



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-017-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-**

Quito, D.M. 05 de julio de 2019, a las 10h50.-**VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Presidente de la Comisión; al doctor Luis Holguín Ochoa, Comisionado; y, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado, mediante las acciones de personal correspondientes, quienes **DISPONEN:** i).- Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.** Por ser el estado procesal para resolver el Expediente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) 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 la letra g) del numeral 11.1, del artículo 11, del Capítulo IV, del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, contenido en la Resolución No. SCPM-DS-22-2018.

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

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El economista Francisco Dávila Herrera, Intendente Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, remitió a la CRPI, el memorando **SCPM-IGT-INICCE-2019-218**, de 01 de julio de 2019, en el que realiza la Entrega del Expediente Digital No. **SCPM- IGT-INICCE-009-2019**, y del informe No. **SCPM-IGT-INNICE-2019-029**, de 28 de junio de 2019.

3.2.- La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, a través del economista Francisco Dávila Herrera, en su Informe No. **SCPM-IGT-INICCE-2019-029**, de 28 de junio de 2019, recomendó: "(...) *En función de lo expresado en este informe, considerando que la operación de concentración económica no genera*

Handwritten initials and signature in blue ink.

efectos en el mercado ecuatoriano, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que **AUTORICE** la operación de concentración económica notificada por San Miguel Industrias Ecuador SANMINDEC S.A., de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.(...)"

3.3.- La CRPI, mediante acto administrativo de 03 de julio de 2019, dictado a las 11h10, avocó conocimiento del **Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-029**, de 28 de junio de 2019, relacionado con la notificación obligatoria de concentración económica efectuada por los operadores económicos: **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**; y, **PLÁSTICOS ECUATORIANOS S.A.**, en el que en lo principal refiere: "(...) **PRIMERO.- AVOCAR CONOCIMIENTO** del Informe No. **SCPM-IGT-INICCE-2019-029**, de 28 de junio de 2019, recibido el 01 de julio de 2019, a través del sistema de gestión procesal "ANKU", relacionado con la Operación de Concentración Económica, notificada por el señor Ricardo Menéndez Ycaza, en calidad de Apoderado Especial del operador económico San Miguel Industrias Ecuador SANMINDEC S.A., dentro del Expediente No. **SCPM-IGT-INICCE-009-2019**, recalcando que la operación de concentración notificada consiste en la "adquisición de ciertos activos del operador económico PEPSA S.A por parte del operador económico San Miguel Industrias Ecuador SANMINDEC S.A." enmarcada en la letra a) del artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM); operación de concentración que fue presentada mediante el procedimiento obligatorio de notificación previa, conforme lo señala la letra a), del artículo 16 de la LORCPM, por superar el umbral para el sector real, determinado por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (...)".

CUARTO.- ANÁLISIS DE LA INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.-

Del "Contrato de Compra Venta de Activos celebrado entre PLASTICOS ECUATORIANOS S.A.; y, SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.", en la Notaría 55 del Cantón Guayaquil, se desprende lo siguiente:

"**CLÁUSULA TERCERA: OBJETO DEL CONTRATO** (...) 3.1. Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos y sujeto a las condiciones precedentes indicadas en la cláusula 3.8 y demás términos del Contrato, (i) el Vendedor acuerda transferir el dominio total y absoluto y conferir posesión de los Activos a favor del Comprador, y (ii) el Comprador se obliga a pagar al Vendedor el Precio; todo ello en la forma y modos establecidos en este Contrato. El comprador declara conocer (y aceptar sin reservas) que la venta de los Activos se realizará en el estado en que los Activos se encuentren a la Fecha de Cierre y declara conocer (y aceptar sin reservas) el estado en el que los Activos se encuentran a la fecha de este Contrato. (...) 3.3. La

110



Entrega y transferencia de los Activos será documentada mediante un acta de entrega, cuyo texto y formato se adjunta en el anexo 3.3 que forma parte integrante de este Contrato”, Ref. Anexo presentado operador económico signado con el número de trámite 130312” (pág. 6/252).

Se adjuntó, además, el Acta de entrega, en virtud de la cual el operador económico, **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.** declara que recibe del operador económico **PLASTICOS ECUATORIANOS S.A.**, los activos detallados en los Anexos constantes en el Expediente Nro. **SCPM-IGT-INICCE-009-2019**, detallados en el contrato de Compraventa celebrado entre los mismos operadores económicos el 16 de abril de 2019.

Según declaración Juramentada presentada por el señor Bruno Monasí Gayoso, en calidad de Gerente General de la compañía **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.** ante el Abg. Marco Angelo Ottati Salcedo, Notario Quincuagésimo Quinto del Cantón Guayaquil, declara:

“(…) Declara bajo juramento que los datos presentados en el formulario de notificación de concentración de carácter obligatoria, así como sus anexos, opiniones, cálculos y estimaciones han sido realizados de buena Fe (...)” Ref. Anexo presentado operador económico signado con el número de trámite 130312” (pág. 162/252).

4.1. En relación a la descripción de la concentración económica notificada se expresa que:

“(…) La operación de concentración económica notificada consiste en la adquisición, por parte de SMI, de ciertos activos que actualmente son propiedad de PEPSA S.A., los cuales son utilizados para la producción y comercialización de los bienes producidos en la línea de negocios denominada “Dispensadores Rígidos Desechables” (DRD). (...)” Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 11/24).

4.2. En el análisis técnico realizado, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en el **Informe No. SCPM-IGT-INNICE-2019-029**, de 28 de junio de 2019, establece:

“44. Dado que la presente operación tiene como objeto, transferir el dominio total y absoluto de los activos que forman parte del contrato, corresponde determinar si tal transacción configura los presupuestos necesarios para ser considerada una operación de concentración según el artículo 14, letra e) de la LORCPM, el mismo que reza:



Handwritten signature and date: 7/10

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: [...] 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. [...]

45. Tras la lectura de la norma citada, se desprende que los presupuestos fundamentales para que se configure una operación de concentración económica son la existencia de un cambio o toma de control, respecto de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la transferencia de activos, ya sea, en forma fáctica o jurídica; o, actos que otorguen el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.

46. Se colige entonces que la mera transferencia de activos no es suficiente para que se configure una toma o cambio de control, sino que dicha adquisición debe otorgar control o influencia determinante del adquirente en la adopción de decisiones sobre el operador económico u empresa adquirida.

47. No existe una definición legal que abarque de forma completa al concepto de “cambio o toma de control”, pero sí se define el término “control”, en el artículo 12 del RLORCPM, que reza lo siguiente: “Art. 12.- 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. [...]”.

48. En segundo lugar, se deberá tomar en consideración el artículo 18 numeral 1 del Código Civil, en lo correspondiente a los métodos de interpretación legal con la finalidad de poder complementar la definición relacionada con los términos cambio o toma –de control-, en este sentido el Código Civil reza: “1. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu 2. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras (...). Partiendo de la premisa de la interpretación literal que se debe dar a los términos “cambio o toma”, la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE) ha definido al verbo “cambiar” como: “Dejar una cosa o situación para tomar otra ” y al verbo “tomar” –en el presente contexto- como: “contraer o adquirir algo” . En este sentido se colige que la definición de cambio o toma de control comprendería: Que la influencia sustancial o



determinante de una empresa u operador económico cambie de calidad o de un operador a otro; o según el segundo término: Contraer o adquirir la influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico.

49. En relación a la definición propuesta, todavía existe un término que necesita ser definido. Este comprende al relacionado con la influencia sustancial. En este sentido, según el mismo método de interpretación aplicado anteriormente, la RAE, ha definido al sustantivo "influencia" –a efectos del presente contexto- como: "Poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas para intervenir en un negocio, y al adjetivo, "sustancial" como: "Importante o esencial". Bajo estas premisas, se entenderá por influencia sustancial: El poder, valimiento, autoridad de alguien para con otra u otras personas para intervenir, de manera importante o esencial, en un negocio.

50. Ahora bien, también es importante notar que la LORCPM requiere que la toma o cambio de control recaiga sobre una empresa u operador económico, por lo que siguiendo la misma metodología, se definirá el primer término, al no existir una definición legal sobre el mismo. Según la RAE, una de las definiciones de empresa es: "Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos". El mismo organismo define "negocio", en lo pertinente, como: "Aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés". En este sentido, atendiendo a la naturaleza lucrativa de ambos términos y en concordancia con lo consultado en varias fuentes, negocio es un sinónimo de empresa.

51. De la lectura del segundo inciso del artículo 14 del RLORCPM, se desprende que la norma prevé que una operación de concentración puede consistir en la adquisición de una rama o unidad de negocio. El contrato celebrado entre las partes prevé la transferencia de activos que, en su conjunto, conforman una unidad de negocios "DRD", la cual se puede considerar una empresa en sí misma, pues el conjunto de dichos activos se utiliza para producir un conjunto de bienes específicos, dirigidos principalmente a la industria láctea. También, se puede identificar que la unidad de negocios "DRD" tiene fines lucrativos, pues estos bienes servirán como insumo en la cadena de valor de Industrias Lácteas Toni S.A., mismo que a través de la comercialización de sus bienes finales, obtendrá réditos económicos.

52. Esta transferencia implicará, además, la salida del vendedor de la producción de los bienes para la que esos activos son utilizados. Así lo mencionaron los notificantes en el formulario para la notificación, "[...] en caso de ser aprobada la operación de concentración por parte de la SCPM [...] PESA dejará de fabricar botellas de leche, botellas de yogur, baldes para helados, conos, sobrecopas y

Handwritten signature and initials:
 [Signature]
 7/10

sobretapas, tarrinas y sorbetes [bienes elaborados con los activos de la línea de negocios DRD], por lo tanto, su participación será reemplazada por SMI.”

53. Consecuente, se observa que a través de la transferencia de activos de la unidad de negocios DRD - actualmente controlada por PESA (sic) - SMI adquirirá el poder para intervenir en las decisiones de una unidad de organización dedicada a actividades industriales con fines lucrativos, configurándose así los elementos subyacentes a la toma de control sobre una empresa; y por tanto, una operación de concentración económica en los términos del artículo 14 de la LORCPM.”. Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 7, 12, 13, 14/24).

4.3. Respecto a la determinación del volumen de negocios para la notificación obligatoria de la operación de concentración económica se señala:

“Del artículo 16 de la LORCPM, se desprende que se requiere la verificación de dos supuestos a fin de que sea obligatorio cumplir con la notificación previa de una operación de concentración:

Que se cumpla una de las condiciones establecidas en las letras a): referente al umbral de volumen de negocios; o, b): relativo al umbral de cuota de mercado, presentes en el inciso segundo de dicho artículo;

Que se trate de una operación de concentración horizontal o vertical.

El volumen de negocios en Ecuador al 2018, reportado por las partes en el formulario de notificación de la operación de concentración y sus anexos, fue de USD 115.941.285,09. Este valor está conformado de la siguiente forma: SMI: USD 93.939.967; SINEA: USD 6.276.975,09 y PESA: USD 15.724.343,00. La suma de estos valores, sobrepasan el umbral establecido en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, establecido en 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas, equivalente a USD 78.800.000,00 en el 2019.

A efectos de confirmar si se cumple con la condición establecida en el artículo 16, letra a) de la LORCPM, es necesario considerar lo dispuesto en los artículos 6, 16 y 17 de la LORCPM, así como en los artículos 5 y 14 del RLORCPM, verificando la información de las declaraciones de impuesto a la renta de los operadores económicos involucrados en la operación de concentración y relacionados a los mismos, constantes en la SCVS (...)” Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029.

1/10



Cuadro No. 1: Volumen de negocios total de la operación de concentración (año 2018)

RUBRO	SMI	SINEA ¹	PESA	TOTAL
Ventas netas locales de bienes	89.669.918,00	6.413.315	15.724.343	111.807.576,00
Prestaciones Locales de Servicios	16.280,72	0	0	16.280,72
Exportaciones Netas de Bienes	4.253.767,96	0	0	4.253.767,96
TOTAL INGRESOS ORDINARIOS POR VENTA DE BIENES Y SERVICIOS	93.939.966,68	6.413.315	15.724.343	116.077.624,68
Operaciones de ingreso con partes relacionadas locales	1.112,79	0	15.724.343	15.725.455,79
Operaciones de ingreso con partes relacionadas en paraísos fiscales y regímenes fiscales diferentes	587.365,77	0	0	587.365,77
Operaciones de ingreso con partes relacionadas en otros regímenes del exterior	4.369.309,20	0	0	4.369.309,20
TOTAL OPERACIONES DE INGRESO CON PARTES RELACIONADAS	4.957.787,76	0	15.724.343	20.682.130,76
VOLUMEN DE NEGOCIOS	88.982.178,92	6.413.315	0	95.395.493,92

Fuentes: 1) SCVS. (2018). Formulario 101; 2) SMI. (2019). Anexos a ID Trámite Nro. 130312.

Elaboración: Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones Económicas.

Cabe anotar que, en razón de lo estipulado en el artículo 14 del RLORCPM, el valor de ingresos ordinarios de PESA reportado en el cuadro anterior, por USD 15.724.343,00, pese a que constituye el volumen de negocios relativo a la parte objeto de la adquisición, no se considera para el presente cálculo, pues la totalidad de dicho monto corresponde a transacciones que tuvieron lugar entre empresas de un mismo grupo económico. En específico, es producto de las ventas realizadas por PESA, dentro de la línea DRD, a Industrias Lácteas Toni S.A. Además, con base en la misma norma, dado que SINEA es una empresa local relacionada con SMI, también es necesario no tomar en cuenta las ventas intragrupo, realizadas que en el 2018 fueron USD 136.340 (SMI realizó compras a SINEA por USD 136.340).

Con estas consideraciones, el volumen de negocios en el Ecuador del conjunto de los partícipes, en el ejercicio contable anterior a la operación, calculado a efectos de la letra a) del artículo 16 de la LORCPM, asciende a USD 95.259.153,92. Por lo tanto, se confirma que cumple con la condición de la norma indicada, al superar las 200.000 Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes establecidas por la Junta de Regulación de la LORCPM." Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029" (pág. 15,16/24).

Handwritten signatures and initials in blue ink.

4.4. Sobre el mercado relevante, en el mencionado Informe la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, considera y concluye:

“Sin perjuicio de que la definición sobre el mercado relevante se deja abierta, existen indicios de que el mercado relevante, a efectos del presente análisis, podría comprender la elaboración de productos plásticos elaborados mediante el proceso de inyección, para la industria alimenticia, a nivel nacional. En este sentido, se configuraría una operación de concentración horizontal, pues tanto PESA, con su línea DRD; como SMI, participan en esta actividad económica.”.Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 17/24).

4.5 Mercado de Producto

En cuanto al mercado de producto, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentración Económica, determina.

(...)Conforme se desprende de los hechos detallados anteriormente, SMI y PESA coinciden, de manera general, en la elaboración de productos plásticos para la industria alimenticia. Sin embargo, la operación de concentración consiste únicamente en la adquisición de una unidad de negocio de PESA, por lo que en el supuesto hipotético de que se produzca la eliminación de un competidor, sería respecto de los productos denominados por PESA como Dispositivos Rígidos Desechables (DRD). De acuerdo a lo reportado por el operador económico notificante, estos bienes comprenden específicamente a los siguientes:

Cuadro No. 6 Listado de bienes producidos con los activos a ser adquiridos

Proceso de producción	Categoría	Materia prima
Extrusión soplado	Botella de leche	HDPE ²
Extrusión soplado	Botella de yogur	HDPE
Inyección	Tapa 38 mm	HDPE
Inyección	Tapa Clemente	HDPE
Inyección	Tapa Balde 1 gl	LDPE ³
Inyección	Tapa Balde 5 gl	HDPE
Inyección	Tapa Leche 1000 cc	LDPE
Inyección	Balde 1 gl	HDPE
Inyección	Balde 5 gl	HDPE
Laminado / Termoformado	Cono	PS ⁴
Laminado / Termoformado	Sobretapa	PS
Laminado / Termoformado	Sobrecopa	PS
Laminado / Termoformado	Tapa de tarrina 250 / 550 cc	PP
Laminado / Termoformado	Tapa Tarrina 100 cc	PS
Laminado / Termoformado	Tarrina 1000 cc	PS
Laminado / Termoformado	Tarrina 100 cc	PS
Laminado / Termoformado	Tarrina cereal 100 cc	PS

² Polietileno de Alta Densidad, por sus siglas en inglés.

³ Polietileno de Baja Densidad, por sus siglas en inglés.

⁴ Siglas de Poliestireno.

7/20



Laminado / Termoformado	Tarrina 150 cc	PS
Laminado / Termoformado	Tarrina 200 cc	PS
Laminado / Termoformado	Tarrina 250 cc	PP
Laminado / Termoformado	Tarrina 50 cc	PS
Laminado / Termoformado	Tarrina 600 cc	PP
Sorbete	Sorbete largo	PP
Sorbete	Sorbete corto	PP

Fuente: SMI. (2019). Anexo No. 9, ID Trámite Nro. 130312

Conforme se observa en el cuadro anterior, los bienes que se producen con los activos objeto de la operación de concentración analizada comprenden principalmente envases, coberturas y sorbetes elaborados con base en resinas plásticas, distintas al PET. De acuerdo al operador económico notificante, los productos que comprenden la línea de DRD, se destinan principalmente a la industria de lácteos⁵.

Por otro lado, SMI produce y comercializa preformas y botellas con base en resinas plásticas PET; tapas con base en PE y PP; y, cucharitas basadas en PP⁶. Conforme a lo mencionado por SMI en reunión de trabajo de 30 de abril de 2019:

Para los productos PET se utilizan unas preformas. Cuando uno trae la resina PET que son unas bolitas hechas de resina, construye eso, y lo que realmente importa es la boca de la botella. La preforma es un tubo de ensayo con la boca. Luego de eso, se hace el soplado; y el soplado ya le responde al tipo de botella que tenga cada uno de los interesados, ellos tienen su propio molde, te compras los moldes y haces la botella que quieras.

Y lo otro que hacemos, es polietileno, que son estas tapitas. Básicamente, hacemos las tapitas para este tipo de botella, únicamente. [Representante de SMI muestra una botella de agua].

[...]

Productos que se envasan en PET, son básicamente aguas y gaseosas.

Es en este sentido, que el operador económico notificante alega que no es un competidor de PESA en ningún mercado⁷. En específico, sostiene que dado que los productos que produce PESA en la línea DRD, no se elaboran para la misma finalidad ni con las mismas resinas plásticas que aquellos que elabora SMI, los mismos no son sustitutos⁸. Por tanto, a ojos del operador económico notificante, la operación de concentración aquí analizada no es de índole horizontal, y por tanto no debía cumplir con el procedimiento obligatorio de notificación previa, sin perjuicio de que lo hayan hecho por evitar contingencias⁹.

Tomando estas consideraciones en cuenta, se analizará brevemente si efectivamente los productos ofertados por SMI, podrían ser sustitutos de los productos producidos por PESA, en su línea de negocios "DRD" (mismos que comprenden los bienes materia de la operación de concentración), tanto desde el punto de vista de la demanda como de la



Handwritten signature and initials in blue ink.

oferta. Sin perjuicio de aquello, se advierte que, por las consideraciones mencionadas anteriormente, la extensión exacta del mercado relevante puede dejarse abierta. (...)” .Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-025” (pág. 17-19/24).

4.6 Definición del Mercado Relevante Geográfico

El artículo 5 de la LORCPM establece lo siguiente:

[...]El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes [...]

“Conforme lo mencionado anteriormente, la extensión del mercado relevante puede dejarse abierta, siendo suficiente para los efectos del presente expediente, delimitar el mercado geográfico como de índole nacional.” Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 21/24).

4.7. Sobre los efectos de la operación de concentración, se expresa:

“(...)En tal virtud, como consecuencia de la operación de concentración, no se modificará, creará o reforzará el poder de mercado, así como tampoco se aprecia el riesgo de que la operación de concentración disminuya, distorsione u obstaculice la libre concurrencia de los operadores económicos o la competencia; generando, por lo contrario, la posibilidad de posibles beneficios al mercado. (...)” Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 21-22/24).

4.8. En cuanto a sustitución desde el lado de la demanda y desde el lado de la oferta, se manifiesta:

“(...) Por estas razones, sin perjuicio de que la extensión exacta del mercado relevante pueda quedar abierta, se concluye que a primera vista, los productos de la línea DRD no serían sustitutos desde el punto de vista de la demanda, con los bienes elaborados por SMI. (...)”.

“(...) se concluye que la elaboración de las preformas no podrían ser sustituibles desde el lado de la oferta, puesto que requieren ser elaboradas en una máquina extrusora que debe cumplir con características particulares para cumplir con el fin que se desee. Sin embargo, una vez obtenida la preforma, según lo mencionado por el operador económico BOPP, existe la posibilidad de que se use la sopladora para elaborar cualquier tipo de botella. Por tanto, la INICCE, con los hechos recabados, no puede determinar si es posible



ampliar el mercado relevante para comprender ambos tipos de botella, esto es, aquellas que se usan para envasar lácteos, elaboradas con base en HDPE y aquellas elaboradas con PET, pues desconoce los costos y accesibilidad de las preformas para elaborar las primeras. Sin embargo, tal como se mencionó anteriormente, la extensión exacta del mercado relevante puede dejarse abierta (...).Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 19-20/24).

4.9. En base a las consideraciones expuestas en el informe la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas: concluye:

“(…) Conforme la letra e) del artículo 14 de la LORCPM, una operación de concentración económica se constituye por el cambio o toma de control sobre uno o varias empresas (sic), a través de la realización de actos tales como: “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.”

La transacción objeto del presente análisis consiste en la transferencia de activos de la unidad de negocios DRD - actualmente controlada por PESA - a través de la cual SMI adquirirá el poder para intervenir en las decisiones de una unidad de organización dedicada a actividades industriales con fines lucrativos, configurándose así los elementos subyacentes a la toma de control sobre una empresa; y por tanto, una operación de concentración económica en los términos del artículo 14 de la LORCPM.

Según lo previsto en el artículo 6, 16 y 17 de la LORCPM, se ha determinado que el volumen de negocios total en el Ecuador, con corte al 2018, de las empresas intervinientes en la operación de concentración fue de USD 95.259.153,92. Este valor supera el monto establecido en la letra a) del artículo 16 de la LORCPM.

Sin perjuicio de que la definición sobre el mercado relevante puede dejarse abierta, pues los resultados de la investigación no dependen de su definición, existen indicios de que el mercado relevante, a efectos del presente análisis, podría comprender la elaboración de productos plásticos elaborados mediante el proceso de inyección, para la industria alimenticia, a nivel nacional. En este sentido, se configuraría una operación de concentración horizontal, pues tanto PESA, con su línea DRD; como SMI, participan en esta actividad económica.

En virtud de que se trata de una operación de concentración horizontal, que cumple con la condición establecida en el artículo 16, letra a) de la LORCPM, los operadores económicos partícipes están obligados a cumplir con el procedimiento obligatorio de notificación previa.

A consecuencia de la operación de concentración, no se modificará, creará o reforzará el poder de mercado, así como tampoco se aprecia el riesgo de que la operación de concentración disminuya, distorsione u obstaculice la libre competencia de los operadores económicos o la competencia. Consecuentemente, no existe riesgo de

Handwritten signatures and initials:
 [Signature]
 [Signature]
 11/10

potenciales efectos unilaterales o coordinados, como resultado de la adquisición de los activos objeto de la transacción. (...)”Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 23/24).

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en el Informe No. SCPM-IGT-INNICE-2019-029, de 28 de junio de 2019, recomienda “(...) En función de lo expresado en este informe, considerando que la operación de concentración económica no genera efectos en el mercado ecuatoriano, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que **AUTORICE** la operación de concentración económica notificada por San Miguel Industrias Ecuador SANMINDEC S.A., de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (...)”Ref.: Informe Nro. SCPM-IGT-INICCE-2019-029” (pág. 23/24).

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El señor Ricardo Menéndez Ycaza, en calidad de Apoderado Especial del operador económico **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**, el 17 de abril de 2019, ingresó en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en la letra e) del artículo 14 de la LORCPM.

La operación de concentración económica que se analiza en el presente expediente administrativo, fue presentada mediante el procedimiento obligatorio de notificación previa, de conformidad con el artículo 16 de la LORCPM, al generarse una transferencia 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 en los términos contemplados en la letra e) del artículo 17 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. La operación de concentración notificada consiste en la adquisición, por parte del operador económico **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**, de ciertos activos que actualmente son propiedad del operador económico **PLÁSTICOS ECUATORIANOS S.A.**

La presente Resolución contiene un análisis sobre lo manifestado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, en concordancia con la normativa vigente en Ecuador referente a operaciones de concentración económica, y los efectos sobre la competencia que la operación notificada por el señor Ricardo Menéndez Ycaza en calidad de Apoderado Especial del operador económico **SAN**

7710



MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A., pudiera llegar a desplegar en el mercado nacional, haciendo hincapié en las implicaciones jurídicas y económicas de la operación de concentración económica, en función de la información recopilada por esta entidad de control, de conformidad con las atribuciones establecidas en la LORCPM y la legislación conexas.

5.2. Fundamentos de derecho.

5.2.1. Constitución de la República del Ecuador.

El artículo 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. (...)”.

El 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. (...)”.*

El artículo 336 prevé:

“(...) 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 objetivos de la Ley el “[...] control y regulación de las operaciones de concentración económica [...]”, por lo que esta Superintendencia está facultada para autorizar las operaciones de concentración económica.

Al efecto, con sujeción a lo que prescriben los artículos: 14 letra e), 15 y 16 letra a) de la LORCPM, las operaciones de concentración económica, están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación contemplado en la normativa vigente.

[Handwritten signature]
e. romero
7/10

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 para la 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 Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y del análisis documental efectuado por esta Comisión se establece que la notificación de concentración económica realizada por el operador económico **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**, es obligatoria

6.2.- En lo relacionado al volumen de negocios y al mercado relevante, se ha observado lo siguiente:

1/16



a) Conforme a lo determinado en el artículo 16, letra a) de la LORCPM e inciso segundo del artículo 5 del RLORCPM, se observó que el volumen de negocios total de los operadores económicos **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**; y, **PLÁSTICOS ECUATORIANOS S.A.**, es de USD. 95.259.153,92 en el último ejercicio contable anterior a la operación de concentración (año 2018), conforme lo señala la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas en su informe Nro. **SCPM-IGT-INICCE-2019-029**.

- b) Conforme a lo establecido en el artículo 5 de la LORCPM, con respecto al mercado relevante, para efectos del análisis de la operación de concentración, con base en sus características y las de los operadores inmersos en la misma, se verificó que el mercado relevante de producto para el presente caso es:
 - i) Bienes materia de la operación de concentración;
 - ii) Sustitución desde el lado de la demanda; y,
 - iii) Sustitución desde el lado de la oferta.

El mercado geográfico definido sobre el mercado relevante se ha determinado que *“puede dejarse abierto, siendo suficiente delimitar el mercado geográfico como de índole nacional”*.

- c) En el análisis de los mercados relevantes se logró determinar que *“a efectos del presente análisis, podría comprender la elaboración de productos plásticos elaborados mediante el proceso de inyección, para la industria alimenticia, a nivel nacional”*.
- d) Observando el artículo 22 de la LORCPM, respecto al “estado de situación de la competencia en el mercado relevante”, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas plantea que la operación de concentración no modificará, creará o reforzará el poder de mercado, así como tampoco se aprecia el riesgo de que la operación de concentración disminuya, distorsione u obstaculice la libre competencia de los operadores económicos o la competencia, generando, por lo contrario, la posibilidad de posibles beneficios al mercado.

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en los artículos 21 y 38 número 19 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

RESUELVE:

1. **ACOGER** la recomendación formulada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en el Informe No. **SCPM-IGT-INNICE-2019-029**, de 28 de junio de 2019, remitido mediante memorando **SCPM-IGT-INICCE-2019-218**, de 01 de julio de 2019.
2. **AUTORIZAR** la operación de concentración económica entre los operadores económicos **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**; y, **PLÁSTICOS ECUATORIANOS S.A.**, notificada por el señor Ricardo Menéndez Ycaza, en su calidad de apoderado especial del operador económico **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**
3. **NOTIFÍQUESE** la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas; al operador económico **SAN MIGUEL INDUSTRIAS ECUADOR SANMINDEC S.A.**, en los correos electrónicos y casillero judicial señalados para el efecto; y, a la Secretaría General de la SCPM, para los fines legales pertinentes.
4. Una vez que haya causado estado el presente acto administrativo, remítase al Archivo de la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
5. **ACTÚE** el abogado Eduardo Maigualema Herrera, como Secretario AD-HOC de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.- **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE.-**


Dr. Luis Holguín Ochoa
COMISIONADO



SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO



SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Dr. Oswaldo Ramón Moneayo
PRESIDENTE



PRESIDENCIA COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO