EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0081-2016

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 04 de enero de 2017, a las 16h55.- **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 Jiménez Borja, Por ausencia temporal del doctor Agapito Valdez Quiñonez (licencia) actúan solamente los doctores Marcelo Ortega Rodríguez y Diego Xavier Jiménez Borja, según los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales mediante los actos administrativos correspondientes, quienes 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 la tramitación del presente expediente por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El 16 se septiembre de 2016, ingresó a la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el formulario y sus respectivos anexos correspondientes a la notificación obligatoria de concentración económica, suscrita por el Ing. Guillermo Talbot Dueñas Gerente General del Banco del Austro.

3.2.- Mediante Oficio SCPM-ICC-0283-2016 de 26 de septiembre de 2016 la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas acusó recibo de la notificación presentada por el Gerente General y el Procurador General del Banco del Austro.

3.3.- A través de Providencia de 05 de octubre de 2016 la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, luego de analizada la información ingresada por el Operador Económico, considerándola suficiente para el inicio de la investigación, se avocó conocimiento del caso respectivo y se dio inicio a la fase de Investigación Formal.

3.4.- Con fecha 28 de diciembre de 2016, a las 16h41, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, avoca conocimiento del Informe No. SCPM.ICC-0054-2016-I de 22 de diciembre de 2016, relacionada con la notificación de concentración económica obligatoria, presentada por el operador económico **Banco del Austro S.A.**

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 Banco del Austro S.A.

El operador económico Banco del Austro S.A. (en adelante Banco del Austro), representada legalmente por su Gerente General el Ing. Guillermo Talbot Dueñas, presentó el 16 de septiembre de 2016, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal a) 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 fusión ordinaria por absorción entre el Banco del Austro S.A. (en adelante Banco del Austro) y Sociedad Financiera del Austro S.A. FIDASA (en adelante FIDASA). El Banco del Austro es una entidad dedicada a la intermediación financiera, de nacionalidad ecuatoriana con domicilio en Cuenca;* ambas domiciliadas en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay.

4.1.2. En relación a la determinación del mercado relevante precisa que: El Mercado Relevante es: "*el mercado de Captaciones del público, crédito de consumo, crédito comercial, inmobiliario y microcrédito.*"

4.1.3. Añaden, en cuanto al volumen de negocios calculado en el último periodo económico (2015) de acuerdo a la información de financiera del Banco del Austro y FIDASA, es de USD 1.653.253.861,71

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: "[...] *debido a que la cuota conjunta de los operadores económicos en el mercado de Captaciones del Público de 21,47%, Crédito de Consumo de 12,10%, Crédito Comercial de 16,24%, Microcrédito de 0,15% y Crédito Inmobiliario de 2,92% para el año 2015.*

4.1.5. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada económicas y legales, los notificantes manifiestan que *"(...) la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Concentraciones determina que la entrada de nuevos operadores al mercado no será suficiente para impedir efectos anticompetitivos, porque existen altas barreras legales y económicas que deben afrontar los operadores para la entrada al mercado, lo que efectivamente dificulta el ingreso oportuno de nuevos operadores al mercado nacional. Sin embargo, el hecho de tener a varios operadores económicos en cada mercado*

relevante determinado disminuye el efecto de tener altas barreras de entrada en el mercado y la necesidad de la entrada de nuevos operadores económicos."

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el "*Informe* No. SCPM-ICC-054-2016

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-054-2016 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 precisa que: *El Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMYF) describe en su artículo 162, Libro 1, a las entidades que componen el sector financiero privado en el Ecuador. Dentro de dicha clasificación no se encuentran contempladas las Sociedades Financieras. En concordancia con aquello, la Disposición Transitoria Novena del referido cuerpo legal dispone que las entidades financieras deberán obtener las autorizaciones correspondientes para su funcionamiento de acuerdo con las disposiciones legales. La Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera*[1]*, mediante Resolución No. 217-2016-F de 09 de marzo de 2016 ordenó que las Sociedades Financieras operarán hasta el 12 de marzo de 2016 y, a partir de esa fecha, deberán iniciar procesos de conversión, fusión" "El COMYF, en sus artículos del 170 al 176 de su Libro I regula los procesos de fusión de las entidades del Sistema Financiero Privado Nacional, disponiendo que el proceso de fusión ordinario será normado por la Superintendencia de Bancos, entidad que para el efecto emitió mediante Resolución No. SB-2016-176 de fecha 11 de marzo de 2016, la NORMA DE CONTROL PARA LA FUSIÓN ORDINARIA DE ENTIDADES DEL SECTOR FINANCIERO PRIVADO." "De igual manera, el COMYF, establece en su artículo 176 que en caso de fusión ordinaria, se considerarán las políticas y regulaciones que en materia de control de poder de mercado haya emitido la instancia reguladora competente (la Superintendencia de Control de Poder de Mercado)."*

4.2.2. "En vista de la normativa antes citada y en cumplimiento con lo dispuesto en la LORCPM, el operador notificante solicita la autorización de la operación de concentración por parte de la SCPM. En esencia, la operación consiste en la fusión

[1] La promulgación del Código Orgánico Monetario y Financiero (COMYF), publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 de 12 de Septiembre de 2014, representó la unificación de los organismos de control de los sectores económicos y financieros en el Ecuador en una sola entidad: la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Es parte de la función Ejecutiva y tiene un papel regulador y supervisor de la política monetaria, crediticia, cambiaria, financiera y de seguros y valores, para el efecto enfocará su esfuerzo en fomentar el acceso a los servicios financieros y la democratización del crédito, al mismo tiempo tendrá la facultad de regular las acciones en función de las políticas económicas y monetarias dictadas. La Junta está conformada con plenos derechos por las entidades de Estado responsables de la política económica, de la producción, de las finanzas públicas, la planificación del Estado y un delegado de la Presidencia de la República. Participarán con voz, pero sin voto, los Superintendentes de Bancos; de Compañías, Valores y Seguros; de Economía Popular y Solidaria; el Gerente General del Banco Central del Ecuador y el Presidente del Directorio de la Corporación de Seguro de Depósitos, Fondo del Liquidez y Fondo de Seguros Privados.

por absorción entre el Banco del Austro y FIDASA de forma tal que el primero absorberá a la segunda.

4.2.3. *"En la presente fusión, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución No. SB-2016-176 dictada por la Superintendencia de Bancos el 11 de marzo de 2016, se ha aplicado, de acuerdo a lo expresado por los notificantes, el "Método de Valoración de Empresa en Marcha", en virtud del cual se estableció que la relación de canje de acciones será de uno a uno sin prima de fusión. Por ello, producto de la fusión, el capital suscrito y pagado del Banco del Austro se incrementará en dos millones quinientos treinta y cinco mil setecientos cincuenta y cuatro 32/100 Dólares de los Estados Unidos de América (USD. 2.535.754,32), menos los USD. 28.342,95 que le corresponde al Banco del Austro y que debe ser amortizado.*

4.2.4. *"La consecuencia de la fusión que se analiza será la desaparición de FIDASA, como persona jurídica, la cual transferirá al Banco del Austro, en bloque, a título universal, su patrimonio, la totalidad de sus activos y pasivos, por lo cual Banco del Austro sucederá a FIDASA en todos sus derechos, acciones y obligaciones."*

4.2.5. *"(...) la operación analizada cumple con lo dispuesto en el artículo 14 de la LORCPM al existir una toma de control del Operador Económico FIDASA por parte de Banco del Austro que la absorberá e incorporará totalmente a su negocio. Esto a la vez generará la desaparición de un competidor independiente en el mercado relevante pues, aunque algunos accionistas mantienen participación en ambas compañías, el accionista mayoritario y que por tanto tiene la capacidad mayor de ejercer influencia sustancial en FIDASA no es el accionista mayoritario de Banco del Austro.*

4.2.6. *"En este sentido, la SCPM podría decidir que como consecuencia de las eficiencias aparejadas con la concentración, no existen razones para declarar que la operación deba ser denegada. Este será el caso cuando la SCPM concluya sobre las bases de la evidencia suministrada, que las eficiencias generadas por la concentración pueden mejorar la habilidad y los incentivos de los partícipes para actuar de una forma pro-competitiva en beneficio de los consumidores, y además contrarrestar los efectos adversos que podrían generarse con la operación.*

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El operador económico Banco del Austro S.A., representada legalmente por su Gerente General el Ing. Guillermo Talbot Dueñas, presentaron el 16 de septiembre de 2016, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando que la operación de concentración económica consiste en la fusión por absorción a realizarse es entre Banco del Austro a FIDASA., ambas domiciliadas en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay.

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 Banco del Austro S.A., es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, "*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*", en este sentido, la operación de concentración económica bajo análisis fue notificada por superar el umbral para el sector financiero de 3.200.000 RBU, determinado por la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante Resolución No. 009 publicada en el Registro Oficial No. 622 del viernes 6 de noviembre de 2015.

6.2.- Según el artículo 6 de la LORCPM *"(...) se entiende por volumen de negocio total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias (...)"*; al respecto el volumen de negocio para el año 2014, calculado con base en los artículos 17 de la LORCPM y 5 del RLORCPM, fue de USD 1.653.253.861,71.

6.3.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 22, numeral 1 de la LORCPM, sobre *"El estado de situación de la competencia en el mercado relevante", se puede mencionar que la estructura actual del mercado de Captaciones del Público y Crédito Comercial se encuentra no concentrado, el mercado de Crédito de Consumo y Crédito Inmobiliario se encuentran moderadamente concentrado y el mercado de Microcrédito está altamente concentrado."*

6.4.- Según el artículo 22 numeral 2 de la LORCPM, "*El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales operadores*", por medio del cálculo del umbral de Stenbacka y el índice HHI se estableció que los operadores partícipes en la operación de concentración, en conjunto no tienen una posición dominante en los mercados relevantes definidos, por lo cual no hay posibilidad que se puedan generar efectos anticompetitivos producto de la operación de concentración.

6.5.- Con respecto del 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*", se concluye, de acuerdo al análisis cualitativo y revisión de doctrina internacional, que existen altas barreras de entrada que impiden el ingreso oportuno y en una medida suficiente para contrarrestar posibles efectos anticompetitivos. Entre las principales barreras de entrada son: legales, tecnológicas y desarrollo y prestigio de marca.

6.6.- En el artículo 22 numeral 5 de la LORCPM, sobre "La contribución que la concentración pudiere aportar (...)", se concluye que la concentración económica puede aumentar la competitividad del sistema financiero, contribuyendo a la mejora del bienestar de los mercados y de la comunidad.

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. No. SCPM-ICC-054-2016, adjunto al Memorando SCPM-ICC-0195-2016-M de 23 de diciembre de 2016.

2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico Banco del Austro S.A., consistente en la fusión por absorción entre Banco del Austro S.A. y Sociedad Financiera del Austro S.A. FIDASA.

3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, al operador económico Banco del Austro S.A. y Sociedad Financiera del Austro S.A. FIDASA.

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

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Diego Jiménez Borja
COMISIONADO