Expediente No. SCPM-CRPI-0012-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 21 de marzo de 2017, a las 16h00.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes., que disponen: Agregar el informe No. SCPM-ICC-019-2017-I, de fecha 14 de marzo de 2017, suscrito por el economista Daniel Cedeño Gallegos, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, constante en cuarenta y un (41) páginas remitido por sistema SIGDO, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica 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 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.

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

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El operador económico **Holding Grupo Difare Cía. Ltda.,** Representada Legalmente por el ingeniero Carlos Oswaldo Cueva Mejía, presentó el 11 de noviembre de 2016, presentó, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM.

3.2.- El economista Daniel Cedeño, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (E) remite a esta Comisión, mediante Informe No. SCPM-ICC-019-2017-I de 14 de marzo de 2017, el Expediente No. SCPM-ICC-0029-2016, e Informe No. SCPM-ICC-019-2017-I sobre "*Informe sobre la Notificación Obligatoria de Concentración Económica ingresada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 11 de noviembre de 2016; presentada por el Ing. Carlos Oswaldo Cueva Mejía, Gerente General de la compañía Holding Grupo Difare Cía. Ltda.*"

3.3.- Esta Comisión mediante providencia de 16 de marzo de 2017, a las 09h32, avocó conocimiento del Informe No. SCPM-ICC-019-2017-I, remitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, relacionada con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico **Holding Grupo Difare Cía. Ltda.**

CUARTO.- ALEGACIONES FORMULADAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO Y POR LA INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.-

4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico Holding Grupo Difare Cía. Ltda.

El operador económico **Holding Grupo Difare Cía. Ltda.** Representada Legalmente por el ingeniero Carlos Oswaldo Cueva Mejía, presentó el 11 de noviembre de 2016, presentó ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando entre otros puntos, que:

4.1.1. En relación a la operación de concentración económica: *"(…) consiste en la adquisición directa de la totalidad de las participaciones del negocio Frisonex por parte del Grupo Difare. Dicha adquisición se materializará con la transferencia del total de las participaciones de la compañía Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda., y las acciones de las empresas Oftalvis S.A. y Humalab S.A., (empresas que en conjunto se dedican a la representación, distribución y comercialización de dos líneas de productos: (i) Insumos de laboratorios médicos y equipos de diagnóstico clínico; y, (ii) Dispositivos médicos), las cuales son propiedad del socio mayoritario y otra socia de Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda.*

4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante se precisa que es la: *"distribución de preservativos masculinos con un ámbito geográfico nacional"*

4.1.3. Añaden, en cuanto al volumen de negocios de los partícipes: "*El volumen de negocios, calculado con base a los ingresos que obtuvieron en el período fiscal del año 2016, los operadores económicos Holding Grupo Difare Cía. Ltda. con las empresas que lo conforman y Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda., Oftalvis S.A., y Humalab S.A. es de USD 674.226.956,31"*

4.1.4. En relación a las cuotas de participación en el mercado relevante de cada uno de los Partícipes en la operación de concentración manifiesta que: *"(…) Si analizamos los ingresos obtenidos por las principales marcas en Ecuador, se puede observar que las cuotas de participación durante el año 2015 y 2016, no se han reducido, estas tienden a aumentar en un promedio de 5% en las tres marcas, esto quiere decir que Duo, Five y Preventor tienen consumidores fidelizados que asocian sus marcas con calidad y confianza. Por lo tanto, las empresas ingresantes deberán entrar al mercado con*

marcas atractivas y competir con las empresas posicionas. Según el Consejo Administrativo de Defensa Económico, "el mercado de los condones masculinos, la imagen de la marca es muy importante para los consumidores y los costes de un operador para establecer una nueva marca puede implicar costes hundidos, lo que hace que la entrada de un competidor poco probable en el sentido de ingresar con una marca no reconocida".

4.1.5. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada económicas y legales, los notificantes manifiestan que *"(…) se considera que existen altas barreras de entrada que pueden ralentizar y desincentivar el ingreso de nuevos operadores de mercado, sin embargo, al existir un mercado potencial de consumidores cercano a los 4 millones de mujeres en edad fértil, y que cerca del 45% de estas no usan ningún método de protección contra embarazos no deseados, este amplio nicho de mercado que aún no se llega a cubrir completamente puede generar los incentivos para que empresas internacionales ingresen al mercado ecuatoriano con la suficiente capacidad de dinamizar la competencia y eliminar riesgos de efecto producto de las operaciones de concentración en el sector de preservativos. Como se vio en análisis de relaciones horizontales, la operación entre Frisonex y Grupo Difare no genera preocupaciones de efectos coordinados ni unilaterales, porque la participación ex post de la adquisición no refuerza ni posiciona a la entidad concentrada con poder de dominio, así mismo tampoco aumenta la posibilidad de colusión tácita o implícita dada la reducción de un competidor en el mercado. Es por eso que al evaluar las barreras de entrada del mercado relevante se busca que nuevos actores puedan disciplinar las prácticas anticompetitivas de las empresas que realizaron un proceso de concentración económica, sin embargo, en este caso particular no se requiere que nuevos actores disuadan efectos contrarios a la competencia dado que la estructura del mercado relevante de preservativos no va a tener cambios sustanciales.*

