68 sesenta yocho f

Expediente No: 0032-SCPM-CRPI-2014

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Comisión de Resolución de Primera Instancia.- Quito, 25 de agosto del 2014, las 13H52.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Dr. Fernando Benítez Zapata, Comisionado y Presidente (e) de la Comisión, al Doctor Bernardo Jaramillo como Comisionado Titular y al Abogado Doubosky Márquez Mantilla como Comisionado Encargado, mediante los actos administrativos respectivos. Según lo dispuesto por el Reglamento Interno de esta Comisión adoptado mediante Resolución No. SCPM-2013-027 del Señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, actúan el doctor Jaramillo y abogado Márquez. Se incorpora y forma parte de la presente Resolución el Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones (ICC) No. SCPM-ICC-034-2014, de 23 de julio 2014, remitido con memorando SCPM-ICC-166-2014-M de la misma fecha. Por cuanto el expediente se encuentra en estado de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO. COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la autorización de una operación de concentración económica al cumplimiento de ciertas condiciones, conforme lo señalado en los artículos 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento en la Sección 2 del Capítulo II, así como el artículo 16 literal g) del numeral 2.1.del Capítulo II, del Título IV del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, aprobado mediante Resolución No. SCPM-DS-2012-001; de fecha 28 de septiembre del 2012 y publicado en el Registro Oficial 345 del 4 de octubre del 2012.-

SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL.- La presente notificación obligatoria de concentración económica, ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como en su el Reglamento para la Aplicación, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el Art. 76 de la Constitución de la República, no existiendo error, vicio o nulidad que declarar que haya influido en el presente expediente, se declara expresamente su validez.-

TERCERO. ANTECEDENTES.- 1) La operación de concentración económica sujeta al procedimiento obligatorio de notificación previa obligatoria fue ingresada a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, el 7 de marzo del 2014, notificada por INDURA ECUADOR S.A. y consiste en la

adquisición del 100% de las acciones de SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. por parte de la mencionada INDURA ECUADOR S.A., que es una subsidiaria ecuatoriana de INDURA S.A. Según el Formulario para la notificación de operaciones de concentración, la naturaleza de las actividades que realizan los operadores económicos involucrados son, por parte de INDURA ECUADOR S.A.: producción y distribución de gases industriales, principalmente: oxígeno, nitrógeno, argón, Dióxido de carbono, acetileno, aire comprimido, etileno, helio, hidrógeno, óxido nitroso, mezcla de gases, ozono, otros gases; también produce y distribuye gases industriales de uso médico, gases especiales y gases refrigerantes, así como accesorios relacionados con los gases, tales como cilindros, redes centralizadas de gases y equipos. Se dedica además a la producción y venta de otro tipo de productos como soldaduras, equipo para soldar y cortar, abrasivos, herramientas eléctricas, accesorios y consumibles relacionados; adicionalmente presta servicios relacionados con su actividad económica tales como, asesoría técnica, capacitación, servicio industrial, servicio médico, venta e instalación de redes de gas y alquiler de equipos. Por su parte, SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. es una compañía que se inició con una actividad económica limitada en el año 2014; tiene una capacidad instalada para producir y envasar oxígeno, nitrógeno, argón y acetileno; y para envasar dióxido de carbono; hasta la fecha ha vendido limitadas cantidades de nitrógeno a granel (líquido), oxígeno a granel (líquido) a LINDE ECUADOR S.A., a INDURA ECUADOR S.A. y a OXÍGENOS DEL GUAYAS OXIGUAYAS S.A. **2)** Con fecha 14 de abril del 2014 A LAS 10H00 la Intendencia de Control de Concentraciones avoca conocimiento de la notificación obligatoria de operación de concentración económica presentada por INDURA ECUADOR S.A. en la que se disponen las diligencias de rigor, especialmente se previene que conforme con el Art. 24 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado las concentraciones que hayan sido notificadas y autorizadas podrán ser impugnadas posteriormente en sede administrativa en base a información y documentación verificada por la Superintendencia, por los peticionarios o por quien tenga interés. En atención a la petición formulada por los notificantes y de conformidad con el Ar. 3 del Reglamento de la LORCPM se declara confidencial los documentos que constan en el expediente SCPM-ICC-EXP-2014-001. El 28 de abril del 2014 se suspende el término para emitir la Resolución, al que alude el Art. 21 de la LORCPM y en virtud de lo que dispone el Art. 20 del Reglamento de la LORCPM se concede el plazo de 60 días para la aportación de documentos e informes considerados determinantes para dictar la resolución. Cumplido con este plazo se encuentra reabierto el término para dictar la Resolución, dentro de cuyo transcurso se expide la presente Resolución.

69 sesenta y nueve

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

CUARTO. ANÁLISIS DE LOS HECHOS.- 1) El Art. 14 de la LORCPM, manifiesta que se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de varios actos tales como "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 en la misma" El Art. 16 de la LORCPM establece la obligación de cumplir con el procedimiento de notificación previa, siempre que se cumplan con una de las siguientes condiciones : "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% del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo". **2)** En el caso, la operación económica consiste en la adquisición del 100% de las acciones de SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. por parte de INDURA ECUADOR S.A. SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. es una sociedad anónima constituida el 27 de junio del 2011 cuya actividad consiste en la venta al por mayor de combustibles líquidos, nafta, biocombustible, incluye grasas, lubricantes y aceites, gas licuado de petróleo, butano y propano; inició su actividad económica a partir de enero del 2014, posee una capacidad instalada para producir y envasar oxígeno, nitrógeno, argón, acetileno y para envasar dióxido de carbono. Hasta el primer trimestre del presente año, SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. ha vendido únicamente cantidades limitadas de nitrógeno a granel (líquido) oxígeno a granel (liquido) a LINDE ECUADOR S.A., INDURA ECUADOR S.A. y a OXÍGENOS DEL GUAYAS OXIGUAYAS S.A. es decir que no oferta sus productos a consumidores finales, sino que lo hace a través de los competidores antes mencionados. Por su parte INDURA ECUADOR S.A. es una subsidiaria de INDURA S.A. que a su vez forma parte de la empresa norteamericana AIR PRODUCTS, que participa en el mercado de producción y comercialización de gases industriales y medicinales a nivel mundial; INDURA S.A. está constituida en Chile, cuya actividad comprende la producción y distribución de gases industriales en ese país y además cuenta con varias subsidiarias a nivel regional. La empresa adquirente en el año 2012 tenía un valor en activos de USD 26,5 millones, para el 2013 este valor se incrementó en un 13% llegando a los 30 millones en activos; por otro lado los pasivos se han mantenido constantes y en nivel de patrimonio, INDURA ECUADOR S.A. aumentó su valor de USD 11,5 millones a USD 15 millones y finalmente las ventas de esta empresa aumentaron considerablemente en el 2013 en un 18%, presentando ventas por un valor de USD 29 millones. En cuanto a la empresa adquirida SWISSGAS DEL ECUADOR S.A., su estado financiero en

cuanto al valor de sus activos se vio incrementado en el año 2013 en un 150%, que representó un valor de USD 18,3 millones con respecto a los USD 7,2 millones del 2012, de igual manera el valor de los pasivos se incrementó en la misma proporción igual al 170% entre el año 2012 y el 2013 y el patrimonio se redujo en un 60% entre los dos años citados. En cuanto se refiere al mercado de gases industriales y medicinales en el Ecuador encontramos cinco principales operadores, que son: INDURA ECUADOR S.A., LINDE ECUADOR S.A., OXÍGENOS DEL GUAYAS OXIGUAYAS S.A, ENOX Y SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. El Informe de la Intendencia de Poder de Concentraciones puntualiza los valores de las ventas de los operadores mencionados en el periodo 2009 a 2014 y las ventas de SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. en el tiempo en que ha operado. **3)** Con los elementos de estudio realizados se puede arribar a la definición de mercado relevante, que de acuerdo con el Art. 5 de la LORCPM, se encuentra definido como un producto o grupo de productos o servicios que dentro de una área geográfica toma en consideración las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. La norma mencionada en su último inciso expresa: "La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado(…) Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto." En el caso, el propósito para delimitar un mercado consiste en delimitar a los competidores de INDURA ECUADOR S.A. Y SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. y la capacidad que los mismos pueden ejercer para restringir el comportamiento de las empresas luego que se lleve a cabo la operación de concentración; en la presente situación se han identificado 2 mercados que resultan afectados producto de la concentración entre estos operadores que son, el mercado de gases industriales y el mercado de gases medicinales. En consecuencia los únicos mercados dentro de los cuales existe una concentración horizontal debido a que las 2 empresas registran ventas en estos segmentos son: mercado de oxigeno industrial a granel, mercado de oxigeno industrial envasado, mercado de nitrógeno industrial a granel y mercado de nitrógeno industrial envasado. Los índices de concentración de cada uno de los mercados relevantes superan en mucho el nivel mayor de 2.500 determinado como el índice mayor de concentración. Otro de los puntos fundamentales para evaluar la notificación de concentración es analizar las posibles barreras de entrada de nuevos operadores a los mercados relevantes definidos. La probabilidad de entrada de un nuevo operador dependerá de los beneficios esperados, teniendo en consideración el efecto que tendrá la introducción de producción adicional al mercado sobre los precios y la respuesta de los competidores, para todo lo cual el Informe de la Intendencia de Control de Concentraciones toma en cuenta: costos de infraestructura, costos

hundidos, inversión en capacidad instalada existencia de contratos y descuentos. **4)** Para fundamentar la presente Resolución se toma también en cuenta los efectos competitivos en el mercado: una de las razones que pueden elevar los precios de los productos es la reducción del tamaño del mercado a consecuencia de la operación de concentración, en razón de que la empresa resultante de la operación de concentración adquiera el suficiente poder de mercado como para tomar decisiones sobre fijación de precios por encima del precio de equilibrio, disminuir la capacidad producida de ciertos bienes, reducir los niveles de innovación, calidad o variedad de los productos ofrecidos a sus clientes. Cuando esto sucede, se considera probable la existencia de un efecto unilateral resultante de la concentración. Como se mencionó antes el mercado de gases industrializados está constituido por cinco empresas: INDURA ECUADOR S.A., LINDE ECUADOR S.A., OXÍGENOS DEL GUAYAS OXIGUAYAS S.A, ENOX Y SWISSGAS DEL ECUADOR S.A., por lo que se puede inferir que es un mercado con pocos participantes tanto en la producción como en la distribución de gases. Además, 2 de estos participantes (Indura y Linde) mantienen cuotas de mercado conjuntas que superan el 50% de los distintos mercados relevante; en este sentido mientras menor es el número de participantes presentes en el mercado es más fácil la implementación de un acuerdo y, por ende se incrementa la posibilidad detectar si uno de los agentes se ha desviado de los términos establecidos por el conjunto y castigarlo (denominada guerra de precios). Inclusive la concentración de mercado producto de la adquisición de INDURA ECUADOR S.A. A SWISSGAS DEL ECUADOR S.A., eventualmente podrá conducir en un futuro a una colusión tácita. **5)** En conclusión: **a)** Existen altos niveles de concentración de los 4 mercados analizados, la adquisición aumentaría los índices de concentración, lo que determina la preocupación de posibles efectos anticompetitivos. **b)** Existen barreras de entrada para que empresas nuevas entren en el mercado; únicamente la entrada sería suficiente si al menos las nuevas empresas igualen la capacidad instalada de producción de gases de una forma que se constituya como una alternativa lo suficientemente amplia para el mercado; **c)** Los demandantes no pueden elegir debido a que la oferta es limitada; **d)** Se presume que no hay la posibilidad de un incremento de precios unilateral; **e)** No se reflejan variaciones de precios después de la operación, sin embargo hay indicios de que los precios ya están distorsionados; **f)** Podrían existir prácticas anticompetitivas en el mercado; **g)** A pesar de los requerimientos de la Intendencia de Control de Concentraciones, los notificantes no han justificado la verificabilidad, magnitud y alcance de las eficiencias alegadas.

QUINTO. ANÁLISIS EN DERECHO.- La Constitución de la República al referirse al Régimen de Desarrollo, en el Capítulo IV de la Soberanía Económica, Sección 7ª, de la Política Comercial, en el Art. 304, señala entre uno de sus objetivos, 6): "Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente

en el sector privado, y otras que afecten al funcionamiento del mercado." El Art. 15 de la LORCPM, manifiesta que, "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..." Con el objeto de aplicar la decisión que corresponda, es preciso analizar los criterios expuestos en el Art. 22 de la LORCPM, esto es puntualizar cada uno de los numerales de la mencionada norma, con el objeto de determinar su cumplimiento: El numeral 1) dice: "El estado de situación de la competencia en el mercado relevante" : por una parte los cuatro mercados relevantes referentes a los cuatro productos ya mencionados, presentan altos índices de concentración y, por otra parte no existe poder en la demanda por no existir fuentes alternativas que puedan cubrir la cantidad demandada en los términos y condiciones fijados por los líderes del mercado. El numeral 2) dice: "El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores", existen pocos competidores en los mercados relevantes y las empresas LINDE ECUADOR S.A. e INDURA ECUADOR S.A. poseen altos índices de participación con un 50% y 31% respectivamente. SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. posee el 10,4% y además estas empresas superan significativamente a otras empresas como OXÍGENOS DEL GUAYAS OXIGUAYAS S.A y ENOX. El numeral 3) dice: " La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales y potenciales competidores", Existen condiciones estructurales en los 4 mercados relevantes que eventualmente podrían derivar en acuerdos colusorios; por lo tanto mantener a la empresa SWISSGAS DEL ECUADOR S.A. en el mercado como operador económico estratégico, desestabiliza la implementación de acuerdos restrictivos a la competencia. El numeral 4) de la norma mencionada dice: La circunstancia de que si a partir de la concentración, se generare o se fortaleciere el poder de mercado o se produjere una posible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia." Existen altas barreras de entrada a los mercados relevantes para nuevas empresas, bajo la forma de costos hundidos, en infraestructura de producción y canales de distribución, existe comportamiento estratégico de las empresas que participan en aquellos. Y el numeral 5) dice: "La contribución que la concentración pudiere aportar a: a) Mejora de los sistemas de producción y comercialización; b) 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 el 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

19

71 setenta y uno

trabajadores"; Sobre estos aspectos, los notificantes no han justificado la verificabilidad, magnitud, alcance de las eficiencias alegadas, ni como las mismas serán trasmitidas al consumidor final. Finalmente los notificantes no han presentado la documentación suficiente que demuestre los beneficios de la concentración para el mercado.

SEXTO. RESOLUCIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de las atribuciones y facultades, señaladas en el Art. 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, luego del análisis del informe presentado por la Intendencia de Control de Concentraciones y amparada en las normas constitucionales y legales pertinentes, **RESUELVE: 1)** Aprobar el informe No. SCPM-ICC-034-2014, remitida mediante Memorando SCPM-ICC-166-2014-M, recibido el 17 de julio de 2014 a las 15H31, de la Intendencia de Control de Concentraciones. **2) DENEGAR** la operación de concentración, debiendo notificarse al operador económico INDURA ECUADOR S.A. con la misma. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc de la Comisión el Abogado Marcelo Dávila.- **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.** Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano el día 25 de agosto de 2014.

Doctor Fernando Benítez Zapata
PRESIDENTE ENCARGADO
COMISIONADO

Doctor Bernardo Jaramillo Sáenz
COMISIONADO

Abogado Doubosky Márquez Mantilla
COMISIONADO (e)

RAZÓN: Certifico que notifiqué con la Providencia que antecede el 26 de agosto de 2014, a INDURA ECUADOR S.A., casilla judicial No. 68 y a la Intendencia ICC mediante Memorando.- **CERTIFICO.-**

Abg. Marcelo Dávila Martínez

SECRETARIO AD - HOC