de cubiertas, en su concepto, compiten con el fibrocemento en el segmento de vivienda de interés social?

Respuesta: "Definitivamente termoacústica y, en ciertos casos cubiertas metálicas también"

"Por la cual se revoca una resolución"

j- Testimonio de AM DISTRIBUIDORES

Pregunta: ¿... existe oferta suficiente para que un constructor pueda elegir una cubierta diferente a la de fibrocemento.....?

Respuesta "Si. Definitivamente si. ..."

- ✓ La opinión de expertos tan idóneos e imparciales como Camacol y Cenac (Ver declaraciones que reposan en la SIC obtenidas en la actuación donde se profirió la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002).

"Adicionalmente, aceptando, en gracia de discusión, que no existen las cubiertas metálicas, ni la teja de barro, ni las losas de concreto, ni en general, las múltiples opciones que hoy en día tiene el mercado, es necesario aclarar que existen otras empresas fabricantes de productos de fibrocemento presentes en el mercado colombiano (Manilit y Eternit Ecuatoriana) y que en varios países vecinos (Brasil, Perú, Panamá, Cuba, entre otros) hay fábricas de fibrocemento interesadas en nuestro mercado, hecho que, por si solo garantizaría la competencia y la disciplina en precios.

"b) Que en caso de perfeccionarse la operación la concentración que alcanzarían los productos de fibrocemento en el segmento de la Vivienda de Interés Social VIS sería muy alta

"Si bien en el mercado de vivienda de interés social el fibrocemento es el material con la más alta participación en el mercado, la SIC olvida que:

- ✓ El producto que se ofrece para ese mercado es la teja ondulada perfil 7, el mismo que se ofrece para los otros segmentos del mercado;
- ✓ El segmento de VIS apenas representa el 14 % del mercado total;
- ✓ Los canales de distribución son los mismos que se utilizan para atender a los otros segmentos;
- ✓ El constructor de VIS, por las características de ese mercado, cuida mucho sus costos de construcción, es decir, es muy sensible a las alzas de precios de los materiales de construcción.

"Por consiguiente, aunque lo quisieran, las empresas (Eternit y Colombit) no podrían ejercer su posición dominante porque tendrían que subir el precio de la teja en los otros segmentos (los cuales representan el 86% del mercado) y donde existen sustitutos fuertes que lo desplazarían, conforme se demuestra a continuación mediante el cuadro de mercado de cubiertas en Colombia

EL MERCADO DE CUBIERTAS EN COLOMBIA

PARTICIPACION PORCENTUAL DE LOS MATERIALES EN EL MERCADO DE CUBIERTAS							
SEGMENTO	URBANA INFORMAL	V.I.S.	URBANA MEDIA ALTA	RURAL	PEQUEÑAS Y MEDIANAS SUPERFICIES	GRANDES SUPERFICIES	TOTAL
	37.9	14.3	14.3	7.5	10.4	15.6	100
MATERIAL							
FC	25	62	20	20	60	22	32.4
T.BARRO	12	9	53	40	-	-	16.4
TERMOACUSTICA	-	18	-	2	20	10	6.4
LOSA CONCRETO	49	11	19	-	-	-	22.9
OTRAS METALICAS *	13	-	6	20	20	68	20
OTROS**	1	-	2	18	-	-	2
TOTAL	100	100	100	100	100	100	100

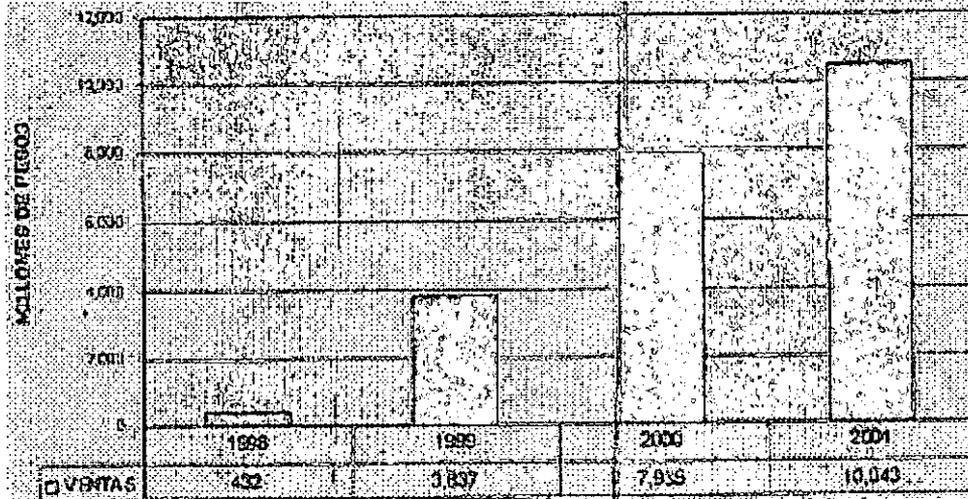
* Otras metálicas incluye: Zinc, arquitectónicas color, tipo sándwich

** Otros materiales incluye: Shingle, cartón asfaltado, fibras vegetales, etc.

"Por la cual se revoca una resolución"

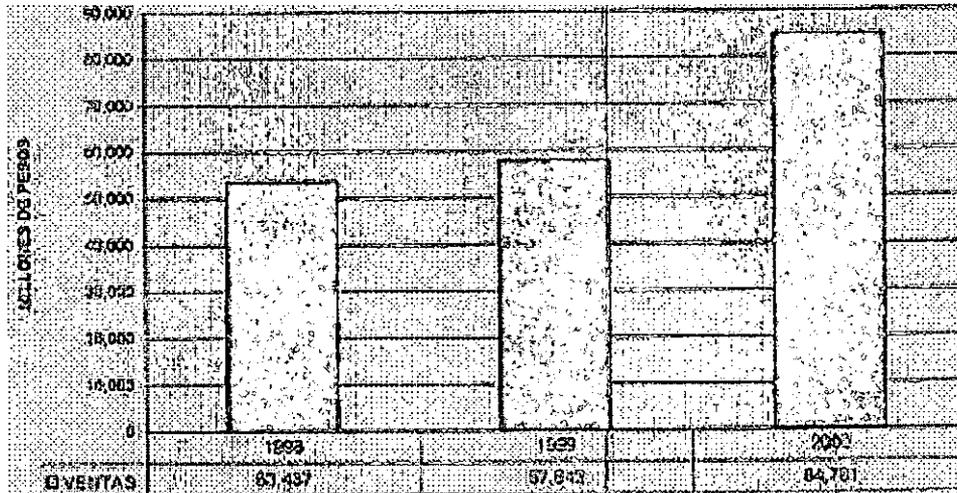
"No hay que olvidar que, a pesar de la caída de la construcción en Colombia en los últimos seis (6) años, las industrias de cubiertas metálicas han aumentado sus ventas en los mismos mercados que atienden los fabricantes de fibrocemento, mientras las ventas de estos se han desplomado significativamente, lo cual indica que viene siendo desplazados por los metálicos, cuyas ofertas en muchos casos han resultado inferiores a las del fibrocemento.

VENTAS INVERSIONES CASCA EL - AJOVER (Thermoacústic)



Fuente: Punto 7.3.2 página 48, del Recurso radicado en la SIC el 4 de Junio de 2002 con número 02004374.

VENTAS CORPACERO



Fuente: Punto 7.3.2 página 49, del Recurso radicado en la SIC el 4 de Junio de 2002 con número 02004374.

"c) Existe evidencia que señala que clientes en teja de fibrocemento estarían dispuestos a pagar precios que podrían llegar hasta un 25% por encima de su recio actual.
Esta afirmación es sesgada y evidencia una valoración de la prueba parcial y fuera de contexto

"La "evidencia" se refiere a un solo testimonio (Constructora Bolívar) y la comparación a dos productos el fibrocemento y la teja thermoacoustic de la cual el constructor tiene objeciones con respecto a su calidad ("(...) hemos evaluado en diferentes oportunidades la oportunidad de su uso dice el gerente de Constructora Bolívar refiriéndose a la teja thermoacoustic sin embargo hemos encontrado que este sistema presenta a nuestro juicio problemas de calidad en cuanto a su resistencia al impacto ya las deformaciones" (Ver declaraciones que reposan en la SIC obtenidas en

"Por la cual se revoca una resolución"

la actuación donde se profirió la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002 testimonios constructora Bolívar. Pregunta No.10).

"De ninguna manera la pregunta se refiere al fibrocemento con relación a todos los otros sustitutos que existen en el mercado (teja de barro, zinc, cubierta arquitectónica de Acesco, losa de concreto, etc)

"Textualmente la pregunta dice ¿"Nos puede indicar qué incremento de precio en las cubiertas de fibrocemento lo llevaría a usted a considerar la posibilidad de sustituir dichas cubiertas con las cubiertas thermoacoustic de Ajoever o Cindú en proyectos de vivienda de interés social?"

"Y, textualmente la respuesta señala.

"Creo que incrementos del orden del 25% para arriba....."(Ver declaraciones que reposan en la SIC obtenidas en la actuación donde se profirió la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002 Testimonio Constructora Bolívar Pregunta 15, pág. 3).

"Además, nuevamente la SIC ignora que existen empresas distintas de Etemit y Colombit en la industria del fibrocemento y que un incremento del 25% (o del 10%) sería imposible porque saldría del mercado. La gerente de Manilit en su declaración ante la SIC, define en forma muy elocuente cómo es el mercado de fibrocemento: "El mercado de cubiertas de fibrocemento específicamente, es un mercado de precios, porque en esencia casi todas las fábricas producimos los mismos productos y con muy buena calidad (...)" (Ver declaraciones que reposan en la SIC obtenidas en la actuación donde se profirió la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002. Testimonio Manilit pregunta 6)

"Por su parte CEP Construcciones (empresa que ha vendido la no despreciable cantidad de 4.200 viviendas de interés social), a la pregunta de que si Etemit subiera los precios, respondió categóricamente. "(...) si la teja de Etemit sube el precio creo que desaparece" (Ver declaraciones que reposan en la SIC obtenidas en la actuación donde se profirió la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002. Testimonio CEP. Pregunta 15)

"d) Las tejas de fibrocemento se comercializan en gran parte en el mercado de reposición

"La afirmación de que "las tejas de fibrocemento se comercializan en gran parte en el mercado de reposición" se basa en la interpretación errónea y sesgada de un testimonio, el de la señora Berta Inés López, gerente de Manilit, quien afirma que esta compañía ha llegado a vender en los últimos dos años un 60 o 70% de su producción en el mercado de reposición, y ello debido a la crisis actual del mercado.

"En aras de claridad a continuación transcribo la parte pertinente del interrogatorio:

"Pregunta.

"Nos puede indicar, si lo conoce, en qué porcentaje de sus ventas de cubiertas de fibrocemento (subrayo) se utiliza para reposición y qué porcentaje para proyectos de vivienda nueva?"

"Respuesta:

"Eso depende básicamente de la actividad de la construcción en el país y hemos llegado hasta niveles del 60 o 70% del mercado de reposición en el mercado de las cubiertas de asbesto cemento."

"Pregunta:

"Nos puede indicar en qué año?"

Respuesta:

"Por la cual se revoca una resolución"

"Básicamente en los últimos dos años. Esta información, básicamente (sic) se extrae de las ventas que se hacen directamente a construcciones nuevas y por los canales de distribución." (Ver declaraciones que reposan en la SIC obtenidas en la actuación donde se profirió la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002. Testimonios, Manilit, Preguntas 25 y 26, pág. 5.)

La anterior situación no corresponde a la realidad del mercado y dicha declaración no podría hacerse extensiva a las compañías Eternit, para quienes el mercado de reposición es poco menos que insignificante, por las siguientes razones:

- Los productos de cubierta de asbesto cemento, después de ser instalados en buen estado, tienen una duración ilimitada, salvo que sean sometidos a golpes, vandalismo, terremoto o tránsito inadecuado de personas. Un 60 o 70 % para reposición solamente sería posible en productos percederos a corto plazo.
- Es bien sabido que aun en caso de demoliciones las tejas de asbesto cemento son algunos de los materiales que se retiran para ser reutilizados.
- Históricamente la rotura de estos productos en el transporte ha llegado a ser como máximo un 0.3% del volumen total.
- La estadística de reclamos recibidos en Eternit por productos dañados, defectuosos, fisurados en el transporte o durante la instalación etc. registra un volumen total máximo de 0.8% de las ventas.

"Por todo estas razones, la venta para reposición probablemente no llegaría a un 1% de la venta total.

"Ahora bien, atendiendo el contexto de la respuesta de la gerente de Manilit a la segunda pregunta, es muy probable que al referirse al 60% o 70 %, pudiera estar utilizando el término reposición de manera muy amplia, abarcando otras situaciones, pues obsérvese el señalamiento que hace de la proporción entre las ventas para firmas constructoras con destino a obras nuevas (30 - 40%) y las ventas de los distribuidores para otros destinos (lo que normalmente se llama construcción informal o sin licencia), lo cual comprende ampliaciones, remodelaciones, gran cantidad de pequeñas obras nuevas por autoconstrucción, reparaciones y reposiciones.

"e) Que en caso de perfeccionarse la operación Eternit tendría un gran poder en el mercado

- No ha sustitutos perfectos ni imperfectos los competidores (Manilit Eternit Ecuatoriana) son muy inferiores en tamaño y capacidad.

"No es cierta la anterior afirmación, las cubiertas de fibrocemento pueden ser sustituidas por otro tipo de cubiertas. Hay tejas de PVC, de fibra de vidrio, de policarbonato e incluso metálicas que pueden reemplazar a las tejas aveniadas de fibrocemento, si el usuario no desea utilizar una teja de este material. La mayoría de las tejas mencionadas se producen hace muchos años y son derivados de la industria del plástico, pero, incluso existe una teja metálica producida por Colempaques, que tiene la misma ondulación del perfil 7 de fibrocemento y que puede perfectamente ser utilizada para reponer tejas de fibrocemento. Además una teja aveniada de Eternit o de Colombit puede perfectamente ser sustituida por cualquier otro fabricante de fibrocemento, de modo que, en estricto sentido, si se trata de proteger al consumidor, el problema no radica en si hay o no hay sustitutos del fibrocemento sino en saber si hay sustitutos de los productos que fabrican Eternit y Colombit y la respuesta es obvia: SI HAY sustitutos perfectos e imperfectos para los productos de las empresas solicitantes.

- Los competidores (Manilit Eternit Ecuatoriana) son muy inferiores en tamaño capacidad.

"Si bien en la actualidad tienen menor participación en el mercado, su capacidad de crecimiento es grande. La propia gerente de Manilit, responde en el testimonio, que actualmente utiliza el 40% de

"Por la cual se revoca una resolución"

su capacidad instalada y que en las mejores épocas ha utilizado el 80% (Ver declaraciones que reposan en la SIC obtenidas en la actuación donde se profirió la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002. Testimonio Manilit, preguntas 25 y 26, página 5).

"De las importaciones de asbesto de Manilit puede deducirse que la compañía vende aproximadamente 24.000 Toneladas al año, lo cual equivaldría según su testimonio al 40% de su capacidad instalada, de donde se deduce que su capacidad instalada total le permitiría producir 60.000 toneladas al año. Esto representaría un 40% del mercado total del fibrocemento en la actualidad. Lo anterior aunado a que la compañía pertenece a un grupo industrial muy importante, denota su potencialidad de crecimiento.

"g) Irrelevancia del antecedente Mexicano:

"Desconoce la SIC el antecedente mexicano en relación con la integración de Mexalit, respecto del cual se certificaba que este proceso dio como resultado una disminución de los precios de los productos básicos, aduciendo como argumento que las variables de oferta y demanda no necesariamente son análogas a las del mercado colombiano y señalando adicionalmente que de acuerdo con la Comisión Federal de Competencia de México, 2001, la participación de lámina galvanizada es mínima en Colombia.

"Desestiman igualmente la comparación entre los mercados mexicano-colombiano porque dos de los productos (P4 en gris y en color), no existen en el mercado colombiano, sin tener en cuenta que solamente el perfil 7, tanto en Colombia como en México, representa aproximadamente el 180% del mercado total.

"Sin embargo, independientemente de los productos, la comunicación de Mexalit apuntaba a señalar una política de grupo en el sentido de que no se incrementarían los precios, lo cual parece ignorar completamente la SIC.

"Ahora bien, si en gracia de discusión se siguiera la misma lógica de desestimar el caso mexicano, resultaría impropio que tratándose de mercados diferentes, como lo sostiene la Superintendencia, se acuda a la opinión emitida hace tres años por la Comisión Federal de Competencia de México, en vez de apoyarse en entidades Colombianas autorizadas sobre el tema y conocedoras directas del mercado colombiano, como CENAC (Centro Nacional de Estudios de la Construcción), pues las declaraciones de la precitada entidad fueron desestimados por la entidad en las diligencias concluidas mediante la Resolución N° 28828 del 6 de septiembre de 2002.

"Adicionalmente, tampoco resulta cierta la apreciación de la SIC, respecto de que en Colombia no parece existir riesgo de ingreso de un competidor de productos metálicos de USA porque existe un arancel del 15%. Es todo lo contrario, el riesgo de ingreso de cubiertas metálicas y no metálicas de USA es muy alto, especialmente en los actuales momentos en que se aproxima la firma de acuerdos internacionales de libre comercio como el ALCA. El propio gobierno ha instado a las empresas colombianas a prepararse para afrontar ese reto.

"h) Elasticidad de la demanda:

"La teoría microeconómica⁷ define el excedente del consumidor como la diferencia entre el precio que efectivamente paga el consumidor y el precio que estaría dispuesto a pagar. La variable decisiva en el proceso de cálculo de dicho excedente es la elasticidad de la demanda. En efecto, en el caso de demandas perfectamente elásticas, ante variaciones en el precio por parte de los oferentes no se produce traslado de rentas del consumidor al productor, puesto que en tal caso el productor sale del

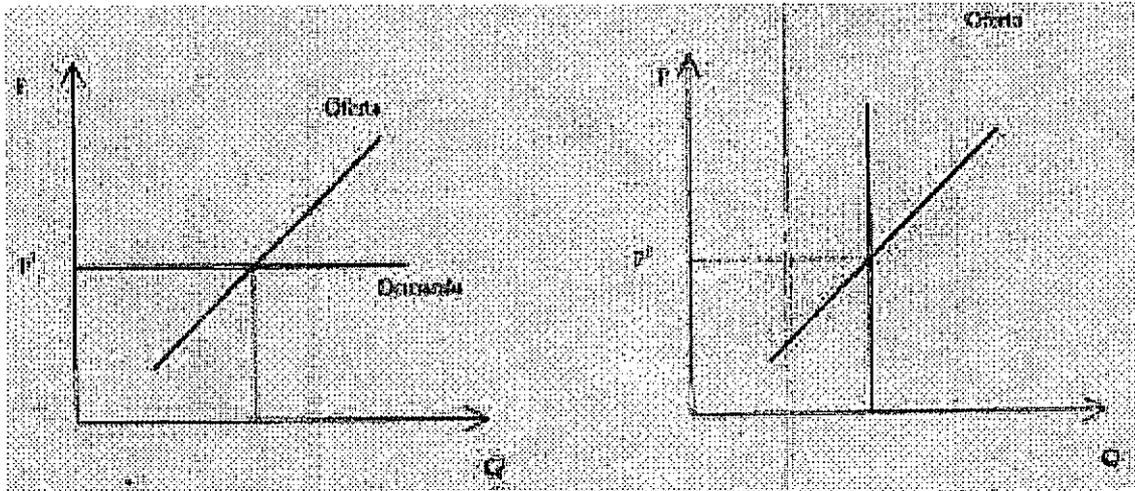
⁷ Diccionario de Economía recopilado por Artur Seldon y FG Pennance. Editorial Orbis. 1.983. pag. 253

"Por la cual se revoca una resolución"

mercado. En los mercados de competencia perfecta el precio efectivo y el precio al cual está dispuesto a pagar el consumidor son idénticos.

"En el otro extremo se encuentran las funciones de demanda inelásticas que se caracterizan porque no se presenta ningún cambio en la demanda por variaciones en los precios; en consecuencia el excedente del consumidor se traslada en su totalidad al productor ante un incremento de precios. En este escenario, las características de la función de demanda permite a los productores elevar el precio sin afectar la cantidad demandada.

"Las gráficas a continuación ilustran las dos situaciones enunciadas.



"Se deduce de lo anterior que el efecto sobre el excedente del consumidor depende de las características de la función de demanda de cada mercado, particularmente de su elasticidad.

"Vale la pena aclarar que el fundamento teórico con base en el cual la SIC efectuó el cálculo del deterioro en el excedente del consumidor ante una variación del 10% en los precios de los productos de las compañías, no hace explícita la elasticidad de la demanda. Este elemento se constituye en variable fundamental para la defensa pues a partir de allí se debe discutir la validez del resultado (deterioro del excedente del consumidor equivalente a \$8.749 millones).

"La realidad de la industria muestra que la estructura de mercado no es monopólica y, en consecuencia, se debe descartar que la demanda de los productos de las compañías es inelástica. En efecto, el número de competidores se constituye en el primer indicio que refuta una estructura de mercado monopólica; la existencia de Manilit, así como la competencia de Etemit Ecuatoriana y muchos otros sustitutos, entre los que sobresalen los de la creciente industria metálica, refuerzan esta afirmación.

"Sin embargo, con fundamento en los resultados de la SIC se puede afirmar que el Despacho supone que la función de demanda de los productos de fibrocemento se caracteriza por ser vertical,⁸ es decir que la elasticidad de la demanda tiende a infinito, en otras palabras, que la demanda es insensible frente al precio.

⁸ En la resolución recurrida, la tabla 19 "Pérdida por un incremento en 10% de los precios de los productos finales" muestra que la SIC supone una variación en el 10% del valor nominal de las ventas totales y calcula la pérdida en el excedente como la diferencia entre las ventas nominales sin incremento y aquellas con incremento. De esta forma la SIC supone que el número de toneladas vendidas permanece constante ante el incremento de los precios (función de demanda inelástica). De esta forma la SIC hubiese obtenido idéntico resultado calculando la pérdida del excedente como el 10% de las ventas nominales actuales.

"Por la cual se revoca una resolución"

"Teniendo en cuenta que.

- (i) La estimación de la elasticidad de la demanda requiere, en primer lugar, la formulación de un modelo teórico en el que se determine claramente las variables que inciden en el comportamiento de las cantidades tales como precio del propio producto, precio de los productos sustitutos, ciclo económico, crecimiento de la economía, crecimiento del sector específico, dinámica de la construcción y avance tecnológico, entre otros;
- (ii) una vez formulado el modelo teórico se debe proceder a la evaluación empírica de las hipótesis planteadas, lo cual requiere de un conjunto de datos lo suficientemente grande de tal forma que, por la ley de los números grandes, los parámetros muestrales estimados se aproximen en mayor medida a los parámetros de la población;
- (iii) en la resolución recurrida, nada de esto parece haber efectuado la SIC.⁹

"Se concluye que el fundamento teórico y empírico de la cifra señalada por la SIC no tiene validez, no puede ser comparada con cifras que han sido debidamente sustentadas por las compañías y por tanto, debe ser eliminado como parámetro de referencia para evaluar la significancia de las eficiencias que se lograrían con la operación proyectada.

"Significancia

"La magnitud de los ahorros que produce la operación de integración también debe ser evaluada en un horizonte de tiempo razonable, debido a que los ahorros producidos en el año uno se repiten en los años subsiguientes.

"Suponiendo un horizonte de tiempo razonable (15 años) para evaluar el impacto de la integración en materia de ahorros y aplicando las técnicas financieras apropiadas para tal fin,¹⁰ se obtienen los siguientes resultados.

"Millones COP

Eficiencias	año 1	Valor Presente
Reconocidos	5,654	48,930
Presentados	13,794	119,378

"La tabla anterior muestra que el valor presente de los ahorros reconocidos por la SIC y proyectados en un horizonte de 15 años asciende a \$48.930 millones. La tabla a continuación representa las equivalencias de esta cifra:

"Valor presente/Variable

Variable	Reconocidos	Presentados
Ventas anuales	0.57	1.40
Activos	0.30	0.74
Mano de obra	8.68	21.17
Costos producción	0.89	2.18

"La tabla anterior permite concluir que el valor presente proyectado a 15 años de los ahorros aceptados por la SIC en la resolución No.07390 del 26 de marzo de 2003, representa el 60% de las ventas anuales de la sociedad., 30% de los activos y al 90% de los costos anuales de producción. De igual forma, la cifra mencionada equivale a 8.7 veces el costo de la mano de obra incorporada en el proceso productivo. Las cifras señaladas confirman la importancia de las eficiencias alcanzadas

⁹ En caso de existir el debido procedimiento econométrico para llegar a esta cifra, la SIC debió plasmarlo en la resolución para que la defensa se pudiese efectuar en debida forma.

¹⁰ Fórmula del valor actual, teniendo en cuenta una tasa de descuento de 7.82% (DTF febrero 24 a marzo 3 de 2003)

"Por la cual se revoca una resolución"

por la integración y su significancia frente al uso de recursos productivos.

"En síntesis:

"1) Así las cosas, el supuesto de la Superintendencia del incremento de precios en un 10% carece de todo fundamento y evidencia un absoluto desconocimiento de las manifestaciones efectuadas en varias oportunidades a la entidad, en el sentido de que el proceso de integración no dará lugar a incremento de los precios, los cuales únicamente quedarían condicionados a los incrementos de los insumos principales, específicamente los relacionados con la electricidad, el cemento, la fibra, la paridad del dólar y el flete, en armonía con el incremento porcentual del índice de la construcción (Cfr. Documento de fecha 7 de marzo de 2002.

"2) Los productos de fibrocemento fabricados por las peticionarias sí tienen sustitutos.

"3) La importancia de los materiales de fibrocemento en el mercado de la vivienda de interés social no es condición necesaria ni suficiente para aumentar los precios en dicho segmento y, menos, en el mercado total de cubiertas.

"4) No es cierto que las cubiertas de fibrocemento de las peticionarias se comercializan principalmente en el mercado de reposición. Es cierto que, debido a la crisis actual en el sector, Manilit vende una porción importante de sus productos en ese mercado.

"5) No es cierto que los peticionarios puedan subir arbitraria e impunemente sus precios en un 10% en forma que la SIC califica como. "pequeña, significativa y permanente"

"Resumen de las eficiencias:

"Consistente con el análisis presentado, a continuación presentamos el resumen de las eficiencias, algunas de las cuales, pese a encontrarse sustentadas dentro de la actuación administrativa, fueron desconocidas mediante el acto administrativo impugnado:

"Tabla 4

ITEMS	EFICIENCIAS
1 Racionalización del uso de la materia prima.	\$ 2,020,636,485
1.1 Control de espesor de las placas onduladas	\$ 1,085,028,928
1.2 Aumento de niveles de uso de carbonato de calcio	\$ 935,607,557
2. Ahorros comerciales	\$ 1,087,293,199
3. Ahorros administrativos	\$ 1,378,665,457
4. Producción de AC por NT	\$ 4,725,628,303
5. Adquisición de materia prima	\$ 1,903,789,320
5.1 Importada	\$ 500,289,613
5.2 Nacional	\$ 1,403,499,707
6. Ahorros en fletes	\$ 2,723,616,378
Total	\$ 13,839,629,142
Porcentaje del total de las eficiencias reportadas por las peticionarias	100%
Ventas netas totales de las sociedades peticionarias en el 2002	\$ 119,775,871,000
Porcentaje del total de las eficiencias reportadas sobre las ventas	11.5%
Ventas netas totales de las sociedades productos ondulados en fibro cemento y accesorios 2002 (\$)	\$ 87,489,870,000
Porcentaje de la eficiencias sobre las Ventas (%)	16%

"En el evento en que su despacho insista en desestimar la eficiencia derivada de la adquisición de asbesto nacional, aunque parte del mismo supuesto de la eficiencia derivada de la importación de la materia prima, esto es el escenario de la integración, en virtud del cual Colombit puede producir AC, subsidiariamente solicito al amparo de los principios de justicia y equidad, tomar en consideración la eficiencia sobre el supuesto de adquisición de la materia prima 100% importada, supuesto bajo el

"Por la cual se revoca una resolución"

cual la síntesis de las eficiencias sería la siguiente:

ITEMS	EFICIENCIAS
1 Racionalización del uso de la materia prima.	\$ 2,020,636,485
1.1 Control de espesor de las placas onduladas	\$ 1,085,028,928
1.2 Aumento de niveles de uso de carbonato de calcio	\$ 935,607,557
2. Ahorros comerciales	\$ 1,087,293,199
3. Ahorros administrativos	\$ 1,378,665,457
4. Producción de AC por NT	\$ 4,725,628,303
5. Adquisición de materia prima	\$ 1,643,312,842
5.1 Importada	\$ 500,289,613
5.2 Nacional	\$ 1,143,023,229
6. Ahorros en fletes	\$ 2,723,616,378
Total	\$ 13,579,152,664
Porcentaje del total de las eficiencias reportadas por las peticionarias	100%
Ventas netas totales de las sociedades peticionarias en el 2002	\$ 119,775,871,001
Porcentaje del total de las eficiencias reportadas sobre las ventas	11.3%
Ventas netas totales de las sociedades productos ondulados en fibro cemento y accesorios 2002 (\$)	\$ 87,489,870,001
Porcentaje de la eficiencias sobre las Ventas (%)	15%

"D- CONCLUSIÓN

"Corolario de lo anterior es que el proceso de integración permite eficiencias entre las compañías peticionarias, que se traducen en significativos ahorros que no pueden lograrse por otros medios, sin que el perfeccionamiento de la operación implique una reducción de la oferta, conforme se encuentra sustentado a lo largo de la actuación administrativa.

"Dada la difícil situación económica de las compañías involucradas en la operación, la cual ha quedado debidamente demostrada en la actuación administrativa, es preciso reiterar que la integración representa la única alternativa para que las mismas se mantengan en el mercado.

E.- GARANTÍAS Y CONDICIONES

"Conscientes de la funciones de control de la Superintendencia en materia de protección a la competencia y consultados los antecedentes en casos de integración tramitados por otras compañías ante la Superintendencia, todos los cuales fueron aceptados, es del caso manifestar en nombre de mis representadas, la entera disposición a garantizar en la forma en que lo determine su despacho que la operación de integración no afectará los precios, ni la oferta de los respectivos bienes en el mercado.

"Con fundamento en todo lo anterior, presento a su despacho la siguiente

F.- Petición

"Por los fundamentos precedentes, le solicito revocar la decisión de objetar la operación de integración entre mis poderdantes contenida en la Resolución N° 07390 con fecha del 26 de marzo de 2003 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual fue notificada el día 25 de abril de 2003".

CUARTO: Que previo al análisis del recurso presentado, esta Superintendencia considera fundamental realizar algunas consideraciones preliminares relativas a la legalidad de la actuación adelantada, en los siguientes términos:

"Por la cual se revoca una resolución"

1 El deber de información previa que contiene el artículo 4º. de la ley 155 de 1959

1.1 El destinatario

El artículo 4 de la Ley 155 de 1959 contiene un deber legal de conducta conforme al cual, *"las empresas que se dediquen a la misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora de un artículo determinado, materia prima, producto, mercancía, o servicios cuyos activos individualmente considerados o en conjunto asciendan a veinte millones de pesos (\$20.000.000)¹¹ o más, estarán obligadas a informar al gobierno nacional de operaciones que proyecten llevar a cabo para el efecto de fusionarse, consolidarse o integrarse entre sí, sea cualquiera la forma jurídica de dicha consolidación, fusión o integración."* (se subraya)

De modo, pues, que las empresas que se encuentren bajo los supuestos establecidos en la referida norma, no podrán materializar los procesos de integración que pretenden llevar a cabo, sin el previo pronunciamiento de la autoridad competente, en este caso, la Superintendencia de Industria y Comercio¹². Para tales efectos, habrá de surtir el trámite contenido en los artículos 6º y siguientes del Decreto 1302 de 1964, en concordancia con el artículo 27 del código contencioso administrativo, que regula las actuaciones administrativas iniciadas de esta manera, es decir, en cumplimiento de un deber legal.

Volviendo a la obligación contenida en el citado artículo 4 de la Ley 155, tenemos que la misma se estructura sobre el concepto de empresa, el cual aparece definido en el artículo 25 del código de comercio, como *"toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos"*.

A este respecto, ha sostenido la doctrina que *"[l]a empresa equivale a un trinomio cuyos términos se califican así: 1) El empresario es su perfil subjetivo. 2) La actividad económica organizada con la finalidad de producir o intercambiar bienes o prestar servicios es su perfil objetivo; y 3) El establecimiento es el conjunto de medios para realizar la actividad económica que se propone el empresario y constituye su perfil funcional. Sólo cuando se consideran los tres dentro del trinomio inseparable puede hablarse correctamente de empresa. El empresario ciertamente no puede organizar su actividad económica si carece de los bienes materiales e inmateriales necesarios para llevarla a cabo. De ahí que la empresa no deba confundirse con ninguno de estos tres perfiles que ostenta porque ella per se es una realidad global integrada por tales elementos en verdad indisociables"*¹³. (se subraya)

En el mismo sentido, se ha dicho que *"La empresa es ante todo un círculo de actividades regido por la idea organizadora del empresario actuando sobre un patrimonio y dando lugar a relaciones jurídicas y a otras de puro hecho. La empresa es un concepto dinámico mientras que su patrimonio es un concepto estático. Y, además, toda empresa en funcionamiento es un conjunto dinámico de elementos heterogéneos integrados por cosas corporales, derechos y relaciones materiales de puro*

¹¹ De conformidad con la Circular Unica de la Superintendencia de Industria y Comercio, hay un régimen de autorización general, para aquellas operaciones que no superen los siguientes umbrales: activos conjuntos no superiores a 50.000 salarios mínimos legales vigentes o cuando las ventas conjuntas no superen el 20% de participación en el mercado respectivo.

¹² Corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio pronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición de empresas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º, numeral 14 del Decreto 2153 de 1992.

¹³ NARVAEZ, Jorge Eduardo. Elementos jurídicos de la empresa. Gráficas Venus, Bogotá, 1979, págs 78 y ss, 92 y 93.

"Por la cual se revoca una resolución"

hecho. Mas esta organización no es ni sujeto de derecho, ni universalidad de hecho o de derecho, ni una individualidad jurídica¹⁴. (se subraya)

Desde una perspectiva económica, la empresa es considerada como "...un conjunto de individuos reunidos con el fin de producir algo, es decir, convertir los insumos o recursos en bienes deseados".¹⁵ Se dice también que constituye una "...organización que convierte los insumos en productos"¹⁶.

Ahora bien, aunque la obligación a que nos hemos venido refiriendo alude de manera general a "las empresas", no puede perderse de vista que en tanto en sí mismas y por sí solas no constituyen un sujeto de derecho, es el empresario, como "...titular de una unidad de producción"¹⁷, sea persona natural o jurídica, quien debe proceder con el respectivo aviso.

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que la verificación previa en los procesos de integraciones recae sobre la operación que se pretende adelantar y sus efectos en el mercado, es ella, en sí, el objeto del control y no los sujetos que la notifican, motivo por el cual resulta irrelevante quién concorra, al interior de cada organización, al respectivo aviso, esto es, si la matriz o sus filiales, pues con independencia del sujeto, el deber se entenderá cumplido.

1.2 La obligación en el tiempo

Dado que el artículo 4 de la ley 155 lleva *in situ* un control estructural en el que pretenden verificarse las condiciones bajo las que opera un mercado específico y los efectos que podrían suscitarse como consecuencia de la operación, es menester que los empresarios interesados en adelantar el respectivo proceso lo reporten en forma previa a su realización¹⁸.

En este contexto, el control de integraciones se estructura como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva¹⁹, a través del cual la autoridad de competencia tiene la oportunidad de

¹⁴ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, Editorial Temis 1987, págs 171 y 172

¹⁵ HIRSHELEIFER, Jack, HIRSHELEIFER, David. Microeconomía. Teoría del Precio y sus Aplicaciones. Prentice Hall Hispanoamericana S.A., Sexta Edición, 2000, pág. 19.

¹⁶ NICHOLSON, Walter. Microeconomía Intermedia y sus aplicaciones. Mc Graw Hill Interamericana S.A., Octava Edición, 2001, pág. 145.

¹⁷ Diccionario de Economía y Finanzas, Ramón Tamame, Santiago Gallego, 2º. Edición, Alianza Editorial.

¹⁸ "En cuanto a la prevención, la defensa pública de la competencia se instrumenta en todos los países mediante el llamado -control de concentraciones-, consistente en dotar legalmente a los poderes públicos de la facultad de examinar los proyectos de fusiones y adquisiciones de empresas, concediéndoles la posibilidad de impedir su realización o de condicionarla". PASCUAL Y VICENTE, Julio. "Fundamentos y limitaciones de la defensa de la competencia", pág. 8.

¹⁹ "En muchos países hay un control sobre las fusiones de empresas con el objetivo de evitar un aumento continuo del número de empresas con una posición dominante en sus respectivos mercados. En vez de velar sobre posibles abusos de un poder sustancial en el mercado, es mejor impedir la creación de posiciones dominantes a través de crecimiento externo.

"Por el contrario, el crecimiento interno debido a un buen rendimiento de las empresas no está sujeto a ningún tipo de restricciones. Hoy en día, todos los países latinoamericanos, a excepción del Perú, disponen de un control de integraciones económicas. (...).

"Con el fin de hacer efectivo este control, en muchos países existe la obligación de notificar las fusiones planteadas ante las autoridades de competencia, previo a su entrada en vigor, al menos en los casos en que superan un tamaño determinado. Hay un consenso generalizado sobre la necesidad de esta notificación previa obligatoria, pese a que por razones históricas no esté prevista en todas las legislaciones sobre competencia (...)". KRAKOWSKI, Michael. "Política de competencia en Latinoamérica: Una primera apreciación". I Edición, 2001, pág. 31.

"Por la cual se revoca una resolución"

analizar las operaciones de integración que se pretenden llevar a cabo, a fin de anticiparse a cualquier distorsión o efecto indeseable que pudiera sobrevenir para el mercado.

Así las cosas, el control previo sobre los procesos de integración tiene inicio desde el instante en que es reportada la operación respectiva, y se agota, para los destinatarios de la norma, una vez queda en firme el pronunciamiento de la autoridad de competencia. Por tanto, **habiéndose pronunciado la Superintendencia sobre un aviso de integración, los agentes económicos quedan en imposibilidad de presentar nuevamente la misma operación, ya que el punto concreto ha sido resuelto por la administración.**

De manera, pues, que el cumplimiento de un deber legal, que ha dado lugar a un pronunciamiento de la Superintendencia, se entiende consolidado, sin perjuicio de que pueda revocarse por las causales previstas en la ley²⁰, sobrevenga la pérdida de su fuerza ejecutoria del acto, o que éste sea declarado nulo por la autoridad jurisdiccional.

Es importante resaltar, porque puede perderse de vista este aspecto de la cuestión, que en tanto es el cumplimiento de un deber legal la circunstancia que confluente en el aviso previo de las integraciones y no el ejercicio de un derecho de petición, es la ley, y no la voluntad del particular, quien determina el momento preciso en que se debe dar el correspondiente aviso²¹.

Así, pues, el cumplimiento de un deber legal está circunscrito a un momento específico y su activación conlleva un pronunciamiento de parte de la administración. En el caso que nos ocupa, una vez se informa la operación que pretende adelantarse por los respectivos agentes económicos, la administración surte un trámite que culmina con un pronunciamiento definitivo, que justamente por ser definitivo, impide impulsarlo nuevamente, a criterio de los interesados, salvo que sobrevengan circunstancias nuevas que pongan de manifiesto una modificación en los fundamentos de hecho o de derecho invocados por la administración en su decisión. Por ello, mientras no exista una variación en las circunstancias que precedieron la determinación adoptada, existe un pronunciamiento en firme de la administración, que genera como efecto la imposibilidad de volver a plantear la misma operación, con el objeto de que la autoridad sobre competencia se pronuncie nuevamente sobre un asunto que está amparado por la presunción de legalidad.

2 El principio de la legalidad

Según advirtiera el Consejo de Estado, *"los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien, de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir, que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados. (...) En definitiva, la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos*

²⁰ Artículos 69 y siguientes del código contencioso administrativo.

²¹ Sobre este aspecto se ha dicho que *"al contrario de lo expuesto en relación con las actuaciones administrativas iniciadas en ejercicio del derecho de petición, eventos en los cuales la iniciación depende directamente de la manifestación de la voluntad del peticionario, en el caso presente el individuo actúa cumpliendo un mandato legal que le impone el deber de presentar una solicitud, una declaración tributaria o de otra clase o una liquidación privada o el realizar cualquier otro acto para iniciar una actuación administrativa (...). En el cumplimiento de un deber legal, el ordenamiento es el que prevé las oportunidades en que ha de darse inicio a una actuación administrativa". SANTOFIMIO G. Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, 1.998, página 200.*

"Por la cual se revoca una resolución"

*jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto*²². (subrayado nuestro)

Acorde con lo anterior, la misma Corporación ha expresado que *"... uno de los atributos del acto administrativo, entendido como emisión de la voluntad de un organismo o entidad pública con el propósito de que produzca efectos jurídicos, es la denominada presunción de legalidad que también recibe los nombres de presunción de validez, presunción de justicia, y presunción de legitimidad. Se trata de una prerrogativa de que gozan los pronunciamientos de esa clase, que significa que, al desarrollarse y al proyectarse la actividad de la Administración, ello responde a todas las reglas y que se han respetado todas las normas que la enmarca. Legalidad es sinónimo de perfección, de regularidad; se inspira en motivos de conveniencia pública, en razones de orden formal y material en pro de la ejecutoriedad y de la estabilidad de esa manifestación de voluntad"*²³.

Refiriéndose al postulado de la legalidad, la doctrina ha dicho que *"en la práctica este principio se traduce en que los actos mencionados deben ser obedecidos, tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento que comienza su vigencia y mientras no sean declarados inconstituciones o ilegales por la autoridad competente. Este principio se encuentra consagrado expresamente en el artículo 66 del código contencioso administrativo al manifestar que 'los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo'*²⁴.

Así, aunque por certeza y estabilidad jurídica los actos administrativos se presumen ajustados a derecho, no puede perderse de vista que está abierta la posibilidad para que la administración pueda revocarlos, lo cual, en todo caso, no constituye una facultad discrecional sino reglada, en la medida en que la misma ley ha definido las causales bajo las cuales concurre, así como los requisitos que deben cumplirse cuando el acto haya creado una situación jurídica de carácter particular y concreta. Adicionalmente, cabe señalar, la validez de los actos administrativos puede cuestionarse ante las autoridades jurisdiccionales y, eventualmente, obtenerse su anulación por esta vía.

De acuerdo con lo expuesto, es dable concluir que estando el pronunciamiento de la Entidad, frente a una operación de integración, debidamente ejecutoriado, el mismo impide a los particulares volver a activar el aparato de la administración, mientras se mantenga la identidad de sujetos, objeto y causa²⁵, dentro del mismo mercado relevante, tanto por producto como por área geográfica, sin perjuicio, como arriba se comentó, de que el acto pueda, excepcionalmente, revocarse por las causales previstas en la ley, sobrevenga su pérdida de fuerza ejecutoria, o que éste sea declarado nulo por la autoridad jurisdiccional.

²² Consejo De Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero, Bogotá, D.C., Dieciséis (16) De Febrero Del Año Dos Mil Uno (2001), Radicación Número: 3531

²³ Consejo de Estado. Magistrado: Dr. Alvaro Lecompte Luna, sentencia de febrero 17 de 1994, No. de Rad.: 6264-94.

²⁴ RODRÍGUEZ R, Libardo. "Derecho Administrativo General y Colombiano", Ed. Temis, Duodécima Edición, 2000, Bogotá, pág. 239.

²⁵ Frente a este punto concreto, se ha dicho que es posible que *"...se presente el fenómeno de la cosa juzgada en el procedimiento gubernativo, cuando en la nueva petición que un administrado haga a una autoridad exista identidad en la persona, identidad en la solicitud o petitum, y también en el fundamento o causa petendi de lo solicitado; en otras palabras, cuando la administración, con anterioridad, ya había tomado una decisión definitiva sobre el mismo aspecto o punto jurídico que nuevamente le somete a su consideración, el que ya había pedido en otra ocasión"* PENAGOS, Gustavo. "El acto administrativo", Ediciones Librería del Profesional, séptima edición, 2001, Bogotá, pág. 694.

"Por la cual se revoca una resolución"

3 El caso concreto

3.1 La identidad de trámites

A continuación se circunscriben las razones por las cuales esta Superintendencia considera que existe identidad entre la primera y la segunda notificación, como quedó señalado en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003. La única información adicional, aportada por las interesadas en el segundo aviso, que valga la pena reseñar debió ser aportada en el primer aviso, estuvo encaminada a la prueba de nuevas eficiencias, recurriendo a lo dispuesto en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

- *El primer aviso*

El 21 de enero de 2002, mediante comunicación radicada con el número 02004374, las sociedades Mexalit S.A. y Nefibouw N.V. S.A. informaron a esta Entidad una operación de integración consistente en la compra por parte de Mexalit S.A. (accionista mayoritario de Eternit Atlántico S.A., Eternit Colombiana S.A. y Eternit Pacífico S.A.), de las acciones que Nefibouw N.V. S.A. posee en Colombit S.A. y que representan el 81,5% de su capital social.

Mediante Resolución 14002 del 6 de mayo de 2002, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió objetar la operación analizada, habida cuenta que la integración tendía a restringir indebidamente la competencia en el mercado de cubiertas onduladas de fibrocemento.

Las sociedades Mexalit S.A. y Nefibouw N.V. S.A., por intermedio de apoderado, presentaron en tiempo recurso de reposición mediante escrito radicado con el número 02004374-41 del 4 de junio de 2002, el cual fue resuelto a través de la Resolución 28828 del 6 de septiembre de 2002 que confirmó, en todas sus partes, la decisión contenida en la Resolución 14002 de 2002.

- *El segundo aviso*

Mediante comunicación radicada bajo el número 02112607 el 12 de diciembre de 2002, la apoderada de las sociedades Eternit Colombiana S.A., Eternit Atlántico S.A., Eternit Pacífico S.A. y Colombit S.A., informó a esta Entidad de una operación de integración entre las mismas, que se produciría con motivo de la adquisición, por parte de Eureka S.A. de C.V, sociedad domiciliada en México y filial de Mexalit S.A., de las acciones que posee Nefibow N.V. en Colombit S.A..

En esta ocasión, de acuerdo a la información allegada por la apoderada, se incorporan nuevos elementos encaminados a establecer la presencia de eficiencias derivadas de la operación, las cuales cumplirían, según el entender de la apoderada, con los supuestos señalados en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 para no objetar la operación.

Encuentra esta Superintendencia que el trámite surtido con ocasión del aviso de integración efectuado el 21 de enero de 2002, consistente en la compra por parte de Mexalit S.A. (accionista mayoritario de Eternit Atlántico S.A., Eternit Colombiana S.A. y Eternit Pacífico S.A.), de las acciones que Nefibouw N.V. S.A. posee en Colombit S.A. y que representan el 81.5% del capital social de dicha sociedad, no difiere del aviso de integración radicado el 12 de diciembre de 2002, no obstante que quienes informan la operación que se pretende llevar a cabo en el segundo aviso, son otras personas jurídicas.

En otras palabras, la operación informada continúa siendo la misma: **la adquisición por parte de Mexalit S.A., a través de Eureka –en el primer aviso era directamente-, de las acciones que Nefibouw N.V S.A. posee en Colombit y que representan el 81.5% de dicha sociedad.**

"Por la cual se revoca una resolución"

Tabla 1 Informantes y tipo de operación en cada aviso

	INFORMANTES	OPERACIÓN
Aviso 21 enero de 2002 No. radicación: 02004374	Mexalit S.A. (accionista mayoritario de Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacifico S.A. y Eternit Atlántico S.A.) y Nefibouw N.V. S.A.	Mexalit S.A. compra a Nefibouw N.V. S.A. , un total de acciones que representan el 81,5% del capital social de Colombit S.A. .
Aviso 12 de diciembre de 2002 No. Radicación: 02112607	Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacifico S.A., Eternit Atlántico S.A. (cuyo accionista mayoritario es Mexalit S.A.) y Colombit S.A.	Mexalit S.A. a través de Eureka (Mexalit es el mayor accionista de Eureka con un 97,4% de sus acciones) compra a Nefibouw N.V. S.A. , un total de acciones que representan el 81,5% del capital social de Colombit S.A. .

Es claro, entonces, que las dos actuaciones se refieren a la misma integración. En efecto, por el lado de las empresas tenemos: el grupo Mexalit como comprador y Nefibouw como vendedor, que conlleva a la integración, en ambos avisos, se reitera, de las sociedades de Eternit Atlántico S.A., Eternit Pacifico S.A. y Eternit Colombia S.A. con Colombit S.A. Por el lado del objeto, igualmente existe identidad: la venta de las acciones que Nefibouw posee en Colombit.

De otra parte, en lo referente al mercado relevante de la integración, también existe identidad, como quiera que el producto es el mismo -las cubiertas onduladas en fibrocemento-, en el mismo ámbito geográfico -el territorio nacional-.

3.2 Las eficiencias como desarrollo de la información de una integración

De acuerdo con el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, "el Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisiciones del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4° de la ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que pueden haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no pueden alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado".

En este contexto se tiene que la presentación de eficiencias y su consecuente valoración, constituye un desarrollo del trámite de información, que por lo mismo, no es susceptible de escindirlo del trámite al cual pertenece, como quiera que es una limitante para que el Superintendente objete una operación. En otras palabras, el presupuesto del que se parte, es el de la imposibilidad de objeción cuando se presentan los supuestos contenidos en la norma, que hacen palmario la necesidad de invocar tales supuestos durante la actuación normal de una información y no como un trámite independiente. Por ello y siendo la **demostración de eficiencias una situación, como se dijo, accesoria del trámite de información, su presentación con posterioridad a la decisión definitiva no tiene la capacidad de revivir el trámite a que alude el artículo 4° de la ley 155 de 1959, pues la oportunidad para invocar tales eficiencias se encuentra precluida, en el entendido que el trámite en que se analizó la operación, al que acceden las eficiencias, se encuentra ejecutoriado. Aceptar la tesis contraria conllevaría a que los interesados en la integración, bajo el manto de nuevas eficiencias, pudieran presentar la misma integración, cuantas veces lo desearan.**

3.3 Improcedencia de la actuación adelantada

Como conclusión de todo lo expuesto, y en la medida en que el aviso del 12 de diciembre de 2002, correspondía a una operación de integración respecto de la cual ya existía pronunciamiento en firme por parte de la Superintendencia, como expusieramos atrás, era improcedente volver a tramitar el aviso ya decidido, como una nueva operación.

"Por la cual se revoca una resolución"

Así las cosas, si bien la Superintendencia acierta en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003 cuando expresa que no debe pronunciarse sobre la integración como tal, en la medida en que considera que se trata de la misma operación, entre los mismos intervinientes y en el mismo mercado relevante, yerra cuando decide darle el trámite del artículo 4 de la ley 155, para pronunciarse sobre las eficiencias nuevas alegadas y concluir en una objeción, como si se tratara de una operación diferente, situación alejada de la realidad. Sencillamente, no podía haberse dado trámite cuando el asunto ya estaba decidido y, además, no estaba acreditado que los fundamentos de hecho o de derecho de la Resolución 14002 de 2002, confirmada por la Resolución 28828 del mismo año, hubieran desaparecido. Recuérdese que la norma en cita involucra el cumplimiento de un deber legal y no de un derecho de petición en interés particular que los interesados puedan activar a su voluntad.

Como corolario de lo expuesto y teniendo en cuenta que la Resolución 7390 de 2003 se profirió con base en un trámite que no debió adelantarse, según lo expuesto en los puntos anteriores, la Superintendencia procederá a declarar su revocatoria, como en efecto lo hará en la parte resolutive de la presente providencia.

QUINTO: Que no obstante lo expuesto en el considerando anterior, dada la importancia y complejidad del tema, esta Superintendencia entrará a analizar las razones esgrimidas por la recurrente en lo referente a las eficiencias.

5.1 Cláusula de eficiencia – consideraciones generales

De acuerdo con el 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 de control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4 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."

Para que esta cláusula pueda ser aplicada, es necesario que se dé estricto cumplimiento a todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a. La operación debe generar mejoras significativas en eficiencia;
- b. Dichas mejoras deben producir ahorros en costos;
- c. Los ahorros generados no pueden ser alcanzados por otros medios; y
- d. Se debe garantizar que no habrá reducción de la oferta.

5.2 Frente a las eficiencias aducidas

5.2.1 Racionalización en el uso de materia prima mediante el control de espesor de las placas onduladas.

De acuerdo con lo manifestado por los sujetos interesados²⁶, solamente por medio de la operación de integración se puede implementar en las plantas de Eternit el sistema de control de procesos que actualmente tiene Colombit en su planta.

El sistema de control de procesos de Colombit consiste en un seguimiento detallado al proceso de fabricación y se preocupa principalmente por optimizar el espesor de las láminas onduladas dentro

²⁶ Documento de radicación 02112607-0, folios 20-22.

"Por la cual se revoca una resolución"

de los estándares permitidos por la norma técnica colombiana²⁷. La optimización se realiza mediante el uso de equipos láser que se encargan de medir y reportar las especificaciones técnicas de los productos fabricados; estos equipos láser se encuentran conectados a computadores que permiten verificar en tiempo real el estado de la producción. Los computadores funcionan mediante un programa informático denominado MANASCO, cuyo desarrollo e implementación ha tomado más de dos años en Colombit y ha alcanzado un costo de US\$600.000. La utilización de este sistema de control de procesos le permitiría a Eternit reducir, dentro de lo permitido por la norma técnica, el espesor de las placas onduladas en fibrocemento y, en consecuencia, utilizar menos insumos para generar el mismo nivel de producto.

En la resolución cuya legalidad se cuestiona, la Superintendencia consideró que los ahorros anuales por este concepto ascenderían a \$100,4 millones, que corresponderían a la diferencia que se obtendría entre el espesor real promedio de las cubiertas de Eternit, frente al espesor nominal referenciado para cada perfil²⁸. Dado que como lo afirma la recurrente el cálculo de la eficiencia para las compañías de Eternit debe corresponder a la diferencia entre el espesor real promedio de las cubiertas onduladas de Eternit y el espesor real promedio alcanzado por los productos de Colombit al utilizar el sistema Manasco; se encuentra aceptable reconsiderar parte de los ahorros que se generarían como resultado de la implementación del control de procesos MANASCO en las plantas de Eternit, pues como pudo verificar el Despacho en las pruebas que reposan en el expediente²⁹, en los catálogos de Eternit no se hace referencia al espesor de los productos.

Así las cosas, la eficiencia que se deriva del control del espesor de las placas durante el proceso de producción para cada perfil en las plantas de Eternit, consiste en la diferencia entre el promedio real de los espesores para los productos de Eternit respecto de los de Colombit, como se refleja en la siguiente tabla:

Tabla 2. Promedio real de los espesores y variación porcentual de Eternit frente a Colombit, año 2002³⁰

TIPO PERFIL	Espesor efectivo (mm) NTC 160	Espesor nominal (mm)	EA	Diferencia (%)	EP	Diferencia (%)	EC	Diferencia (%)	C
PERFIL 3	3.0	4.0			3.77	-1,3%			3.81
PERFIL 5	4.5	5.0	5.15	7,4%					4.77
PERFIL 7	5.0	6.0	6.07	6,2%	6.09	6,5%	6.09	6,6%	5.69
PERFIL 10	5.5	6.0					5.95	2,6%	5.80

Fuente: Documento radicación 02112607-3, folio 3. EA: Eternit Atlántico; EP: Eternit Pacífico; EC: Eternit Colombiana; C: Colombit

Los ahorros anuales que se pueden alcanzar por el control de espesor de las placas onduladas de fibrocemento se calcularon para cada perfil. Así, por ejemplo, para el caso de perfil 7, se generaría un ahorro de \$12.711 por tonelada, que de acuerdo con una producción de 72.928t, generaría un

²⁷ Para el caso de las placas onduladas de fibrocemento se aplica la norma técnica colombiana NTC-160.

²⁸ Los cálculos efectuados por el Despacho para determinar el ahorro de costos por racionalización en el uso de materia prima, se basaron en lo expresado por los interesados en respuesta a la pregunta 1.1 del oficio número 02112607-1, relacionada con el espesor nominal, el cual se refiere, según la NTC 160, al espesor que debe estar de acuerdo con las especificaciones de los catálogos de los fabricantes.

²⁹ Expediente 0112607-0 folios 94, 198.

³⁰ La recurrente allegó relación del sistema de control de espesor de las líneas de producción de placas onduladas suscrito por el Director Técnico de Colombit y registros mensuales de control de espesor de Eternit, que le permitieron al Despacho comprobar que el espesor real de las placas onduladas de Eternit superaban el presentado por las cubiertas de Colombit. Documento de radicación 02112607-3, anexos 1, 2A, 2B y 2C, folios 24 a 109.

"Por la cual se revoca una resolución"

ahorro que ascendería a \$927 millones. Los ahorros para los demás perfiles se muestran en la siguiente tabla³¹:

Tabla 3. Ahorros anuales por control de espesor de placas onduladas en fibrocemento

	Producción anual Eternit (toneladas)	Ahorro / ton (\$)	Ahorro total (\$)
P-3	2.819	0	0
P-5	4.651	13.436	62.484.309
P-7	72.928	12.711	927.010.349
P-10	3.683	4.931	18.162.116
Ahorro bruto anual sin moldaje			1.007.656.774
Amortización de equipos			125.000.000
Ahorro total anual sin moldaje			\$ 882.656.774

Fuente: Documento 02112607-3, anexo 25, folios 1908-1912

El ahorro total por control de espesor de placas onduladas alcanza \$1.007,6 millones, del cual es necesario descontar por amortización de equipos \$125 millones³², llegando a un ahorro total anual de \$882,6 millones.

En conclusión, la implantación del sistema de control de procesos utilizado por Colombit en las plantas de Eternit, se puede considerar como una eficiencia, toda vez que le permite fabricar la misma cantidad de placas onduladas en fibrocemento con un menor espesor, lo que conlleva la reducción de utilización de materias primas y, por ende, un menor costo, cumpliendo con la norma técnica aplicable.

De otra parte, frente a lo expresado por la recurrente en relación con la forma como se fabrica el moldaje y, particularmente, a la remisión que indica que se debe hacer a la explicación suministrada desde el inicio de la actuación administrativa, acerca de las pruebas de las eficiencias que se conseguirían por este concepto³³, esta Superintendencia considera que de la documentación que aportaron los interesados en su etapa inicial y de la posterior respuesta al requerimiento de información, no se deduce necesariamente que esta línea de producción se beneficie igualmente del programa MANASCO. Lo anterior en razón a que como se aprecia en los folios 1909 a 1912 del documento radicado con el número 02112607-3 del 12 de febrero de 2003, no existe un soporte en el que se indique que los espesores de dichos moldajes fabricados por Eternit, difieren de aquellos fabricados por Colombit.

En efecto, en los cálculos de ahorro para moldaje realizados por la recurrente, se asume el mismo ahorro por tonelada (\$12.711) de la placa ondulada de perfil 7, sin que exista un sustento por parte de ella, en que se concluya que el ahorro efectivamente corresponde a ese valor, como si sucede para los demás perfiles. Por lo tanto, el concepto expresado por el Despacho de no considerar el ahorro por control de espesor en moldaje se mantiene, de acuerdo con lo expresado en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003, toda vez que como se dijo, la recurrente en ningún momento aclaró tal circunstancia.

En suma, el total del ahorro anual por racionalización de la materia prima mediante el control de espesor de las placas onduladas, ascendería a \$882'656.774, suma que será tenida en cuenta como

³¹ La disminución en el espesor de las cubiertas implica una reducción de igual magnitud en la cantidad de insumos empleada y, en consecuencia, una disminución equiproporcional en los costos de incorporación de materia prima en el proceso productivo. Documento 02112607-0, folio 21.

³² Según información allegada por la apoderada, documento de radicación 02112607-0, folio 21

³³ Documento 02112607-3, anexos 1, 2A, 2B y 2C, folios 24 a 109.

"Por la cual se revoca una resolución"

eficiencia que genera ahorro en costos que no pueden ser alcanzados por otros medios, y que no implican disminución de la oferta.

5.2.2 Ahorros administrativos

Dados los cuestionamientos presentados por la recurrente acerca de la forma como se llevó a cabo el cálculo de las posibles eficiencias en ahorros administrativos, el Despacho se permite aclarar que éstos se basaron en la información que fue aportada al expediente por los interesados.

En un principio la recurrente señaló al Despacho que *"la racionalización de la planta de Colombit permitiría alcanzar ahorros por \$1.007 millones. Este monto se deduce de la eliminación de cuatro cargos directivos: director administrativo y financiero y dos asesores. El monto en cuanto a salarios percibidos por los cargos a eliminar asciende a \$1.387 millones y se prevé \$300 millones por concepto de indemnizaciones. Por lo tanto, el ahorro neto por este concepto asciende a \$1.007 millones"*³⁴.

Con el propósito de verificar los ahorros administrativos señalados por la recurrente, se procedió a incluir dentro del requerimiento de información preguntas encaminadas a dicho objetivo³⁵. Una vez contestado el requerimiento, se procedió a confrontar la información suministrada, con la allegada en una primera instancia a este Despacho³⁶, encontrándose inconsistencias entre lo presentado en la notificación y la respuesta al requerimiento, lo cual también difiere de lo presentado por las interesadas en su recurso.

Evidencia de tales inconsistencias, se reflejan en el hecho que la recurrente señalaba en el aviso de la operación proyectada, la reducción de 23 personas del área comercial y de 4 personas del área administrativa de Colombit³⁷, mientras que en la respuesta al requerimiento de información, la reducción en el área comercial se haría ahora sobre 24 personas y en el área administrativa sobre 3 personas³⁸. Es de anotar que dentro de las personas sujetas a reestructuración en el área comercial, se incluyó por parte de la recurrente al Gerente de Sistemas Constructivos Livianos; sin embargo, este cargo no aparece dentro del área comercial relacionada³⁹, sino que hace parte del personal gerencial de Colombit y debe clasificarse dentro del área administrativa⁴⁰, como es señalado por el revisor fiscal.

Ahora bien, con base en la respuesta al requerimiento de información y la asignación de cargos por áreas expuesta por el revisor fiscal, se tendría que la operación generaría los siguientes ahorros administrativos:

³⁴ Documento 02112607-0, folio 26. En realidad ascenderían a \$1.087 millones y no a \$1.007 millones.

³⁵ Documento de radicación 02112607-1, folio 5. Pregunta 1.17: "Anexe un listado del personal total de Colombit perteneciente a la parte administrativa para los años 2001 y 2002, indicando lo devengado por cada uno, su ciudad de ubicación y discriminando según el rubro, certificado por el revisor fiscal de la sociedad". Y pregunta 1.18: "Diferencie de los dos apartados anteriores, el personal de Colombit sobre el cual se realizaría la racionalización de la planta actual tanto en la parte administrativa como en el área comercial, en caso de perfeccionarse la operación".

³⁶ Documento de radicación 02112607-3

³⁷ Documento de radicación 02112607-0, folio 25

³⁸ Documento de radicación 02112607-3, anexos 17A y 17B, folios 1780 a 1782

³⁹ Ibid. Anexo 16A, folio 1715

⁴⁰ Ibid. Anexo 16D, folio 1779

"Por la cual se revoca una resolución"

Tabla 4. Ahorros administrativos anuales calculados por la recurrente

COLOMBIT S.A.	DIRECTIVOS	SALARIO INTEGRAL(\$)*
JEAN HOROVYSKI	Director Administrativo y Financiero	189.600.000
LUZ MARINA RODRIGUEZ	Gerente de Logística y Operaciones	71.040.000
JOSE MANUEL MARTINEZ	Asistente de Gerencia General	219.600.000
T O T A L SALARIOS		480.240.000
Mas Aportes parafiscales de Ley		
Pensión	10,125%	48.624.300
Salud	8%	38.419.200
Riesgos profesionales	0,522%	2.506.853
SENA, ICBF, Caja de Compensación Familiar	9%	43.221.600
TOTAL SALARIOS MAS APORTES PARAFISCALES LEY	27,65%	613.011.953
	DIRECTIVOS	SALARIO*
Reestructuración	Personal Directivo	725.000.000
Total reestructuración administrativa calculada por la recurrente		\$ 1.338.011.953

*Valores en pesos colombianos. Fuente: Documento de radicación 02112607-3, anexo 17B

En cuanto a las cifras contenidas en la tabla arriba expuesta, el Despacho discrepa de algunas de las mismas, pues éstas presentan los siguientes reparos:

En primer lugar, el rubro referente a "Reestructuración Personal Directivo", que asciende a \$725 millones, aparece como una suma que no se encontraba contenida dentro de las mencionadas inicialmente por la recurrente y que al requerirse información adicional por parte del Despacho, simplemente fue incluida en la respuesta, sin proporcionarse explicación o justificación alguna que soportara su inclusión, lo que hace que dicho monto no puede ser considerado como ahorro administrativo para efectos de eficiencias de la operación proyectada.

En segundo lugar, los ahorros parafiscales fueron calculados por la recurrente sobre el total del salario integral, cuando en realidad el factor que debe tenerse en cuenta para la liquidación de dichos aportes, corresponde al 70% del salario integral⁴¹.

Teniendo en cuenta las inconsistencias y reparos mencionados, el Despacho considera que los ahorros administrativos anuales, como resultado de la operación, ascenderían a \$603,6 millones, como se puede apreciar en la siguiente tabla:

Tabla 5. Ahorros administrativos anuales (Cálculos SIC)

COLOMBIT S.A.	DIRECTIVOS	SALARIO INTEGRAL (\$)
JEAN HOROVYSKI	Director Administrativo y Financiero	189.600.000
LUZ MARINA RODRIGUEZ	Gerente de Logística y Operaciones	71.040.000
JOSE MANUEL MARTINEZ	Asistente de Gerencia General	219.600.000
MAURICIO VILLEGAS	Gerente de Sistemas Constructivos Livianos	122.724.000
a. T O T A L SALARIOS		602.964.000
BASE GRAVABLE PARA CALCULAR LOS APORTES PARAFISCALES (\$)		422.074.800
Mas Aportes parafiscales de Ley		
Pensión	10,125%	42.735.074
Salud	8%	33.765.984
Riesgos profesionales	0,522%	2.203.230
SENA, ICBF, Caja de Compensación Familiar	9%	37.986.732

⁴¹ Ley 789 de 2002. Artículo 49. Base para el cálculo de los aportes parafiscales. Interpretase con autoridad el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 y se entiende que la base para efectuar los aportes parafiscales es el setenta por ciento (70%). Ver también: Sentencia C-988/99 del Senado de la República: "SALARIO INTEGRAL-Exento de factor prestacional: (...) sólo el 70% de éste [salario integral] tiene carácter salarial, y por lo tanto, sólo sobre ésta parte puede determinarse el aporte al SENA, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, así como el cálculo de la base de cotización al sistema de pensiones".

"Por la cual se revoca una resolución"

b. TOTAL PAGOS PARAFISCALES (\$)	\$ 116.691.020
c. TOTAL SALARIOS MAS APORTES PARAFISCALES LEY (a+b) (\$)	\$ 719.655.020
d. Menos indemnizaciones (\$)	\$ 116.032.157
TOTAL AHORROS ADMINISTRATIVOS ANUALES (a+b-d) (\$)	\$ 603.622.863

Fuente: Documento de radicación 02112607-3, anexo 17B. Cálculos SIC

En consecuencia, el Despacho confirma lo expresado en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003, en relación con el monto de los ahorros administrativos, los cuales ascienden a \$603'622.863 anuales, suma que será tomada en cuenta como eficiencias que genera ahorros en costos, que no pueden ser alcanzados por otros medios y que no implican una disminución de la oferta.

5.2.3 Producción AC por NT

El recurso de reposición interpuesto cuestiona en este punto la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003, con base en los siguientes tres argumentos: I) La política de la Unión Europea acerca de los efectos para la salud humana y el uso controlado del asbesto, punto dentro del cual la recurrente presenta algunas consideraciones acerca de qué es el asbesto, los casos en los que éste puede afectar la salud humana y los casos en los que no la afecta y los países en los cuales su uso es permitido; II) Las razones por las cuales la política empresarial de la matriz impedirían a Colombit continuar produciendo bajo la técnica AC; y III) Una comparación de la calidad de los productos bajo la tecnología AC y NT, en la que se concluye que independientemente de la materia prima que se emplee en su fabricación, ambos productos cumplen con los parámetros fijados por las respectivas normas técnicas, razón por la cual no resulta oportuno calificar su calidad para efectos del presente proceso.

Si bien es cierto que tanto los productos AC y NT cumplen con los parámetros de calidad fijados por las normas técnicas colombianas, y que las políticas sanitarias que rigen en otros países no son iguales a las colombianas, lo cierto en este punto es que **el argumento central por el cual en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003 se decidió no admitir como eficiencia el uso de tecnología AC en lugar de NT, obedeció a que la decisión de producir bajo una u otra tecnología, se origina, según lo expresado por la propia recurrente, en una decisión de política empresarial, cuyo cambio permitiría alcanzar el mismo efecto pretendido con la integración.**

Según el recurso interpuesto, pretender un cambio en la política empresarial de Colombit, *"no se compadece con la realidad organizacional de las compañías dependientes o subordinadas, cuyas actuaciones deben supeditarse a las decisiones y políticas de sus matrices, quienes ejercen poder dominante sobre ella."* En razón a lo anterior, concluye la recurrente, que *"[d]ado que en el caso concreto, la posibilidad de producir bajo la técnica AC no constituye una política de la compañía colombiana involucrada en el proceso de producción, susceptible de ser modificada en cualquier momento como lo pretende la SIC, sino que corresponde a la decisión de su matriz del exterior, compañía que ni siquiera se encuentra sujeta a las regulaciones o prácticas colombianas, y sobre la cual no tiene injerencia alguna, es evidente que Colombit se encuentra en absoluta imposibilidad de utilizar AC mientras pertenezca al grupo que ha fijado tal directriz.. Así, única y exclusivamente cambiando de dueño la compañía Colombit podría producir con AC y con ello obtener importantes ahorros en costos que se encuentran determinados de manera fehaciente dentro de la actuación administrativa"*.

Si bien esta Superintendencia no desconoce la influencia que las empresas matrices ejercen sobre sus empresas subordinadas, lo cierto es que las decisiones de política empresarial que toman las sociedades que operan en Colombia, son adoptadas por sus órganos directivos y administrativos (asambleas de accionistas, juntas de socios, juntas directivas y/o representantes legales), estando dichos órganos y personas sujetos al cumplimiento de las disposiciones estatutarias y al marco legal colombiano. Así las cosas, independientemente de si una sociedad es de propiedad de

"Por la cual se revoca una resolución"

inversionistas extranjeros, o si lo es de nacionales, las decisiones que a su interior se adopten, así provengan de matrices extranjeras, generan en la sociedad subordinada (la cual de todas formas es una persona jurídica independiente de sus socios o accionistas) unas consecuencias al exterior de la misma, que deben ser evaluadas con base en los principios del ordenamiento jurídico colombiano, para este caso, con base en el régimen de competencia económica.

No se quiere decir con lo acá expuesto que adoptar una u otra tecnología sea ilegal, lo que se afirma es que una decisión o política empresarial interna de una compañía, no escapa al espectro de las normas de competencia, pues dichas normas prevén que el Estado colombiano debe analizar si con la integración proyectada se generan **"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"**(Art. 51 del Decreto 2153 de 1992. - Negrillas fuera del texto.)

En el presente caso se tiene que **las mejoras en eficiencias**, que argumentan los interesados que se presentarían como consecuencia de producir bajo la tecnología AC en lugar de la NT, **provienen justamente de la selección de una tecnología determinada (AC) y no de una operación de integración**. Así las cosas, si bien la integración sería una forma para generar un cambio en la decisión o política empresarial de producir bajo una tecnología que reporte eficiencias que resulten en ahorro de costos, lo cierto es que esos mismos ahorros se pueden conseguir mediante un cambio en las políticas empresariales de la actual matriz de Colombit, por lo cual el supuesto contemplado en la ley, consistente en que las mejoras significativas en eficiencia no puedan alcanzarse por otros medios, en este caso no se cumple, máxime si se tiene en cuenta que Colombit está en capacidad de producir con las dos tecnologías, como efectivamente lo viene haciendo.

En consecuencia, el argumento de la influencia que ejerce la matriz en la sociedad Colombit no resulta satisfactorio, pues para la matriz no se presenta una imposibilidad para cambiar sus políticas empresariales, sino una decisión libre y autónoma de cambiarlas o no cambiarlas, habiendo, aparentemente elegido, no hacerlo.

Por lo anterior, la decisión adoptada en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003 de no tener como eficiencia el pretendido cambio en la política empresarial de Colombit de producir con tecnología AC se confirma, pues dicha eficiencia podría ser alcanzada mediante un cambio en las políticas empresariales de la actual matriz de Colombit, por lo cual, no se cumple el supuesto de ley de no poderse alcanzar las eficiencias por medios distintos al de la integración.

5.2.4 Ahorros por adquisición de materia prima

- Ahorros por adquisición de asbesto importado

Atendiendo los argumentos expuestos por la recurrente, el Despacho procedió a recalcular el ahorro que se generaría por la compra de asbesto importado por parte de las interesadas, teniendo como fuente la información allegada por las propias interesadas al expediente. Para tal fin, se consideró que las compras de asbesto importado de Colombit se harían a precios más competitivos, en razón a que no solamente estarían adquiriendo esta materia prima a un precio más bajo (el obtenido por Eternit en el extranjero), sino que además Colombit se beneficiarían de los descuentos por compras en volumen que serían otorgados por el proveedor internacional.

Partiendo de los datos allegados al expediente, en cuanto a la estructura de costos para cada una de las sociedades intervinientes en la operación⁴², se comprueba la cantidad de kilogramos de

⁴² Documento 02112607-3, Anexo 7A, folios 945 a 952.

"Por la cual se revoca una resolución"

asbesto requerida por Eternit y Colombit, para fabricar una tonelada de producto final de cada uno de los perfiles. Según el volumen de producción de cada perfil para el año 2002, el volumen requerido de asbesto corresponde a 7,299t para Eternit y 3,883t para Colombit, como puede verse en la siguiente tabla:

Tabla 6. Asbesto utilizado en el proceso productivo sociedades involucradas, 2002

Concepto	Eternit Atlántico	Eternit Colombiana	Eternit Pacifico	Total Eternit	Colombit	Total E+C
Asbesto kgs/ton P7 (1)	81,6	90,3	86,0		70,7	
Producción actual (toneladas) (2)	15.825,0	26.065,0	31.038,0		46.687,0	
Total asbesto utilizado P7	1.291,3	2.353,7	2.669,3	6.314,3	3.298,6	9.612,8
Asbesto kgs/ton P3 (1)			106,0		76,5	
Producción actual (toneladas) (2)			2.819,0		881,9	
Total asbesto utilizado P3			298,8	298,8	67,4	366,2
Asbesto kgs/ton P5 (1)	80,4				73,7	
Producción actual (toneladas) (2)	4.650,0				4.101,7	
Total asbesto utilizado P5	373,9			373,9	302,4	676,3
Asbesto kgs/ton P10 (1)		84,6			84,6	
Producción actual (toneladas) (2)		3.683,0			2.542	
Total asbesto utilizado P10		311,6		311,6	215,1	526,6
Total asbesto utilizado	1.665	2.665	2.968	7.299	3.883	11.182

(1) Kilogramos necesarios de asbesto para fabricar una tonelada de producto final. Documento 02112607-3, folios 945 a 952

(2) Toneladas de producción año 2002. Documento 02112607-0, folio 28 y 02112607-3, anexo 20

Se señala por la recurrente, que Colombit adoptará el sistema de compras de asbesto de Eternit, lo que implicará que el 50% del volumen de asbesto adquirido, sea abastecido por mercados internacionales, y el otro 50% por mercados nacionales⁴³. Por ello, es sobre este aspecto presentado y sustentado a lo largo del trámite por las interesadas, sobre el cual ha de pronunciarse el Despacho⁴⁴.

Bajo esta perspectiva, la eficiencia recaería en el descuento obtenido por parte de Colombit por concepto de adquisición de materia prima, el cual sería proporcionalmente equivalente al otorgado a Eternit por parte del proveedor internacional. Este descuento sería aún mayor al comprar un volumen más alto de asbesto después de la integración propuesta⁴⁵.

Atendiendo lo antes mencionado, Colombit requeriría importar 1942t de asbesto, asumiendo que el 100% de la producción se realizaría bajo el proceso AC. Calculando el precio promedio ponderado del asbesto importado (\$/ton) y aplicando el descuento equiproporcional para cada una de las empresas que sería otorgado por su proveedor internacional⁴⁶, los ahorros anuales ascenderían a un total de \$316'272.220, suma que será tomada en cuenta como eficiencias que genera ahorros en costos, que no pueden ser alcanzados por otros medios y que no implican disminución de la oferta.

⁴³ Documento 02112607-0, folio 30. Por lo tanto, las necesidades de asbesto importado anuales serían 1942t.

⁴⁴ Asumir los ahorros en costos por adquisición de materia prima, asumiendo que todo el asbesto va a ser importado, es incongruente con lo planteado por la recurrente a lo largo de toda la presentación del caso que nos ocupa.

⁴⁵ Documento 02112607-10, Anexo 5, folio 90. Cabe señalar que el proveedor internacional ofrece un grado de asbesto distinto al del proveedor nacional, por lo que el asbesto importado es más costoso que el asbesto nacional.

⁴⁶ De acuerdo con lo allegado por la recurrente, el proveedor internacional otorgaría un descuento de 4% si se incrementan las compras del grupo en 5.000 toneladas y el cual sería equiproporcional para un volumen menor. Atendiendo las necesidades de asbesto importado por Colombit de 1.942t, se obtendría un descuento equivalente a 1,5536%, descuento que fue aplicado al precio de importación de cada una de las sociedades de Eternit; para Colombit se partió de un precio promedio ponderado de \$1.103.793/ton, que con el descuento desciende a \$1.086.777.

"Por la cual se revoca una resolución"

Tabla 7. Cálculo del ahorro anual por descuento de asbesto importado

	Eternit Atlántico	Eternit Pacífico	Eternit Colombiana	Colombit (1)
a. Toneladas necesarias de asbesto importado anual	833	1.333	1.484	1.942
b. Precio compra sin integración (\$/ton)	1.073.394	1.075.048	1.145.763	1.217.441
c. Costo total sin integración (a*b) (\$)	893.697.110	1.432.636.540	1.700.359.268	2.363.935.288
d. Precio de compra con integración (\$/ton)	1.056.718	1.058.346	1.127.962	1.086.777
e. Costo total con integración (a*d) (\$)	879.812.632	1.410.379.098	1.673.942.487	2.110.221.769
f. Ahorros anuales por compra de asbesto importado (e-c) (\$)	13.884.478	22.257.441	26.416.782	253.713.519
g. Ahorro total anual escenario integración (\$)				\$ 316.272.220

Fuente: Cálculos SIC según información aportada por la recurrente

- Adquisición de asbesto nacional

Argumenta la recurrente que la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003 incurre en inequidades y sanciones contra la industria nacional, al reconocer eficiencias frente a la adquisición de materia prima importada y no reconocerlas frente a la adquisición de materia prima de origen nacional.

En este punto el Despacho considera que el recurso confunde en forma desafortunada las razones por las cuales se determinó que podían existir eficiencias como consecuencia de la adquisición de materia prima en el extranjero, y las razones por las cuales determinó que tales eficiencias no se desprendían de la sustentación expuesta por los interesados a lo largo del trámite.

En efecto, según se aprecia en la resolución recurrida, frente al punto de eficiencias generadas por la adquisición de materias primas importadas, la Superintendencia reconoció (y ahora también lo reconoce en el recálculo efectuado en el numeral anterior), que la operación proyectada genera eficiencias que no pueden ser alcanzadas por otros medios, es decir, las cifras aportadas al expediente permitieron llegar a tal conclusión. No sucede lo mismo con la adquisición de materia prima nacional, pues según se sustentó en la resolución recurrida con base en los documentos que obran en el expediente, la eficiencia que se generaría con la integración, no surge primordialmente de un análisis de cifras, sino que encuentra su causa en el cambio en las políticas empresariales de Colombit⁴⁷, como consecuencia del cambio en sus propietarios.

Así las cosas, mientras que frente a la adquisición de materias primas importadas se admite que existen eficiencias que no pueden ser alcanzadas por otros medios, en el caso de la adquisición de materias primas nacionales, las eficiencias que se generarían con la integración no se reconocen, pues dado que la decisión de no utilizar como materia prima asbesto nacional surge de una política empresarial, la integración no es el único medio para obtener tales eficiencias, toda vez que existe como alternativa la posibilidad de modificar la política empresarial actual, obteniendo de esta forma eficiencias que resultan en ahorros significativos.

Es de anotar que el recurso interpuesto, confirma que la decisión de Colombit de no adquirir asbesto en los mercados nacionales, corresponde a una política empresarial del Grupo ETEX, y no a una imposibilidad de hacerlo. En tal sentido, en el recurso que acá se resuelve se manifiesta:

"[D]ebe reiterarse que la prohibición de adquirir asbesto, cualquiera que sea su origen no constituye una política de la compañía colombiana Colombit S.A. y por tanto no puede ser modificada por ella,

⁴⁷ De acuerdo a las razones expresadas por la recurrente, Minera Las Brisas según políticas de Colombit, se calificó como un proveedor inseguro descalificándolo como eventual proveedor. Las razones aducidas para ello fueron el cierre prolongado de 18 meses entre 1992 y 1993, después de un ataque a sus instalaciones por parte de la guerrilla, y la imposibilidad de despachar asbesto por un lapso de 5 meses (enero a mayo de 1999), debido a que la guerrilla prohibió sacar material hasta tanto no se negociara la liberación del gerente y subgerente de Minera Las Brisas, quienes habían sido secuestrados en agosto y en diciembre de 1998 respectivamente, según lo expresado en carta enviada al Ministerio de Minas y Energía el 3 de marzo del año 2000. Documento de radicación 02112607-3, folio 8 y 1699.

"Por la cual se revoca una resolución"

como lo plantea la SIC, sino que corresponde a la decisión de su matriz del exterior sobre la cual no tiene ingerencia alguna, de manera que sólo a través de la integración Colombit tendría la posibilidad de producir con AC y con ello obtener importantes ahorros en costos que se encuentran determinados de manera fehaciente dentro de la actuación administrativa.

"En otras palabras, seguir perteneciendo Colombit al grupo ETEX, implica sobrecostos que han sido demostrados a la SIC, existiendo como única alternativa el cambio de dueño, pues en tal evento estaría en posibilidad de producir con asbesto, obteniendo así significativos ahorros en la producción y con ello una mejora sustancial en el resultado de la compañía".

Con base en lo anterior, se reitera lo ya manifestado en el punto 5.2.3 respecto a la improcedencia de considerar como eficiencias las decisiones en torno a política empresarial, pues como ya se expresó, si bien la integración sería una forma para generar un cambio en la decisión o política empresarial de producir bajo una tecnología, y con ello adquirir materia prima nacional en lugar de la importada, lo cierto es que esos mismos ahorros se pueden conseguir mediante un cambio en las políticas empresariales de la actual matriz de Colombit, por lo cual el supuesto contemplado en la ley, consistente en que las mejoras significativas en eficiencia no puedan alcanzarse por otros medios, en este caso no se cumple, con lo cual se confirma la conclusión a la que en este punto se arribó en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003.

5.2.5 Cuadro Resumen

Tabla 8. Ahorros en costos anuales considerados por el Despacho

Proceso	Beneficios totales al año según recurrente (\$ (1))	A: No considerados como eficiencias	B: No explicados por las interesadas	A+B	Eficiencias reconocidas por la SIC
1. Racionalización en el uso de la materia prima:	2.020.636.485	125.000.000	77.372.154	202.372.154	1.618.264.331
1.1 Control de espesor de las placas onduladas	1.085.028.928	125.000.000	77.372.154	202.372.154	882.656.774
1.2. Aumento de niveles de uso de carbonato de calcio *	935.607.557	-	-	-	935.607.557
2. Ahorros comerciales **	1.087.293.199				1.087.293.199
3. Ahorros administrativos **	1.378.633.300	50.010.437	725.000.000	775.010.437	603.622.863
4. Producción de AC por NI	4.725.628.303	4.725.628.303		4.725.628.303	
5. Adquisición de materia prima:	1.903.789.320	1.587.517.100		1.587.517.100	316.272.220
5.1. Importada	500.289.613	184.017.393	-	184.017.393	316.272.220
5.2. Nacional	1.403.499.707	1.403.499.707	-	1.403.499.707	-
6. Ahorro en fletes:	2.723.616.378				2.723.616.378
Eficiencias Totales anuales	13.839.596.985	6.488.155.840	802.372.154	7.290.527.994	6.549.068.991
Porcentaje del total	100%	46,9%	5,8%	52,7%	47,3%

(1) Según recurso de reposición contra la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003, documento de radicación 02112607-10, folio

* Eficiencias consideradas en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003 por parte de este Despacho

** Las indemnizaciones que deben descontarse ascienden a \$116.032.157.

Fuente: Cálculos SIC

5.3 Evaluación de la significatividad de las eficiencias reconocidas en la operación propuesta

5.3.1 Consideraciones previas

Según la recurrente, el estudio de significatividad que realizó la Superintendencia en la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003, resulta del todo equivocado, pues al haberse analizado si la integración proyectada generaba beneficios significativos o perjuicios para los consumidores y el mercado en general, la Superintendencia habría desbordado el marco de la ley, al introducir factores que no estaban contenidos en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992. Al respecto, en sus apartes relevantes, la recurrente expone lo siguiente:

"Por la cual se revoca una resolución"

"... Del tenor de la norma [artículo 51 del Decreto 2153 de 1992] se desprende que el Superintendente no puede objetar la integración de empresas cuando los interesados demuestren que:

- Puede representar mejoras eficiencias significativas que se traduzcan en "ahorro de costos"
- Que no puede alcanzarse por otros medios y
- Que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado.

"Si bien en la práctica estas eficiencias se traducen en beneficios para los consumidores y el mercado en general, habida cuenta de los ahorros en costos que se lograría, como podrá observar su despacho, la norma de excepción no consagra este requisito, ni mucho menos la proporción del mismo versus las eficiencias que pueden lograr las compañías involucradas en el proceso de integración."

"Al ser claro entonces el sentido de la norma, no se debe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Código Civil, pues entrándose de una norma de excepción, se impone su aplicación e interpretación restrictiva. (...) Al amparo de lo anterior, resulta manifiestamente contrario a la ley que la SIC pretenda crear y exigir condicionamientos que no fueron consagrados por el legislador y lo que es peor, que con absoluta discrecionalidad desestime las eficiencias demostradas por considerarlas como no equivalentes al beneficio del consumidor o del mercado, aplicando para ello criterios de medición que no existen en la ley y que en el caso concreto son errados." (Negrillas y subrayado fuera del texto.)

La Superintendencia discrepa de las conclusiones y fundamentos expuestos por la recurrente, según los cuales, la significatividad de las eficiencias, debe ser analizada exclusivamente con base en los ahorros en costos que reporte la operación proyectada para las empresas en ella interesadas, dejando de lado los posibles beneficios o perjuicios que la misma operación genere para los consumidores y el mercado.

Por regla general, los procesos de integración confluyen en una restricción en la competencia, en la medida en que por definición, el número de oferentes que participan en el mercado se reduce⁴⁸. Así mismo, por regla general, las operaciones de integración suelen repercutir en un ahorro de costos para las empresas que en ella participan⁴⁹, e incluso, puede decirse que la búsqueda de sinergias, representadas en ahorro de costos, es quizá la motivación más frecuente que tienen las empresas que optan por este tipo de estrategias.

Como consecuencia de lo anterior, si se aceptara el análisis propuesto por la recurrente, según el cual los efectos sobre el mercado no se deben tener en cuenta al analizar las eficiencias derivadas de una operación, la conclusión necesaria a la que se llegaría, consistiría en que todas las

⁴⁸ Sobre este aspecto particular se ha dicho "Las concentraciones horizontales son aquéllas en las cuales las empresas que participan en la operación de adquisición, fusión o unión empresarial son competidoras del mismo producto. (...). Así, una fusión o adquisición horizontal implica una modificación inmediata de la estructura de la industria en la que se produzca, ya que dos o más empresas que antes eran competidoras pasan a convertirse como consecuencia de esta operación en una sola entidad con mayor participación relativa en un mercado cuya concentración económica aumenta". "El control previo de las concentraciones y fusiones y la defensa de la competencia en los mercados". Ver: <http://www.mecan.gov.ar/cndc/docu2b.htm>

⁴⁹ "La agrupación de las actividades de varias empresas permite realizar sinergias en numerosos ámbitos, como, por ejemplo, en la investigación y desarrollo de nuevos productos, o proceder a reestructuraciones que reducirán los costos de producción o distribución de la nueva empresa. (...)." Tomado de "Apuntes sobre el control de Integraciones desde el punto de vista de defensa de la competencia". Primera Edición de la Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia, diciembre 3 de 2002, pág. 2.

"Por la cual se revoca una resolución"

integraciones que sean presentadas a la Superintendencia estarían dentro de los supuestos establecidos en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, pues, como se dijo, por regla general, los procesos de integración empresarial resultan en ahorros de costos para sus intervinientes. Bajo esta perspectiva, la inclusión del citado artículo 51 en el régimen de competencia carecería de sentido, toda vez que lo que en la norma se contempla como una causal extraordinaria de no objeción, pasaría a convertirse en la regla general, que permitiría la integración de empresas en prácticamente todos los casos.

Ahora bien, en cuanto al análisis que del texto literal del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 presenta la recurrente, cabe anotar que si bien la Superintendencia no desconoce el alcance que tiene en la interpretación de las normas jurídicas el artículo 27 del Código Civil, no es menos cierto que este precepto debe aplicarse en armonía con el principio general de derecho, conforme al cual, cuando el legislador no establece diferencias, no le es dable al interprete hacerlo.

Así las cosas, dado que el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 no especifica que las mejoras significativas en eficiencia se prediquen únicamente de las empresas que participan en la operación, y que por el contrario, es natural y racionalmente factible que una integración genere eficiencias o perjuicios para el entorno económico en que se desarrolla, **no es correcto introducir diferenciaciones al texto del artículo, para excluir del mismo los análisis de eficiencias y de posibles ahorros de costos para el mercado y los consumidores**, pues se reitera, **tal exclusión no fue efectuada por el propio legislador**. De haberlo querido así, no se habría referido a mejoras significativas en eficiencia, como lo hizo en la norma, sino que directamente habría aludido a un ahorro de costos significativos, para referirse al generado en las empresas.

Por lo demás, una interpretación como la propuesta y realizada por la Superintendencia, en la que se integran los beneficios que la operación genera para sus interesados, con los efectos que la misma operación podría llegar a reportar para el consumidor y para el mercado en general, guarda armonía con el régimen de competencia consagrado por el ordenamiento jurídico colombiano, así como con los principios de interpretación de la ley, pues debe recordarse que el artículo 30 del Código Civil, establece que *"[e]l contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía."* Bajo esta perspectiva, el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, no debe tomarse aisladamente del resto de normas que regulan el tema de la competencia económica, sino que debe integrarse con ellas, de tal forma que contribuya a realizar y no a contradecir, los principios, finalidades y objetivos que dicho régimen contempla.

Así las cosas, tanto para la Ley 155 de 1959, como para el Decreto 2153 de 1992, el tema de la promoción de la competencia y con ella, la preocupación por evitar conductas o situaciones que afecten el bienestar de los consumidores y del mercado en general, no son aspectos accidentales o cuya importancia aparezca sólo en forma indirecta, pues por el contrario, resultan ser en buena medida el fundamento de todo el régimen. Para confirmar lo anterior, basta con leer el numeral 1° del artículo 2° del Decreto 2153 de 1992, en el que se determina que la intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio frente a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, tiene por objeto, entre otras, alcanzar 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.

Lo señalado en el párrafo precedente no es mas que un desarrollo del Ordenamiento Superior, en el que se otorga a la libre competencia económica la categoría de derecho e interés de carácter

"Por la cual se revoca una resolución"

colectivo⁵⁰, estableciendo, a su vez, el deber para el Estado de velar porque dicha libertad no se restrinja u obstruya⁵¹. Es por ello que en el control previo de integraciones, no puede sobreponerse el interés particular de las empresas, al interés general del mercado, haciéndose imperiosa la necesidad de establecer la "significatividad" de las eficiencias, frente al mercado específico en que se estaría llevando a cabo el respectivo proceso.

En esta perspectiva, resulta útil recordar lo enseñado por la H. Corte Constitucional acerca de las finalidades del régimen de competencia, los beneficios que reporta para el mercado y para el consumidor, así como sobre la necesidad de interpretar las disposiciones que lo componen en forma sistemática. Al respecto la H. Corte ha dicho:

"Corresponde a la ley, sin perjuicio de la facultad de reservar ciertos servicios o actividades económicas en cabeza del Estado, promover la existencia de mercados organizados y competitivos. La promoción de mercados que reúnan estas características, resulta esencial para el despliegue de la libertad económica y para el cabal ejercicio de los derechos de los consumidores. Desde otro punto de vista, el mercado como institución social debe ser garantizado por el Estado, puesto que su anulación o la radical transformación de su función por parte de éste, arriesgaría con eliminar uno de los ejes del sistema económico diseñado por el Constituyente que, además, sirve de soporte a valiosos derechos constitucionales.

"... De otro lado, la justificación de la ganancia empresarial en buena parte reposa en su consecución en un mercado competitivo, en el que se dan cita distintos operadores que luchan entre sí en precio, cantidad y calidad, para satisfacer a los consumidores que, igualmente, perderían si esa sana emulación es detenida o interferida caprichosamente por factores ajenos a los partícipes.

Así como el Estado debe combatir el abuso de las posiciones dominantes que desvirtúan la esencia del mercado y la conformación de monopolios y asociaciones que, apelando a arreglos artificiales, interfieren en la genuina formación de los precios, también debe abstenerse de injerir en él de manera unilateral y arbitraria, lo que no significa que se abstenga de intervenir activamente en la dirección de la economía. (...) [L]a lucha entre los empresarios debe desenvolverse en la arena económica y llevarse a cabo buscando mejoras permanentes en la eficiencia"⁵².

La prevalencia del bienestar general sobre el interés particular que pregonan nuestro ordenamiento, y que sirve de referencia para considerar las eficiencias de una operación frente al mercado y no exclusivamente sobre las empresas intervinientes, es el mismo que se tiene en cuenta por las distintas autoridades de competencia en el mundo. Así, por ejemplo, está establecido en el derecho comunitario europeo, en la regulación norteamericana y en la ley canadiense sobre competencia, entre otros⁵³. De modo, pues, que la interpretación del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992,

⁵⁰ Ver artículo 88 ibidem.

⁵¹ Ver artículo 333 ibidem

⁵² Sentencia C-183/98. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ. Bogotá, D.C., mayo 6 de 1998.

⁵³ Para el caso de la Unión Europea ver: Reglamento No. 4064/89, con las modificaciones introducidas por el reglamento (CE) No. 1310 de 1997, artículo 2; para Estados Unidos ver: Horizontal Merger Guidelines, Section 4: "On Efficiencies". Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, april 8, 1997; para el caso canadiense ver: Competition Act, R.S. 1985, c. C-34, PART VIII Matters Reviewable by Tribunal, art. 96; para el caso del Reino Unido ver: Enterprise Act 2002, Part 3: Mergers.

"Por la cual se revoca una resolución"

presenta el mismo direccionamiento que los criterios y finalidades reconocidas por las entidades homólogas de otros países⁵⁴.

En la perspectiva señalada, se puede decir que contrario a lo afirmado por la recurrente, el tema de las eficiencias que genera la integración y con éste, el de la significatividad de las mismas, no son aspectos que se limiten a establecer y cuantificar ahorros al interior de las empresas, sino que por el contrario, su estudio debe incluir los efectos que la integración proyectada reporte al consumidor y al mercado en general, pues si éstos no son significativos, es decir si no *"tiene[n] importancia por representar o significar"*⁵⁵ algo⁵⁶, la integración debe ser objetada.

Basado en lo anterior, podemos establecer que la consideración de las eficiencias en función del mercado corresponde a la aplicación misma de la norma. No se trata, entonces, de la interpretación extensiva o analógica de un precepto restrictivo, como lo da a entender la impugnante, pues ha sido la misma disposición, la que ha previsto los lineamientos que definen su operancia.

Así las cosas y una vez determinado el alcance que debe tener el análisis de significatividad y los aspectos que éste comprende, procede la Superintendencia a estudiar si las eficiencias que se han reconocido, compensan los efectos adversos que podrían derivarse para el mercado, como consecuencia de la operación específica que se pretende llevar a cabo.

5.3.2 Ausencia de significatividad de las eficiencias

Para que se cumpla con la excepción prevista en la norma, el Despacho considera que las eficiencias reconocidas como resultado de la operación, deben ser suficientes para anular el probable daño a los consumidores y a la competencia económica en el mercado relevante. Así, entre

⁵⁴ En general, las agencias reguladoras de antimonopolio en el mundo consideran que la existencia de mejoras en eficiencia no hacen que opere de manera absoluta la excepción de eficiencia, en la medida que las mismas deben ser de tal magnitud que resulten aptas para compensar los efectos anticompetitivos de la operación de integración.

Sobre el particular, la Comisión Europea de Competencia ha considerado que: *"Hay un límite claro para la excepción de eficiencia: la eliminación de la competencia, ya que incluso si las partes pueden probar que la operación puede traer grandes beneficios en la eficiencia, estos no pueden justificar una eliminación de la competencia. (...) Todo acuerdo que genere restricciones en la competencia deberá demostrar los beneficios en eficiencia en directa proporción al grado de restricción a la competencia"*. Ver: Efficiency claims in mergers and others Horizontal Agreements OCDE/GD(96)65, Contributions by European Commission. Competition Policy Roundtable No. 4.

Por su parte, la agencia de competencia canadiense evalúa las ganancias totales de eficiencia que no podrían ser alcanzadas si la operación no se lleva a cabo frente a los efectos de disminución de la competencia que se generarían con la operación propuesta. El enfoque de la evaluación de la magnitud de estos efectos anticompetitivos, se realiza sobre la pérdida total probable en que incurrirán los compradores o consumidores, que no representa simplemente la transferencia de una parte a la otra, sino que constituye una pérdida a la economía como un todo, atribuible a la desviación de recursos a usos de menor valor. La sección 96(1) de su ley de competencia, consagra una estructura de sustitución, en la cual las ganancias en eficiencia que son probables a ocurrir en la economía canadiense son contrastadas con los efectos anticompetitivos que probablemente resultarán de la operación propuesta. Ver: Merger Enforcement Guidelines, Competition Bureau, Government of Canada. March 1991, pag. 5 y 47.

Finalmente, las autoridades norteamericanas señalan que: *"Bajo la ley de competencia, la excepción de eficiencia no está reconocida como una excepción absoluta para autorizar una concentración anticompetitiva, aún cuando constituye un factor que en algunas circunstancias puede ser analizado para la determinación de los efectos netos de la competencia"*. Ver: Efficiency claims in mergers and others Horizontal Agreements OCDE/GD(96)65, Contributions by United States. Competition Policy Roundtable No. 4.

⁵⁵ Real academia de la Lengua. Diccionario 2001 – Internet. www.rae.es. Significar: Representar, valer, tener importancia.

⁵⁶ Ibidem. Significativo.

