

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI 009-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 21 de febrero de 2017, a las 16h30.- **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, 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 el presente expediente por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El operador económico **CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A.**, representada legalmente por Sonia Catherine Damerval Arosemena, presentaron el 25 de octubre 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 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-005-2017-I, de 02 de febrero de 2017, el Expediente No. SCPM-ICC-0027-2016 referente a: *“Informe sobre la Notificación Obligatoria de Concentración Económica Ingresada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el día 25 de octubre de 2016, Notificada por COAZUCAR PERÚ S.A. y dada inicio la etapa de autorización el 29 de noviembre de 2016.”*

3.3.- Esta Comisión mediante providencia de 07 de febrero de 2017, a las 10h10, avocó conocimiento del Informe No. SCPM-ICC-005-2017-I, de 02 de febrero de 2017, remitido por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, relacionada

con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico **CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S. A.**, representada legalmente por Sonia Catherine Damerval Arosemena.

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 CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A.

El operador económico CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A., Representada Legalmente por Sonia Catherine Damerval Arosemena, presentó el 25 de octubre 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 c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando entre otros puntos, que:

4.1.1. En relación a la operación de concentración económica: La concentración a realizarse es entre la compañía CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A., y la compañía Producargo S.A. *“Las acciones de Producargo son de propiedad del Sr. Miguel Emilio Peña Valle (40%) y los derechos fiduciarios del Fideicomiso Producargo CFN, que representan el 60% de la participación en dicha compañía.”*

4.1.2. Añaden, en cuanto al volumen de negocios al respecto, para el año 2015, calculado con base a las ventas obtenidas, fue de USD 326.363.847,30.

4.1.3. En relación a la determinación del mercado relevante precisa que son: *“los mercados de azúcar melaza y de alcohol”*

4.1.4. Añaden, en cuanto a la participación del mercado *“(…) se puede determinar que entre los tres principales operadores del mercado de azúcar se concentra el 80% de la producción nacional, manteniendo Coazucar Ecuador el 20% de mercado. Por otra parte, la producción de alcohol también se encuentra concentrada en tres operadores que están articulados a los ingenios azucareros; donde Producargo cuenta con una participación aproximada del 30%. En conjunto, los tres principales ingenios azucareros del país tienen una posición dominante en ambos mercados, por lo cual, existe posibilidad de que se puedan generar efectos adversos a la competencia, ya que la cadena productiva aguas arriba y aguas abajo estaría concentrada en manos de pocos operadores.”*

4.1.5. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada económicas y legales, los notificantes manifiestan que no existen.

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el “Informe No. SCPM-ICC-005-2017-I, de 02 de febrero de 2017”.-

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-005-2017-I, 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 presu que: *“(...) al respecto la operación de concentración analizada se refiere a la adquisición directa de la totalidad de las acciones y derechos fiduciarios de Producargo e indirecta de Miladel por parte del operador económico Coazúcar Perú.”*

4.2.2.- Respecto de la determinación del volumen de negocios de la operación de concentración económica, calculado en función del artículo 17 de la LORCPM, éste para el año 2015, calculado con base a las ventas obtenidas, fue de USD 326.363.847,30, dólares de los Estados Unidos de América y, el volumen de negocios calculado por la ICC supera el umbral para el sector de este sector 200.000 remuneraciones básicas unificadas (USD 70.800.000.00) 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.

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 *“para efectos del presente análisis de concentración económica, se consideró únicamente los productos que son parte del portafolio de las compañías inmersas en la operación de carácter vertical, y se evaluaron criterios cualitativos para determinar los patrones de sustitución y las áreas geográficas donde se determina la competencia, en este sentido los mercados relevantes para la presente notificación son: a) Cultivo de Caña b) Azúcar c) Melaza de Caña d) Energía Eléctrica e) Alcohol f) Fertilizantes g) Dióxido de Carbono Se señala que los productos finales que enlazan a la industria en análisis, azúcar y alcohol, son los que se evaluaron en el análisis de relaciones verticales (los subproductos como bagazo o dióxido de carbono no articulan ambas industrias), ya que alrededor de estos productos se podría generar una potencial afectación al mercado.”*

4.2.4.- Los efectos competitivos que provocará en el Ecuador la operación de concentración supone un contrapeso a los riesgos de posibles prácticas anticompetitivas que puede ser inherente a las operaciones, desde la perspectiva de la competencia, la concentración económica puede aumentar la competitividad dentro de la industria, contribuyendo a mejorar el bienestar de los mercados y a elevar el nivel de vida en la comunidad, se analizan en función de los criterios de decisión que se detallan en el artículo 22 de la LORCPM, así:

En relación al numeral 1 del artículo 22 de la LORCPM sobre: **“El estado de situación de la competencia en el mercado relevante”** se puede mencionar que: *“[...] la estructura actual de los mercados de azúcar y de alcohol se encuentran concentrados en operadores que están articulados verticalmente en la cadena productiva. En este sentido, las cuotas de mercado actuales de los operadores no se alterarían por la operación de concentración objeto de análisis, ya que son compañías que operan en distintos mercados.*

En relación al numeral 2 del artículo 22 de la LORCPM sobre: **“El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores”** *“El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales operadores”, se puede mencionar que: “(...) entre los tres principales operadores del mercado de azúcar se concentra el 80% de la producción nacional, manteniendo Coazucar Ecuador el 20% de mercado. Por otra parte, la producción de alcohol también se encuentra concentrada en tres operadores que están articulados a los ingenios azucareros; donde Producargo cuenta con una participación aproximada del 30%. En conjunto, los tres principales ingenios azucareros del país tienen una posición dominante en ambos mercados, por lo cual, existe posibilidad de que se puedan generar efectos adversos a la competencia, ya que la cadena productiva aguas arriba y aguas abajo estaría concentrada en manos de pocos operadores.”*

En relación al numeral 4 del artículo 22 de la LORCPM sobre: **“La circunstancia de si a partir de la concentración, se genere o fortalezca 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 puede determinar que *“la entrada de nuevos operadores no sería suficiente para disuadir cualquier posible práctica anticompetitiva. Las barreras de entrada identificadas que impiden el ingreso oportuno y en una medida suficiente para contrarrestar posibles efectos anticompetitivos son inversión en capital y costos asociados, costos en infraestructura, costos de transporte, industria protegida y complementariedad entre la industria azucarera y los cañicultores.”*

En relación al numeral 5 del artículo 22 de la LORCPM sobre: **“La contribución que la concentración pudiere aportar (...)”**, determina que *“las eficiencias en este caso no cumplen la carga probatoria para constituir un aliciente de posibles prácticas anticompetitivas.”*

4.2.5.- Análisis de relaciones verticales.

El régimen de control de operaciones de concentración busca proteger el proceso competitivo en el mercado. *“Para analizar los casos de concentraciones no horizontales, a pesar de las diferencias en los detalles entre casos, la OFT tipifica que el análisis se debe concentrar en tres preguntas: a) Capacidad: ¿Tendría la empresa concentrada la capacidad de dañar a sus rivales, por ejemplo al aumentar precios o negarse a suministrar productos? b) Incentivo: ¿Le resultaría rentable hacerlo? c) Efecto: ¿El efecto de cualquier acción de la empresa concentrada será suficiente para reducir la competencia en el mercado afectado en la medida en que, en el contexto del mercado en cuestión, da lugar a una reducción sustancial de la competencia (SLC)? Una empresa integrada verticalmente puede internalizar los márgenes dobles, es decir disminuir los precios y aumentar la producción para obtener mayores beneficios del aumento de la demanda; adicionalmente la concentración vertical puede disminuir los costos de transacción y posibilitar una mejor coordinación entre los niveles de la cadena de producción integrados.”* *“(...)En este sentido la operación de concentración analizada con respecto a la integración vertical no generaría restricciones verticales por las siguientes razones: i) previo a la operación de concentración las partes ya manejaban contratos de provisión de melaza por más del 99% y el resto de*

clientes de este insumo no lo demandaban para la producción de alcohol, de esta forma la operación no generaría ningún tipo de desabastecimiento de la melaza debido a que su cliente principal (Producargo) ya mantenía una relación con el adquiriente (Coazucar Ecuador); ii) en el caso de los ingenios San Carlos y Valdez, éstos entregan casi la totalidad de la melaza a las fábricas productoras de alcohol con las que se encuentran integradas, de la misma forma lo ha venido realizado Coazucar Ecuador de forma contractual como se mencionó anteriormente, razón por la cual se descartan las preocupaciones con respecto a que la operación de concentración pueda generar problemas de acceso a terceros de materia prima; y iii) la mayor parte de la producción de melaza generada por los ingenios azucareros es entregada a los productores de alcohol ubicados en la zona, no obstante los altos costos del transporte de este insumo a otro productor de alcohol resultarían ineficientes.”

4.2.6.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, recomienda que: “(...) *AUTORICE la operación de concentración económica notificada por Coazúcar Perú, de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*” “*En la investigación se determinó que en presencia de que los mercados articulados están altamente concentrados, habría la posibilidad de que entre los operadores dominantes acuerden prácticas que afecten negativamente al mercado; por lo cual, se recomienda abrir una investigación en la SCPM para determinar la existencia o no de dichas prácticas.*”

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El operador económico **CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A.**, representada legalmente por Sonia Catherine Damerval Arosemena, presentó el 25 de octubre 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 c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando que la operación de concentración económica consiste en la concentración a realizarse es entre *compañía* CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A., y la compañía Producargo S.A.

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 b) 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: Autorizar la operación; Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o, 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:

c) La adquisición directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital [...] Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, [...]”

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 CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A., es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que la concentración entre CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A., y la compañía Producargo S.A. artículo que refiere *“Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de participantes supere el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación”* la operación de concentración económica fue, notificada por superar el umbral para el sector real de 200.000 RBU, determinado por la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

6.2.- 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 de los mercados de azúcar y de alcohol se encuentran concentrados en operadores que están articulados verticalmente en la cadena productiva. En este sentido, las cuotas de mercado actuales de los operadores no se alterarían por la operación de concentración objeto de análisis, ya que son compañías que operan en distintos mercados.”

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 SCPM-ICC-005-2017-I. Adjunto al Memorando SCPM-ICC-024-2017-M. de 02 de febrero de 2017
2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A., y la compañía Producargo S.A.
3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, a los operadores económicos CORPORACION AZUCARERA DEL PERU S.A., y la compañía Producargo S.A.
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO