

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-2016-037

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 05 de agosto de 2016, a las 11h00- **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, mediante los actos administrativos correspondientes, por ausencia temporal del doctor Agapito Valdez Quiñonez (licencia) actúan solamente los doctores Marcelo Ortega Rodríguez y Diego Jiménez Borja, que disponen: Agregar el informe No. SCPM-ICC-31-2016, de fecha 15 de julio del 2016, suscrito por el economista Daniel Cedeño Gallegos, Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, constante en treinta y nueve (39) 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 The Sherwin Williams Company, representada legalmente por Catherine M. Kilbane, a través de sus procuradores comunes, los Abogados, Francisco Roldán y Marco Rubio Valverde, presentaron el 28 de marzo 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-031-2016-I de 15 de julio de 2016, el Expediente No. SCPM-ICC-0009-2016 e Informe No. SCPM-ICC-031-2016-I “*sobre la Notificación de Concentración Económica ingresada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 28 de marzo de 2016; notificada*”

por *The Sherwin Williams Company*, e iniciada la etapa de autorización el 28 de abril de 2016.

3.3.- Esta Comisión mediante providencia de 18 de julio de 2016, a las 16h45, avocó conocimiento del Informe No. SCPM-ICC-031-2016-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 *The Sherwin Williams Company*.

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 *The Sherwin Williams Company*.-

El operador económico ***The Sherwin Williams Company***, representada legalmente por **Catherine M. Kilbane** y en calidad de apoderado especial, el doctor David Adolfo Sperber Vilhelm, presentó el 28 de marzo 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: En relación a la operación de concentración económica: “[...] *consiste en la adquisición del control exclusivo del operador económico Sherwin- Williams, sobre el operador económico Valspar.*”

4.1.1. En relación a la determinación del mercado relevante precisa que: “*revestimientos automotrices en el territorio de la República del Ecuador.*”

4.1.2. Añaden, en cuanto al volumen de negocios de los partícipes se corresponde a: “USD 83.597.247,00 ” dólares de los Estados Unidos de América.

4.1.3. En relación a las cuotas de participación en el mercado relevante de cada uno de los partícipes en la operación de concentración manifiesta que: “*Con base en los resultados obtenidos se determina que la empresa Pinturas Unidas, posee una participación del 43% en el 2015, seguido de Pinturas Cóndor con el 25%, Acuin con el 7% y Valspar tuvo una participación del 0,23% en el mercado de revestimiento automotriz. La cuota de participación conjunta entre Pinturas Cóndor y Valspar alcanzaría el 25,23%.*”

4.1.4. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada económicas y legales, los notificantes manifiestan que no existen, ya que la empresa adquirida no participa en el mercado ecuatoriano.

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el “Informe SCPM-ICC-031-2016”.-

En el análisis técnico realizado en el Informe No. SCPM-ICC-031-2016 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 expresa que: *“la operación de concentración analizada se refiere a la adquisición del 100% de las acciones de The Valspar Corporation por parte de The Sherwin-Williams Company (en Ecuador Pinturas Cóndor S.A.)”*
- 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, es de USD 83.597.247,00 superando el umbral para el sector real de USD 73.200.000 o 200.000 RBU, establecidos en la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación publicada en el Registro Oficial No. 622 de Noviembre de 2015.

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 “Revestimiento automotriz”.

- 4.2.3. 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:

- 4.2.3.1. En relación al numeral 1 sobre *“El estado de situación de la competencia en el mercado relevante”*, se puede mencionar que la estructura actual del mercado de revestimiento automotriz se encuentra altamente concentrado, no obstante la variación entre el HHI ex ante y ex post, muestra que la concentración económica no generaría preocupación en el mercado. En conjunto, las empresas a concentrarse poseerían una participación de 25,23% (Pinturas Cóndor S.A. con el 25% y The Valspar Corporation con el 0,23%) Adicionalmente, la operación en análisis no ocasionaría ninguna disminución de competidores en el mercado como respuesta a la concentración económica que pudiese afectar la estructura de mercado y el proceso competitivo, ya que la empresa adquirida no participa en el mercado ecuatoriano.

- 4.2.3.2. En atención a lo previsto en el numeral 5, sobre *“El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales operadores”*, se establece que: *“Existen muchos competidores en los mercados relevantes analizando y específicamente las dos empresas notificantes no posee una alta participación en el mercado, además el sector de transporte marítimo de carga por contenedores es un sector que se rige por las condiciones estructurales de la oferta y demanda por lo cual no existe “Poder del Mercado” de los operadores en dicho mercado.”*

- 4.2.3.2.1. En atención a lo previsto en el numeral 5, sobre “La contribución que la concentración pudiere aportar...”, se concluye que el notificante no ha sustentado de manera técnica y verificable la existencia de eficiencias inherentes a la operación de concentración. Es criterio de la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones que los notificantes no han satisfecho la carga probatoria ni de verificabilidad que corresponde en cuanto se refiere a eficiencia.”

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El operador económico **The Sherwin Williams Company**, representada legalmente por **Catherine M. Kilbane** y en calidad de apoderado especial, el doctor David Adolfo Sperber Vilhelm, presentó el 28 de marzo 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. El 28 de marzo de 2016, ingresa a la Secretaría General de la Superintendencia de Control el Poder de Mercado. La operación de concentración económica que se analiza en este informe, está sujeta al procedimiento obligatorio de notificación previa de acuerdo al artículo 15 de la LORCPM. Esta operación consiste en la adquisición del 100% de las acciones de The Valspar Corporation (en adelante Valspar), por parte de una filial de The Sherwin-Williams Company (en adelante Sherwin-Williams), y por tanto la adquisición del control sobre dicha compañía, domicilio corporativo 101 W. Avenida Prospect Cleveland, Ohio, EE.UU., Minneapolis, Minnesota EE.UU.

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 The Sherwin Williams Company, es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que la concentración entre The Sherwin Williams Company y The Valspar Corporation, tiene un volumen de negocios producto de la operación de USD 83.597.247,00 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 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 revestimiento automotriz se encuentra altamente concentrado, no obstante la variación entre el HHI ex ante y ex post, muestra que la concentración económica no generaría preocupación en el mercado. En conjunto, las empresas a concentrarse poseerían una participación de 25,23% (Pinturas Cónдор S.A. con el 25% y The Valspar Corporation con el 0,23%) Adicionalmente, la operación en análisis no ocasionaría ninguna disminución de competidores en el mercado como respuesta a la concentración económica que pudiese afectar la estructura de mercado y el proceso competitivo, ya que la empresa adquirida no participa en el mercado ecuatoriano.

6.3.- Respecto del numeral 5 del artículo 22 de la LORCPM, sobre: *“La contribución que la concentración pudiere aportar...”*, *“se concluye que el notificante no ha sustentado de manera técnica y verificable la existencia de eficiencias inherentes a la operación de concentración. Es criterio de la Dirección Nacional de Estudios y Examen de Control de Concentraciones que los notificantes no han satisfecho la carga probatoria ni de verificabilidad que le corresponde en cuanto se refiere a eficiencias.”*

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-31-2016, de 15 de julio del 2016.
2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico The Sherwin Williams Company, consistente en la adquisición por parte The Sherwin Williams Company al operador económico The Valspar Corporation.
3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, al operador económico The Sherwin Williams Company y al operador económico The Valspar Corporation.
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