"Por la cual se revoca una resolución"

mayores sean los efectos potenciales adversos sobre la competencia como resultado de una operación, mayores deben ser las eficiencias reconocidas derivadas de la misma, para poder concluir que son significativas, y que por lo tanto, se trate de un caso que se encuentre enmarcado dentro de la cláusula del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

Conforme a lo evaluado por esta Superintendencia, del total de beneficios planteados por la operación, que de acuerdo a la información allegada por la recurrente ascienden a \$13.840 millones anuales, el 53% de ellos no cumplen con los supuestos previstos por el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, por las razones ya explicadas en el presente escrito.

Los beneficios que cumplen con los supuestos previstos en la excepción de eficiencia antes citada, ascienden a \$6.549 millones anuales, siendo por tanto esta la cifra que corresponde a ahorros en costos que no pueden ser alcanzados por otros medios distintos de la operación propuesta y que no implican disminución de la oferta. Sin embargo, esta suma resulta insuficiente frente a los perjuicios que podrían irrogarse para el mercado, como resultado de la restricción para la competencia que se estaría generando, motivo por el cual, las eficiencias que pudieran presentarse no tendrían la capacidad de ser "significativas", en los términos previstos por el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

En efecto, un posible ahorro para las empresas de \$6.549 millones anuales, no compensa por sí solo la pérdida de bienestar general que podría presentarse frente a una operación como la proyectada. Ello se explica, en razón a que los dos competidores con mayor participación en el mercado definido⁵⁷, esto es, Eternit (51,7%) y Colombit (27,7%), empezarian a operar como si fueran una sola unidad económica, controlando el 79% del mercado. Adicionalmente, estaría disminuyéndose la posibilidad de una presión competitiva de los demás agentes del mercado, frente a la resultante de la integración proyectada, toda vez que las empresas Eternit son 4 y 4,8 veces más grandes, en términos de capacidad instalada, que Toptec (Manilit) y Eternit Ecuatoriana, respectivamente, y una vez perfeccionada la operación, esta relación aumentaría a 6,4 y 7,6 veces. En otras palabras, el segundo competidor existente en el mercado (Toptec con 12%), no tendría la capacidad suficiente para hacer un contrapeso a la conducta del nuevo líder.

Aunque no hay barreras de entrada normativas ni arancelarias al comercio de estos productos, existe una barrera económica constituida por la alta inversión en bienes de capital y rubros como tecnología, promoción, mantenimiento, publicidad y know how, necesarios para poder entrar en este mercado con capacidad suficiente para competir con las empresas partícipes del mismo. No sobra recalcar que una parte considerable de la inversión corresponde a costos hundidos, lo cual se constituye en sí mismo, en una barrera que desincentiva a los potenciales entrantes al mercado de cubiertas onduladas en fibrocemento. Esta circunstancia, que aunada a la presencia de empresas posicionadas en el mercado, con una alta capacidad ociosa de utilización, como la de Eternit y Colombit que llegaría al 57% de perfeccionarse la operación, disuade el ingreso de potenciales competidores, quienes ante la perspectiva de tener que efectuar grandes inversiones de capital en un sector en el que los esfuerzos serían muchos y las probabilidades de rentabilidad pocas, por lo menos en el corto y mediano plazo, tratarían preferiblemente de incursionar en otras actividades o en otros mercados.

En línea con lo manifestado, debe tenerse en cuenta que las cubiertas onduladas de fibrocemento, que serían el mercado que se vería expuesto a los efectos de la operación, constituyen un producto sensible en la economía nacional, dado que se trata de un material que tradicionalmente se ha venido utilizando en la industria de la construcción⁵⁸.

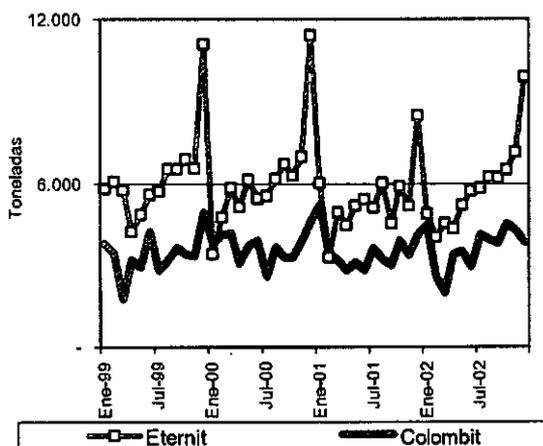
⁵⁷ El mercado de producto considerado es el de cubiertas onduladas en fibrocemento.

⁵⁸ Así es referenciado por las interesadas, según consta en el documento de radicación 02112607-0, folio 5: "(...), conviene destacar que el mercado en el que participan las compañías involucradas hace parte integrante del mercado de

"Por la cual se revoca una resolución"

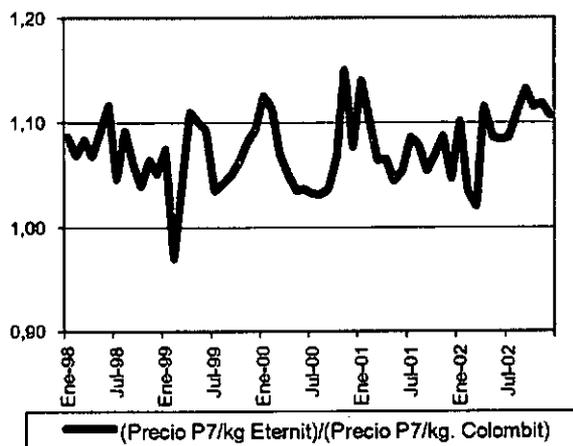
En adición a lo ya señalado, debe tenerse en cuenta que la operación de integración produciría una pérdida del excedente del consumidor⁵⁹. Según la información suministrada por las interesadas, el volumen de venta y los precios en fábrica de las cubiertas onduladas en fibrocemento de Eternit, son superiores a aquellos de Colombit⁶⁰. Esta información puede corroborarse en los siguientes gráficos:

Gráfico 1. Volumen de ventas de cubiertas onduladas en fibrocemento 1999-2002 (toneladas)



Fuente: Expediente 02112607-3, anexo 19, folios 1795-1802

Gráfico 2. Precio relativo Eternit respecto de Colombit, perfil 7 1999-2002 (\$/kg.)



Fuente: Expediente 02112607-3, anexo 18, folios 1784-1794. Cálculos SIC

Teniendo presente, por lo tanto, que el precio/kg de Eternit es mayor que el de Colombit, y dado que el volumen de ventas de Eternit también es mayor que el de Colombit, se puede concluir que en las transacciones de mercado efectuadas por Eternit y sus clientes, se presenta una mayor transferencia del excedente del consumidor hacia el excedente del productor. Esto se debe a que la diferencia entre el precio que los consumidores están dispuestos a pagar y el precio que efectivamente pagan, es menor para los clientes de Eternit que para los de Colombit. Por consiguiente, en caso de perfeccionarse la operación de integración, este Despacho considera que las políticas de precios de la sociedad integrada, pueden implicar una disminución considerable en el excedente del consumidor, el cual se trasladaría al productor, simplemente por la equiparación en los precios de los productos de las interesadas⁶¹.

la construcción, especialmente el que tiene que ver con la construcción de vivienda de interés social".

⁵⁹ El excedente del consumidor se define como: "la diferencia entre la cantidad máxima que el consumidor estaría dispuesto a pagar y la suma que efectivamente paga por el bien que desea consumir, se denomina "excedente del consumidor". En otras palabras, el excedente del consumidor se define como el valor adicional que el individuo recibe al consumir un bien, por encima de lo que ha pagado por éste. Los cambios en el precio de mercado cambiarían obviamente el tamaño del área del excedente del consumidor: un precio inferior incrementará el excedente del consumidor y un precio superior lo reducirá. Ver: NICHOLSON W. op. Cit. y MILLER R. y MEINERS R. op. Cit.

⁶⁰ Solamente en el mes de enero de 2000 y febrero de 2001, las ventas de cubiertas de Colombit superaron las de Eternit en 420t y 140t respectivamente.

Por otra parte, este Despacho aclara que tener en cuenta los precios en fábrica no es equivocado como lo indica la recurrente, en razón a que, según lo señalado por ella misma (documento de radicación 02112607-0, folio 397 y 411), las ventas de las cubiertas onduladas en fibrocemento se realizan en fábrica, siendo por tanto los distribuidores quienes asumen los costos de fletes y no las sociedades interesadas; cabe indicar, que los distribuidores de las compañías pueden considerarse consumidores, puesto que la relación de las compañías de Eternit y de Colombit con ellos es solamente comercial, más no de participación.

⁶¹ En cuanto a la igualación de precios de los productos de las empresas como resultado de la operación de integración,

"Por la cual se revoca una resolución"

Resulta pertinente destacar, que los ahorros presentados por las empresas intervinientes estarían dados exclusivamente en su propio beneficio, pues no se evidencia cuales serían las eficiencias que habrían de trasladarse al mercado, ni cuáles serían los beneficios específicos que percibirían los consumidores como consecuencia de la operación, lo que nos lleva a inferir, que dado que la empresa integrada dispondría de una cuota de mercado del 79%, existiría muy poca presión o incentivo por parte de ella, en trasladar los ahorros a los consumidores.

Como consecuencia de lo anterior, no existe evidencia alguna que lleve al Despacho a concluir que las eficiencias reconocidas sean significativas y que benefician al mercado, lo cual confirma que la operación propuesta, no cumple con los presupuestos del artículo 51 del Decreto 2153 de 1992 para no objetar la integración.

5.4 Conclusión

Como recuento de las conclusiones a las que se llegó en el presente proveído, tenemos que la Resolución 7390 del 26 de marzo de 2003 fue el resultado de un trámite que no debió haberse adelantado, por hacer referencia a un asunto sobre el cual ya había una decisión definitiva.

No obstante lo anterior, este Despacho entró a revisar lo concerniente a las posibles eficiencias resultantes de la operación, teniendo en cuenta la importancia que ese tema reviste. Una vez efectuado el correspondiente análisis en los términos expuestos, no se encontraron razones que puedan llevar a una conclusión distinta a la adoptada en la resolución impugnada, pues tal y como se determinó, no quedó demostrado el monto de las eficiencias aducidas por los interesados, sino uno sustancialmente inferior, el cual, en todo caso, no se ajusta a lo preceptuado en el artículo 51 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, como quiera que desde la misma Resolución 7390 se precisó que el pronunciamiento estaría circunscrito a las posibles eficiencias planteadas, bajo el supuesto que la operación de integración era la misma⁶², mal puede este Despacho entrar ahora a pronunciarse sobre la

el Despacho considera que tal igualación de precios existirá en razón a que la sociedad integrada tendrá no solamente unidad de control, sino que adicionalmente, dispondrían de los mismos procesos, materias primas e insumos de producción, según lo sustentado por las sociedades interesadas.

⁶² A este respecto, hubo de advertirse en el texto mismo de la resolución 7390 de 2003, "[e]ncuentra esta Superintendencia que el trámite surtido con ocasión de la solicitud del 21 de enero de 2002 por parte de Mexalit S.A., por el cual se puso en consideración de esta entidad una operación de integración circunscrita a la compra por parte de Mexalit S.A. (accionista mayoritario de EC, EP y EA), de acciones que Nefibouw N.V. S.A. posee en Colombit S.A. y que representan el 81.5% del capital social de dicha sociedad, no difiere de la que hoy ocupa a este despacho, en tanto si bien quienes presentan la nueva solicitud son directamente las sociedades colombianas involucradas en ella, Eternit Colombiana S.A., Eternit Pacífico S.A., Eternit Atlántico S.A. y Colombit S.A., la operación informada sigue siendo en el fondo la misma: adquisición por parte de Mexalit S.A., a través de Eureka (Mexalit S.A. es accionista mayoritario de Eureka con el 97.4% de sus acciones) a Nefibouw N.V. S.A., de acciones que éste posee y que representan el 81.5% del capital social de Colombit S.A."

En consecuencia, dado que se trata de los mismos intervinientes y de la misma operación, los elementos que deben analizarse para la valoración de la nueva solicitud, tales como mercado del producto y mercado geográfico, ya fueron objeto de estudio por esta Superintendencia quien se pronunció sobre los mismos en resolución 14002 de mayo 6 de 2002 y resolución 28828 del 6 de septiembre de 2002, lo cual conduce a que sea innecesario un nuevo estudio de factores que, una vez revisada la información allegada, se encuentra, no varían entre una solicitud y otra.

Agregando en apartes posteriores "[c]omo quiera que en la actual presentación no se presenta información distinta que permita a este despacho considerar que la situación de mercado de producto haya cambiado, debe llegarse a idéntica conclusión de acuerdo con lo expuesto en la resolución 28828 del 6 de septiembre de 2002 en la cual se decidió que la operación propuesta conducía a producir una indebida restricción de la competencia en el mercado de placas onduladas de fibrocemento particularmente en el segmento de vivienda de interés social y cubiertas para reposición. Consecuentemente, en tanto las condiciones jurídicas y económicas no han variado, la evaluación de la cláusula de eficiencia constituye la única diferencia entre las dos solicitudes.

"Por la cual se revoca una resolución"

Notificación:

MARÍA CONSUELO TORRES LOZANO

C.C. 38.261.808 de Ibagué

Calle 90 No. 21-74

Bogotá, D.C.

"Por la cual se revoca una resolución"

integración como tal, pues se estarían analizando aspectos que no constituyeron materia del acto impugnado. Por ello, frente a lo aducido respecto del análisis de sustituibilidad de productos, el mercado de reposición, la importancia de la vivienda de interés social, la viabilidad de las empresas y, en general, todos aquellos aspectos que correspondan a la operación proyectada como tal, deberá estarse a lo dispuesto en la Resolución 14002 de 2002, confirmada por la Resolución 28828 de ese mismo año, la cual constituye un pronunciamiento definitivo de la administración, que goza de presunción de legalidad.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

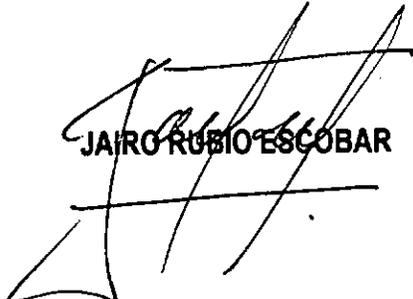
ARTÍCULO PRIMERO: Revocar la Resolución 7390 del 26 de marzo 2003.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora María Consuelo Torres Lozano, apoderada especial 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.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Dada en Bogotá, D.C. a los 07 JUL. 2003

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

"Así, en la medida en que sólo en éste último asunto difiere, la solicitud ya evaluada de la que se encuentra actualmente en trámite, será sobre él que esta Entidad considera deberá hacerse un pronunciamiento". (Subrayado fuera de texto)