-85- 8 ochenta y cinco

**EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-031-2019**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 11 de febrero de 2020, 16h20.-

**Comisionado sustanciador:** José Cartagena Pozo

**VISTOS**

[1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.

[2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.

[3] La sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 07 de febrero de 2020 se designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.

## 1 AUTORIDAD COMPETENTE

[4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica, de ser necesario, 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 36 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

## 2 IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

[5] El procedimiento es el determinado en la Sección Primera del Capitulo III del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

## 3 IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO QUE REALIZA LA NOTIFICACIÓN

[6] El operador económico que realiza la notificación obligatoria de concentración económica es **HOLDING GRUPO DIFARE CÍA. LTDA.** (en adelante, "**HGD**"), con RUC No. 0992643021001.

## 4 DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE

[7] Mediante escrito y anexos presentados e ingresados en la Secretaria General de la SCPM, el 04 de septiembre de 2019, a las 14h34, con número de trámite 142903, el operador económico **HGD** presentó una notificación obligatoria previa de operación de concentración económica.

[8] Mediante la providencia de 09 de septiembre de 2019, a las 16h20, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (en adelante, "INICCE"), dispuso que el operador económico **HGD** especifique la información que debe declararse confidencial y solicitó realizar el pago de la tasa para el análisis y estudio de la operación de concentración económica.

[9] Mediante el escrito presentado por el operador económico **HGD** en la Secretaria General de la SCPM, el 12 de septiembre de 2019 con número de trámite 143865, se dio cumplimiento parcial a lo dispuesto por la INICCE, y solamente se remitió el comprobante de cálculo de la tasa para el análisis y el estudio de operación de concentraciones económicas.

[10] Mediante providencia de 16 de septiembre de 2019, a las 09h30 la INICCE dispuso al operador económico **HGD** completar información relacionada con el contenido de la notificación obligatoria de concentración económica.

[11] Mediante el escrito y anexos presentados por el operador económico **HGD** en la Secretaria General de la SCPM, el 20 de septiembre de 2019, a las 09h43 con número de trámite 144464 se cumplió con lo dispuesto por la INICCE en la providencia de 16 de septiembre de 2019, a las 09h30.

[12] Mediante providencia de 25 de septiembre de 2019, a las 10h00 la INICCE dispuso al operador económico **HGD** pagar el monto faltante correspondiente a la tasa para el análisis y el estudio de la operación de concentración económica.

[13] Mediante el escrito y anexos presentados por el operador económico **HGD** en la Secretaria General de la SCPM, el 26 de septiembre de 2019, a las 15h26 con número de trámite 145016 se remitió el comprobante de pago del monto faltante, correspondiente a la tasa para el análisis y el estudio de la operación de concentración económica.

[14] Mediante escrito y anexos presentados por el operador económico **HGD** en la Secretaria General de la SCPM, el 27 de septiembre de 2019, a las 15h18 con número de trámite 145145 se envió el detalle de la información catalogada como confidencial.

[15] Mediante providencia de 30 de septiembre de 2019, a las 17h15 la INICCE avocó conocimiento del expediente SCPM-IGT-INICCE-017-2019, dispuso que se inicie el procedimiento de autorización de operación de concentración económica, y convocó al operador económico **HGD** a una reunión de trabajo.

[16] Mediante providencia de 24 de octubre de 2019, a las 10h00 la INICCE solicitó información a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria referente al mercado relevante de esta operación de concentración económica.

[17] Mediante oficio No. ARCSA-ARCSA-DAJ-2019-0272-O y anexos ingresados en la Secretaria General de la SCPM, con número de trámite 148963, se remitió la información solicitada en la providencia de 24 de octubre de 2019, a las 10h00.

[18] Mediante providencia de 10 de diciembre de 2019, a las 12h00 la CRPI dispuso:

> *"**PRIMERO.-AVOCAR** conocimiento del expediente* SCPM-CRPI-031-2019. ***SEGUNDO.- AGREGAR** al expediente los siguientes documentos:*
>
> *i. El Memorando No. SCPM-IGT-INICCE-2019-380 de 02 de diciembre de 2019, en el cual se remite a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-047, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación de Control de Concentraciones Económicas.*
>
> *ii. El Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-047 elaborado por la INICCE el 29 de noviembre de 2019.*
>
> ***TERCERO.-PRORROGAR** por sesenta (60) días término adicionales para emitir resolución.*
>
> ***CUARTO.-REQUERIR** a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas remita a la CRPI en el término de tres (3) días, el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-047."*

[19] La reunión de trabajo de 21 de enero de 2020 a las 11h00 entre la CRPI y el operador económico notificante de la operación de concentración.

[20] Mediante providencia de 03 de febrero de 2020 la CRPI establece que:

> *"(...) para el análisis de concentración económica dentro del expediente No. SCPM-CRPI-031-2019, la CRPI considera necesario requerir información de venta al por mayor de medicamentos en general de uso humano a **HOLDING GRUPO DIFARE CIA. LTDA**. sobre el operador económico **DYVENPRO, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE PRODUCTOS S.A.**, a fin de conocer si su actividad es de casa de representación o distribuidora farmacéutica y su incidencia en el mercado."*

## 5 FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

### 5.1 Constitución de la República del Ecuador

[21] Los artículos 213, 235 y 236 de la Carta Magna determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.

> *"Art. 213.- 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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.*
>
> *(...)"*
>
> *"Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.*
>
> *El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal."*
>
> *"Art. 336.- 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."*

[22] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

### 5.2 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

[23] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores

económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.

> *"Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*
>
> *Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.*
>
> *Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.*
>
> *La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos."*

[24] Las normas transcritas establecen el objeto y el ámbito de la LORCPM y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM. El caso bajo estudio encaja dentro de dicho marco de acción.

[25] El artículo 14 de la LORCPM define claramente lo que se entiende por operación de concentración económica:

> *"**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:*
>
> *a) La fusión entre empresas u operadores económicos.*
> *b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.*
> *c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando*

*tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.*
*d) La vinculación mediante administración común.*
*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."*

[26] En el artículo 15 de la LORCPM se establece la facultad de la SCPM para examinar, regular y controlar las operaciones de concentración económicas que deben ser notificadas obligatoriamente:

*"**Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.-** Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.*
*(...)"*

[27] 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.*

*(...)".*

[28] Conforme lo dispuesto por el artículo 36 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM") la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM"), es un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público y privado lo dispuesto en la Ley.

*"**Art. 36.-** Autoridad de Aplicación.- Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y*

*Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país.*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su estructura contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutivo de primera instancia."*

[29] En virtud del artículo 37 de la LORCPM la SCPM asegura la transparencia y eficiencia en los mercados y fomenta la competencia económica, para lo cual entre otros realizará el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

*"**Art. 37.**- Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación."*

### 5.3 Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[30] En el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM se establece el plazo en el cual se debe presentar la notificación obligatoria, y la casuística para considerar la fecha de conclusión de los acuerdos que darán lugar al cambio o toma de control por parte de los operadores económicos:

*"**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.*

*b) En el caso de la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante, desde el momento en que los operadores económicos intervinientes consientan en realizar la operación, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.*

*c) En el caso de la adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la persona que los emita, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.*

*d) En el caso de la vinculación mediante administración común, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los administradores han sido designados por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.*

*e) En el caso de 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, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse.*

- 89 - del
Objeto y mero

*Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.*

*La existencia de cláusulas que de cualquier modo condicionen la futura formalización o ejecución de dichos acuerdos no exime del cumplimiento del deber de notificar.*

*Si una vez notificado el proyecto de concentración y previamente a la resolución del expediente, las partes desisten de la misma, el notificante pondrá inmediatamente en conocimiento de la Superintendencia esta circunstancia, acreditándola formalmente, en cuyo caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrá acordar sin más trámite el archivo de las actuaciones."*

### 5.4 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

[31] En la normativa interna de la SCPM se determina el procedimiento para las operaciones de concentración económica notificadas obligatoriamente, una de las fases es la de resolución:

*"**Art. 36.-** PROCEDIMIENTO PARA LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA NOTIFICADAS OBLIGATORIAMENTE.- Para dar cumplimiento al procedimiento obligatorio de notificación previa, previsto en los artículos 15 y 16 de la LORCPM se cumplirá lo siguiente:*

*(...)*

*4.- FASE DE RESOLUCION.- La CRPI, recibirá el proceso y resolverá en el término de cinco (5) días. La resolución la expedirá considerando lo establecido en el artículo 21 de la LORCPM y notificará al operador económico y a la Intendencia para que registre y supervise el cumplimiento de la resolución en caso que la misma sea subordinada.*

*En caso que por omisión de la Intendencia, de la CRPI o de cualquier otro servidor se produzca el silencio administrativo se iniciará la acción disciplinaria conforme a la LOSEP en contra de los responsables, independientemente de la acción civil o penal que hubiere lugar.*

*(...)"*

## 6 LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

### 6.1 Relación contractual entre los agentes económicos FARMAMIA CIA. LTDA., y HOLDING GRUPO DIFARE CIA. LTDA.

[32] El 30 de agosto de 2019, los operadores económicos **FARMAMIA CIA LTDA.** (en adelante "**FARMAMIA**") y **HGD** celebraron "Memorando de Entendimiento"

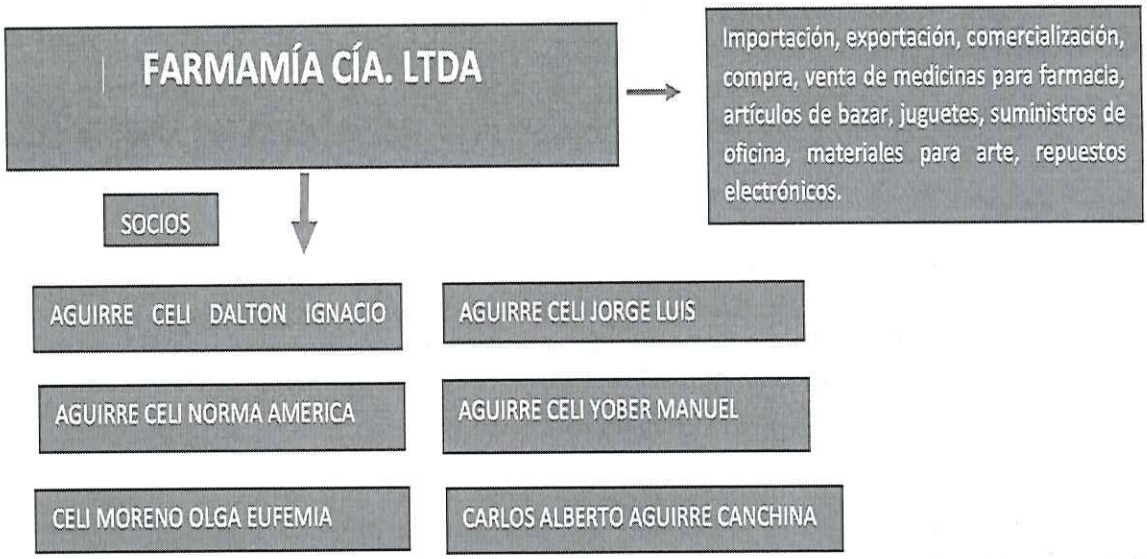
[33] Por medio del "Memorando de Entendimiento" **FARMAMIA** se compromete a ceder a **HGD** la totalidad de las participaciones de la compañía **FARMAMIA CIA LTDA.,** es decir, trescientas treinta y cuatro mil ciento cuarenta y ocho participaciones.

### 6.2 Enfoque societario de los agentes económicos involucrados

#### 6.2.1 Análisis societario del operador económico FARMAMIA

[34] **FARMAMIA** es una compañía limitada de nacionalidad ecuatoriana con RUC 0791740150001, dedicada a la importación, exportación, comercialización, compra, venta de medicinas para farmacia, artículos de bazar, juguetes, suministros de oficina, materiales para arte, repuestos eléctricos[1].

[35] Según se desprende de la información extraída de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la participación de **FARMAMIA** es:




*Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros*
*Elaborado por: CRPI*

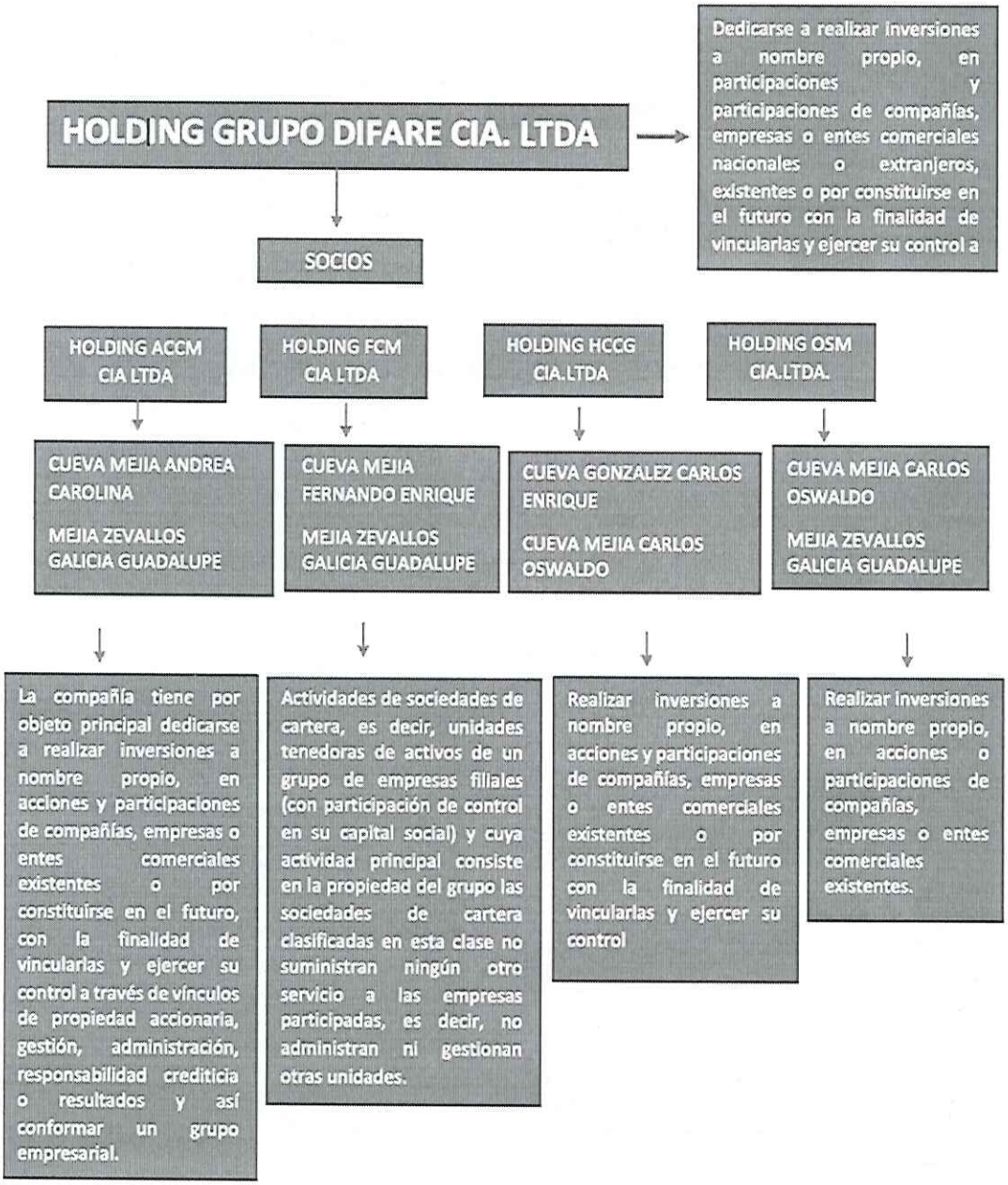
### 6.3 Análisis societario del operador económico HGD

[36] **HGD** es una compañía limitada de nacionalidad ecuatoriana con RUC 0992643021001, dedicada a realizar inversiones a nombre propio, en participaciones y acciones de compañías, empresas o entes comerciales nacionales o extranjeros, existentes o por

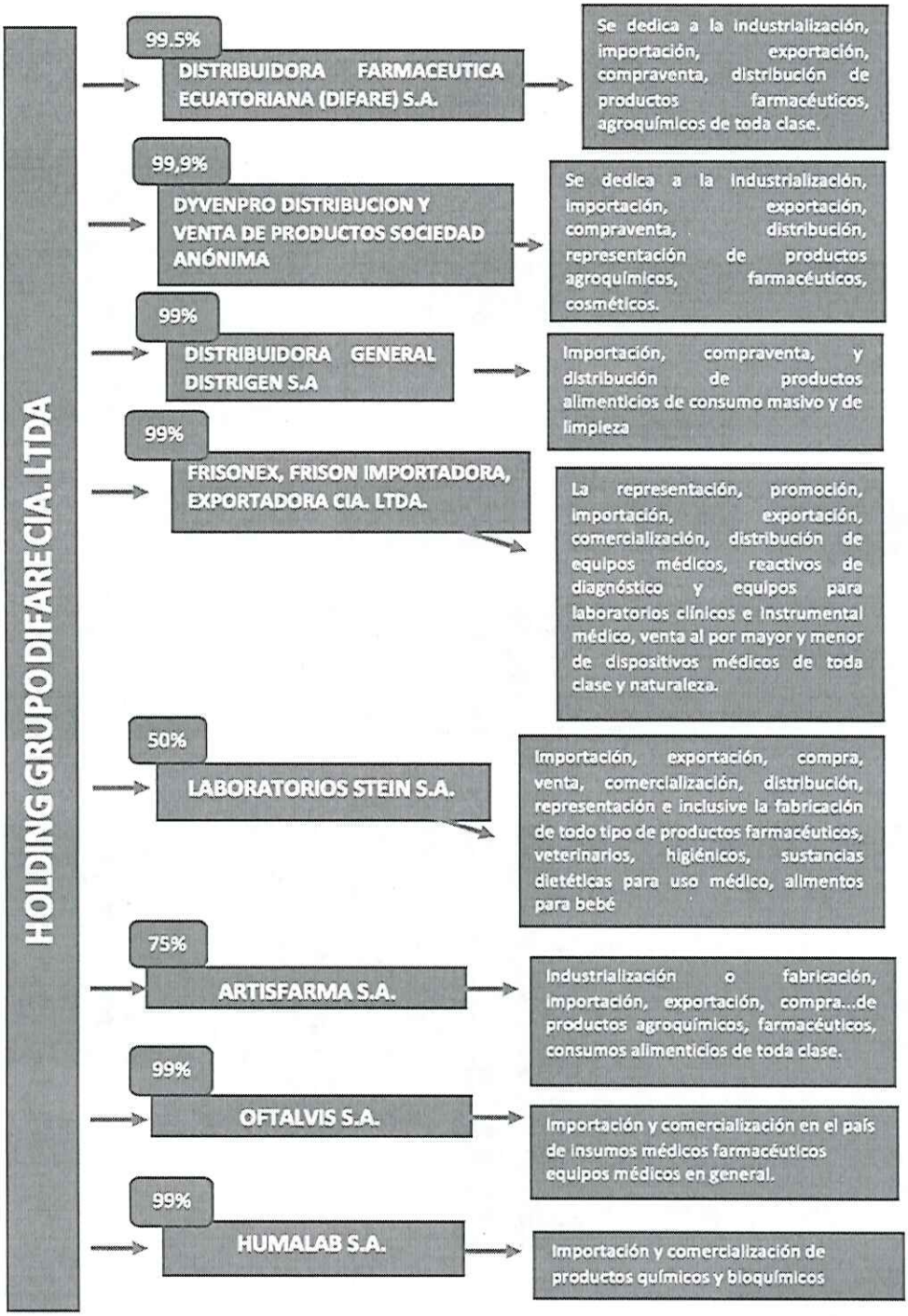
[1] Véase en: https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=10199&tipo=1. Última visita 31 de octubre de 2019.

constituirse en el futuro con la finalidad de vincularlas y ejercer control a través de vínculos propios de la propiedad accionaria[2].

[37] Según se desprende de la información extraída de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la participación accionaria de **HGD** es:




[2] Véase en https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=135888&tipo=1




*Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros*[3]
*Elaborado por: CRPI*

[3] Véase en: https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=143874&tipo=1. Última visita 31 de octubre de 2019.

- 91 -
noventa y
uno

### 6.4 Umbral de concentraciones

[38] De conformidad con el artículo 16 de la LORCPM, los operadores económicos están obligados a efectuar la notificación de concentración previa si se verifican las siguientes circunstancias:

i. El monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas (RBU) establezca la Junta de Regulación

[39] El artículo 3 de la Resolución No. 009 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, determina los montos del volumen de negocios de los operadores económicos involucrados en una operación.

| TIPO | MONTO (Remuneraciones Básicas Unificadas) |
|---|---|
| Concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores | 3'200.000 |
| Concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro | 214.000 |
| Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los dos puntos anteriores | 200.000 |

***Fuente:*** *Resolución N° 009 publicada en el Registro Oficial N° 622 del viernes 06 de noviembre del 2015*
***Elaboración:*** *CRPI*

[40] El Acuerdo Ministerial No. MDT-2018-270 de 27 de diciembre de 2018, suscrito por el Ministro de Trabajo, determina que el salario básico unificado a partir del 01 de enero de 2019 es TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES AMERICANOS (USD 394.00).

[41] En este sentido los umbrales a los que refiere el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, para el año 2019 son:

| TIPO | MONTO (USD) |
|---|---|
| Concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores | 1.260'800.000,00 |
| Concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro | 84'316.000,00 |
| Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los dos puntos anteriores | 78'800.000,00 |

***Fuente:*** *Resolución N° 009 publicada en el Registro Oficial N° 622 del viernes 06 de noviembre del 2015 y el Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0195 de 27 de diciembre de 2018*
***Elaboración:*** *CRPI*

[42] Para el efecto del cálculo del volumen de negocios se ha tomado en cuanta los siguientes operadores económicos:

| OPERADOR ECONÓMICO | RUC | TOTAL INGRESOS ORDINARIOS POR VENTAS DE BIENES Y SERVICIOS |
|---|---|---|
| **Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana (Difare) S.A.** | 0990858322001 | 712.098.880,00[4] |
| **Dyvenpro Distribución y Venta de Productos S.A.** | 0991249095001 | 55.951.616,82[5] |
| **Distribuidora General Distrigen S.A.** | 0992874066001 | 26.081.483,76[6] |
| **Frisonex Frison Importadora Exportadora Cía. Ltda.** | 1791241339001 | 8.285.381,22[7] |
| **Laboratorio Stein S.A.** | 1791858743001 | 6.822.248,85[8] |
| **Artisfarma S.A** | 0992448652001 | 980.682,58[9] |

[4] Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=44313&idDocumento=3.1.2%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

[5] Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=28471&idDocumento=3.1.1%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

[6] Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=180154&idDocumento=3.1.2%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

[7] Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=180154&idDocumento=3.1.2%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

[8] Información extraído desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=51193&idDocumento=3.1.1%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

[9] Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=122469&idDocumento=3.1.1%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

-92- Noventa y dos

| | | |
|---|---|---|
| **Oftalvis S.A.** | 1791434501001 | 495.445,57[10] |
| **Humalab S.A.** | 1791705343001 | 3.579,00[11] |
| **Holding Grupo Difare Cía. Ltda.** | 0992643021001 | 0,00[12] |
| **Farmamía Cía Ltda.** | 0791740150001 | 53.191.816,72[13] |
| Total volumen de negocios | | **863.911.134,52** |

***Fuente:*** *SCVS*
***Elaboración:*** *CRPI*

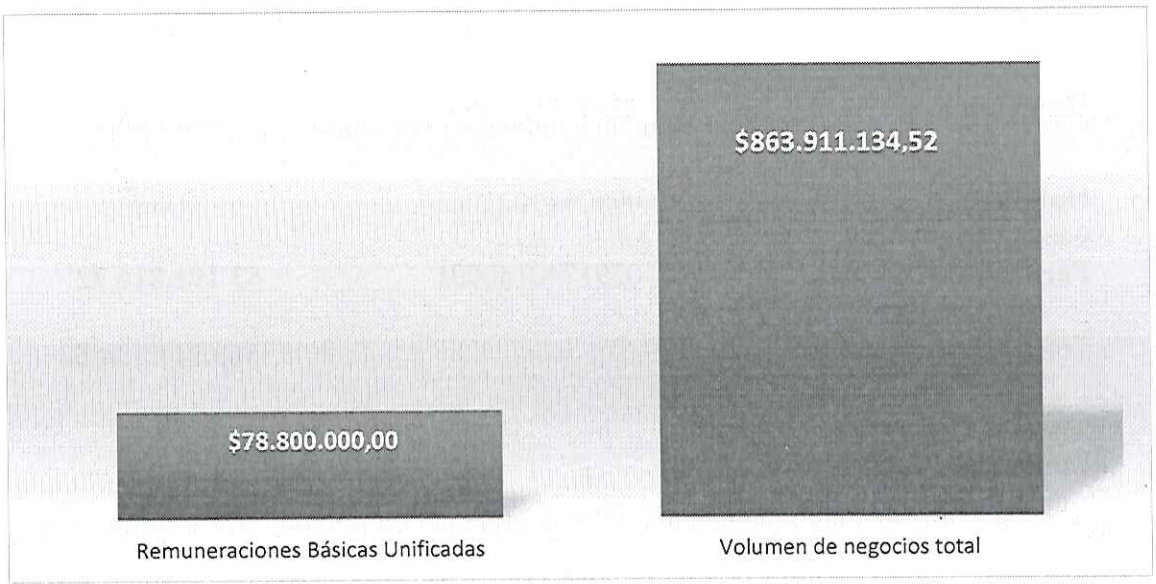
[43] Por tanto, en estos casos se deberá sumar el volumen de negocios total en Ecuador de los partícipes en la operación y de los demás operadores económicos que pertenecen al mismo grupo económico o empresarial, que al esquema de la concentración objeto de esta resolución es:

10 Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=87792&idDocumento=3.1.1%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

11 Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=88188&idDocumento=3.1.1%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0

12 Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=135888&idDocumento=3.1.H%20%20&fecha=2018-12-31%2013:38:42.0

13 Información extraída desde: http://appscvsmovil.supercias.gob.ec/consultaImagen/VisualizaDocumetos.zul?tipoDocumento=economica&expediente=97590&idDocumento=3.1.2%20%20&fecha=2018-12-31%2000:00:00.0




***Fuente:*** *SCVS*
***Elaboración:*** *CRPI*

[44] Conforme la información analizada el volumen de negocios supera las 200.000 remuneraciones básicas unificadas determinadas en la resolución 009 de la Junta de Regulación de la LORCPM.

[45] Respecto a las operaciones de concentración, se aplicaría la regla establecida en el literal a) del citado Artículo 16 de la LORCPM, es decir, que el volumen de negocios total en Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas que haya establecido la Junta de Regulación.

## 7 EL ESTADO DE SITUACIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO RELEVANTE

### 7.1 Determinación del Mercado Relevante

[46] La determinación del mercado relevante será el punto de partida para el análisis de la concentración económica, siendo el resultado de lo que llamamos el mercado de producto y el mercado geográfico, donde los consumidores consideran a un cierto grupo de productos como sustitutos cercanos y en el área geográfica mas reducida en el cual, si los operadores económicos involucrados en la integración actúan como uno solo podrían influir en las condiciones de comercialización del producto[14].

[14] Resolución emitida por la Superintendencia de Industria y Comercio No. 79716 de 01 de octubre de 2015, Caso Postobon – Quaker, Bogotá Colombia, pgs. 12, 13.

-93-
noventa y tres

### 7.1.1 Mercado de producto

[47] El mercado de producto se refiere a los bienes o servicios que pueden verse afectados por la operación de concentración económica, al existir la posibilidad de restringir la libre competencia[15]. De acuerdo a la Comisión Europea el mercado de producto es *"el conjunto de productos que en función de sus características son particularmente adecuadas para satisfacer necesidades constantes y que no son fácilmente intercambiables con otros productos"*[16]. Por lo tanto, en las concentraciones económicas se deben analizar y comprender todos los bienes y servicios que se consideran intercambiables exclusivamente entre si y que se encuentran en competencia.[17]

[48] Al respecto de la concentración económica materia de esta resolución, tenemos dos agentes económicos que pueden verse operando dentro de dos mercados relevantes en la misma cadena de valor. En este sentido se realizará un análisis desde el punto de vista de la oferta y demanda de los productos que ofrecen los operadores económicos concentrados.

#### 7.1.1.1 Mercado de producto aguas abajo

[49] El operador económico adquirido es **FARMAMIA** quien, conforme se desprende de la información constante en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante "SCVS") se dedica a la importación, exportación, comercialización, compra, venta de medicinas para farmacia, artículos de bazar, juguetes, suministros de oficina, materiales para arte, repuestos eléctricos[18].

[50] **FARMAMIA** en general vende al por menor productos farmacéuticos en establecimientos especializados, así es como lo establece la clasificación industrial internacional uniforme de las Naciones Unidas el CIIU G4772.01[19], y corroborado una vez revisada la información constante en el ANEXO 7 presentado por el operador económico notificante de la operación de concentración donde se detalla sus productos ofertados.

---

[15] Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia.* Ibañez, Bogotá 2014, p 273.

[16] Caso *Nederlandse Banenindustrie Michelin v. Comission*, 9 de noviembre de 1983, as. 322/81, Rep. 1825. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Citado en Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia.* Ibañez, Bogotá 2014, p 274.

[17] Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia.* Ibañez, Bogotá 2014, p 274.

[18] Véase en https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=97590&tipo=1

[19] Véase en https://aplicaciones2.ecuadorencifras.gob.ec/SIN/resul_correspondencia.php?id=G4772.01&ciiu=12

[51] Por su parte el operador económico **HGD** por intermedio de **DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A.** (en adelante "**DIFARE**") vende al por menor productos farmacéuticos en establecimientos especializados por medio de farmacias propias y franquicias bajo los signos distintivos Cruz Azul, Farmacias Comunitarias y Pharmacys.

[52] El esquema de la concentración económica en cuestión nos obliga a determinar si es prudente incorporar al mercado los establecimientos farmacéuticos de los franquiciados a la participación que tiene **DIFARE** con sus farmacias propias, en este aspecto debemos analizar el contrato de franquicia, su naturaleza y enfoque en el mercado con miras a las implicaciones que tiene en el mercado.

#### 7.1.1.1.1 De las franquicias

[53] El contrato de Franquicia es aquel en virtud del cual el franquiciador ubica a otro llamado como el franquiciado, dentro de una forma de explotación económica bajo un signo distintivo y con un modelo de negocio determinado, a cambio de una contraprestación económica, es decir, se establece una relación de cooperación dentro de un ámbito de permanencia. El primero se compromete con el segundo a transmitirle o capacitarle en ciertos métodos comerciales, prácticas industriales, con la marca, imagen comercial y métodos operativos, le brinda supervisión y capacitación en todas las áreas del giro del negocio. El franquiciado se compromete a mantener un estándar de calidad y servicio y en gran cantidad de casos incluso a adquirir del franquiciador lo productos del negocio[20], a cambio además de contraprestación inicial de entrada y otra periódica durante la vigencia del contrato.

[54] El Artículo 558 del Código de Comercio define a la Franquicia como, *"un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada el franquiciante u otorgante, en calidad de titular de un negocio, nombre comercial, marca u otra forma de identificar empresas, bienes o servicios, o de un bien o servicio, otorga a otra, llamada franquiciado o tomador, la posibilidad de explotar comercialmente, sus derechos de propiedad intelectual, secretos empresariales, entre otros derechos, así como las actividades que se desarrollan con tal nombre, marca u otra identificación o bienes o servicios, dentro de los términos que se especifiquen en el contrato, a cambio de una retribución económica."*

[55] En este sentido, es oportuno sostener que el elemento básico del mencionado contrato se funda en el acuerdo voluntario que existe entre las partes mediante la cual el franquiciante cede al franquiciado el derecho de poder explotar su marca a través de la venta de los bienes o servicios determinados en dicho contrato, para ello el franquiciado accede al know –how, además de los derechos de autor y secretos industriales, y demás derechos intangibles a cambio de una contraprestación monetaria.

---

[20] J. Pascual y Vigente, "Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa", Editorial Civitas, España, 2002, pag. 67

[56] Por otro lado, cabe recalcar que las franquicias pueden ser de productos o de servicios, en este sentido el artículo 559 de la norma ibídem establece que *las franquicias de productos pueden autorizar la fabricación o producción de determinado producto y las franquicias de servicios pueden autorizar al tomador que preste un servicio con el nombre del otorgante y utilizando las prácticas comerciales de éste".*

[57] Es oportuno aclarar que existe franquicia principal o franquicia maestra, cuando el franquiciado en calidad de titular de la marca le otorga al franquiciante la totalidad de la explotación de sus bienes y servicios con el fin de dar por concluido acuerdos de franquicia que mantenga con terceros y por consiguiente, es necesario que dentro del contrato de franquicia se especifique de manera clara el nivel de alcance con la que el franquiciado cuenta para explotar la marca del franquiciante, siendo necesario de esta manera que se establezca los términos y condiciones al que las partes se someten, los términos de confidencialidad, el señalamiento del territorio donde regirá el contrato, la descripción clara de los derechos, bienes o servicios que se otorgan y los términos en que se lo hace, además de las solemnidades básicas aplicables a los demás contratos reconocidos por la ley, sin embargo el Código de Comercio prohíbe de manera expresa el establecimiento de cláusulas que tengan por objeto restringir la competencia de manera injustificada.

[58] Así, el franquiciante tiene principalmente derecho a que el franquiciado explote y desarrolle su marca comercial bajo la figura de franquicia según lo acordado en el contrato, por otro lado, que se le pague una retribución económica objeto de uso y explotación los diversos derechos de propiedad industrial que le pertenece, además se encargará de supervisar el correcto desarrollo del contrato teniendo la potestad de solicitar al franquiciado que tome los correctivos necesarios, y por último tendrá derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios producto de la afectación que puedan recibir sus signos distintivos.

[59] Por consiguiente, el franquiciante estará obligado a ceder al franquiciado los aspectos principales que le permitan desarrollar la actividad de la forma en que el franquiciante lo ha establecido en el contrato.

[60] En otro orden de ideas, el franquiciado estará obligado a explotar la marca del franquiciante bajo los métodos y sistemas relativos al funcionamiento del negocio objeto del contrato, adicionalmente usará los bienes, servicios y materias primas acordado entre las partes y mantendrá absoluta confidencialidad sobre el secreto industrial provisto por el franquiciante para el desarrollo de la franquicia, entre otras.

[61] Sin embargo la celebración de este contrato tiene elementos subsecuentes que podrán afectar la libre competencia, uno de ellos el territorio en el que se encuentra el franquiciado ejerciendo actividades comerciales en relación con su competencia directo y demás operadores económicos que se encuentren bajo el mismo segmento de mercado.

[62] Para Nicholls, la cercanía territorial entre competidores dentro de un mismo mercado puede provocar que se genere exclusividad comercial, es decir que el consumidor opte por

adquirir cierto producto de manera habitual por la cantidad de almacenes comerciales que existen en un determinado territorio en comparación con su competencia, *"si bien los franquiciados unitarios compiten con minoristas independientes, minoristas de cadena y franquiciados de otras marcas, no deberían encontrarse compitiendo con empresas que operan bajo la misma marca de franquicia.*[21]

[63] En la actualidad debido a que un número significativo de pequeñas empresas de cadenas de franquicias intentan competir en un área geográfica pequeña utilizando marcas y reglas comerciales comunes, la fusión se ha convertido en una opción viable para los operadores económicos que desean disminuir la competencia en las dimensiones geográficas locales de los mercados minoristas y en varias ocasiones los operadores económicos en aras de aumentar su patrimonio, ampliando las posibilidades de inversión para la obtención de mayores ingresos en el futuro deciden incurrir en la figura de fusión, entendida con el proceso a través del cual dos o más empresas independientes se combinan, decidiendo disolverse de forma individual para unir sus patrimonios.

[64] En otras palabras, la exclusividad geográfica otorgada por el franquiciante es lo que forma el corazón del negocio del franquiciado y crea valor en la concesión del derecho a usar la marca del titular de la misma, por ello *"uno de los aspectos importantes del modelo de negocio de franquicias es el concepto de exclusividad geográfica para el franquiciado. Incluso cuando un territorio no está asignado expresamente, el franquiciado depende del franquiciador para que lo dirija a establecer su negocio en un sitio que respalde un negocio viable"*[22].

[65] En vista del contrato de franquicia que tiene **DIFARE** es necesario tomar en cuenta la participación que mantiene con sus franquiciados, dado que el modelo de franquicias hace que este a su vez participa a través de estos en el mercado en cuestión.

#### 7.1.1.2 Operación de concentración horizontal

[66] En este sentido podemos concluir que es una concentración de tipo horizontal en cuanto los actores integrados venden sus productos farmacéuticos a través de farmacias.

[67] Es preciso mencionar que conforme lo dispuesto por el artículo 169 de la Ley Orgánica de Salud la venta al por menor de productos farmacéuticos sólo puede realizarse en establecimientos autorizados como:

a. *"Botiquines.- Son establecimientos farmacéuticos autorizados para expender al público, únicamente la lista de medicamentos y otros productos*

[21] Rob Nicholls, Jenny Buchan, *Failing firm, failing franchisor: Local market analysis in Australian merger clearance*, Sydney-Australia, 2014, traducción propia. pag. 5.

[22] Rob Nicholls, Jenny Buchan, *Failing firm, failing franchisor: Local market analysis in Australian merger clearance*, Sydney-Australia, 2014, pag. 8.

=95- Ul
noventa y
cinco

*que determine la autoridad sanitaria nacional; funcionarán en zonas rurales en las que no existan farmacias y deben cumplir en todo tiempo con prácticas adecuadas de almacenamiento."*[23]

b. *"Farmacias.- Son establecimientos farmacéuticos autorizados para la dispensación y expendio de medicamentos de uso y consumo humano, especialidades farmacéuticas, productos naturales procesados de uso medicinal, productos biológicos, insumos y dispositivos médicos, cosméticos, productos dentales, así como para la preparación y venta de fórmulas oficinales y magistrales. Deben cumplir con buenas prácticas de farmacia. Requieren para su funcionamiento la dirección técnica y responsabilidad de un profesional químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico."*[24]

[68] Hemos apreciado en párrafos anteriores que **FARMAMIA** se dedicada principalmente a la compra y venta de medicinas para farmacia, y una vez analizado el anexo 7 que ha presentado el operador económico notificante, se denota que la actividad y giro específico de negocio es la venta de productos farmacéuticos al por menor.

### 7.1.1.3 Análisis de sustituibilidad

[69] Ahora bien, para delimitar correctamente el mercado relevante en este caso particular, resulta necesario realizar un análisis de la sustituibilidad de la demanda y la oferta, teniendo en cuenta los diferentes parámetros normativos, a saber:

[70] El artículo 5 de la LORCPM establece qué se debe tener en cuenta para establecer el mercado relevante:

*"Art. 5.-Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.".*

[71] Los artículos 2, 4 y 5 de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM[25] establecen los parámetros y criterios de análisis para determinar el mercado relevante, así:

*"Art.2.-El mercado del producto o servicio.- De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el mercado del*

[23] Ley Orgánica de Salud. Artículo 259.

[24] Ibidem.

[25] Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Resolución Ministerial 11, Registro oficial 885 de 18 noviembre de 2016, última modificación 24 de febrero de 2017.

*producto o servicio comprende, al menos, el producto o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.*

*Art. 4.- Mercado relevante.- El mercado relevante en el cual se examina un caso concreto previsto en la Ley, se determina combinando el mercado del producto o servicio y el mercado geográfico.*

*Art.5 Criterios de análisis.- Para la determinación del mercado del producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda, un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial."*

#### 7.1.1.3.1 Sustituibilidad desde la demanda

[72] El artículo 6[26] de la Resolución 11 plasma una definición para el análisis en función de la sustitución de la demanda que implica establecer todos los bienes o servicios que el consumidor considere como sustitutos del producto o servicio analizado,[27] es decir que el consumidor crea que los productos son intercambiables entre sí, puesto que supondría que satisfacen las mismas necesidades en razon de sus carácterísticas, usos, destino y precio[28].

[73] La necesidad que satisface un producto en los consumidores es trascendental en la evaluación de sustituibilidad por el lado de la demanda, pues responde al criterio funcional[29], que en este punto es de suma importancia, pues conforme hemos analizado la normativa ecuatoriana en materia de salud establece que las farmacias y botiquines son los únicos establecimientos mediante los cuales se pueden expender productos médicos[30].

---

[26] Resolución 11 "*Art. 6.- Definición.- El análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluya uno o algunos de los referidos en los numerales subsiguientes.*"

[27] Creus Carreras. A., Amador Peñate. O., Pérez Olmo. G.: Código de Derecho de la Competencia. Wolters Kluwer. Madrid. 2006. Pag. 920.

[28] Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia.* Ibañez, Bogotá 2014, p 283.

[29] Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia.* Ibañez, Bogotá 2014, p 285.

[30] Ley Orgánica de Salud.

*"**Art. 165**.- Para fines legales y reglamentarios, son establecimientos farmacéuticos los laboratorios farmacéuticos, casas de representación de medicamentos, distribuidoras farmacéuticas, farmacias y botiquines, que se encuentran en todo el territorio nacional."*

*"**Art. 169**.- La venta de medicamentos al público al por menor sólo puede realizarse en establecimientos autorizados para el efecto."*

-96- 01
noventa y
seis

[74] En razón de que observado el criterio funcional, hemos establecido que no es posible sustituir las farmacias para expender medicamentos al publico al por menor por disposición legal, no es factible realizar un análisis mas profundo de sustituibilidad como caracteristicas, usos, preferencias y habitos de consumidores, precios, o la realización de analisis del monopolista hipotetico *o SSNIP*.

#### 7.1.1.3.2 Sustituibilidad desde la oferta

[75] La sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta no es mas que la posibilidad que tienen otros agentes del mercado para producir o vender un producto[31], que en este caso en particular de venta al por menor de productos farmacéuticos, por la misma razón que hemos analizado en la sustituibilidad desde la demanda la normativa ecuatoriana en materia de salud establece que las farmacias y botiquines son los únicos establecimientos mediante los cuales se pueden expender productos médicos, y por ende el criterio funcional nos hace determinar que no procede otro análisis adicional que nos permita establecer otros posibles sustitutos.

### 7.1.1.4 Definición del mercado de producto aguas abajo

[76] Según lo analizado, el mercado de producto en el cual se desemvuelve tanto el operador económico **FARMAMIA** como **HGD** a traves de **DIFARE** es el de venta al por menor de productos farmacéuticos.

### 7.1.1.5 Del mercado geográfico aguas abajo

[77] El artículo 5 de la LORCPM sobre el mercado geográfico prescribe que:

> *"**Art. 5**.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.*
>
> *(...)*
>
> *El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto*

[31] Resolución 11 "*Art. 11.- Definición.- El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicio materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluyan una o algunas de las pruebas referidas en los numerales siguientes.*"

*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.*

*(...)"*

[78] Según la información del ARCSA que reposa en el expediente, el operador económico **FARMAMIA** participa en varias provincias y debajo de ellas cantones que a saber son:

| PROVINCIA | ÁMBITO GEOGRÁFICO |
|---|---|
| **EL ORO** | ARENILLAS |
| | EL GUABO |
| | BALSAS |
| | HUAQUILLAS |
| | MACHALA |
| | PASAJE |
| | SANTA ROSA |
| | PIÑAS |
| **LOJA** | LOJA |
| | CATAMAYO |
| | CALVAS |
| | MACARA |
| | PUYANGO |
| **ZAMORA CHINCHIPE** | YANTZAZA |
| **GUAYAS** | MARANJAL |
| **AZUAY** | CAMILO PONCE |

***Fuente:*** *ARCSA*
***Elaboración:*** *CRPI*

[79] La INICCE al respecto menciona:

*"Con base en información 2018 proporcionada por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria se procedió a cuantificar el nivel de concentración tomando como sustento el número de establecimientos de DIFARE (tanto farmacias propias como franquiciadas), FARMAMIA y farmacias competidoras, en cada una de las isócronas delimitadas. La evaluación de la concentración consiste en medir el porcentaje de establecimientos que tendrán HGD después de la operación de concentración por cada mercado geográfico."*

[80] La CRPI concuerda que el área geográfica en este tipo de mercados debe medirse a través de isocrónas[32], tomando en cuenta un tiempo máximo de desplazamiento de 15 minutos entre farmacias **FARMAMIA**, contemplando el total de farmacias que existirían a raíz de la integración en cuestión.

[81] Las autoridades de defensa y promoción de la competencia españolas utilizan isócronas para delimitar el mercado geográfico relevante y así verificar las condiciones de competencia en el mercado en el que operarán las superficies comerciales[33]

[82] Pues, en este tipo de mercados las preferencias de los consumidores son tan especializadas que no están basadas necesariamente en un establecimiento en particular, sino en la distancia que estos deben recorrer para adquirir el producto que necesita[34]. Al parecer "*El extinto TDC, en los Informes de Grandes Superficies (GS), cuando se analizan las condiciones de competencia existentes en el mercado en el que operará la nueva GS, delimita el mercado geográfico relevante en función de las isócronas. En concreto, el TDC considera la isócrona de 15 minutos si se encuentra en zona urbana, llegando a 30 minutos cuando esté situada en núcleos rurales o no exista otra GS en el área considerada.*"[35]

---

[32] *"La isócrona, representa el espacio geográfico que comprende el área de influencia de un establecimiento comercial, es decir, el entorno geográfico de donde procede la mayor parte de sus ventas"* Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE UN TEST DE COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL MINORISTA EN EL SECTOR DE LA ALIMENTACIÓN Y DROGUERÍA EN ANDALUCÍA, véase en http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-test-licencias-comerciales.pdf. Pg 25.

[33] INFORME Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN EXPEDIENTE C/0634/15 DIA/ EROSKI, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), https://www.cnmc.es/sites/default/files/623439_7.pdf pg. 6.

[34] *"Así, se propone mantener las isócronas de atracción comercial de las grandes superficies comerciales en base al patrón establecido en la Guía por la Dirección General de Comercio: ⟩ Por formatos, la isócrona media de captación del 80% de la facturación del establecimiento comercial es: • El supermercado es de 10 minutos • El hipermercado pequeño es de 15 minutos • El hipermercado mediano es de 20 minutos • El hipermercado grande es de 20 minutos • El formato sin competencia directa en su radio de atracción, es de 30' hasta 60 minutos. ⟩ Cabe añadir, que las isócronas determinadas por el TDC/CNC para definir los mercados locales de los hipermercados son 15 minutos en zonas urbanas, 20 minutos en zonas periféricas y 30 minutos cuando no tienen competencia en su radio de atracción."* Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE UN TEST DE COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL MINORISTA EN EL SECTOR DE LA ALIMENTACIÓN Y DROGUERÍA EN ANDALUCÍA, véase en http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-test-licencias-comerciales.pdf Pg 57.

[35] Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía. ESTUDIO SOBRE LA APLICACIÓN DE UN TEST DE COMPETENCIA EN LA DISTRIBUCIÓN COMERCIAL MINORISTA EN EL SECTOR DE LA ALIMENTACIÓN Y DROGUERÍA EN ANDALUCÍA, véase en http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-test-licencias-comerciales.pdf. Pg 38

#### 7.1.1.6 El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores

[83] Cuanto más alta es la cuota de mercado de una empresa, existe mayor probabilidad de que esta tenga poder de mercado; y cuanto mayor sea la suma de cuotas de mercado entre los operadores económicos integrados, más probable es que la operación de concentración dé lugar a un aumento significativo del poder de mercado. Así, es fundamental medir si la posición de dominio en los mercados relevantes para determinar posibles distorsiones u obstaculizaciones, a la libre concurrencia.

[84] La CRPI consideró correcto el delimitar los mercados geográficos sobre los puntos en los cuales se encuentra **FARMAMIA** y separar los mismos con 15 minutos de distancia y medir con la participación que alcanza tomando en cuenta las farmacias que posee **HGD**, lo cual nos arroja el siguiente resultado:

| PROVINCIA | ÁMBITO GEOGRÁFICO | ISOCRONA | # FARMAMIA Y DIFARE | % FARMAMIA Y DIFARE | # COMPETIDORES | % COMPETIDORES | # TOTAL | % TOTAL |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| EL ORO | ARENILLAS | MA 001 | 4 | 44,44% | 5 | 55,56% | 9 | 100 % |
| | EL GUABO | | 4 | 18,18% | 18 | 81,82% | 22 | 100 % |
| | BALSAS | | 3 | 60,00% | 2 | 40,00% | 5 | 100 % |
| | HUAQUILLAS | MH001 | 10 | 32,26% | 21 | 67,74% | 31 | 100 % |
| | | MH002 | 10 | 32,26% | 21 | 67,74% | 31 | 100 % |
| | | MH003 | 8 | 28,57% | 20 | 71,43% | 28 | 100 % |
| | | MH004 | 8 | 30,77% | 18 | 69,23% | 26 | 100 % |
| | MACHALA | (Guayas 1708 y Olmedo | 28 | 35,44% | 51 | 64,56% | 79 | 100 % |
| | | MM001 | 29 | 36,25% | 51 | 63,75% | 80 | 100 % |
| | | MM002 | 30 | 37,50% | 50 | 62,50% | 80 | 100 % |

of -98-
noventa y ocho

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | MM003 | 31 | 37,80% | 51 | 62,20% | 82 | 100 % |
| | MM004 | 2 | 28,57% | 5 | 71,43% | 7 | 100 % |
| | MM005 | 30 | 37,04% | 51 | 62,96% | 81 | 100 % |
| | MM006 | 29 | 36,71% | 50 | 63,29% | 79 | 100 % |
| | MM007 | 31 | 38,27% | 50 | 61,73% | 81 | 100 % |
| | MM008 | 31 | 36,47% | 54 | 63,53% | 85 | 100 % |
| | MM009 | 31 | 37,80% | 51 | 62,20% | 82 | 100 % |
| | MM010 | 3 | 25,00% | 9 | 75,00% | 12 | 100 % |
| | MM011 | 30 | 38,46% | 48 | 61,54% | 78 | 100 % |
| | MM012 | 12 | 41,38% | 17 | 58,62% | 29 | 100 % |
| | MM013 | 5 | 26,32% | 14 | 73,68% | 19 | 100 % |
| | MM014 | 18 | 40,00% | 27 | 60,00% | 45 | 100 % |
| | MM015 | 29 | 36,25% | 51 | 63,75% | 80 | 100 % |
| | MM016 | 27 | 36,00% | 48 | 64,00% | 75 | 100 % |
| | MM017 | 3 | 30,00% | 7 | 70,00% | 10 | 100 % |
| PASAJE | MP001 | 6 | 27,27% | 16 | 72,73% | 22 | 100 % |
| | MP002 | 6 | 26,09% | 17 | 73,91% | 23 | 100 % |
| | MP003 | 6 | 25,00% | 18 | 75,00% | 24 | 100 % |
| SANTA ROSA | MS001 | 8 | 23,53% | 26 | 76,47% | 34 | 100 % |
| | MS002 | 8 | 24,24% | 25 | 75,76% | 33 | 100 % |
| | MS003 | 8 | 24,24% | 25 | 75,76% | 33 | 100 % |
| | MS004 | 8 | 24,24% | 25 | 75,76% | 33 | 100 % |

| | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | PIÑAS | | 6 | 42,86% | 8 | 57,14% | 14 | 100 % |
| LOJA | | ML001 | 10 | 21,28% | 37 | 78,72% | 47 | 100 % |
| | | ML002 | 18 | 21,69% | 65 | 78,31% | 83 | 100 % |
| | | ML003 | 17 | 20,73% | 65 | 79,27% | 82 | 100 % |
| | LOJA | ML004 | 18 | 20,93% | 68 | 79,07% | 86 | 100 % |
| | | ML005 | 16 | 27,59% | 42 | 72,41% | 58 | 100 % |
| | | ML006 | 18 | 23,08% | 60 | 76,92% | 78 | 100 % |
| | | ML007 | 18 | 23,38% | 59 | 76,62% | 77 | 100 % |
| | CATAMAYO | MA001 | 2 | 11,11% | 16 | 88,89% | 18 | 100 % |
| | CALVAS | | 3 | 14,29% | 18 | 85,71% | 21 | 100 % |
| | MACARA | | 2 | 15,38% | 11 | 84,62% | 13 | 100 % |
| | PUYANGO | | 2 | 20,00% | 8 | 80,00% | 10 | 100 % |
| ZAMORA CHINCHIPE | YANTZAZA | MYANZ1 | 2 | 18,18% | 9 | 81,82% | 11 | 100 % |
| GUAYAS | MARANJAL | MNAR1 | 4 | 16,67% | 20 | 83,33% | 24 | 100 % |
| AZUAY | CAMILO PONCE | | 2 | 15,38% | 11 | 84,62% | 13 | 100 % |

***Fuente:*** *Informe SCPM-IGT-INICCE-2019-047*
***Elaboración:*** *CRPI*

### 7.1.1.7 Barreras de entrada mercado aguas abajo

[85] Para acceder al mercado de venta al por menor de productos farmacéuticos en el Ecuador en general, se tienen las siguientes barreras de entrada:

#### 7.1.1.7.1 Legales

a. Permiso de funcionamiento

[86] De acuerdo la Ley Orgánica de Salud los establecimientos sujetos a control sanitario para su funcionamiento deben tener permiso otorgado por la autoridad sanitaria nacional[36].

#### 7.1.1.7.2 Reglamentarios

a. Atención mínima

La atención mínima al público mínimo debe ser de doce horas diarias, ininterrumpidas[37].

b. Turnos

[87] La autoridad sanitaria nacional determina turnos obligatorios[38].

c. Químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico

[88] Requieren obligatoriamente para su funcionamiento la dirección técnica y responsabilidad de un profesional químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico[39].

#### 7.1.1.7.3 Inversión inicial

[89] No existen barreras económicas en razón de que no se necesita un capital elevado para iniciar el negocio de farmacias.

### 7.1.1.8 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

[90] En el mercado de Balsas la operación de concentración genera que exista una participación elevada de 60%, el mercado de Arenillas isócrona MA 001 refleja un 44.44% y en el mercado de Piñas tiene un 42,86% de particpación, siendo estos los mercados mas afectados.

[91] Sin embargo, según se muestra acontinuación si bien entre **FARMAMIA y DIFARE** se obtiene una alta participación en estos mercados, es evidente que existe una variedad de otros actores, lo cual hace que estos mercados sean moderadamente o poco concentrados y no generen preocupaciones de competencia.

---

[36] Ley Orgánica de Salud. Artículo 130.

[37] Ley Orgánica de Salud. Artículo 166.

[38] Ibídem.

[39] Ibídem.

| BALSAS | |
|---|---|
| **Razón Social** | **Nombre comercial** |
| OCHOA CARRION VICENTA ISABEL | FARMACIA SAN FRANCISCO |
| MORALES GUAMAN KARINA DEL CISNE | CRUZ AZUL BALSAS CDLA CENTRAL |
| FARMAMIA CIA LTDA | FARMACIAS MIA MBAL1 |
| GALLARDO APOLO PAULA MADELEYNE | FARMACIA CRUZ AZUL |
| MACAS APOLO WILSON MARIO | FARMACIAS CRUZ AZUL |

| ARENILLAS | |
|---|---|
| **Razón Social** | **Nombre comercial** |
| FARMAMIA CIA LTDA | FARMACIAS MIA MA002 |
| ASOCIACION DE MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES ORGANIZADAS DEL CANTON ARENILLAS | FARMACIA DE LAS COMUNIDADES |
| CARRILLO TOLEDO MARIA JOSE | FARMACIA LAS MERCEDES |
| OCHOA TOLEDO YARED AGUSTIN | FARMACIA POPULAR |
| CUMBICUS CUMBICUS GRACE DEL CARMEN | FARMACIA CRUZ AZUL |
| MATUTE ESPINOZA YOCONDA DEL CISNE | FARMACIAS CRUZ AZUL |
| TOLEDO PROCEL FANNY YOLANDA | FARMACIA LA DOLOROSA 2 |
| PALADINES ALBURQUERQUE MILLY LORENA | FARMACIA COMUNITARIA |
| TOLEDO PROCEL GLADYS EDITH | FARMACIA POPULAR LA DOLOROSA |

| PIÑAS | |
|---|---|
| **Razón Social** | **Nombre comercial** |
| TINOCO AGUILAR ANNABELLE MARIA | FARMACIA LA ECONOMICA |
| QUINCHE ALVARADO MANUEL ALFREDO | FARMACIA LOJA |
| FLORES CELI MERY ELIANA | FARMACIA SANTA RITA |
| FARMAMIA CIA LTDA | FARMACIAS MIA MI002 |
| PARROQUIA ECLESIASTICA DE PIÑAS | BOTICA COMUNITARIA |
| CALLE TORO LUCIANA CECILIA | FARMACIA ORQUIDEA SUR |
| RODRIGUEZ GALLARDO MANUEL ALEJANDRO | FARMACIA AUSTRAL |
| LOAYZA GALLARDO SARA PATRICIA | FARMACIA CRUZ AZUL |

| | |
|---|---|
| LOAYZA GALLARDO SARA PATRICIA | FARMACIAS CRUZ AZUL |
| AGUILAR JARAMILLO DAISI ELIANITA | FARMACIA REINA DE EL CISNE |
| RAMIREZ APOLO DORIS MARIANITA | FARMACIA CRUZ AZUL |
| JARAMILLO SANCHEZ NIEVES DEL ROSARIO | FARMACIA OLIVO |
| GALLARDO ROMERO ELVIA SARA | FARMACIAS CRUZ AZUL |

[92] En conclusión, una vez realizado el análisis de barreras de entrada y permanecia en el mercado, la CRPI si bien considera que se verifica que la concentración económica genera o fortalece significativamente la posición de dominio en ciertos mercados relevantes, no se produce riesgo de distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia.

### 7.1.2 Mercado de producto aguas arriba

[93] En párrafos anteriores observamos que el operador económico **FARMAMIA** compite en el mercado de venta al por menor de productos farmacéuticos junto con **HGD**, sin embargo, el operador económico notificante de la operación de concentración además compite en el mercado de distribución mayorista de productos farmacéuticos y es sobre este mercado sobre el cual la INICCE ha realizado su análisis económico en cuanto menciona que:

> ***"Mercado de producto: distribución mayorista de productos farmacéuticos:***
> ***54.*** *La cadena de valor del mercado de fármacos consiste en tres eslabones, diferenciadas por tres tipos de compañías:*
>
> - *Empresas manufactureras de fármacos*
> - *Compañías distribuidoras al por mayor de medicamentos*
> - *Sociedades que comercializan al paciente final los medicamentos a través de establecimientos conocidas en Ecuador como farmacias.*
>
> ***55.*** *En lo concerniente al mercado aguas arriba, HDG, a través de la compañía DIFARE, se dedica, entre otras, a la distribución e importación de productos farmacológicos, dispositivos médicos, entre otros. Donde este tipo de servicio consisten en el transportar y manipular medicamentos desde el fabricante (empresa como Bayer o Novartis) hasta el paciente final, ya sea una farmacia minorista (minorista), un hospital o un médico dispensador. La distribución de medicamentos en la mayoría de los mercados es realizada por importadores y empresas mayoristas, que actúan como intermediarios entre los laboratorios farmacéuticos y las farmacias u hospitales con el objetivo de garantizar el suministro continuo de medicamentos.*

**56.** *Este tipo de industria mantienen un alto grado de especialización, en cuanto a la logística y manipulación de medicamentos, distinguiéndolos de otro tipo de empresas de distribución, como la de alimentos, maquinaria, entre otras. Este tipo de empresas se encuentran reguladas en la Ley Orgánica de Salud del Ecuador, donde se menciona que:*

*Distribuidoras farmacéuticas.- Son establecimientos farmacéuticos autorizados para realizar importación, exportación y venta al por mayor de medicamentos en general de uso humano, especialidades farmacéuticas, productos para la industria farmacéutica, auxiliares médico-quirúrgico, dispositivos médicos, insumos médicos, cosméticos y productos higiénicos. Deben cumplir con las buenas prácticas de almacenamiento y distribución determinadas por la autoridad sanitaria nacional. Funcionarán bajo la representación y responsabilidad técnica de un químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico.*

**57.** *Se puede evidenciar que las características de este servicio lo diferencia de cualquier otro tipo de distribución, donde los clientes, sean farmacias u hospitales solo podrán sustituir entre compañías especializadas en este tipo de prestación. Incluso desde la sustitución de la oferta, es improbable que de manera universal empresas distribuidoras de otros productos que no sean medicina, puedan cambiarse a la distribución de fármacos de manera inmediata y sin incurrir en costos: como compra de camiones especializados; contratación de personas; o, construcción de bodegas para mantener adecuadamente los medicamentos.*

**58.** *Podrían existir segmentaciones adicionales, por el tipo de empresa según la Comisión Europea (2001), existen varias formas de distribuir los productos farmacéuticos a hospitales o farmacias, el primero consiste en que los fabricantes de medicinas los suministren de manera directa, el segundo es a través de los distribuidores mayoristas de línea completa, que consiste en ofertar varios tipos de productos que pueden ser importados o de producción local, y el tercero que son distribuidores de línea corta que únicamente ofertan una limitada canasta de productos de medicina.*

**59.** *La estructura competitiva en Ecuador está asociada a distribución mayorista de línea completa, donde actúan operadores como: Leterago S.A., Farmacias y Comisariatos de Medicinas S.A. FARCOMED (Grupo GPF), Quifatex S.A., Farmaenlace S.A., entre otros. Estas compañías buscan abarcar el mayor número de referencia de productos médicos, teniendo, en algunos casos, la representación de ciertas marcas o los derechos de importación, por lo cual se puede observar que desde el punto de vista de la oferta el mercada relevante no distingue entre distribución de línea corta o amplia.*

*60. Con base a lo expuesto se determina que el mercado relevante para el análisis de relación vertical es: distribución de mayorista de productos farmacéuticos."*

[94] Sin perjuicio de lo manifestado por la INICCE, la CRPI encuentra que el operador económico **HGD** a través de **DIFARE** realiza la distribución de productos farmacéuticos, sin embargo a través de **DYVENPRO DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE PRODUCTOS S.A.** (en adelante "**DYVENPRO**") realiza la actividad de casa de representación y por lo tanto es necesario realizar el análisis de si las distribuidoras farmacéuticas se encuentran en el mismo mercado de las casas de representación, tomando en consideración que estos dos tipos de establecimientos farmacéuticos pueden realizar la venta al por mayor de medicamentos.

[95] Al respecto la Ley Orgánica de Salud establece que son establecimientos farmacéuticos entre otros, los laboratorios farmacéuticos y las casas de representación de medicamentos para lo cual:

*"Art. 259.- Para efectos de esta Ley, se entiende por:*

*(...)*

*Casas de representación.- Son los establecimientos farmacéuticos autorizados para realizar promoción médica, importación y venta al por mayor a terceros de los productos elaborados por sus representados. Deben cumplir con buenas prácticas de almacenamiento y distribución determinadas por la autoridad sanitaria nacional. Requieren para su funcionamiento de la dirección técnica responsable de un profesional químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico. Es necesario establecer que se entiende por distribuidoras farmacéuticas:*

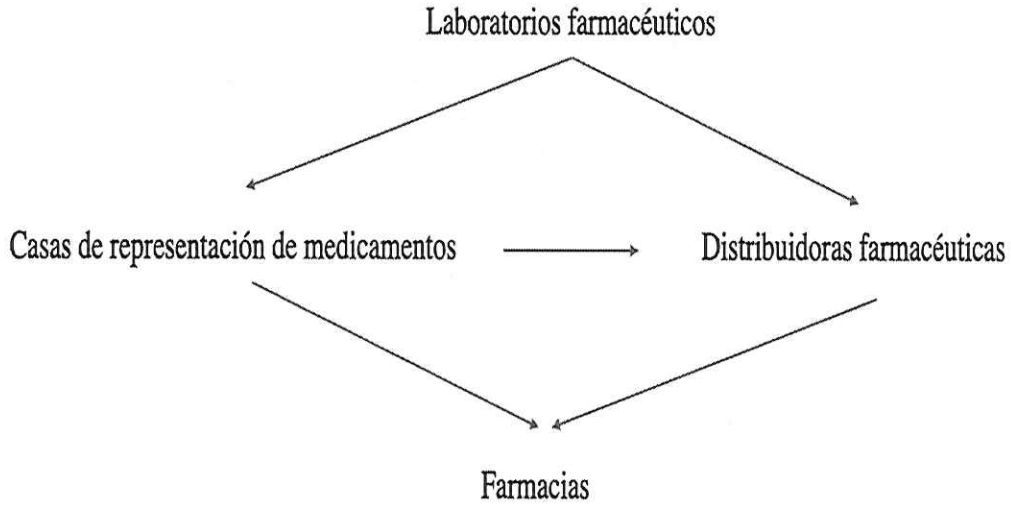
*(...)*

*"Distribuidoras farmacéuticas.- Son establecimientos farmacéuticos autorizados para realizar importación, exportación y venta al por mayor de medicamentos en general de uso humano, especialidades farmacéuticas, productos para la industria farmacéutica, auxiliares médico-quirúrgico, dispositivos médicos, insumos médicos, cosméticos y productos higiénicos. Deben cumplir con las buenas prácticas de almacenamiento y distribución determinadas por la autoridad sanitaria nacional. Funcionarán bajo la representación y responsabilidad técnica de un químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico.*

*(...)"*[40]

[40] Ibídem.

[96] Es preciso tomar en consideración que tanto las casas de representación como las distribuidoras farmacéuticas venden al por mayor sus productos, pues así desde el punto de vista de la oferta y de la demanda el esquema de venta puede darse de la siguiente manera:




[97] Es decir, si bien las casas de representación pueden vender al por mayor sus productos a las distribuidoras farmacéuticas, también lo pueden hacer a las farmacias, lo que ubicaría a estos dos dentro de un mismo mercado, por lo que es necesario revisar si el esquema de las casas de representación y las distribuidoras farmacéuticas es la misma.

[98] Para el efecto, se entiende por Distribución al acuerdo entre privados por el cual un fabricante o suministrador vende y provee permanentemente sus productos a una persona física o sociedad independiente llamada distribuidor con el fin de que el segundo los revenda en determinada área geográfica asumiendo el riesgo y bonanza de la distribución.[41]

[99] En este sentido dicho contrato cuenta con varios elementos principales que lo diferencian de los demás entre los que se encuentra:

1. El distribuidor compra en firme la mercadería objeto del Contrato.
2. El distribuidor asume en su totalidad el riesgo de la actividad comercial celebrada.
3. El contrato no cuenta con una regulación normativa específica.

[41] Diego Gómez, Diego Cristóbal Gárle. *Los Contratos en el Marketing Internacional*. ESIC, Madrid 2014, p 167.

4. Comprende de expectativas de suministro continuado de mercancías.

[100] Por tanto, dicho acuerdo de voluntades tiene su principal esencia en el acercamiento de los bienes y servicios desde el fabricante hasta el consumidor final, valiéndose del distribuidor para que éste ejerciendo de manera idónea su rol como intermediador ofrezca al usuario los bienes y productos que el fabricante o representante del mismo le autoriza revender. [42]

[101] Es decir, el distribuidor toma el papel de comercializador entre las etapas de producción y consumo de los bienes o productos que el fabricante elabora, teniendo el último, el deber de proveerle periódicamente de los mismos para su distribución y promoción en el mercado.

[102] Del mismo modo el distribuidor tendrá como obligaciones correlativas aceptar la mercadería que se le provee siempre y cuando vaya acorde a los lineamientos establecidos en el contrato, revenderla dentro del territorio acordado entre las partes y por último extender la contraprestación monetaria al fabricante de los productos o servicios objeto del contrato.

[103] El proceso de aprovisionamiento tratado en párrafos anteriores, si bien responde al acuerdo entre privados otorgando el derecho a las partes de negociar libremente sobre los productos objeto del contrato, contará con ciertos límites legales que vale la pena tenerlos en cuenta ya que se relacionan directamente con el Derecho de Competencia y el Derecho Contractual.

[104] En definitiva, el contrato de distribución *"(...) es aquel acuerdo por el que un empresario le concede a otro el derecho de vender, a título exclusivo o no, los artículos que comercializa o fabrica en su propio nombre y su propia cuenta. En efecto, el concesionario es un empresario independiente, con clientela propia, que compra para revender, siendo el producto de esa reventa lo que integra su beneficio."* [43]

[105] Por su parte la figura de representación y su contrato tiene ciertas diferencias con el anterior, pues primero es importante aclarar que el citado acuerdo de voluntades no guarda relación alguna con el contrato de mandato, definiendo al primero como aquella relación contractual por la cual una persona actuando bajo la denominación de representante se obliga con el empresario o dueño de la marca a ejercer actividades comerciales de índole mercantil por cuenta ajena sin asumir el riesgo de las operaciones que realice y recibiendo a cambio una contraprestación económica fija y otra variable correspondientes a un porcentaje sobre el total de la ventas concretadas por el titular de la marca promocionada.

---

[42] Pablo Jarne Muñóz. *Aprovisionamiento y stock de los contratos de distribución integrada.* REUS, Madrid 2016, p. 57.

[43] Alberto Echarri, *Modelos de contratos internacionales,* Fundación Confemental, Madrid 2013, p. 67.

[106] De esta manera, el objeto del presente contrato responde a la obligación del representante de ejercer labores de promoción y de comercialización dentro del territorio acordado de los productos del cual es titular el empresario o fabricante a cambio de una retribución económica.

[107] Por otro lado, el representante estará supeditado a las directrices dadas por el titular de la marca encontrándose en la imposibilidad de concertar operaciones en condiciones distintas, ligado a esta obligación se encuentra el compromiso de no competir con la empresa o marca a la que representa.

[108] Al contrario, bajo la obligación del empresario o titular de la marca se encuentra principalmente pagar la retribución económica acordada al representante dentro de los plazos establecidos en el contrato, además poner constantemente a disposición del mismo la información y materiales necesario para el correcto desempeño de la labor encomendada.

[109] Es decir que las casas de representación de medicamentos pueden vender a las distribuidoras farmacéuticas o a las farmacias al por mayor productos farmacéuticos, lo que nos lleva a concluir que tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda las casas de representación como las distribuidoras farmacéuticas, se encuentran dentro del mismo eslabón de la cadena de valor, y por lo tanto, a diferencia de lo determinado por la INICCE la CRPI considera que el mercado no es la distribución mayorista de productos farmacéuticos sino la venta al por mayor de productos farmacéuticos a farmacias privadas.

[110] Una vez que hemos observado la existencia de dos mercados distintos que están establecidos en dos eslabones distintos de la cadena de valor podemos considerar la existencia de una concentración de carácter vertical, en cuanto estas *"se trata de operaciones entre empresas que están en las misma cadena de valor, pero en etapas o esbones diferentes. Ello no quiere decir que en una operación de tipo vertical no exista un "mercado de producto" por cuanto los bienes o servicios que ofrecen las empresas participantes no sean coincidentes."*[44]

[111] Al igual que lo hicimos en el mercado aguas abajo, para delimitar el mercado relevante resulta necesario realizar un análisis de la sustituibilidad de la demanda y la oferta, teniendo en cuenta los diferentes parámetros normativos, como el determinado en el artículo 5 de la LORCPM que establece qué se debe tener en cuenta para establecer el mercado relevante *"el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado."*

[112] Los artículos 2, 4 y 5 de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM[45] establecen los parámetros y criterios de análisis para determinar el mercado relevante, así:

---

[44] Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 274.

[45] Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Resolución Ministerial 11, Registro oficial 885 de 18 noviembre de 2016, última modificación 24 de febrero de 2017.

f -103-
ciento tres

*"Art. 2.-El mercado del producto o servicio.- De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el mercado del producto o servicio comprende, al menos, el producto o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.*

*Art. 4.- Mercado relevante.- El mercado relevante en el cual se examina un caso concreto previsto en la Ley, se determina combinando el mercado del producto o servicio y el mercado geográfico.*

*Art.5 Criterios de análisis.- Para la determinación del mercado del producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda, un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial."*

#### 7.1.2.1.1 Sustituibilidad desde la demanda

[113] Como lo vimos en la evaluación del mercado relevante aguas abajo es fundamental la necesidad que satisface un producto en los consumidares, pues responde al criterio funcional[46], y conforme la normativa ecuatoriana en materia de salud establece que las casas de representación de medicamentos y las distribuidoras farmacéuticas son los únicos establecimientos farmacéuticos autorizados para realizar venta al por mayor de medicamentos en general de uso humano. Razón por la cual, no es posible sustituir la venta al por mayor de productos farmaceuticos lo que hace que no sea factible realizar un análisis mas profundo de sustituibilidad como caracteristicas, usos, preferencias y hábitos de consumidores, precios, o la realización de analisis del monopolista hipotetico *o SSNIP*.

#### 7.1.2.1.2 Sustituibilidad desde la oferta

[114] La sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta es la posibilidad que tienen otros agentes del mercado de intervenir en un mercado específico, que en este caso por la misma razón que hemos analizado en la sustituibilidad desde la demanda la normativa ecuatoriana en materia de salud establece que las casas de representación de medicamentos y las distribuidoras farmacéuticas son los unicos establecimientos farmacéuticos autorizados para realizar venta al por mayor de medicamentos en general de uso humano.

### 7.1.2.2 Definición del mercado de producto aguas arriba

[115] En este sentido podemos decir que el mercado de producto en el cual se desenvuelve el operador económico **HGD** a traves de **DIFARE** y **DYVENPRO** es el de venta al por mayor de productos farmacéuticos a farmacias privadas.

---

[46] Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 285.

#### 7.1.2.3 Del mercado geográfico aguas arriba

[116] El artículo 5 de la LORCPM sobre el mercado geográfico prescribe que:

> *"**Art. 5**.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.*
>
> *(...)*
>
> *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.*
>
> *(...)"*

[117] En el mercado de venta al por mayor de productos farmacéuticos, **DIFARE** tiene la capacidad real para ofertar sus productos a nivel nacional, y por lo tanto, el mercado geográfico abarca la zona geográfica donde se tiene la posibilidad de posicionar sus productos que en este caso es a nivel nacional.

### 7.2 El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores

[118] La CRPI verifica que la información sobre la participación de la distribución de mayorista de productos farmacéuticos es:

| | ESTABLECIMIENTO | Participación (%) |
|---|---|---|
| 1 | Difare | 27% |
| 2 | Leterago | 22% |
| 3 | Farcomed | 16% |
| 4 | Quifatex | 13% |
| 5 | Farmaenlace | 13% |
| 6 | Gripo: Disfor | 4% |
| 7 | Sumelab | 2% |
| 8 | Grunenthal | 1% |
| 9 | Verdesoto | 1% |
| 10 | Ecuaquimica | 0% |

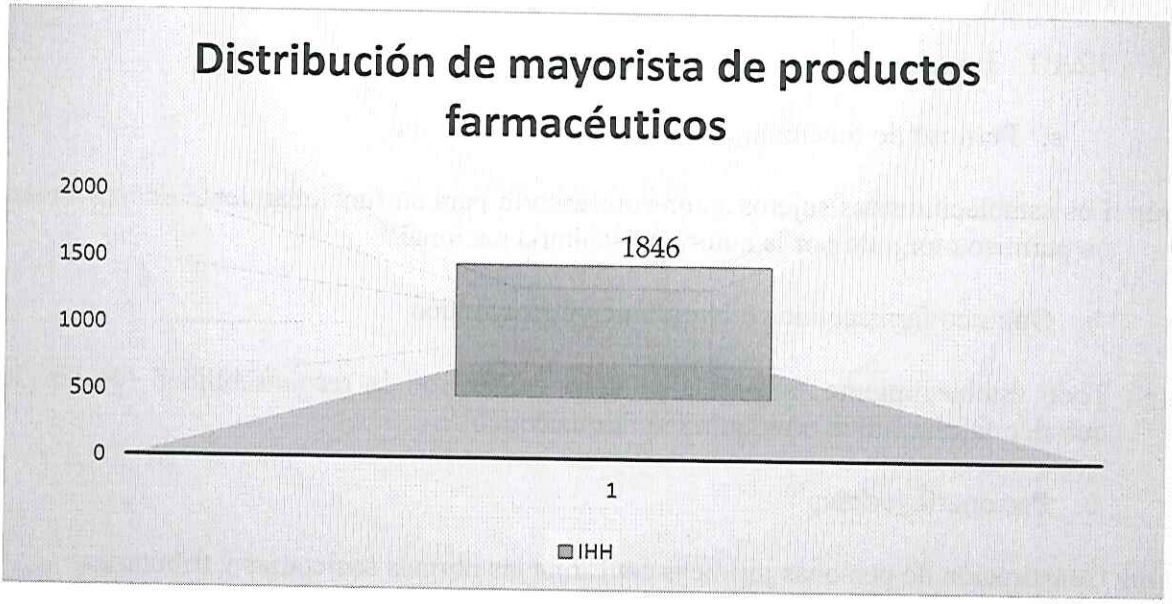
- 104 - A
ciento cuatro

[119] En relación a las operaciones concentración no horizontales cuando la cuota de mercado de la nueva empresa es inferior al 30% y el índice IHH es inferior a 2000, es improbable la existencia de afectaciones en el mercado. Así la Comisión Europea señala que:

> *"Es improbable que la Comisión concluya que una concentración no horizontal plantea problemas, ya sea de naturaleza coordinada o no coordinada, cuando tras la concentración la cuota de mercado de la nueva entidad en cada uno de los mercados afectados es inferior a 30 % y el Índice HH (IHH) es inferior a 2 000."*[47]

[120] La Comisión Europea al respeto del índice de concentración IHH lo concibe como:

| IHH | CONCENTRACIÓN |
|---|---|
| **Menor a 1000** | Poco concentrado |
| **Entre 1000 y 2000** | Moderadamente concentrado |
| **Mayor a 2000** | Altamente concentrado |




[121] Hay que recordar que este índice refleja que tan atomizado se encuentra el mercado y por lo tanto la posibilidad de que los actores que tienen alta participación puedan tener poder

[47] Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (2008/C 265/07), párrafo No. 25 Acceso el 05 de noviembre de 2019 desde: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN

de mercado en el mismo. **HGD** por motivo de la concentración económica con **FARMAMIA** no refuerza su posición respecto de los operadores económicos que compiten en este mercado, sin embargo justamente en este mercado el índice HHI refleja un valor de 1846 puntos que es un mercado moderadamente concentrado, sin producir efectos que llamen la atención de la CRPI.

[122] Es necesario precisar que en este análisis no se contemplan las casas de representación, que como lo habíamos mencionado entran dentro del mercado de venta al por mayor de productos farmacéuticos a farmacias privadas.

[123] Verificada la información constante en la PLANTILLA A, en la cual se muestra que el operador económico **DYVENPRO, DISTRIBUCIÓN Y VENTA DE PRODUCTOS S.A.** actúa como casa de representación en el mercado relevante que nos ocupa, sin embargo el total de ventas refleja que la participación para **HGD** no incrementaría sustancialmente y por lo tanto la CRPI encuentra inoficioso realizar un análisis mas extenso de este mercado relevante, pues aún cuando la información no se encuentra completa es evidente que no se distorsiona la competencia en mayor medida.

### 7.2.1 Barreras de entrada mercado aguas arriba

[124] Para acceder al mercado de venta al por mayor de productos farmacéuticos a farmacias privadas en el Ecuador, se tienen las siguientes barreras de entrada:

#### 7.2.1.1 Legales

a. Permiso de funcionamiento

[125] Los establecimientos sujetos a control sanitario para su funcionamiento deben contar con un permiso otorgado por la autoridad sanitaria nacional[48].

b. Químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico

[126] Todo establecimiento farmacéutico debe contar con la responsabilidad técnica de un químico farmacéutico o bioquímico farmacéutico[49].

c. Personería jurídica[50]

[127] Constitución de personas jurídicas conforme las normas societarias y tributarias.

---

[48] Ley Orgánica de Salud. Artículos 130 y 179.

[49] Ley Orgánica de Salud. Artículos 173 y 259.

[50] Reglamento de Buenas Practicas de Almacenamiento, Distribucion y Transporte para Establecimientos Farmaceuticos. Artículo 3.

d. Representante legal[51]

[128] Las personas jurídicas deben contar con un representante legal.

e. Instalaciones y equipos que correspondan a las actividades a realizar[52]

f. Permiso de funcionamiento del establecimiento farmacéutico, emitido por el Ministerio de Salud Pública a través de la ARCSA[53]

g. Documentación en la que se describan las funciones y responsabilidades del personal[54]

h. Documentación técnica de sus actividades[55]

i. Infraestructura y espacio físico

   i. Relacionada con la funcionalidad, seguridad y efectividad de éstos, tomando en cuenta sus necesidades de almacenamiento observando el volumen de los productos con los criterios de despacho y distribución[56].

   ii. Así mismo, las áreas deberán estar diseñadas de tal manera que faciliten el flujo tanto del personal como de los productos[57].

   iii. Las estanterías, muebles, armarios y vitrinas estarán debidamente adecuadas[58].

   iv. Las paredes y pisos deberán ser de fácil limpieza[59].

---

[51] Ibídem.

[52] Ibídem.

[53] Ibídem.

[54] Ibídem.

[55] Ibídem.

[56] Reglamento de Buenas Practicas de Almacenamiento, Distribucion y Transporte para Establecimientos Farmaceuticos. Artículo 18.

[57] Reglamento de Buenas Practicas de Almacenamiento, Distribucion y Transporte para Establecimientos Farmaceuticos. Artículo 20.

[58] Reglamento de Buenas Practicas de Almacenamiento, Distribucion y Transporte para Establecimientos Farmaceuticos. Artículo 21.

[59] Reglamento de Buenas Practicas de Almacenamiento, Distribucion y Transporte para Establecimientos Farmaceuticos. Artículo 22.

v. Deberán disponer de ventilación e iluminación adecuadas, electricidad con suficiente capacidad y sistema de iluminación de emergencia[60].

vi. Equipos medidores de temperatura y humedad relativa (termohigrómetros).

vii. Equipos que permitan la movilización de los productos.

viii. Balanzas

ix. Extintores

x. Implementos/equipos de protección personal.

xi. Botiquines de primeros auxilios.

[129] Es así que existen barreras de entrada, pues si bien los permisos de la autoridad sanitaria no son un obstáculo para obtenerlo por parte del ARCSA, si se necesita un capital alto para poder obtener productos y almacenarlos de manera adecuada, así mismo el elemento del conocimiento sobre el giro del negocio también presenta una dificultad. Otra barrera de entrada es que en las casas de representación de las compañías extranjeras buscan empresas ya consolidadas para que representen sus productos. Sin perjuicio de esto, este mercado no se ve afectado significativamente por la concentración.

### 7.3 La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores.

[130] Al analizar los mercados relevantes, se evidencian mercados que no son elásticos, donde a pesar que no existe una diversidad de actores en el mercado el mismo esta desagregado como para generar un ambiente de libre competencia.

[131] En el mercado aguas arriba las barreras de entrada legales constituyen el mayor inconveniente, pues no cualquier persona o empresa puede acceder fácilmente al mismo sobre todo por la puesta de infraestructura que dan pie para la concesión de permisos que brinda la autoridad sanitaria para el funcionamiento, por lo que se puede considerar que las barreras de entrada en este mercado son altas pero en un mercado desagregado.

[132] En este sentido, en ambos mercados, los actuales y potenciales competidores no se verían afectados y se mantiene la libre concurrencia económica.

En mérito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

---

[60] Reglamento de Buenas Practicas de Almacenamiento, Distribucion y Transporte para Establecimientos Farmaceuticos. Artículo 23.

**RESUELVE**

**PRIMERO.- AUTORIZAR** la concentración económica entre el operador económico, **HOLDING GRUPO DIFARE CÍA. LTDA.,** y el operador económico **FARMAMIA CIA LTDA.**

**SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE** la presente Resolución operador económico, **HOLDING GRUPO DIFARE CÍA. LTDA.,** y el operador económico **FARMAMIA CIA LTDA.,** a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, y para los fines legales pertinentes, a Secretaría General de la SCPM.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

Mgs. José Cartagena Pozo
**COMISIONADO**

Mgs. Jaime Lara Izurieta
**COMISIONADO**

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
**PRESIDENTE**

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