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el "*Informe SCPM-ICC-019-2017-I de 14 de marzo de 2017*

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-019-2017-I de 14 de marzo de 2017 de la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y remitido a esta Comisión se establece que:

4.2.1. En relación a la descripción de la concentración económica notificada se expresa que: *"(…) La operación de concentración analizada consiste en la adquisición directa de la totalidad de las participaciones del negocio Frisonex por parte del Grupo Difare. Dicha adquisición se materializará con la transferencia del total de las participaciones de la compañía Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda., y las acciones de las empresas Oftalvis S.A. y Humalab S.A., (empresas que en conjunto se dedican a la representación, distribución y comercialización de dos líneas de productos: (i) Insumos de laboratorios médicos y equipos de diagnóstico clínico; y, (ii) Dispositivos médicos), las cuales son propiedad del socio mayoritario y otra socia de Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda. y que -en palabras de los notificantes y los documentos que constan del expediente- constituyen en conjunto un único negocio en*

marcha. De acuerdo al Memorando de Entendimiento realizado entre las partes, los bienes y servicios provistos por Frisonex y Grupo Difare, serán los mismos que cada una ha comercializado hasta la presente fecha. Tras la adquisición, tanto Frisonex cuanto Grupo Difare, tendrán una administración autónoma. No obstante, el control de Frisonex, dependerá de las decisiones del Grupo Difare." "El valor de esta transacción, de acuerdo a lo informado por el Operador Económico Notificante, será de USD 3´000.000 y se cerrará con la firma de las escrituras públicas y las cesiones de acciones correspondientes en el plazo previsto luego de obtenida la autorización."

4.2.2. Respecto de la determinación del volumen de negocios de *"[...] En el presente informe, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones se basa en la información de los operadores económicos que se encuentra registrada en la Superintendencia de Compañías,(...)" "El volumen de negocios en el Ecuador de la operación de concentración económica, calculado en función del artículo 17 de la LORCPM, alcanza los USD 674.226.956"*

4.2.3. En cumplimiento de lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, para efectos del análisis de la operación de concentración, con base en las características propias de este mercado, se definió como mercado relevante *"(...) distribución de preservativos masculinos con un ámbito geográfico nacional." "(...) se puede observar que Beiersdorf S.A. con la marca Duo tiene la mayor participación con el 37,8%; seguido de Candlecross S.A., con la marca Five, con el 25,1%; luego se encuentra Dong a Consumo (Eros) con el 16,8% y en cuarto lugar la empresa Frisonex con el 12,8% del mercado con la marca Preventor. Cabe señalar que Grupo Difare, representante de la marca Masculán cuenta con apenas el 1,6% del total de ventas en el año 2015 de preservativos en Ecuador. De realizarse la operación de concentración, la cuota de mercado pasaría del 12,8% al 14,4%.(...)"*

4.2.4. Conforme al artículo 22 numeral 1, sobre *"El estado de situación de la competencia en el mercado relevante", al respecto el mercado de distribución de preservativos se encuentra altamente concentrado conforme a los señalado al índice HHI para el año 2015, cabe mencionar que las empresas Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda. y Holding Grupo Difare Cía. Ltda., poseen una participación de conjunta del 14,4%, situándose en la cuarta posición de las principales compañías del sector."*

4.2.5. Conforme el artículo 22 numeral 2 de la LORCPM, sobre *"El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales operadores", se establece que los operadores que intervienen en la operación notificada, no poseen una participación conjunta que les permita ostentar posición de dominio y por ello se restringe la posibilidad de generar prácticas anticompetitivas."*

4.2.6. En cumplimiento al artículo 22 numeral 4 de la LORCPM, sobre *"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", el análisis de barreras de entrada en esta operación mostró que el*

ingreso de nuevos operadores al mercado de distribución de preservativos requieren de costos de importación y gastos de publicidad para posicionar la marca. Si bien existen altas barreras de ingreso, existen opciones internacionales que podrían ingresar en el mercado. Cabe señalar que la operación de concentraciones no genera preocupación de efectos anticompetitivos por lo tanto no se requiere que exista la posibilidad de nuevas empresas que disciplinen efectos de la operación dado que esta se puede considerar como una concentración neutral."

