



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 05013 DE 2004
 (10 MAR. 2004)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 04861 del 27 de febrero de 2004, esta Entidad no objetó la integración de las sociedades AMANCO HOLDING INC. (controlante de la sociedad PAVCO S.A.) y AMERO A.G. (controlante de la sociedad RALCO S.A.), condicionando el perfeccionamiento de la misma, al cumplimiento de lo dispuesto en el considerando SEXTO del mencionado acto.

SEGUNDO: Que mediante escrito radicado en esta Entidad bajo número 03022356-00000045 y de fecha 5 de marzo de 2004, el doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, actuando como apoderado de las sociedades señaladas en el considerando anterior, interpuso, dentro del término legal, recurso de reposición en contra de la Resolución No. 04861 del 27 de febrero de 2004.

TERCERO: Que en el recurso referido en el considerando anterior, las intervinientes solicitan "*[q]ue la SIC modifique los condicionamientos contenidos en el considerando sexto del acto recurrido, en la forma que se indica en el capítulo III del presente documento.*" Igualmente, como petición subsidiaria, solicitan que "*[e]n el evento de que la SIC considere que el mencionado condicionamiento no debe ser modificado en la forma prevista en este memorial, en todo caso proceda a modificarlo de manera tal que se permita a PAVCO y RALCO proceder a integrarse de manera inmediata.*"

Como fundamento de lo anterior, señalan, entre otras razones de hecho y de derecho, que "*la marca correspondiente al [certificado de registro] No. 29461 no pertenece a RALCO, ni se trata tampoco de una marca relacionada con los tubosistemas, razón por la cual se solicita que en todo caso se exonere a mis representadas de la obligación de enajenarla.*"

Así mismo, señalan que "*[l]a integración no produce una concentración tan grande en la capacidad instalada de inyección*" y destacan que "*[l]as exportaciones representan el 36% de las ventas totales de inyección*". Con base en lo anterior, sostienen que "*PAVCO y RALCO juntas participarían en el segmento de inyección del mercado nacional, solamente con 2.768 toneladas que equivalen al 47% de su capacidad instalada total y únicamente con el 28% del total de la capacidad instalada nacional (2768/9771=28%).(...)* *[e]n esta forma se demuestra que el porcentaje de capacidad instalada en inyección que PAVCO y RALCO unidas utilizan para competir en el mercado nacional, es muy inferior al señalado por la SIC. (28% y no 60 %)*"

En razón a lo anterior, allegan una alternativa de modificación al condicionamiento, así como compromisos adicionales, los cuales se encuentran enunciados en el capítulo III del recurso interpuesto referido en el considerando anterior.

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

En primer lugar, es preciso señalar que cuando quiera que el estudio de una operación de integración empresarial ponga en evidencia que la misma traerá aparejada una indebida restricción a la libre competencia y no existan eficiencias significativas que compensen sus efectos,¹ sólo podrá dejar de objetarse esa operación, si es posible implementar un condicionamiento que permita el restablecimiento efectivo de la competencia en el mercado afectado. Cualquier alternativa o solución que no satisfaga este aspecto, resultará inadecuada para lo que se pretende y, en esa medida, mantendrá la necesidad de objetar la operación.

En el caso que nos ocupa y como fue expuesto en la resolución recurrida, las condiciones de las empresas intervinientes y del mercado en que participan, hacen prever que la operación de integración analizada tiende a producir una indebida restricción de la competencia. Por lo anterior, este Despacho encontró necesario subordinar su no objeción al cumplimiento del condicionamiento dispuesto en el considerando SEXTO de la citada resolución 04861, en el entendido que su correcta implementación permitiría restablecer la competencia efectiva en el mercado nacional de tubosistemas en PVC.

Ahora bien, las intervinientes solicitan modificar el mencionado condicionamiento y presentan en su recurso, los condicionamientos que en su opinión resultan pertinentes y adecuados. Al respecto, este Despacho considera que a excepción de lo expresado por los interesados en relación con los Activos Adicionales y Personal Clave, lo propuesto por los recurrentes es aceptable, por cuanto restablecería la competencia en el mercado nacional de tubosistemas en PVC, al eliminar las posibles restricciones que se generarían como consecuencia de la operación.

A fin de facilitar el seguimiento a las modificaciones al numeral 6.1 "Condicionamiento" de la resolución recurrida, éste se transcribe en su versión definitiva en el considerando QUINTO del presente acto.

4.1 La Marca con Registro 29461

El Despacho encuentra que la marca con certificado de registro No. 29461 no pertenece efectivamente a la empresa RALCO S.A., ni corresponde a productos relacionados con tubosistemas en PVC, tal como es alegado por las intervinientes en el recurso interpuesto. Lo anterior se constituye en argumento suficiente para excluir la enajenación de los derechos de dicha marca, de los Activos a Enajenar que forman parte del Negocio.

¹ Conforme al artículo 51 del Decreto 2153 de 1992, "[e]l Superintendente de Industria y Comercio no podrá objetar los casos de fusiones, consolidación, integraciones o adquisición del control de empresas que le sean informados, en los términos del artículo 4o. de la ley 155 de 1959 cuando los interesados demuestren que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que se garantice que no resultará en una reducción de la oferta en el mercado".

4.2 Activos adicionales y Personal Clave

En lo referente a los Activos Adicionales, definidos en el numeral 6.1.1 "Definiciones" de la citada resolución 04861 como: "la maquinaria empleada para la fabricación de los accesorios en PVC asociados a los Activos a Enajenar, correspondiente a una capacidad mínima de producción de 600 toneladas al año", el recurrente alega que la capacidad instalada para inyección destinada a la oferta nacional de accesorios, es considerablemente inferior a la tenida en cuenta por esta Entidad, razón por la cual debe eliminarse la obligación de ofrecer dichos activos del condicionamiento fijado en la resolución recurrida.

Al respecto, este Despacho considera que la obligación establecida en la resolución recurrida de ofrecer Activos Adicionales por parte de las intervinientes, está fundamentada en que no todos los competidores del mercado analizado disponen de capacidad de producción de accesorios, lo que situaría a eventuales Adquirientes que estuvieran interesados en producir sistemas completos (tubería y accesorios), en una posición desfavorable frente a las intervinientes.

Como consecuencia de lo anterior, al existir la posibilidad de que los eventuales Adquirientes reciban los Activos Adicionales para producir accesorios, o incrementen su posibilidad de producir los mismos, se están creando los elementos necesarios que le permitirían al Adquiriente ejercer un contrapeso efectivo a la nueva entidad en el segmento de inyección en el mercado nacional. Es de anotar que el monto de Activos Adicionales que estarían obligadas a ofrecer las recurrentes, no afecta la capacidad de producción que actualmente utilizan tanto para exportaciones, como para el mercado nacional, toda vez que el mismo representa entre el 8% y el 16% de la capacidad utilizada para producción de accesorios vendidos en el territorio nacional², producción que podría ser obtenida por las Intervinientes, utilizando parte de su capacidad ociosa actual³.

En virtud de lo anterior, esta Superintendencia no comparte el argumento esgrimido por el recurrente en el sentido de eximir a las intervinientes de la obligación de ofrecer los Activos Adicionales como parte del Negocio, en caso de perfeccionarse la operación.

En lo referente a Personal Clave, definido en la resolución recurrida como "el personal operativo y ejecutivo, encargado del desarrollo y fabricación de tubosistemas en PVC relacionados en los Activos a Enajenar", el recurrente no presenta argumentos que permitan a este Despacho eximir a las Intervinientes de la obligación de ofrecer Personal Clave como parte del Negocio.

² De acuerdo con información allegada por las Intervinientes, las ventas conjuntas en inyección en el mercado nacional para el año 2003 ascendieron a [REDACTED], que representaron el [REDACTED]% de utilización de la capacidad instalada total de las compañías (para PAVCO correspondió al [REDACTED]% y para RALCO el [REDACTED]%). Empleando estos porcentajes de utilización sobre la capacidad instalada que estarían obligadas a ofrecer (600 ton.), implica que el Adquiriente podría participar en el mercado nacional con un monto entre [REDACTED] ton. y [REDACTED] ton., lo que representa entre un [REDACTED]% ([REDACTED] ton.) y [REDACTED]% ([REDACTED] ton.) de las ventas de la nueva entidad.

³ Según información aportada por el recurrente, el monto total de capacidad instalada de las Intervinientes en inyección asciende a [REDACTED], distribuyéndose en [REDACTED] en utilizada y [REDACTED] en ociosa. Si se aplican los porcentajes de lo destinado al mercado nacional ([REDACTED]%) y a exportaciones ([REDACTED]%), a la capacidad ociosa de las Intervinientes ([REDACTED]), se obtiene que el monto que estarían obligadas a ceder (600 ton.) puede ser cubierto con la capacidad ociosa actual de ellas, que correspondería en el mercado nacional a [REDACTED] ([REDACTED]).

QUINTO: Que a fin de facilitar el entendimiento de las modificaciones realizadas al numeral 6.1 "Condicionamiento" del considerando SEXTO de la Resolución 04861 del 27 de febrero de 2004, se transcribe a continuación el condicionamiento definitivo que sustituye al establecido en el mencionado numeral.

6.1 Condicionamiento

6.1.1 Definiciones

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

- *Intervinientes:* Son las empresas PAVCO S.A. y RALCO S.A.
- *Negocio:* El conjunto comprendido por los Activos a Enajenar, Activos Adicionales y el Personal Clave.
- *Activos a Enajenar:* Son los derechos sobre las marcas con certificados de registro No. 270321 y 102588. Las intervinientes deberán permitir la utilización del *know-how* que a criterio del Adquiriente, resulte necesario para la elaboración de los tubosistemas en PVC denominados bajo dichas marcas.
- *Activos Adicionales:* Es la maquinaria empleada para la fabricación de los accesorios en PVC asociados a los Activos a Enajenar, correspondiente a una capacidad instalada de 600 toneladas al año.
- *Personal Clave:* Es el personal operativo y ejecutivo, encargado del desarrollo y fabricación de tubosistemas en PVC relacionados en los Activos a Enajenar.
- *Adquiriente:* Tercero que, por dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el numeral 6.1.3, adquirirá el Negocio.

6.1.2 Enajenación del "Negocio"

Con el propósito de mantener la competencia efectiva en el mercado nacional de tubosistemas en PVC, las Intervinientes deberán enajenar el Negocio dentro de los cinco (5) meses siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto.

Los elementos del Negocio correspondientes a Activos Adicionales y Personal Clave, han de ser ofrecidos de manera obligatoria por las Intervinientes; sin embargo, podrán ser excluidos de la negociación a voluntad del Adquiriente. Del mismo modo, puede permitirse a voluntad del Adquiriente, obtener Activos Adicionales correspondientes a una capacidad instalada inferior a 600 toneladas al año.

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

6.1.3 Requisitos del Adquiriente

El Adquiriente del Negocio deberá cumplir con los requisitos que a continuación se establecen:

- 1) Ser un tercero, respecto del cual el Grupo AMANCO, las Intervinientes y, en general, cualquiera de sus subordinadas, no tengan una relación de control y/o direccionamiento.
- 2) Contar con el conocimiento del mercado o el capital suficiente para mantener y desarrollar las actividades relacionadas con el Negocio, de modo tal que permita vislumbrar que está en condiciones de competir efectivamente con las Intervinientes.
- 3) En caso que la enajenación de lugar a una operación de integración que se encuentre bajo los presupuestos establecidos en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, la enajenación del Negocio al Adquiriente estará sujeta a la no objeción de la misma.

6.1.4 Obligaciones relacionadas

6.1.4.1 Preservación de la viabilidad del Negocio

Las intervinientes se obligarán a:

- 1) Poner a disposición los recursos suficientes para el desarrollo normal del Negocio hasta tanto se lleve a cabo la transferencia efectiva del mismo, para lo cual deberán:
 - Preservar la viabilidad económica y prestigio de la actividad empresarial asociada al Negocio, minimizando cualquier riesgo de pérdida de competitividad en dicha actividad.
 - Mantener la inversión en publicidad en el Negocio, tomando como valor mínimo de referencia el gasto neto mensual promedio en publicidad de la empresa RALCO S.A. durante los últimos tres (3) años.
 - Mantener la disponibilidad de tubosistemas en PVC, denominados bajo la marca RALCO, en el territorio nacional, tomando como referencia mínima, la cobertura geográfica de la empresa RALCO S.A. durante el último año.
- 2) Modificar la razón social de RALCO S.A. dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de ejecutoria del presente acto.
- 3) Abstenerse de incurrir en cualquier acto que pueda dar lugar a una perturbación en la explotación de las marcas objeto de la enajenación, entre los cuales se incluye el cese del uso del nombre comercial RALCO, una vez se lleve a cabo la correspondiente transferencia efectiva del Negocio.
- 4) Adoptar el procedimiento señalado por las intervinientes en el numeral 3.4.3 "Alzas de Precios" del recurso interpuesto, hasta tanto se lleve a cabo la transferencia efectiva del Negocio.

6.1.4.2 Obligación a mantener información separada del Negocio

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

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

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

- Producción;
- Zonas de cobertura;
- Estructura de costos por producto;
- Personal operativo y ejecutivo a cargo;
- Capacidad utilizada y ociosa;
- Ventas nacionales y zonales (volumen y valor);
- Canales de distribución y comercialización utilizados;
- Políticas y planes de comercialización y ventas;
- Listas de clientes por canal de distribución y tipo de producto;
- Gastos netos en publicidad por tipo de producto;
- Cualquier otra información adicional específica que se requiera.

6.1.4.3 Información del Negocio

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

6.1.5 Auditoria

6.1.5.1 Requisitos del Auditor

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

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

6.1.5.2 Reporte del Auditor

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

El Reporte deberá incluir lo siguiente:

- Concepto debidamente justificado respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el punto 6.1.3 "Requisitos del Adquiriente" del presente acto, por parte del Adquiriente potencial;
- Concepto debidamente fundamentado acerca de la viabilidad del Negocio después de la enajenación;
- Toda información adicional, que permita a esta Superintendencia evaluar si el proceso de enajenación del Negocio, se adelantará de conformidad con lo dispuesto en el presente condicionamiento.

6.1.6 Verificación de la transferencia del Negocio

De manera previa a la transferencia efectiva del Negocio, las Intervinientes deberán contar con un pronunciamiento favorable de esta Superintendencia ('Pronunciamiento') respecto

del cumplimiento de las condiciones de enajenación establecidas en el presente proveído, para lo cual el Despacho se basará en el Reporte enviado por el Auditor señalado en el numeral 6.1.5.2 "Reporte del Auditor".

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

En todo caso, las Intervinientes deberán cumplir con el procedimiento señalado por ellas en el numeral 3.4.4 "*Compromisos Subsidiarios*" del recurso interpuesto, [REDACTED]

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el artículo PRIMERO de la Resolución No. 04861 del 27 de febrero de 2004, el cual quedará así:

ARTICULO PRIMERO: No objetar la operación de integración empresarial entre las sociedades AMANCO HOLDING INC., matriz de la sociedad colombiana PAVCO S.A., y AMERO A.G., controlante de la sociedad colombiana RALCO S.A., sujeto al cumplimiento de lo dispuesto en el considerando QUINTO de la Resolución 5013 del 10 de marzo de 2004, el cual sustituye en su integridad el considerando SEXTO numeral 6.1 "*Condicionamiento*" de la Resolución 04861 del 27 de febrero de 2004.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en su calidad de apoderado de la sociedad AMANCO HOLDING INC., matriz de la sociedad colombiana PAVCO S.A., y de la sociedad AMERO A.G., controlante de la sociedad colombiana RALCO S.A., o a quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que contra la presente decisión no procede recurso alguno, quedando agotada la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los 10 MAR. 2004

El Superintendente de Industria y Comercio


JAIRO RUBIO ESCOBAR

Notificación:

Doctor

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

CC. 19.489.933 de Bogotá

Apoderado

AMANCO HOLDING INC.

AMERO A.G.

Diagonal 68 11A – 38

Bogota D.C.

Fax. 3130573