

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-003-2021

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 03 de marzo de 2021 a las 12h25.

Comisionado Sustanciador: Édison Toro Calderón

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Edison René Toro Calderón.”*

- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Édison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 01 de marzo de 2021, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Andrea Paola Yajamín Chauca secretaria Ad-hoc de la CRPI.

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica, de ser necesario, previo el cumplimiento de las condiciones legales, conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), en concordancia con lo determinado en el artículo 36 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM vigente (en adelante “IGPA”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [5] El procedimiento se encuentra determinado en la Sección Primera del Capítulo III del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS QUE REALIZAN LA NOTIFICACIÓN

- [6] El operador económico que realizó la notificación obligatoria previa de concentración económica es **GLOBAL THESSALIA S.L.** (en adelante “**THESSALIA**”). Además, para los efectos legales correspondientes, se señala al operador económico **FÁBRICA DE ENVASES S.A. FADESA** (en adelante “**FADESA**”).

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE

- [7] Mediante escrito, formulario y anexos ingresados en la Secretaría General de la SCPM el 24 de diciembre de 2020, a las 14h21, signados con número de trámite interno ID 180525, suscritos por el abogado Esteban Pérez Medina, en calidad de Apoderado Especial del operador económico **THESSALIA**, se presentó la notificación obligatoria de operación de concentración económica, consistente en el *Joint Venture* (cooperación empresarial) celebrado con **FADESA**.
- [8] Conforme consta en el escrito mencionado con Id 180525, el operador económico **THESSALIA**, señaló que la presente operación cumple con el requisito contemplado en el artículo 36.1 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado vigente en el presente trámite, puesto que el operador económico que toma el control no realiza ni directa ni indirectamente actividades económicas en el Ecuador, por lo que solicita se aplique el procedimiento abreviado para las notificaciones de concentraciones económicas.
- [9] Mediante Memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2021-063 de 17 de febrero de 2021, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante INCCE o Intendencia) remite a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-005 de 12 de febrero de 2021 y su extracto no confidencial y da acceso al expediente digital No. SCPM-IGT-INCCE-021-2020.
- [10] En el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-005 de 12 de febrero de 2021, la Intendencia recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia autorizar la operación de concentración económica, de acuerdo al artículo 21 de la LORCPM.
- [11] Mediante Providencia de 24 de febrero de 2021 a las 10h42, la CRPI avocó conocimiento del expediente SCPM-CRPI-003-2021 para dar trámite a la notificación de concentración referida.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1 Constitución de la República del Ecuador

- [12] Los artículos 213, 335 y 336 de la Carta Magna determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.

“Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

(...)”

“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

- [13] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

5.2 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



- [14] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”

- [15] Las normas transcritas establecen el objeto y el ámbito de la LORCPM y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM. El caso bajo estudio encaja dentro de dicho marco de acción.
- [16] El artículo 14 de la LORCPM define claramente lo que se entiende por operación de concentración económica:

“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.*
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.*



c) *La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.*

d) *La vinculación mediante administración común.*

e) *Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”*

- [17] En el artículo 15 de la LORCPM se establece la facultad de la SCPM para examinar, regular y controlar las operaciones de concentración económica que deben ser notificadas obligatoriamente:

“Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.- Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.”

- [18] El artículo 16 de la LORCPM determina las condiciones que se deben cumplir para que la notificación de concentración económica sea obligatoria:

“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) *Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto*



que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.

- b) *En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.*

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección.

Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda.”

(...)”

- [19] El artículo 17 establece el lineamiento y las consideraciones esenciales para el cálculo del volumen de negocios:

“Art. 17.- Cálculo del Volumen de Negocios.- *Para el cálculo del volumen de negocios total del operador económico afectado, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas u operadores económicos siguientes:*

- a) *La empresa u operador económico en cuestión.*
b) *Las empresas u operadores económicos en los que la empresa o el operador económico en cuestión disponga, directa o indirectamente:*

1. De más de la mitad del capital suscrito y pagado.



2. *Del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto.*
3. *Del poder de designar más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, vigilancia o representación legal de la empresa u operador económico; o,*
4. *Del derecho a dirigir las actividades de la empresa u operador económico.*

c) Aquellas empresas u operadores económicos que dispongan de los derechos o facultades enumerados en el literal b) con respecto a una empresa u operador económico involucrado.

d) Aquellas empresas u operadores económicos en los que una empresa u operador económico de los contemplados en el literal c) disponga de los derechos o facultades enumerados en el literal b).

e) Las empresas u operadores económicos en cuestión en los que varias empresas u operadores económicos de los contemplados en los literales de la a) a la d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en el literal b).

- [20] Al efecto, con sujeción a lo que prescriben los artículos: 14 literal c), 15 y 16 literal a) de la LORCPM, las operaciones de concentración económica están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación contemplado en esta sección.

“Art. 21.- Decisión de la Autoridad.- *En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:*

- a) Autorizar la operación;*
- b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o,*
- c) Denegar la autorización.*

(...)”.

- [21] El artículo 22 de la LORCPM prevé los criterios de decisión al resolver sobre una concentración económica notificada de manera obligatoria:

“Art. 22.- Criterios de decisión.- *A efectos de emitir la decisión correspondiente según el artículo anterior, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante;*



- 2.- *El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores;*
- 3.- *La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores;*
- 4.- *La circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia;*
- 5.- *La contribución que la concentración pudiere aportar a:*
 - a) *La mejora de los sistemas de producción o comercialización;*
 - b) *El fomento del avance tecnológico o económico del país;*
 - c) *La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales;*
 - d) *El bienestar de los consumidores nacionales;*
 - e) *Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y,*
 - f) *La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.”*

[22] En virtud del artículo 37 de la LORCPM la SCPM asegura la transparencia y eficiencia en los mercados y fomenta la competencia económica, para lo cual entre otros realizará el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

“Art. 37.- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- *Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.*

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación.”

5.3 Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[23] El artículo 12 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), en cuanto al control por parte de la SCPM, indica que:



“Art. 12.- Control.- A efectos del artículo 14 de la Ley, el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico(...)”

- [24] En el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM se establece el plazo en el cual se debe presentar la notificación obligatoria, y la casuística para considerar la fecha de conclusión de los acuerdos que darán lugar al cambio o toma de control por parte de los operadores económicos:

“Art. 17.- Notificación obligatoria de concentración económica.- Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según la Ley y este Reglamento, deberán ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para su examen previo, en el plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo que dará lugar al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos de conformidad con el artículo 14 de la Ley.

A estos efectos, se considerará que existe conclusión de acuerdo en los siguientes casos:

- a) En el caso de la fusión entre empresas u operadores económicos, desde que la junta general de accionistas o socios de al menos uno de los partícipes, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente, hubieren acordado llevar a efecto la operación de fusión.*
- b) En el caso de la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante, desde el momento en que los operadores económicos intervinientes consientan en realizar la operación, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.*
- c) En el caso de la adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la persona que los emita, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.*



d) En el caso de la vinculación mediante administración común, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los administradores han sido designados por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.

e) En el caso de cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.

La existencia de cláusulas que de cualquier modo condicionen la futura formalización o ejecución de dichos acuerdos no exime del cumplimiento del deber de notificar.

Si una vez notificado el proyecto de concentración y previamente a la resolución del expediente, las partes desisten de la misma, el notificante pondrá inmediatamente en conocimiento de la Superintendencia esta circunstancia, acreditándola formalmente, en cuyo caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrá acordar sin más trámite el archivo de las actuaciones.”

5.4 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

[25] En la normativa interna de la SCPM se determinan los criterios y el procedimiento abreviado para las operaciones de concentración económica notificadas obligatoriamente, una de las fases es la de resolución:

“Artículo 36.1.- PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.- *Las operaciones de concentración notificadas obligatoriamente que, bajo los criterios señalados en el presente artículo no presenten el potencial de generar efectos perjudiciales a la competencia y libre concurrencia, podrán acogerse al procedimiento abreviado de notificación obligatoria previa, respetando lo previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Para el efecto observará:*

1. CRITERIOS:



Para la aplicación del procedimiento abreviado de autorización previa de operaciones de concentración económica, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas valorará que la solicitud cumpla con al menos uno de los siguientes criterios:

a. Que el operador económico que toma el control no realice directa o indirectamente (a través de empresas vinculadas que pertenezca a su mismo grupo económico), actividades económicas en el Ecuador.

b. En las operaciones de concentración económica horizontal, la participación conjunta de los operadores económicos involucrados y de las empresas u operadores económicos que pertenezcan a su grupo económico, deberá ser menor al 30% en el mercado relevante; en caso de que la operación de concentración económica genere integración horizontal en varios mercados relevantes, este criterio deberá cumplirse en cada uno de ellos.

c. En las operaciones de concentración económica horizontal, de forma previa a la operación, el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) del mercado producto de la operación económica, deberá ser menor a 2.000 puntos, y que como consecuencia de la operación, genere una variación menor a 250 puntos; en caso de que la operación de concentración económica genere integración horizontal en varios mercados relevantes, este criterio se deberá cumplir en cada uno de ellos.

d. En las operaciones de concentración económica vertical, los operadores económicos involucrados y las empresas u operadores económicos que pertenezcan a su grupo económico, deberán tener una cuota de participación inferior al 30% en los mercados relevantes verticalmente integrados; en caso de que la operación de concentración económica genere integración vertical en varios mercados relevantes, este criterio se deberá cumplir en cada uno de ellos.

e. En las operaciones de concentración económica vertical, el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) de los mercados verticalmente integrados producto de la operación de concentración económica, deberá ser menor a 2.000 puntos; en caso de que la operación de concentración económica genere integración vertical en varios mercados relevantes, este criterio se deberá cumplir en cada uno de ellos.

f. Que la operación de concentración económica involucre operadores económicos que estén en riesgo de quiebra, lo cual deberá ser respaldado por el operador económico con documentos e información verificable. Para ello, deberán considerarse los siguientes aspectos:



- i. Que el operador económico no pueda asumir sus obligaciones financieras en el futuro cercano.*
- ii. La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia, es decir que se hayan realizado todos los esfuerzos posibles para vender los activos del operador económico a la compañía que genere el menor riesgo a la competencia.*
- iii. Que en ausencia de la adquisición, el operador económico dejaría de participar en el mercado.*

La Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas valorará el cumplimiento de los criterios y analizará las circunstancias particulares de cada operación de concentración económica para la aceptación a trámite de la solicitud a través del procedimiento abreviado de autorización previa de operaciones de concentración económica.

(...)”

2.4. RESOLUCIÓN:

La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de diez (10) días contados a partir de la recepción del informe técnico, deberá resolver motivadamente sobre la operación de concentración económica notificada de manera obligatoria, conforme lo previsto en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Durante el procedimiento abreviado de autorización previa de operaciones de concentración económica, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado utilizará la información proporcionada por el operador económico notificante para sustentar su resolución, entendiendo que la misma corresponde a información cierta, completa y verificable. Sin perjuicio de lo anterior, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se reserva la facultad de revisar en cualquier momento la veracidad de la información proporcionada por el operador económico notificante, y de ser el caso, reconsiderar la resolución que se emita con base en ella, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

(...)”

6. ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

6.1 Descripción de la operación de concentración económica



- [26] De acuerdo con la información que consta en el expediente digital No. SCPM-IGT-INCCE-021-2020, el 18 de diciembre de 2020 se suscribió un Acuerdo de *Joint Venture* entre **GLOBAL THESSALIA S.L.** y **Fábrica de Envases S.A. FADESA**, con el objeto de iniciar una colaboración empresarial conjunta para desarrollar el negocio de litografía, barnizado y corte de hojas metálicas, con la constitución de una sociedad por acciones simplificadas denominada NEWCO, quien operaría el negocio y respecto de la cual **THESSALIA** tendrá el [REDACTED] de su capital social, mientras que **FADESA**, el [REDACTED] restante. Esta operación de concentración fue notificada, como queda referido, por el operador económico **THESSALIA** el 24 de diciembre de 2020, dentro del plazo de ocho días contemplado en el artículo 17 del RLORCPM.
- [27] **FADESA**, industria ecuatoriana, se dedica en el país a la fabricación de envases de hojalata, que inicia con la adquisición de la materia prima (bobinas de hojalata), a partir de la cual se llevan a cabo integralmente dos procesos de transformación: el corte de la bobina en láminas, pintura, barnizado e impresión de dichas láminas; y, la formación del envase o tapa por medio de prensas y líneas de envases con soldadura. Cabe indicar que esta actividad económica sirve, principalmente, para autoabastecerse, siendo este servicio un eslabón en la cadena productiva de envases metálicos de hojalata para la industria de alimentos, bebidas pinturas, lubricantes, entre otros. No obstante, una vez concretada la operación de concentración económica, **FADESA** ha señalado que ya no realizará el proceso de corte, barnizado e impresión de dichas láminas, siendo la sociedad constituida, denominada NEWCO, quien se ocupe de este proceso.
- [28] Esta operación implica que NEWCO se encargará únicamente del proceso de corte, litografía y barnizado de hojas metálicas, cuya producción servirá para abastecer a **FADESA**; y, para la venta a clientes locales e internacionales.
- [29] Una vez que se constituya NEWCO, **THESSALIA**, por un monto de [REDACTED] de dólares, de los Estados Unidos de América realizará un aporte al capital de la nueva sociedad; y, lo mismo hará **FADESA**, por un monto de [REDACTED] [REDACTED] dólares de los Estados Unidos de América con 73 centavos de dólar. Adicionalmente, para asegurar que **THESSALIA** obtenga el 55 % en el capital accionario de NEWCO, en la misma operación societaria, **FADESA** le transferirá tres millones de dólares en acciones.
- [30] Esta Comisión concuerda con lo expresado en el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-005 de 12 de febrero de 2021 por parte de la Intendencia respecto a que para efectos del análisis de una concentración económica lo importante es verificar la esencia sobre la forma en las figuras contractuales, siendo lo fundamental establecer si con un contrato, acuerdo o convenio, en la especie el *Joint Venture* constituido, existiría cambio o toma de control sobre un operador existente.
- [31] De acuerdo a lo analizado en el expediente, **THESSALIA** asumiría el control accionario y decisorio de la sociedad por acciones simplificadas constituida a partir de la operación de *Joint Venture*, al obtener el [REDACTED] del total del capital, por lo que de conformidad con

las disposiciones de la LORCPM citadas en esta Resolución, se está ante la concentración económica referida en el artículo 14, letra c del referido cuerpo legal.

6.2 Descripción de los operadores económicos involucrados en la operación de concentración y esquema societario luego de ésta

6.2.1 GLOBAL THESSALIA S.L.

[32] **THESSALIA**, es una sociedad de responsabilidad limitada española, constituida el 16 de julio de 2018 por el fondo de inversión MCH Iberian Capital Fund IV, F.C.R., cuyo objeto social consiste en “[...] *la tenencia, administración, adquisición y enajenación de valores mobiliarios y participaciones sociales de empresas e instrumentos financieros* [...]”. A su vez, **THESSALIA** es dueña del 100% del capital social de LITALSA.¹

[33] La estructura accionaria de **THESSALIA** es la siguiente:



Fuente: Anexo 9 al Formulario para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica²²
Elaboración: INCCE.

6.2.2 LITALSA, empresa relacionada con THESSALIA

[34] LITALSA es una sociedad española constituida en 1971 dedicada a la litografía y barnizado de metales, que presta servicios de barnizado e impresión off-set de gran calidad sobre planchas metálicas, que los clientes transforman en una gran variedad de envases y cierres desde latas de conservas para alimentación hasta envases de aerosol, decorativos, tapas twist off y tapones corona. Adicionalmente, dicha empresa posee la infraestructura y *know how* necesario para la pre impresión, corte y almacenamiento de las bobinas de hojalata procesada.²

¹ Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-005 de 12 de febrero de 2021.

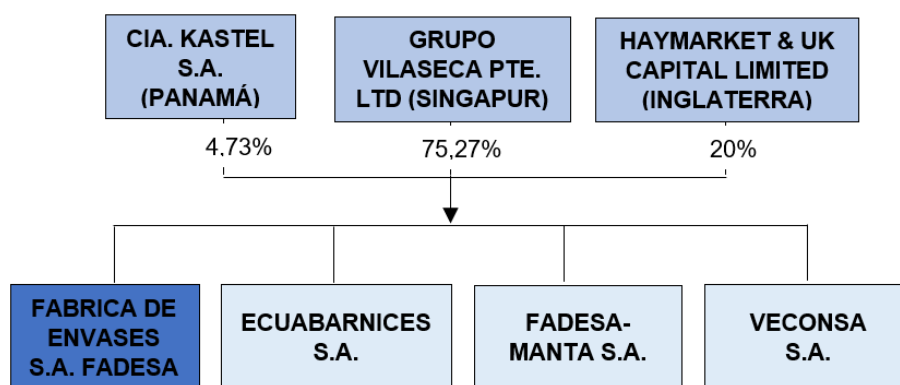
² *Ibidem*.

6.2.3. Fábrica de Envases S.A. FADESA

[35] **FADESA** es una compañía ecuatoriana, constituida mediante escritura pública otorgada el 6 de julio de 1981 e inscrita en el Registro Mercantil del Cantón Guayaquil el 19 de agosto de 1981, cuyo objeto social es el “[...] *corte industrial de láminas metálicas ferrosas y no ferrosas* [...]”, y específicamente:

[...] *elaboración, la fabricación y el montaje de toda clase de envases, tubos y tapas de hojalata, aluminio, plástico o cualquier otro material, el diseño, la reparación y la fabricación de maquinarias para conservas y la elaboración de estas, así como el laqueo, el barnizado y el litografiado de hojalata y/o envases en general.*³

[36] La estructura accionaria de **FAVESA** es la siguiente:



Fuente: Anexo 9 al Formulario para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica
Elaboración: INCCE

6.2.4. Empresas relacionadas a FAVESA

[37] Conforme señaló el operador económico notificante, las compañías Grupo Vilaseca Pte. Ltda., CIA Kastel S.A. y Haymarket & UK Capital Limited son sociedades constituidas con arreglo a la legislación de Singapur, Panamá e Inglaterra, respectivamente. Estas sociedades tienen como objeto social la tenencia de acciones como sociedad holding, por lo cual no tienen operaciones comerciales ni industriales en ningún mercado.⁴

[38] Por otro lado, las empresas relacionadas con el Grupo Vilaseca, accionista mayoritaria de FADESA son: Veconsa S.A., Islandcorp S.A., Agrícola Oficia S.A. AGROFICIAL, Chiveria S.A., Guamanagua S.A., Constructora Internacional S.A., Fadesa-Manta S.A., Ecuabarnices S.A., Vilacapital S.A., Inmoderna S.A., Tropicalimentos S.A., La Llave S.A. de Comercio, Ecuaimco S.A., Comercial Ginatta S.A. y Empresarios y Asesores

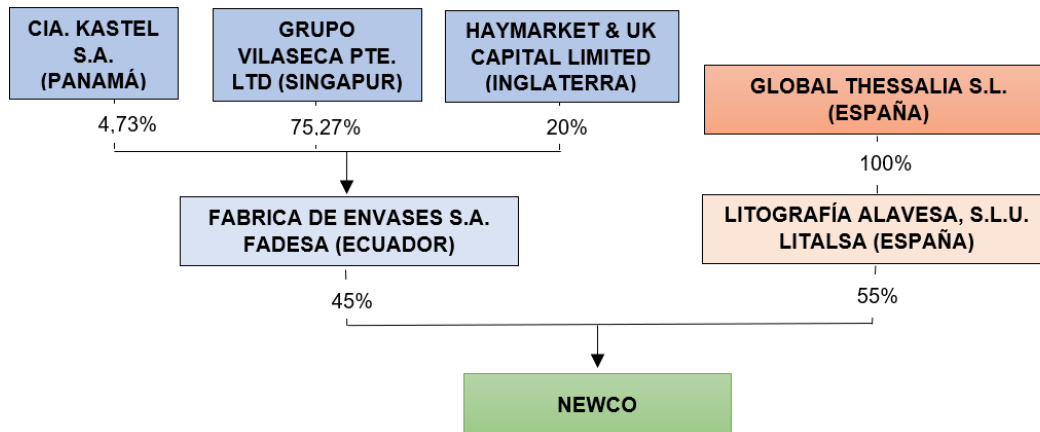
³ *Ibídem.*

⁴ *Ibídem.*

Empase C.A., mismas que operan en los mercados de empaques, alimentos, suministros e inmobiliario.

6.2.5. NEWCO

[39] La conformación de la sociedad por acciones simplificadas denominada NEWCO a partir de la operación de *Joint Venture* presentaría la siguiente conformación accionaria:



Fuente: Anexo 9 al Formulario para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica¹⁹
Elaboración: INCCE

6.3. Análisis de la toma de control y obligatoriedad de notificación previa

6.3.1 Toma de control

[40] El artículo 14 de la LORCPM define a las operaciones de concentración económica como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos mediante cualquier acto que transfiera sus activos u otorgue influencia determinante sobre estos.

[41] De conformidad con lo anterior, y como quedó señalado anteriormente, para que se configure una operación de concentración económica necesariamente debe existir un cambio o toma de control. Sin este requisito esencial no se cumpliría con el supuesto normativo regulado en la LORCP.

[42] En este sentido, lo primero que se debe establecer es la existencia de dicho cambio o toma de control, para posteriormente analizar si se configura la obligación de notificar a la autoridad la operación realizada.

[43] Respecto del concepto de control, el artículo 12 del RLORCPM establece lo siguiente:

“Art. 12.- Control.- A efectos del artículo 14 de la Ley, el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una

*influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico.
El control podrá ser conjunto o exclusivo.”*

- [44] Como quedó establecido, la nueva sociedad conformada a partir del perfeccionamiento de la operación de *Joint Venture* tendría como accionistas a **THESSALIA**, con el 55 % de participación accionaria; y, a FAVESA, con el 45 %. De conformidad con el análisis que la INCCE realizó en su Informe, con el que esta Comisión concuerda, esta composición accionaria le daría el control sobre las decisiones societarias y los órganos de gobierno de la sociedad a **THESSALIA**, con lo que se estructuraría la condición referida en la norma legal citada.
- [45] De lo mencionado, la CRPI concluye que, de ser autorizada la presente operación, **THESSALIA** tendría la capacidad de controlar los órganos de gobierno de NEWCO y sus principales decisiones societarias, lo que se adecua a lo dispuesto en la letra c del artículo 14 de la LORCPM, por considerarse una toma de control de una compañía a través de la compra y adquisición de acciones.

6.3.2 Obligatoriedad de notificar y umbral de concentraciones

- [46] De conformidad con el artículo 16 de la LORCPM, los operadores económicos están obligados a efectuar la notificación de concentración previa, si se verifican las siguientes circunstancias:

“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.

b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o

a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección.

(...)"

- [47] En concordancia con el análisis realizado por la INCCE, la presente operación de concentración notificada configura una concentración horizontal, dadas las características de la transacción y las actividades económicas de los operadores económicos involucrados, porque tanto LITALSA como **FADESA** participan en la misma actividad económica que es el corte, litografía y barnizado de hojas metálicas. en virtud de lo que se cumpliría con el primer supuesto al que hace referencia el artículo 16 de la LORPM.
- [48] En relación con la determinación del volumen de negocios conforme lo establecido en el literal a del artículo 16 de la LORCPM, es importante señalar lo que indica la INCCE, a lo que se acoge esta Comisión, respecto a que el volumen de negocios de bienes no difiere en lo esencial con los de servicios, por lo que se toma el importe total de las ventas remitido por el operador económico.
- [49] En este sentido, la Intendencia determinó que la actividad económica de NEWCO estará compuesta por una sola línea de negocios de **FADESA**, por lo que la información a considerarse para este análisis es la que el operador económico notificante entregó consistente en la estimación de sus ingresos por actividades ordinarias con base en la producción en 2019 de **FADESA**, en el eslabón del servicio de corte, barnizado y pintura de las hojas de hojalatas, sobre la base del total de toneladas de metal producidas y el costo de producción variable. Por tanto, la estimación de ingresos ordinarios en el año 2019, que configura el total del volumen de negocios de esa línea, es de diecisiete millones quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ 17'500.000,00).
- [50] De acuerdo con lo señalado, la INCCE determinó que el volumen de negocios en Ecuador de los partícipes en la operación de concentración no supera el umbral determinado en la letra a del artículo 16 de la LORCPM, establecido en 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas, equivalente a USD 80.000.000 en 2020.
- [51] Por otra parte, para llegar a determinar la cuota de mercado y confrontar este indicador con lo determinado en la letra b del artículo 16 referido, es necesario tomar la información entregada por el operador económico que notifica la concentración y determinar la delimitación del mercado relevante.
- [52] Según información presentada por el operador económico notificante, referida en el Informe No. Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2021-005 de 12 de febrero de 2021, **FADESA** ostenta el 48 % del mercado de corte, litografía y barnizado de hojas metálicas. De esta manera – a priori- se concluye, en concordancia con la Intendencia, se cumple con lo establecido en la letra b del artículo 16.

- [53] Por su parte, en el análisis de las características del mercado relevante realizado por la Intendencia se puede determinar que la industria manufacturera de envases comprende productos elaborados a base de metal (aluminio y hojalata), vidrio, plástico y papel; no obstante, según precedentes internacionales, esta industria no constituye un solo mercado, sino que se divide en función del material (metal, vidrio, plástico o papel) y el uso que se le dé al envase confeccionado a partir del mismo (alimentos, bebidas, aerosoles, entre otros). Así, dependiendo de la combinación de estos dos parámetros, los envases pueden ser más o menos sustituibles entre sí.
- [54] Al igual que LITALSA, empresa relacionada al operador económico notificante, **FADESA** participa en los mismos eslabones de la cadena de producción ofertando los servicios de: i) barnizado; ii) litografía; y iii) corte de las bobinas de hojalata, hasta culminar en la formación del envase o tapa por medio de prensas y líneas de envases con soldadura; esta última actividad seguirá a cargo de **FADESA**, una vez que se constituya **NEWCO**.
- [55] La Intendencia, al hacer su análisis de la concentración determinó que el mercado relevante para el presente caso está determinado por el segmento en que **NEWCO** realizará su actividad que es el corte, barnizado y pintura de hojas metálicas. Y, dado que en el mercado definido no participará **LITALSA**, al no realizar operaciones económicas en el Ecuador, esta Comisión concuerda con la Intendencia en que la operación de concentración tendrá un efecto neutro para el mercado.
- [56] Respecto al mercado geográfico, la **CRPI** acoge lo dispuesto por la Intendencia en cuanto a que, si bien, el servicio de corte, barnizado y pintura de hojas metálicas podría realizarse a nivel internacional –como lo refiere **THESSALIA**, en su notificación respecto a que **NEWCO** podría atender el mercado internacional no atendido- el mercado geográfico definido para esta concentración es el territorio nacional ecuatoriano.
- [57] Finalmente, al analizarse la información entregada por el operador económico **THESSALIA**, y determinar las cuotas de participación en el mercado relevante definido, tanto de lo que se hará cargo **NEWCO** luego de la concentración económica, como de los otros operadores económicos participantes en ese mercado, calculada con base en una estimación de unidades consumidas por clientes y competidores, divididas para el total de unidades, esta Comisión concluye conjuntamente con la Intendencia en que la transacción cumple con la disposición de la letra b del artículo 16 de la **LORCPM**, al superar el umbral del 30% de cuota de mercado.

6.4 Efectos económicos de la operación de concentración en el mercado relevante

- [58] Como queda explicado, la no participación en el mercado relevante nacional de los operadores económicos **THESSALIA** y **LITALSA**, no permite concluir que las condiciones de competencia se afecten luego de la operación de concentración económica notificada. Esta Comisión hace propio lo expresado por la Intendencia en su informe respecto a que la transacción analizada tiene un efecto neutro para el mercado relevante

definido en esta Resolución. Por lo tanto, el mercado relevante no se verá afectado ni ocasionará disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia.

[59] De igual forma, dada la conclusión descrita, no es necesario hacer un análisis de las barreras de entrada al mercado relevante ni ninguna otra consideración respecto a las condiciones que implica la operación de *Joint Venture* que da origen al proceso de concentración económica notificado.

[60] Por lo expuesto, la CRPI, en concordancia con el análisis realizado por la INCEE, determina que:

- i. El negocio jurídico materia de este análisis constituye una operación de concentración económica, al cumplirse los preceptos establecidos en el artículo 14 de la LORCPM, porque el operador económico tomará el control en la sociedad formada a partir de la suscripción del *Joint Venture*, que constituye la esencia de la concentración.
- ii. En cumplimiento a lo prescrito en el artículo 5 de la LORCPM, para efectos del presente caso, se definió como mercado relevante al servicio de corte, barnizado y pintura de hojas metálicas a nivel nacional.
- iii. La transacción notificada cumple la condición establecida en el artículo 16, letra b de la LORCPM, por cuanto el operador resultante del *Joint Venture* adquirirá una cuota de participación superior al 30 % en el mercado relevante definido.
- iv. Debido a que **THESSALIA** y **LITALSA** no participan en el mercado nacional, el mercado relevante analizado no se verá afectado ni se creará, reforzará o modificará el poder de mercado, ni se producirá una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia,
- v. Por lo anteriormente mencionado, la operación de concentración económica notificada de manera obligatoria, no causaría una variación en la estructura del mercado relevante que se ha definido.

[61] Por lo expuesto, y de acuerdo a lo establecido en este análisis, la CRPI establece que la operación de concentración económica encaja en el procedimiento abreviado de notificación obligatoria previa, ya que cumple con los criterios señalados en la letra a del artículo 36.1 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE



PRIMERO.- AUTORIZAR la operación de concentración económica entre los operadores económicos **GLOBAL THESSALIA S.L.** y **FÁBRICA DE ENVASES S.A. FADESA.**

SEGUNDO.- DECLARAR como confidencial la presente resolución y emitir la versión no confidencial de la misma.

TERCERO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial la presente Resolución.

CUARTO.- AGREGAR al expediente la versión no confidencial de la presente Resolución-

QUINTO.- NOTIFICAR la versión no confidencial de la presente Resolución a los operadores económicos **GLOBAL THESSALIA S.L.** y **FÁBRICA DE ENVASES S.A. FADESA**, a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Édison Toro Calderón
COMISIONADO

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE - CRPI