4.2.7. Conforme al artículo 22 numeral 5 de la LORCPM, sobre "*La contribución que la concentración pudiere aportar…", se concluye que las eficiencias planteadas por Holding Grupo Difare Cía. Ltda. no han sido debidamente demostradas mediante la carga probatoria respectiva."*

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El operador económico **Holding Grupo Difare Cía. Ltda.,** Representada Legalmente por el ingeniero Carlos Oswaldo Cueva Mejía, presentó el 11 de noviembre de 2016 en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado una notificación obligatoria de operación de concentración económica, mediante la cual se hace saber el proceso de adquisición directa de la totalidad de las participaciones de Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda., por parte de Holding Grupo Difare Cía. Ltda. Como consecuencia de esta transacción también pasarán a control del Grupo Difare las empresas Oftalvis S.A. y Humalab S.A., en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando que la operación de concentración económica consiste en la adquisición a realizarse es entre **Holding Grupo Difare Cía. Ltda** y Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda., pasarán también a control del Grupo Difare las empresas Oftalvis S.A. y Humalab S., con domicilio constituido en la ciudad de Guayaquil , provincia del Guayas urbanización Colón solar 5 MZ 275 edificio Corporativo Grupo DIFARE

5.2. Fundamentos de derecho.

5.2.1. Constitución de la República del Ecuador.

Art. 213 establece que: "*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. […]*".

Numeral 6 del artículo 304, determina entre uno de los objetivos de la política comercial: "*Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten al funcionamiento de los mercados.*".

Art. 336 prevé que: "*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.*".

5.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Las disposiciones constitucionales citadas se relacionan con lo establecido en el artículo 1 de la LORCPM, siendo uno de los objetos de la Ley el "*[…] control y regulación de las operaciones de concentración económica […]*", es decir que esta Superintendencia está facultada para autorizar las operaciones de concentración económica.

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. […]".

5.2.3.- Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

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. […]".

SEXTO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

6.1.- De la revisión realizada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y del análisis documental efectuado por esta Comisión se advierte que la notificación de concentración económica realizada por el operador económico **Holding Grupo Difare Cía. Ltda**, es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que, tiene un volumen de negocios producto de la operación de "USD 674.226.956,31" dólares de los Estados Unidos de América, superando el umbral para este sector de 200.000 remuneraciones básicas unificadas (USD 73.200.000) establecidos en la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación publicada en Suplemento al Registro Oficial No. 622 de 6 de noviembre de 2015.

6.2.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 22 numeral 1, sobre *""El estado de situación de la competencia en el mercado relevante", al respecto el mercado de distribución de preservativos se encuentra altamente concentrado conforme a los señalado al índice HHI para el año 2015, cabe mencionar que las empresas Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda. y Holding Grupo Difare Cía. Ltda., poseen una participación de conjunta del 14,4%, situándose en la cuarta posición de las principales compañías del sector."*

6.3.- Conforme el artículo 22 numeral 2 de la LORCPM, sobre *"El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales operadores", se establece que los operadores que intervienen en la operación notificada, no poseen una participación conjunta que les permita ostentar posición de dominio y por ello se restringe la posibilidad de generar prácticas anticompetitivas."*

6.4.- En cumplimiento al artículo 22 numeral 4 de la LORCPM, sobre *"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", el análisis de barreras de entrada en esta operación mostró que el ingreso de nuevos operadores al mercado de distribución de preservativos requieren de costos de importación y gastos de publicidad para posicionar la marca. Si bien existen altas barreras de ingreso, existen opciones internacionales que podrían ingresar en el mercado. Cabe señalar que la operación de concentraciones no genera preocupación de efectos anticompetitivos por lo tanto no se requiere que exista la posibilidad de nuevas empresas que disciplinen efectos de la operación dado que esta se puede considerar como una concentración neutral.*

SÉPTIMO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado,

RESUELVE:

1. Acoger la recomendación formulada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en el Informe No. SCPM-ICC-019-2017-I de 14 de marzo de 2017.

2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por **Holding Grupo Difare Cía. Ltda.,** Representada Legalmente por el ingeniero Carlos Oswaldo Cueva Mejía, consistente en la adquisición entre de Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda., por parte de Holding Grupo Difare Cía. Ltda. Como consecuencia de esta transacción también pasarán a control del Grupo Difare las empresas Oftalvis S.A. y Humalab S.A.

3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, a los operadores económicos **Holding Grupo Difare Cía. Ltda.** y Frisonex, Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda.

4. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: MARCELO HERNAN ORTEGA RODRIGUEZ
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO
Hora oficial Ecuador: 21/03/2017 16:47

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: AGAPITO VALDEZ QUINONEZ
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA
Hora local: 21/03/2017 16:53

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: DIEGO XAVIER JIMENEZ BORJA
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO DE LA COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA
Hora oficial Ecuador: 21/03/2017 16:45

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO