

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-039-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 07 de mayo de 2020, 17h00.

Comisionado sustanciador: Jaime Lara Izurieta

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] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 04 de marzo de 2020, mediante la cual se designó al abogado Daniel Garrido 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 (en adelante “IGPA”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

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

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADOR ECONÓMICOS INVOLUCRADOS EN LA QUE REALIZA LA NOTIFICACIÓN

- [6] El operador económico que realiza la notificación obligatoria de concentración económica es **CORPORACIÓN FAVORITA C.A.** (en adelante, “**FAVORITA**”), con RUC No. 1790016919001.¹

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE

- [7] Mediante escrito y anexos presentados e ingresados en la Secretaría General de la SCPM, el 15 de agosto de 2019 a las 11h57, signado con Id 140553, el operador económico **FAVORITA** presentó una notificación obligatoria previa de operación de concentración económica entre **FAVORITA** y la compañía **BJORK HOLDING S.A.** (en adelante, “**BJORK**”).
- [8] Mediante providencia de 29 de agosto de 2019 a las 15h00, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante “**INCCE**”) , requirió al operador económico que complete la información presentada de conformidad con el artículo 18 de la LORCPM, así como realizar el procedimiento detallado en el artículo 2 del IGPA para el pago de la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración.
- [9] Con escrito ingresado a la SCPM el 11 de septiembre de 2019 a las 13h59, signado con Id 143730, el operador económico **FAVORITA**, remitió la información solicitada en providencia de 29 de agosto de 2019.
- [10] Mediante providencia de 17 de septiembre de 2019 a las 09h00, la INCCE, solicitó al operador económico que justifique una diferencia existente entre la cuenta de ingresos operacionales de los balances auditados del 2018, y las cifras del formulario 101 de la declaración del impuesto a la renta de las empresas relacionadas de **BJORK: TECFOOD SERVICIOS DE ALIMENTACIÓN S.A y COALSA S.A.**, que se encuentra publicado en la página web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante “**SCVS**”).
- [11] Mediante escrito de 18 de septiembre de 2019, el operador económico remitió lo solicitado en la providencia de 17 de septiembre de 2019 expedida a las 09h00.
- [12] Mediante providencia de 30 de septiembre de 2019 expedida a las 14h30, la INICCE, avocó conocimiento de la notificación obligatoria de la operación de concentración económica

¹https://appscvs.supercias.gob.ec/portalCia/contenedor.zul?param=fGwjShgSMdM9-8Kqe2tCRp4n8u8LoTWSxYDAYwWWO0HF3gIjkZud_Q==

presentada el 15 de agosto de 2019 por el operador económico **FAVORITA**, y convocó al operador económico notificante a reunión de trabajo a celebrarse el 04 de octubre de 2019.

- [13] El 04 de octubre de 2019 a las 10h25, en las instalaciones de la SCPM ubicadas en Quito, se mantuvo la reunión de trabajo convocada mediante providencia de 30 de septiembre de 2019.
- [14] Mediante escrito presentado por **FAVORITA** el 14 de octubre de 2019 a las 10h56, signado con el número de trámite Id 147263, remitió para conocimiento de la INCCE un detalle de las ventas y participación en las categorías de jugos y pulpas del proveedor **FROZENTROPIC CIA. LTDA.** (en adelante “**FROZENTROPIC**”) y en relación con las marcas propias del operador económico **FAVORITA**.
- [15] Mediante providencia de 14 de octubre de 2019 a las 15h30, la INCCE solicitó información a los operadores económicos **FROZENTROPIC** y **FAVORITA**.
- [16] Mediante providencia de 30 de octubre de 2019 a las 17h00, la INCCE, solicitó información al operador económico **FAVORITA**.
- [17] Mediante providencia de 02 de diciembre de 2019 a las 09h00, la INCCE, solicitó información a diecisiete (17) operadores económicos dentro del sector.
- [18] Mediante Memorando SCPM-IGT-INICCE-2019-394 de 24 de diciembre de 2019 la INCCE, remitió a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049 de 23 de diciembre de 2019 y le otorgó acceso al expediente digital No. SCPM-IGT-INICCE-016-2019.
- [19] Mediante providencia de 03 de enero de 2020 a las 16h30 la CRPI dispuso:

“PRIMERO.- AVOCAR conocimiento del expediente SCPM-CRPI-039-2019.

SGUNDO.-AGREGAR al expediente:

- i) *El escrito y anexos ingresados en la Secretaría General, el 15 de agosto de 2019, con ID 140553, presentado por el operador económico LA FAVORITA.*
- ii) *El Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049, de 23 de diciembre de 2019, remitido por la INICCE.*

iii) *El Memorando No. SCPM-IGT-INICCE-2019-394, de 24 de diciembre de 2019, remitido por la INICCE.*

TERCERO.- PRORROGAR por sesenta (60) días término el tiempo máximo para emitir la resolución de solicitud de concentración económica presentada por el operador económico **CORPORACION FAVORITA C.A.**, de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO.-SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas que remita, en el término de tres (3) días a la CRPI el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049.”

[20] Mediante Memorando SCPM-IGT-INICCE-2020-027 de 15 de diciembre de 2020, la INCCE remitió a la CRPI el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

5.1 Constitución de la República del Ecuador

[21] Los artículos 213, 335 y 336 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 económica 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.

En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.”

- [27] El artículo 16 de la LORCPM determina las condiciones que se deben cumplir para que la notificación de concentración económica sea obligatoria:

“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.
- b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.



En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección.

Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda.”

(...)”

[28] El artículo 17 establece el lineamiento y las consideraciones esenciales para el cálculo del volumen de negocios:

“Art. 17.- Cálculo del Volumen de Negocios.- Para el cálculo del volumen de negocios total del operador económico afectado, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas u operadores económicos siguientes:

a) La empresa u operador económico en cuestión.
b) Las empresas u operadores económicos en los que la empresa o el operador económico en cuestión disponga, directa o indirectamente:

1. De más de la mitad del capital suscrito y pagado.
2. Del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto.
3. Del poder de designar más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, vigilancia o representación legal de la empresa u operador económico; o,
4. Del derecho a dirigir las actividades de la empresa u operador económico.

c) Aquellas empresas u operadores económicos que dispongan de los derechos o facultades enumerados en el literal b) con respecto a una empresa u operador económico involucrado.

d) Aquellas empresas u operadores económicos en los que una empresa u operador económico de los contemplados en el literal c) disponga de los derechos o facultades enumerados en el literal b).

e) Las empresas u operadores económicos en cuestión en los que varias empresas u operadores económicos de los contemplados en los literales de la a) a la d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en el literal b).

[29] 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.*

(...)”.

[30] El artículo 22 de la LORCPM prevé los criterios de decisión al resolver sobre una concentración económica notificada de manera obligatoria:

“Art. 22.- Criterios de decisión.- A efectos de emitir la decisión correspondiente según el artículo anterior, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante;*
- 2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores;*



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;*

4.- *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;*

5.- *La contribución que la concentración pudiere aportar a:*

a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización;

b) El fomento del avance tecnológico o económico del país;

c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales;

d) El bienestar de los consumidores nacionales;

e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y,

f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.”

[31] 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

- [32] El artículo 12 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), en cuanto al control por parte de la SCPM, indica que:

“Art. 12.- Control.- A efectos del artículo 14 de la Ley, el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico(...)”

- [33] 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. 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

- [34] 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.

(...)”

6. ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

6.1 Relación contractual entre los operadores económicos involucrados

- [35] Conforme consta en el expediente de la INCCE, el 08 de agosto de 2019 se suscribió un contrato de compraventa de acciones (en adelante “Contrato”) entre **CORPORACIÓN FAVORITA C.A.**, como la compradora y **NIMBUS HOLDING S.A., JOSÉ FEDERICO PÉREZ INTRIAGO, FEDERICO ALEJANDRO PÉREZ AYALA, JUAN JOSÉ PÉREZ AYALA, HOLDING BOSTONIAN HOLDBOSTON S.A.,** y **JUAN MANUEL ALFARO VÁSQUEZ** como los vendedores.
- [36] Los vendedores en su conjunto son propietarios del 100% del capital social de la compañía **BJORK HOLDING.**
- [37] El objeto del Contrato que dio origen a la notificación de la operación de concentración económica, es la adquisición por parte de **FAVORITA** de hasta el 60% del capital social del operador económico **BJORK.**

- [38] Esta transferencia de acciones, de acuerdo a lo que establece el Contrato, considera dos etapas:

Primera Etapa.- consiste en la adquisición del 51% de las acciones, la misma que a su vez consta de dos fases:

Fase A.- El operador económico **FAVORITA** adquiere el 25% de acciones, transacción que se ejecutó con la suscripción del contrato de compraventa de acciones.

Fase B.- El operador económico **FAVORITA** adquirirá el 26% de acciones. Transferencia condicionada a la autorización por parte de la SCPM.

Segunda Etapa.- Finalmente y para completar el traspaso integral del capital social convenido, los vendedores cederán a la compradora el 9% de las acciones, la cual está sujeta al perfeccionamiento de la Fase B de la Primera Etapa.

- [39] Una vez determinado el esquema contractual de adquisición, podemos pasar a determinar la estructura societaria ex ante y ex post.

6.1.1 Esquema societario *ex ante* y *ex post* de la operación de concentración

- [40] Los siguientes esquemas representan la operación de concentración ex ante y ex post, de acuerdo con las etapas planteadas en el Contrato, lo que permite comprender la dimensión de la adquisición planteada.

Gráfico No. 1 Esquema actual sobre el paquete de acciones y participaciones de BJORK HOLDING, previo la Fase A del Contrato

BJORK HOLDING	Persona natural o jurídica	Participaciones
	Nimbus Holding S.A.	75,00%
	José Federico Pérez Intriago	8,50%
	Federico Alejandro Pérez Ayaia	4,00%
	Juan José Pérez Ayala	3,20%
	Holding Bostonian Holdboston S.A.	6,50%
	Juan Manuel Alfaro Vásquez	2,80%
	Total	100%



Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019

Elaboración: CRPI

**Gráfico No. 2 Esquema una vez implementada la Fase A del Contrato
(Accionistas actuales de BJORK)**

BJORK HOLDING	Persona natural o jurídica	Participaciones
	Nimbus Holding S.A.	59,00%
	Corporación Favorita C.A	25,00%
	Holding Bostonian Hoidboston S.A.	6,00%
	José Federico Pérez Intríago	4,00%
	Federico Alejandro Pérez Ayala	2,00%
	Juan José Pérez Ayala	2,00%
	Juan Manuel Alfaro° Vásquez	2,00%
	Total	100%

Fuente: SCVS⁴

Elaboración: CRPI

Gráfico 3. Esquema una vez implementada la Fase B del Contrato

BJORK HOLDING	Persona natural o jurídica	Participaciones
	Corporación Favorita C.A	51,00%
	Nimbus Holding S.A.	42,90%
	Holding Bostonian Hoidboston S.A.	5,20%
	Juan Manuel Alfaro° Vásquez	0,90%
	Total	100%

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730
Anexo Multimedia

Elaboración: CRPI

⁴https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=724787&tipo=1

6.2 Análisis de la toma de control

[41] Conforme los esquemas, una vez se concluya con la primera etapa, se adquiere el 51% del capital social de **BJORK**, lo que evidentemente le daría la posibilidad a **FAVORITA** de ejercer una influencia decisiva y permanente⁵ en las decisiones de dicho agente económico. Lo mencionado se articula claramente con lo establecido en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM⁶.

[42] El RLORCPM es claro en enfatizar el concepto de control de la siguiente manera:

“Art. 12.- Control.- A efectos del artículo 14 de la Ley, el control resultará de contratos, actos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico. El control podrá ser conjunto o exclusivo.”

[43] El estatuto social de los órganos societarios de **BJORK HOLDING**, en referencia a las acciones, el derecho a voto y de la junta general como órgano supremo establece:⁷

“Artículo Sexto.- Acciones: Las acciones serán ordinarias y nominativas. Cada acción da derecho, en proporción a su valor pagado, a voto en la junta general (...)
Capítulo III de la Junta General.- Artículo Octavo.- Órgano Supremo: 8.1.- La Junta General es el órgano supremo de la sociedad y tendrá todos los deberes,

⁵ Sobre la permanencia de la toma de control se puede ver Molina Sandoval, Carlos. El Control de las Concentraciones Económicas y Fusiones en el Régimen Competitivo Argentino. Pág 362. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/52475591.pdf>. Indica lo siguiente: “(...) No cualquier acto de toma de control de la empresa importa una concentración, pues si el control o influencia tiene una vigencia fugaz y rápida, no será suficiente para que el acto encuadre en esta idea, La permanencia es un elemento definitorio de la concentración.”

⁶ “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:
(...)
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.
(...)”

⁷ https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=724787&tipo=1;DocJuridica_724787_12019034318_2_1_1_2019_06_06_00_00_00_0000-PDF

atribuciones y responsabilidades que señala la ley, y sus resoluciones, válidamente adoptadas, obligan aún a los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de la Ley de Compañías. 8.2 Son atribuciones de la Junta General, además de las establecidas en el artículo 9 del estatuto, las siguientes: a) nombrar y remover, así como aceptar las excusas o renunciaciones, fijar las remuneraciones y honorarios del Gerente General y Presidente; b) Aprobar el Balance General y el estado de pérdidas y ganancias; c) Disponer la formación de reservas especiales de libre disposición; d) Conocer y resolver cualquier punto que sometan a su consideración el Gerente General o Comisario; Designar Comisario Principal y Suplente y a los auditores; y, f) Las demás que correspondan según la Ley. Para las atribuciones y deberes señalados en este Artículo 8.2 del Estatuto, **se requerirá el voto de la mayoría simple de votos del capital pagado concurrente a la reunión.** (...) (Énfasis añadido)”

[44] Al respecto y conforme lo descrito *ut supra* en referencia a las acciones y el derecho a voto, la INCCE señala:

“De conformidad con los artículos detallados, se observa que la Junta General es el órgano supremo de la compañía, que tiene entre sus principales funciones la de nombrar y remover el Presidente y Gerente de la compañía, cargos que administrarán la compañía, este supuesto siempre y cuando se cuente con la mayoría simple de votos por parte de los accionistas de la compañía, que concurran a la reunión. Por lo cual se colige que para que una persona ejerza influencia significativa en la compañía, debe contar con una mayoría de acciones del capital social, considerando que cada acción da derecho a voto en la Junta General.

Actualmente, FAVORITA posee el 25% de las acciones emitidas y por ende, es parte de la Junta General de BJORK. Sin embargo, con esta participación en el capital social, FAVORITA no obtiene el control sobre BJORK, dado que la primera no podría conformar, por sí sola, una mayoría simple; pues Nimbus Holding S.A. es el accionista mayoritario, con el 59% de las acciones de BJORK, con lo que este último es quien tiene el derecho de poseer más votos en la Junta General.

No obstante, una vez que FAVORITA adquiera el 51% del capital social, podrá ejercer influencia sustancial sobre BJORK; pues llegaría a ser el accionista principal, superando a Nimbus Holding S.A., quien tendrá el 42.95%.

Por tanto, se colige que FAVORITA, tras la adquisición del 51 % del capital social emitido del operador económico BJORK, obtendrá el control sobre esta última,

puesto que adquirirá la posibilidad de ejercer una influencia sustancial sobre sus actividades.

En conclusión, es preciso recalcar que la adquisición del 25% del paquete accionario de la empresa BJORK, por parte de FAVORITA, no constituye una operación de concentración, dado que no existe un cambio o toma de control sobre una empresa u operador económico. Por otro lado, la consolidación del 51% del capital social emitido de BJORK, a favor de FAVORITA, sí comprende una operación de concentración económica, según lo establecido en la letra c), del artículo 14, de la LORCPM.”

- [45] Cabe mencionar que revisado el documento íntegro de la constitución de la compañía, no existe cláusula que de manera expresa contradiga lo mencionado en el artículo sexto de las acciones y el derecho a voto.
- [46] De lo expuesto, la CRPI en apego al análisis realizado por la INCCE concluye que el presente caso de concentración económica se adecúa correctamente al numeral c) del artículo 14 de la LORCPM, por considerarse una toma de control de una compañía, a través de la compra y adquisición de acciones dentro de la misma, esto debido a que en el supuesto de existir aprobación por parte de la CRPI, el operador económico **FAVORITA** ostentaría un total del 51% de la compañía **BJORK**, lo cual otorgaría un control de *iure* sobre la mayoría del capital y derechos de votos.

6.3 Enfoque societario de los operadores económicos involucrados

6.3.1 Análisis societario del operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A.

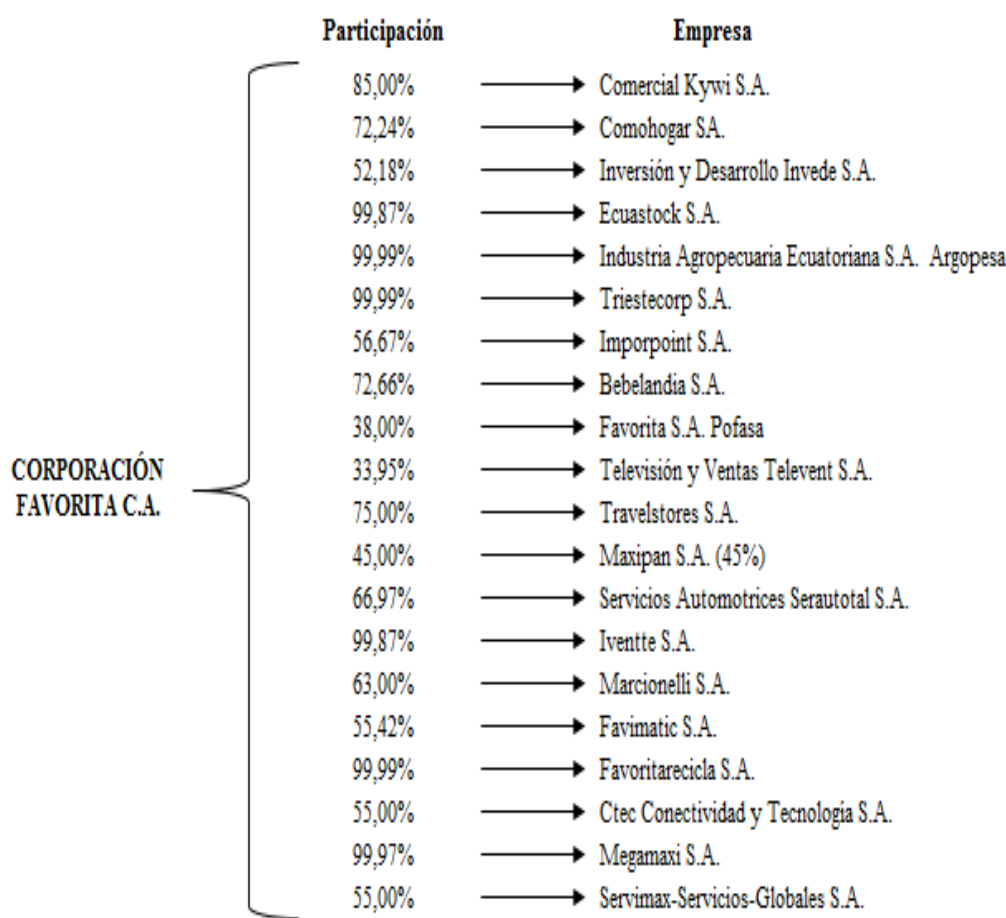
- [47] Los registros de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, indican que **CORPORACIÓN FAVORITA C.A.** es una compañía limitada de nacionalidad ecuatoriana, con RUC 1790016919001, constituida el 30 de noviembre de 1957, cuyo objeto social es la organización, instalación y administración de almacenes, mercados, supermercados y comercio en general, en los que se podrá expender, acondicionar, preparar, organizar la comercialización, distribución y venta de toda clase de mercaderías y artículos nacionales y extranjeros.⁹
- [48] **FAVORITA** es un grupo económico, dentro del cual se encuentran empresas y marcas reconocidas a nivel nacional como Comercial Kywi, Agropesa, Megamaxi, Bebelandia, entre otras, las cuales se dedican a la comercialización de varios productos al por menor,

⁹https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=384&tipo=1

siendo los principales: alimentos, herramientas, productos para el hogar, ropa de bebe, ropa en general, por citar algunos.

[49] De acuerdo a la información que reposa en el expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019, la estructura accionaria de **FAVORITA** respecto de las empresas nacionales es la siguiente:

Gráfico 4. Estructura accionaria de FAVORITA en el Ecuador



Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730

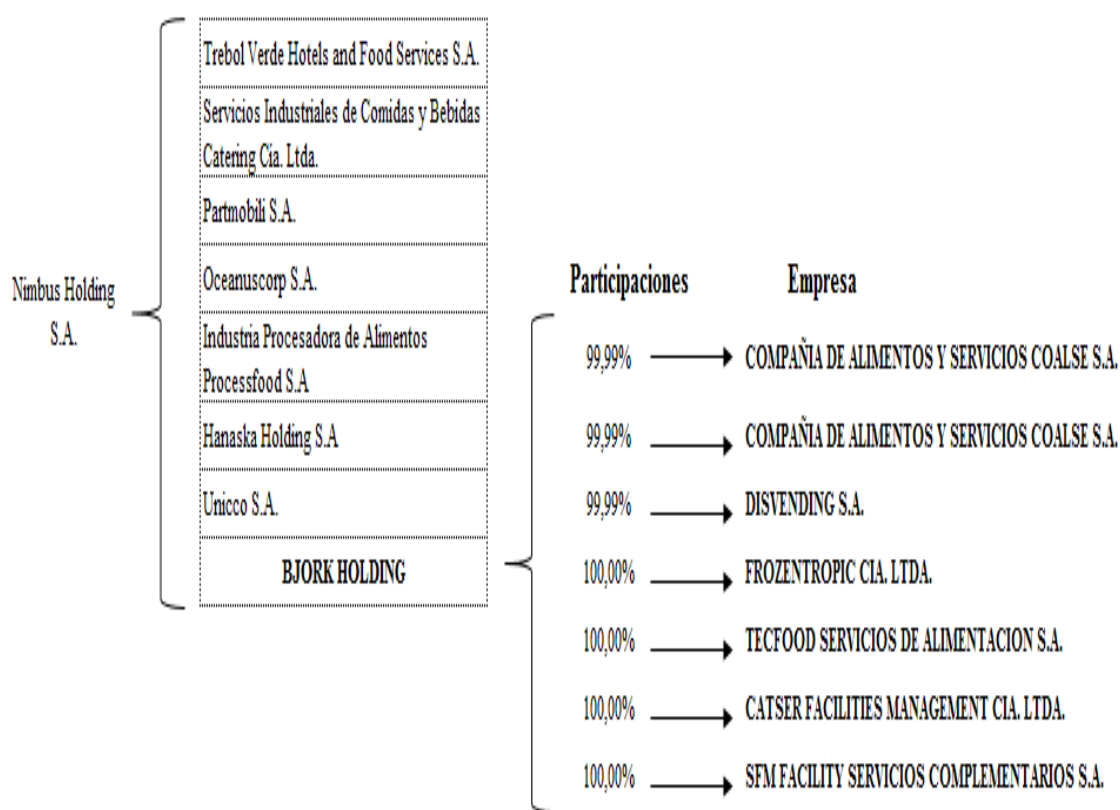
Anexo

Elaboración: CRPI

6.3.2 Análisis societario del operador económico BJORK HOLDING

- [50] Según consta en los registros de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, **BJORK** es una compañía de nacionalidad ecuatoriana con RUC 1793007449001, constituida el 22 de julio de 2019, cuyo objeto social es la compra de acciones o participaciones de otras compañías, con la finalidad de vincularlas y ejercer su control a través de vínculos de propiedad accionaria.¹⁰
- [51] Según se desprende de la información de la SCVS y del Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019, la estructura accionaria de **BJORK** es:

Gráfico 5. Estructura accionaria de BJORK HOLDING



Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

¹⁰https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=724787&tipo=1

Elaboración: CRPI

6.3.3 Empresas en las cuales FAVORITA adquiriría el control de manera indirecta pertenecientes al operador económico BJORK HOLDING

[52] Cabe mencionar que la presente operación de concentración económica es la adquisición por parte de **FAVORITA** del 26% de acciones de **BJORK**, y de manera indirecta de las empresas en que ésta última mantiene el control. Por lo tanto, considerando el artículo 17 de la LORCPM, que se refiere al cálculo del volumen de negocios, es importante realizar un análisis descriptivo de las empresas en las que el operador económico **FAVORITA** adquiriría el control de manera indirecta.¹¹

Tabla No. 1 TECFOOD Servicios de Alimentación S.A. ¹²

Actividad:		
Es la realización de actividades complementarias de alimentación, mensajería y limpieza en favor de terceros. La compañía podrá realizar toda clase de actos, contratos, transformación de materia prima que fueren necesarias para el cumplimiento de su objeto social ; a) Importar, comprar, vender, trasladar, intermediar la venta o arrendamiento, prestar o comercializar bienes muebles e inmuebles, maquinaria y equipos; b) Transformar materia prima en productos alimenticios de consumo humano.		
Accionistas:	BJORK HOLDING S.A.	99,996%
	CATSER Facilities Management, Cía. Ltda.	0,004%
	Total	100%
Información adicional:	TECFOOD realiza venta de servicios de manera directa, captando clientes finales de sectores de i) educación, ii) hospitales, iii) empresas entre otros. La distribución de los productos una vez que un cliente contrata el servicio de catering se hace a través de vehículos propios y alquilados".	

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

¹¹ Datos obtenidos de los registros de la SCVS y el Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730

¹² https://appsconvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=157018&tip o=1

Elaboración: CRPI

Tabla No. 2 Compañía de Alimentos y Servicios COALSE S.A. ¹³

Actividad:		
Dedicada a la prestación de servicios de actividades complementarias, en el campo de la alimentación, mensajería y limpieza.		
Accionistas:	BJORK HOLDING	99,99%
	TECFOOD Servicios de Alimentación	0,01%
	Total	100%
Información adicional:	COALSE realiza venta de servicios de manera directa, captando clientes finales de sectores de i) educación, ii) hospitales, iii) empresas entre otros.	

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

Elaboración: CRPI

Tabla No. 3 CATERFOOD. ¹⁴

Actividad:		
Explotación comercial, producción, procesamiento e industrialización de toda clase de alimentos frescos y congelados para el consumo humano y animal.		
Accionistas:	BJORK HOLDING	99,99%
	TECFOOD Servicios de Alimentación	0,01%
	Total	100%
Información adicional:	El operador económico, realiza la venta de servicios de manera indirecta, llegando a los clientes finales a través de las compañías TECFOOD y COALSE. Cabe resaltar que CATERFOOD es la única empresa del grupo, que mantiene relaciones comerciales con otras empresas del grupo BJORK.	

¹³https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=124999&tipo=1

¹⁴https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=143404&tipo=1

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

Elaboración: INICCE – CRPI

Tabla No. 4 DISVENDING S.A. ¹⁵

Actividad:		
Explotación comercial, producción, procesamiento e industrialización de toda clase de alimentos frescos y congelados para el consumo humano y animal. Ejercer el comercio al por mayor y al detal, de toda clase de alimentos y bebidas, así como de equipos para el expendio de alimentos y bebidas.		
Accionistas:	BJORK HOLDING	99,99%
	TECFOOD Servicios de Alimentación	0,01%
	Total	100%
Información adicional:	Las ventas las realiza de manera directa al cliente final, por medio de instalación y manejo de máquinas dispensadoras de alimentos y bebidas. Asimismo, es proveedor del producto ofertado por estas máquinas dispensadoras.	

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

Elaboración: INICCE – CRPI

Tabla No. 5 FROZENTROPIC CÍA. LTDA. ¹⁶

Actividad:		
Compra, venta, fraccionamiento, consignación, importación, exportación y distribución de bebidas con o sin alcohol, jugos frutales, pulpa de frutas, mermeladas y toda clase de conservas.		
Accionistas:	BJORK HOLDING	99,997%
	TECFOOD Servicios de Alimentación	0,003%
	Total	100%

¹⁵https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=147102&tip_o=1

¹⁶https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=152234&tip_o=1

Información adicional:	Las ventas se las realiza directamente al cliente final. La producción de FROZENTROPIC está destinada a la exportación y a empresas ubicadas en el territorio nacional de catering, restaurantes, hoteles y autoservicios (supermercados, distribuidores, mayoristas y tiendas de barrio).
-------------------------------	--

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

Elaboración: INICCE – CRPI

Tabla No. 6 CATSER FACILITIES MANAGEMENT CÍA. LTDA. ¹⁷

Actividad:		
Administración de infraestructuras físicas y mantenimiento de edificios, oficinas, plantas de procesamiento, locales comerciales y centros comerciales.		
Accionistas:	BJORK HOLDING	99,99%
	TECFOOD Servicios de Alimentación	0,01%
	Total	100%
Información adicional:	La compañía específicamente, brinda servicios de limpieza y mantenimiento a empresas	

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

Elaboración: INICCE – CRPI

Tabla No. 7 SFM Facility Servicios Complementarios S.A. ¹⁸

Actividad:		
El objeto social de la compañía es la realización de actividades complementarias de mensajería y limpieza conforme con el régimen jurídico aplicable.		
Accionistas:	BJORK HOLDING	99,99%
	TECFOOD Servicios de Alimentación	0,01%
	Total	100%

¹⁷https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=161810&tip o=1

¹⁸https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=164797&tip o=1

Información adicional:	Actividades de servicios a edificios y paisajismo. Limpieza en general (no especializada) de todo tipo de edificios, estudios profesionales, locales comerciales, profesionales y edificios con múltiples unidades residenciales como: oficinas, casas y departamentos, fábricas, establecimientos comerciales e instituciones. Actividades que consisten sobre todo en la limpieza de interiores, aunque pueden abarcar la limpieza de zonas exteriores conexas, como ventanas y pasadizos
-------------------------------	---

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 Anexo

Elaboración: INICCE – CRPI

6.4 UMBRAL DE CONCENTRACIONES

[53] 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:

“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.

b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o

a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección.

(...)”

- [54] Una vez realizado de manera previa el análisis de la toma de control del operador económico **FAVORITA**, vamos a referirnos a la obligación que tienen los operadores económicos de notificar una operación de concentración en cuanto al volumen de negocios y el umbral correspondiente.
- [55] 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 en relación con las remuneraciones básicas unificadas, por los cuales estos estarían obligados a notificar la misma.

TIPO	MONTO (USD) (Remuneraciones Básicas Unificadas)
Concentraciones que involucren a instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores	3'200.000,00
Concentraciones que involucren a entidades de seguro y reaseguro	214.000,00
Concentraciones que involucren a operadores económicos que no se encuentren detallados en los dos puntos anteriores	200.000,00

Fuente: Resolución N° 009 publicada en el Registro Oficial N° 622 de 06 de noviembre de 2015

Elaboración: CRPI

- [56] 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 de 01 de enero de

2019 es de TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES AMERICANOS (USD 394.00).

- [57] 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

- [58] La CRPI considera que una vez determinada la existencia de toma de control del grupo económico adquirido, es necesario analizar el volumen de negocio de la transacción o a su vez la participación dentro del mercado relevante que nos ocupa, y así determinar la obligatoriedad o no sobre la notificación ante la SCPM.
- [59] La LORCPM en el artículo 6 , sobre la definición de volumen de negocios y su forma de cálculo señala:

“Art. 6.- Volumen de negocios.- A efectos de la presente Ley, se entiende por volumen de negocios total de uno o varios operadores económicos, la cuantía resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por los mismos, durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio.”

- [60] Asimismo el artículo 14 del RLORCPM, añade lo que se debe incluir como volumen de negocios;

“Art. 14.- Fijación del volumen de negocios.- A efectos de lo previsto en el artículo 16 literal a) de la Ley, el volumen de negocios total de una empresa partícipe no tendrá en cuenta el volumen resultante de las transacciones que hayan tenido lugar entre empresas de un mismo grupo económico.

- [61] Bajo dichos lineamientos, de acuerdo con la información dispuesta por el operador económico contenida en el expediente SCPM-IGT-INICCE-016-2019 – Trámite Id 143730 (Informes de Auditoría Externa) y la información determinada por la INCCE según extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INICCE-2019-049, para el cálculo del volumen de negocios se ha tomado en cuenta los siguientes operadores económicos:

i. GRUPO FAVORITA



Compañía	Volumen de Negocios
GRUPO FAVORITA	
Corporacion Favorita C.A.	1.996.802.566,42
Comercial Kywi S.A.	278.400.087,95
Alpoky S.A.	0,00
Comohogar S.A.	94.180.470,14
Cirkwitos S.A.	4.694.256,15
Inversión y Desarrollo Invede S.A.	8.041.110,47
Village Plaza S.A, Viplasa	1.881.888,66
Ecuastock S.A.	0,00
Industria Agropecuaria Ecuatoriana S.A. Agropesa	6.703.072,35
Triestecorp S.A.	36.000,00
Importpoint S.A.	6.701.445,39
Bebelandia S.A.	19.970.220,88
La Viña Cía. Ltda.	44.144,07
Travelstores S.A.	2.347.665,31
Servicios Automotrices SERAUTOTAL S.A.	1.063.798,90
Iventte S.A.	
Marcionelli S.A.	31.200,00
Favimatic S.A.	0,00
Favoritarecicla S.A.	0,00
CTEC Conectividad & Tecnología	0,00
Megamaxi S.A.	0,00
Cemaco Internacional S.A. (Costa Rica)	31.840.325,25
Bebe & Mas S.A.C. (Perú)	2.227.231,16
Ferrex Ferreventas (Paraguay)	7.557.602,51
C.I.C Compras y Logística (Colombia)	0,00
Misterbooks S.A.	8.687.138,65
Servimax-Servicios-Globales S.A.	783.437,73
“Seguros- Servimax” Agencia Asesora	888.941,44
SUMA	2.472.882.603,43

ii. GRUPO BJORK HOLDING



Compañía	Volumen de Negocios
GRUPO BJORK	
Compañía De Alimentos y Servicios Coalse S.A.	21.047.973,60
Caterfood Broadliner S.A.	175.663,06
Disvending S.A.	1.103.522,24
Frozentropic Cia. Ltda.	1.338.282,31
Tecfood Servicios de Alimentacion S.A.	42.374.893,78
Catser Facilities Management Cia. Ltda.	1.568.715,57
Sfm Facility Servicios Complementarios S.A.	4.503.637,67
Nimbus Holding S.A.	0,00
Trebol Verde HoteTs And Food Services S.A.	783,82
Servicios Industriales de Comidas y Bebidas Catering Cia. Ltda.	76.680,84
Partmobili S.A.	0,00
Oceanuscorp S.A.	905,87
Industria Procesadora de Alimentos Processfood S.A.	73.379,16
Hanaska Holding S.A.	0,00
Unicco S.A.	0,00
SUMA	72.264.437,92

Fuente: SCVS, Expediente SCPM-IGT-INICCE-016 – Trámite Id 143730 (Informes de Auditoría externa), extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INICCE-2019-049

Elaboración: CRPI

- [62] De los datos presentados, se determina que el volumen de negocios asciende a USD 2'545.147.041,35, volumen que supera el monto de 200.000 RBU, fijado por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, mediante Resolución No. 009 de la Junta de Regulación a la LORCPM, publicada en el Registro Oficial No. 622 de 6 de noviembre de 2015.

- [63] Con lo expuesto, la CRPI, concluye que efectivamente la presente concentración económica se enmarca dentro del artículo 16, literal a) de la LORCPM, existiendo la obligación de notificación a la SCPM.

6.5 DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

- [64] La determinación del mercado relevante es fundamental, entendiéndose como tal al mercado de bienes y servicios (mercado de producto) delimitado geográficamente (mercado geográfico) que se verían afectados por la concentración.²²
- [65] Es necesario para la delimitación del mercado de producto considerar la determinación del grado de sustituibilidad que presentan los bienes y servicios, especialmente desde el lado de la demanda. Por lo tanto, en las concentraciones económicas se deben analizar y comprender todos los bienes y servicios que se consideran intercambiables exclusivamente entre sí y que se encuentran en competencia.²³
- [66] Por otro lado, se conoce que el mercado geográfico se establece por las zonas o los espacios que deben considerarse parte del mercado relevante, y que a su vez es el territorio en donde los agentes económicos compiten.²⁴

6.5.1 Mercado de Producto

- [67] Previo a la determinación del mercado relevante en la presente operación debemos señalar, conforme lo habíamos mencionado anteriormente, que el objeto social del operador económico **FAVORITA** es la organización, instalación y administración de almacenes, mercados, supermercados y comercio en general, en los que se podrá expender, acondicionar, preparar, organizar la comercialización, distribución y venta de toda clase de mercaderías y artículos nacionales y extranjeros.²⁵

²² Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. Sección II. “El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia”. Ibañez, Bogotá 2014, p 135.

²³ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. Sección II. “El control de las concentraciones empresariales en Colombia”. Ibañez, Bogotá 2014, p 191.

²⁴ TRIBUNAL GALEGO DE DEFENSA DA COMPETENCIA, 2010, *Economía y Defensa de la Competencia*, Santiago de Compostela, 1ª, Edición, Página 134.

²⁵ https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=384&tipo=1

- [68] *“FAVORITA es parte de un grupo económico, cuya principal actividad es la comercialización de varios productos al por menor, siendo los principales: i) alimentos, ii) herramientas, iii) productos para el hogar, iv) ropa, y) ropa de bebé, vi) entre otros. Sus marcas más conocidas son: 1) Supermaxi, ii) Megamaxi, iii) Aki, iv) Kiwy, y) Bebelandia, vi) Juguetón, entre otros.”*²⁶
- [69] Asimismo el operador **BJORK**, a través de **FROZENTROPIC**, produce y comercializa productos iguales o similares a los que comercializa el operador económico la **FAVORITA** con sus marcas blancas y de terceros. Estos productos son los jugos y pulpas congeladas de frutas, los cuales son vendidos a retail a través de los canales modernos como son los supermercados principalmente.²⁷
- [70] Para efectos del análisis que nos ocupa, es importante anotar que **FROZENTROPIC**, de acuerdo a lo señalado por la INCCE, en el año 2018 no comercializó pulpas de frutas en supermercados o autoservicios. Estas se destinaron a la exportación en su mayoría, y otros clientes como distribuidores de terceros, hoteles y restaurantes, industrias y personas naturales, en su orden de importancia.
- [71] Además se establece que **FROZENTROPIC** en el año 2017, respecto de la comercialización de pulpa de frutas a través de los supermercados de **FAVORITA**, tuvo una cuota por debajo del 0,5%, constituyendo ésta una participación marginal en el mercado.²⁸
- [72] En este sentido, teniendo en cuenta la participación marginal en el mercado nacional y a la poca relevancia en el año 2017, la CRPI considera que el mercado de pulpas de fruta no sería objeto de análisis.
- [73] **BJORK** dentro de su estructura societaria, además de la participación de **FROZENTROPIC** en el mercado de jugos y pulpas de frutas, participa en otras actividades económicas como: servicios de catering, servicios de instalación y manejo de máquinas dispensadoras y servicios de mantenimiento y limpieza a empresas. El operador económico **FAVORITA** no presta ningún tipo de los servicios mencionados, y por lo cual no conlleva ningún tipo de integración sea horizontal o vertical en estos mercados. En consecuencia, tampoco se

²⁶ Extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049, pág. 10

²⁷ El otro canal de comercialización son los tradicionales principalmente tiendas de barrio, que para efecto del análisis no son considerados ya que para **FAVORITA** y **FROZENTROPIC** no son los canales principales.

²⁸ **FAVORITA** en el año 2018 con sus marcas blancas tuvo una cuota de mercado entre el 10 y 20% del total de ventas a nivel nacional de pulpas de frutas congeladas.

considerarán objeto de análisis porque no existe una afectación al mercado en estos segmentos económicos.

6.5.1.1 Mercado de producto aguas abajo

- [74] Es importante mencionar acorde a lo que manifiesta la INCCE, para realizar el presente estudio y el efecto competitivo de la operación de concentración económica, se realiza el análisis, considerando aquellos competidores y ventas de néctares, jugos y bebidas de frutas comercializadas en autoservicios, supermercados e hipermercados correspondientes al mercado aguas abajo, de tal forma que se excluye del análisis las ventas realizadas en el canal tradicional.³²
- [75] El esquema de la concentración económica que nos ocupa, nos exige determinar si es prudente incorporar al mercado los productos ofertados por **FROZENTROPIC** en la participación que ya tiene **FAVORITA** con sus propios canales de comercialización, que son los supermercados principalmente, situación que podría suponer la generación de un impacto en la competencia dentro del mercado relevante.
- [76] Según el artículo 2 de la Resolución No. 014 de 4 de enero de 2017, emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM, las cadenas de supermercados son: *"(...)todos aquellos operadores económicos que posean más de un (1) establecimiento, con tres (3) o más cajas registradoras y que ofrezcan de manera exclusiva el servicio de venta minorista o expendio al detalle, bajo la modalidad de autoservicio de la canasta de bienes de consumo corriente alimenticio y alguna(s) de las canastas de bienes de consumo corriente no alimenticio"*.
- [77] La INCCE en el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049, realiza una referencia de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia de España en el caso SUPERMERCADOS SABECO/GALERIAS PRIMERO sobre la definición de la distribución al por menor como: *"la venta a consumidores finales de una serie más o menos diversificada de productos alimentarios y no alimentarios (higiene, hogar, etc.) de consumo diario, en locales de diversas características y superficies, como hipermercados, supermercados, autoservicios, tiendas especializadas, tiendas tradicionales (...)"*. Asimismo dicha Comisión determina como mercados separados los establecimientos tradicionales (tiendas de pequeñas superficies), respecto del canal moderno (supermercados, hipermercados), debido a las diferencias sustanciales y competencia asimétrica que existen entre ambos.
- [78] La Comisión de Comercio y Desarrollo de la Junta de Comercio y Desarrollo de la ONU se refiere a la venta de alimentos al por menor cuyo canal de distribución significativamente

³² Extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049, pág. 23

liderado por los supermercados, como el canal preferido por los consumidores y se refiere a tres factores que han desencadenado esta condición:

- i. Por el lado de la demanda el cambio en los hábitos de los consumidores, quienes han recurrido a la comodidad, seguridad, facilidad y oportunidad que brindan los supermercados.
- ii. Por la oferta, la innovación en la logística y las tecnologías de distribución, provocando menores costos de distribución y una mejor gestión de las existencias.
- iii. Se ha producido aumento del tamaño y expansión de las cadenas de supermercados, generando de esta manera la aparición de economías de escala.³³

[79] El equilibrio de poder en la cadena de suministros alimenticios se ha alterado de manera significativa con preponderancia de los supermercados en relación a las tiendas tradicionales, lo cual sin una norma clara y oportuna de control es probable que afecte a los agentes económicos involucrados, como serían los proveedores y consumidores.³⁴

[80] La INCCE señala que la Fiscalía Nacional Económica de Chile en la Resolución No. 720/2004 de la Comisión Resolutiva establece que: *“desde la perspectiva de los consumidores, los supermercados poseen un conjunto de características propias combinadas, que les hacen no comparables con otros canales de distribución o venta de productos al detalle. Estas son, entre otras, el espacio que ocupan, esto es, grandes superficies, su amplio inventario (multiproducto y multilínea, además de múltiples formatos para cada producto, tal que permite al consumidor encontrar el producto genérico y variedad específicas que satisface mejor sus preferencias), apariencia física de sus dependencias, forma de presentación de los productos (autoservicio) y los servicios ofrecidos al cliente, entre otras”*.³⁵

[81] En concordancia con el análisis de la INCCE, se desprende que el mercado de los supermercados pueden ser un mercado de producto por sí mismo, manteniendo características propias y por lo cual no pueden ser comparables con otros canales de venta de

³³ “Aplicación de la política de la competencia en el sector del comercio al por menor: cuestiones de competencia en la cadena de venta de alimentos al por menor”, Comisión de Comercio y Desarrollo, Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, Junta de Comercio y Desarrollo de la ONU, pág. 2

³⁴ *Ibidem*

³⁵ Fiscalía Nacional Económica. (2007), Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N° 101/2006 (Versión Pública).Pág. 8. Consultado desde: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2013/02/Analisis-economico.pdf>.; Resolución N° 720/2004 de la Comisión Resolutiva.

productos al por menor. En este sentido, en un estudio de la Comisión Europea se establecen las diferencias considerando entre otros el tipo y el tamaño de las tiendas y supermercados, así como las características sociodemográficas, para tener en cuenta las desigualdades estructurales que podrían influir en la oferta y la innovación en este último como uno de los determinantes principales de diferenciación entre los canales de expendio.³⁶

6.5.1.1.1 Análisis de sustituibilidad

[82] Con la finalidad de delimitar correctamente el mercado relevante en el presente caso, resulta necesario realizar un análisis de la sustituibilidad de la demanda y la oferta, teniendo en cuenta los diferentes parámetros normativos, a saber:

[83] Los artículos 2, y 5 de la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM⁴⁰ 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 producto o servicio comprende, al menos, el producto o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.

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.”

[84] Además, el artículo 6⁴¹ de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM 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, es decir, que el consumidor crea que los productos son

³⁶ “Aplicación de la política de la competencia en el sector del comercio al por menor: cuestiones de competencia en la cadena de venta de alimentos al por menor”, Comisión de Comercio y Desarrollo, Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, Junta de Comercio y Desarrollo de la ONU, pág. 12

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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.”

intercambiables entre sí, puesto que supondría que satisfacen las mismas necesidades en razón de sus características, usos, destino y precio⁴².

- [85] Para el análisis debemos considerar toda la estructura de la cual disponen los supermercados, esto es los diferentes medios de distribución, la logística, la tecnología e innovación, entre otros aspectos que los consumidores consideran al momento de tomar decisiones en cuanto a la demanda del producto, los mismos que están estrechamente relacionados con la facilidad y oportunidad para obtenerlos, la calidad y precio, este último atado a las economías de escala representadas en muchas empresas de canal moderno de comercialización minorista.
- [86] Al respecto la Resolución No. 720/2004 de la Fiscalía Nacional Económica de Chile indica que las características propias de los supermercados los tornan no comparables con otros canales de ventas al por menor, ya que los espacios que ocupan son de grandes dimensiones, multiproducto y multilíneas, variedad, presentación y servicios ofrecidos al cliente.⁴³
- [87] La Fiscalía Nacional Económica explica también que los consumidores además de privilegiar la cercanía a sus hogares para la reposición de bienes, también le dan importancia a los precios bajos o convenientes, lo que daría una ventaja comparativa a los supermercados respecto de otros canales alternativos de ventas.⁴⁴
- [88] De lo mencionado se evidencia las preferencias de los consumidores que por diversas razones acuden a los supermercados, asimismo del análisis realizado previamente mediante el cual se identificó a los supermercados como un mercado de producto en sí mismo; el estudio de sustituibilidad no puede limitarse únicamente a los bienes ofertados por estos canales de comercialización, es decir, no es solamente lo que se vende sino también cómo se vende y en función de a quién se vende.⁴⁶
- [89] El análisis realizado describe las ventajas de los supermercados así como las preferencias de los consumidores. Se confirma que los supermercados no son sustituibles, por lo cual

⁴² Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. Sección II. “El Control de las Concentraciones Empresariales en Colombia”. Ibañez, Bogotá 2014, p 135.

⁴³ Fiscalía Nacional Económica – Gobierno de Chile , “Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol No. 101/2006”, pág. 8

⁴⁴ Fiscalía Nacional Económica – Gobierno de Chile , “Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol No. 101/2006”, pág. 10

⁴⁶ Fiscalía Nacional Económica – Gobierno de Chile , “Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol No. 101/2006”, pág. 8

representan un mercado en sí mismo y por ende el criterio funcional nos hace determinar que no procede otro análisis adicional que nos permita establecer otros posibles sustitutos.

- [90] Se ratifica que los supermercados no pueden ser comparados con otros canales de venta a “retail”, ya que estos son un mercado de producto en sí mismo, por lo cual se podría definir al mercado de producto aguas abajo en el cual se desenvuelve el operador económico **FAVORITA**, como la comercialización minorista de bienes de consumo en el canal moderno específicamente en lo que corresponde a las ventas de jugos de frutas.

6.5.1.1.2 Del mercado geográfico aguas abajo

- [91] El artículo 5 de la LORCPM sobre el mercado geográfico establece 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.

(...)”

- [92] En términos operativos el análisis para la definición del mercado geográfico no resulta viable para cada uno de los productos ofrecidos por los supermercados. Desde el punto de vista del consumidor estará limitado por la ubicación al que resulte razonable desplazarse para efectuar su aprovisionamiento, por lo cual en general el mercado geográfico se define por un ámbito eminentemente local.⁵⁰ Sin perjuicio de lo anterior el producto sujeto de análisis mantiene una presencia a nivel nacional, por lo que los consumidores pueden encontrar los productos en ese ámbito territorial.

⁵⁰ Fiscalía Nacional Económica – Gobierno de Chile , “Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol No. 101/2006”, pág. 12

[93] Por lo expuesto se puede determinar que el mercado geográfico de comercialización minorista de jugos de frutas en el canal moderno dentro del territorio nacional.

6.5.1.1.4 El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores en el mercado relevante que es la comercialización minorista de jugos de frutas en el canal moderno dentro del territorio nacional.

[94] Conforme los antecedentes señalados en los aspectos técnicos, el análisis de los efectos de una concentración empieza con la definición del mercado de producto y geográfico. Una vez definido el mercado, es posible calcular la participación como medida de concentración en base a las cuotas de mercado, que se usan para inferir la existencia de poder de mercado.

[95] Cuanta 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, es más probable 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 determinan posibles distorsiones u obstaculizaciones a la libre competencia.

[96] En relación a las operaciones de concentración no horizontales cuando la cuota de mercado de la nueva empresa es inferior al 30% y el índice IHH es inferior a 2.000, 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.”⁵²

[97] La Comisión Europea clasifica al índice de concentración IHH de la siguiente manera:

IHH	CONCENTRACIÓN
Menor a 1000	Poco concentrado

⁵² 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](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN)



Entre 1000 y 2000	Moderadamente concentrado
Mayor a 2000	Altamente concentrado

- [98] Asimismo, de amplia utilización es el análisis del índice de dominancia, el cual permite determinar, en base a las cuotas de mercado, si el operador económico sujeto a la operación de concentración podrá obtener posición de dominio una vez realizada la operación.
- [99] La CRPI, de acuerdo con el análisis de la investigación realizada por la INNCE, verifica que la información sobre los principales competidores para el año 2018 dentro de este mercado, se encuentran en los siguientes rangos:

COMERCIALIZADORA	VENTAS USD 2018	CUOTA DE MERCADO %
FAVORITA	17.797.604,52	(40 - 50)
B		
C		
D		
E		
F		
G		
H		
I		
J		
K		
IHH		3.184
ID		(40% - 50%)

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016, extracto no confidencial del
Informe SCPM-IGT-INICCE-2019-049
Elaboración: CRPI

- [100] La **FAVORITA** es el operador económico que ostenta la mayor participación del mercado de comercialización de jugos de fruta, siendo esta de (40% - 50%) respecto de las ventas en el año 2018, le sigue el operador económico “B” con el [REDACTED] y en tercera posición la empresa “C” con el [REDACTED].
- [101] El análisis de determinación del índice de concentración IHH de acuerdo con la participación de los principales competidores en el 2018 es de 3.184, valor considerado como altamente concentrado.
- [102] El resultado del índice de concentración señalado en el inciso anterior, exige determinar el nivel de dominancia en el mercado sujeto de análisis, por lo cual se procedió a calcular el índice de Dominancia de Melnik, Shy y Stenbacka.
- [103] El índice de Melnik cuyo resultado refleja la cuota mínima que requeriría el operador económico para ostentar dominancia es del 44,44 %, valor que es superior a la participación de **FAVORITA** en el 2018.
- [104] De lo anterior, en concordancia por lo determinado por la INCCE, se puede señalar que el agente económico no podría influir de manera significativa sobre la estructura de las condiciones dentro del mercado, como la exclusión de competidores aguas arriba, provocar cierre de empresas, incidir en la variación de precios y afectar el mercado de insumos, no alcanza un nivel de dominancia.

6.5.1.2 Mercado de producto aguas arriba

- [105] **FROZENTROPIC CIA. LTDA.** y **FAVORITA** comercializan néctares y jugos a base de frutas.
- [106] La INCCE en base de análisis de casos anteriores que ha realizado la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, determinó el mercado relevante del producto, en concreto en base a los siguientes casos:
- i. ARCA Ecuador/ Toni Corp S.A: Resolución de 14 de febrero de 2014, Expediente No:0008-SCPM-CRPI-2014.
 - ii. Nestlé/ Ecuajugos: Resolución de 20 de agosto de 2014, Expediente No:0030-SCPM-CRPI-2014.
- [107] El análisis determina que no existen sustitutos cercanos en función de las características, precios y usos de los jugos a base de frutas, por lo cual la Intendencia señala que la producción y comercialización de jugos a base de fruta es el mercado relevante.

- [108] Para el análisis se tomarán aquellos competidores y ventas de néctares, jugos y bebidas de frutas comercializadas en supermercados e hipermercados correspondientes al mercado aguas abajo, de tal forma que se excluye del análisis las ventas realizadas en el canal tradicional.⁵³

6.5.1.2.1 Análisis de sustituibilidad

- [109] Los jugos a base de frutas se encuentran dentro de las bebidas consideradas como no alcohólicas, así como las bebidas energizantes, bebidas a base de té, aguas saborizadas, gaseosas y agua en botella. El análisis de sustituibilidad corresponderá a la descripción de los productos tomando en cuenta sus características y usos en el mercado.
- [110] Las principales características de los jugos a base de frutas, las podemos resumir de acuerdo a lo señalado en la Resolución No. 79716 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia:

Características

- i. Los jugos de frutas se obtienen de la parte comestible de la fruta
 - ii. Por lo general poseen color y olor semejante al de la fruta
 - iii. Las bebidas contienen como base agua y la fruta, cada producto puede variar su composición.⁵⁵
- [111] La misma resolución describe a los jugos de frutas como el *“líquido obtenido al exprimir algunas clases de frutas frescas, maduras y limpias, sin diluir, concentrar o fermentar. También se consideran jugos los productos obtenidos a partir de los jugos concentrados, clarificados, congelados o deshidratados a los cuales se les ha agregado solamente agua, en cantidad tal que restituya la eliminada en su proceso.”*⁵⁶

⁵³ Extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049, pág. 23

⁵⁵ Resolución No. 79716 de 01 de octubre de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pág 19.

⁵⁶ Ibidém.

- [112] La Resolución Número 3929 de 02 de octubre de 2013, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia,⁵⁷ determina y detalla las especificaciones técnicas que deben contener los jugos de frutas, requisitos fisicoquímicos y requisitos microbiológicos.

Usos

- [113] Asimismo la Resolución No. 79716 citada anteriormente, señala en relación a los principales usos de los jugos de frutas como las *“bebidas refrescantes que se consumen principalmente por ser productos saludables, que se acercan a lo natural, proporcionando un alto nivel nutricional y bienestar.”*⁵⁸
- [114] Al respecto complementa la resolución indicando que los jugos están dirigidos a calmar la sed de las personas y son utilizados para el acompañamiento en las comidas en las diferentes horas del día, y los consumidores consideran a los jugos de frutas como un producto saludable y de beneficio nutricional para las personas.⁵⁹
- [115] De conformidad con el análisis realizado, se desprende que los jugos a base de frutas por sus características y usos no tienen sustitutos cercanos, por lo cual no amerita realizar un estudio más profundo, por lo tanto el mercado relevante se define como la producción y comercialización de jugos y bebidas a base de frutas.

6.5.1.2.2 Del mercado geográfico aguas arriba

- [116] El artículo 5 de la LORCPM sobre el mercado geográfico señala 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.

(...)

⁵⁷ Resolución Número 3929 de 02 de octubre de 2013, emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, págs. 28 y 29.

⁵⁸ Resolución No. 79716 de 01 de octubre de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pág 20.

⁵⁹ Resolución No. 79716 de 01 de octubre de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, pág 23.

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 consecuencia con la INCCE, así como se estableció el mercado de referencia en virtud de los casos analizados anteriormente por la SCPM, se determina el mercado geográfico bajo el mismo parámetro, tanto los supermercados como los proveedores tienen presencia a nivel nacional, es decir que el mercado geográfico para la elaboración y comercialización de néctares y jugos a base de frutas lo constituye todo el territorio nacional.

6.5.1.2.4 El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores en el mercado relevante que corresponde a la producción y comercialización de jugos a base de frutas dentro del territorio nacional.

- [118] En relación a las operaciones de concentración no horizontales cuando la cuota de mercado de la nueva empresa es inferior al 30% y el índice IHH es inferior a 2.000, 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.”⁶⁶

- [119] La Comisión Europea al respecto del índice de concentración IHH lo concibe como:

IHH	CONCENTRACIÓN
Menor a 1000	Poco concentrado

⁶⁶ 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](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1018(03)&from=EN)



Entre 1000 y 2000	Moderadamente concentrado
Mayor a 2000	Altamente concentrado

[120] La INCCE en el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049, señala que: “En el mercado jugos a base de fruta, FROZENTROPIC participa con néctares de la marca “Yucho”. Por otro lado, FAVORITA comercializa en sus locales productos de jugos naturales, entre otros, mediante marcas blancas⁶⁷ y propias. De la información recopilada de 11 supermercados, se identificó que para 2018 participaban 109 compañías dedicadas a la comercialización de jugos en este canal, generando ingresos por [REDACTED]”

[121] Conforme lo señalado en el inciso anterior, a continuación se presenta el detalle de las ventas del año 2018 que corresponde a los operadores económicos que producen y comercializan jugos a base de frutas a través de canales minoristas:

COMERCIALIZADORA	VENTAS USD 2018	CUOTA DE MERCADO
A	[REDACTED]	[REDACTED]
B		
C		
FAVORITA (MARCA BLANCA)	3.670.121	(9% - 10%)
E	[REDACTED]	[REDACTED]
F		
G		
FROZENTROPIC		
OTRAS (99 EMPRESAS)		
IHH		1.848

Fuente: Expediente SCPM-IGT-INICCE-016, extracto no confidencial del

⁶⁷ “Se conocen como marcas blancas, aquellas marcas pertenecientes a supermercados, hipermercados, tiendas de descuento, o demás tiendas que con un precio inferior y un envase distinguido por el logotipo de su distribuidor ofrecen en la mayoría de los casos una calidad igual o discretamente parecida a la del producto líder. <https://www.sic.gov.co/ruta-pi/agosto16/que-son-las-marcas-blancas>”

- [122] El incremento de participación de **FAVORITA** en el mercado producto de la operación de concentración económica sería del (9% - 10%) al (9% - 10%), siendo esta poco significativa y no generaría preocupación de libre competencia en el mercado de referencia. En tanto que la participación de **FROZENTROPIC** dentro del mercado no llega ni siquiera al 1%.
- [123] El análisis de determinación del índice de concentración IHH de acuerdo con la participación de los principales competidores en el 2018 es de 1.848, valor considerado por la Comisión Europea como moderadamente concentrado.
- [124] Hay que recordar que el índice IHH refleja que tan atomizado se encuentra el mercado y por lo tanto la posibilidad que tendrían las empresas que mantienen una alta participación puedan ostentar poder de mercado. **FAVORITA** por motivo de la concentración económica con **FROZENTROPIC** como se indicó previamente no refuerza su posición respecto de los operadores económicos que compiten en este mercado, el índice de concentración que resulta ser moderadamente concentrado, determina que no se producirían efectos sobre el mercado por lo tanto, no es un tema que llame la atención de la CRPI.

6.5.1.1.3 Operación de concentración vertical

- [125] Como ya se ha mencionado, **FAVORITA** tiene como principal actividad la comercialización de alimentos, en tanto que **BJORK** a través de **FROZENTROPIC** comercializa sus productos entre estos los jugos de frutas a través de establecimientos tales como supermercados, en los que se encuentra **FAVORITA**.
- [126] 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 se trata de *“operaciones entre empresas que están en las misma cadena de valor, pero en etapas o eslabones 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.”*⁶⁸

6.5.1.2.3 Operación de concentración horizontal

⁶⁸ Miranda Londoño, Alfonso y Gutiérrez Rodríguez, Juan David. *El control de las concentraciones empresariales en Colombia*. Ibañez, Bogotá 2014, p 274.

- [127] Cuando las empresas intervinientes en la operación de concentración económica son competidoras entre sí, se configura la relación horizontal entre estas. En el presente caso los agentes participantes producen y venden jugos de frutas.
- [128] Tanto **FROZENTROPIC** como **FAVORITA** participan en el mercado de la producción y comercialización de néctares y jugos a base de frutas. Sin embargo la **FAVORITA** realiza su actividad con sus marcas propias y blancas.

6.6 Barreras de entrada

- [129] Existen diferentes barreras de entrada, estas pueden ser de tipo estructural las que son propias del mercado, administrativas, legales, restricciones intangibles, costos hundidos como reconocimiento de marcas y económicas.
- [130] Parte de la información que se detalla a continuación es proporcionada por los operadores económicos consultados y que está registrada en el expediente No. SCPM-IGT-INICCE-2019-049, así como normas y requisitos técnicos emitidos por la autoridad sanitaria.

6.6.1 Barreras de entrada – comercialización minorista de jugos de frutas en el canal moderno

6.6.1.1 Legales

- [131] La Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria – ARCSA, establece los requisitos necesarios para la obtención del permiso de funcionamiento de los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario, dentro de ésta se determina los requisitos generales, así como los requisitos específicos para cada actividad.⁶⁹
- [132] Dentro de los requisitos generales para todos los establecimientos se encuentran: el número de cédula de ciudadanía o de identidad del propietario o representante legal del establecimiento, número de cédula y datos del responsable técnico de los establecimientos que lo requieren, número de Registro Único de Contribuyentes (RUC/RISE), categorización del Ministerio de Industrias y Productividad, categorización otorgada por el Ministerio de Turismo de ser el caso.
- [133] Asimismo la ARCSA establece los procedimientos que deben considerar las empresas y personas naturales para el establecimiento de una actividad relacionada con la elaboración y

⁶⁹ Guía de Requisitos establecida por la que se requieren para la Obtención del Permiso de Funcionamiento de los Establecimientos sujetos a Vigilancia y Control Sanitario Versión [2.1] Agosto, 2014. ARCSA. <https://www.controlsanitario.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/08/Guia-Requisitos-que-se-requieren-para-obtener-el-permiso-de-funcionamiento.pdf>

comercialización de alimentos procesados, esta es la Normativa Técnica Sanitaria Para Alimentos Procesados.⁷⁰

- [134] Como normas reglamentarias se pueden citar la necesidad de contar con reglamentos internos como los de salud y seguridad y de trabajo, así mismo tratándose de competencia a continuación el detalle a manera de resumen las normas regulatorias para las cadenas de supermercados y sus proveedores que establece la Junta de Regulación de la LORCPM, en lo que corresponde a las obligaciones para estos establecimientos y que podrían constituir restricciones de acceso al mercado.⁷¹

“Artículo 5.- OBLIGACIONES PARA LAS CADENAS DE SUPERMERCADOS Y SUS PROVEEDORES.-

(...)

3. Las cadenas de supermercados no podrán establecer restricciones de acceso al mercado para nuevos proveedores así como para nuevos u otros productos de manera injustificada;

4. Las cadenas de supermercados no podrán exigir "cláusulas de cliente más favorecido" a sus proveedores; es decir, la obligación de que éstos les apliquen a las cadenas de supermercados las mismas condiciones comerciales que ofrezcan a otros compradores;

(...)

6. Las cadenas de supermercados incorporarán productos elaborados por actores de la Economía Popular y Solidaria, Artesanos, así como de la micro y pequeña empresa legalmente constituidas propiciando su fortalecimiento y asociatividad como proveedores del canal de distribución;

(...)

⁷⁰ Normativa Técnica Sanitaria Para Alimentos Procesados. Resolución 67 Registro Oficial Suplemento 681 de 01-feb.-2016 Última modificación: 11-may.-2017 Estado: Reformado No. ARCSA-DE-067-2015-Minsierio de Salud Pública – ARCSA. <https://www.controlsanitario.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/ARCSA-DE-067-2015-GGG-Alimentos-Procesados-incluye-RESOL-019-y-010-2.pdf>

⁷¹ Resolución No. 014 de 4 de enero de 2017, emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM.

8. Las cadenas de supermercados deberán entregar al proveedor la información sobre la rotación de sus productos sin ningún costo una vez cada trimestre, a petición de los proveedores;

9. Las cadenas de supermercados que implementaren nuevas tecnologías que afecten la relación con sus proveedores, incorporarán regímenes de transición que permitan a sus proveedores adaptarse a las mismas, considerando su capacidad financiera e infraestructura;

14. Los costos generados para la comercialización de productos de marca propia, así como las responsabilidades ante terceros por cualquier tipo de vicio, defectos o daños; y por el cumplimiento de la información contenida en el etiquetado y envasado de los productos, deberán ser compartidos, previo acuerdo entre las partes.

6.6.1.2 Inversiones

- Mano de Obra
- Maquinaria y equipo
- Infraestructura e instalaciones
- Materia Prima – productos
- Entrenamiento técnico del personal
- Mercadeo y ventas inversión en publicidad
- Vehículos

[135] Respecto de las inversiones es necesario señalar la importancia que tiene la inversión en infraestructura ya que es necesario que los negocios cuenten con áreas bastante grandes, así como los costos hundidos siendo relevante en este mercado ya que constituye el reconocimiento de las marcas e imagen de la compañía.

6.6.2 Barreras de entrada – producción y comercialización de jugos a base de frutas.

6.6.2.1 Legales

[136] Conforme lo anotado en el mercado de la comercialización en el mercado minorista, para la producción y elaboración de jugos de frutas, la Agencia de Regulación y Control Sanitario – ARCSA, establece los requisitos necesarios para la obtención del permiso de funcionamiento de los establecimientos sujetos a vigilancia y control sanitario, dentro de ésta se determina

los requisitos generales, así como los requisitos específicos para cada actividad, señalados anteriormente.⁷³

- [137] Los productores de jugos a más de los requisitos generales, tienen que considerar los requisitos específicos, entre otros los siguientes: certificado de buenas prácticas de manufactura actualizado, título del técnico responsable del establecimiento, categorización otorgada por el Ministerio de Industrias y Productividad y los métodos y procesos que se van a emplear para: materias primas, método de fabricación, envasado y material de envase, sistema de almacenamiento de producto terminado.

6.6.2.2 Inversiones

- [138] Siendo los supermercados el principal demandante de los proveedores, estos deben contar con los permisos para elaborar sus productos, cumplir con los estándares de calidad y tener la capacidad operativa para la entrega del producto de manera oportuna y en óptimas condiciones, cuyo fin principal es evitar el desabastecimiento.
- [139] Las barreras económicas se centran en los recursos necesarios para la construcción de plantas y el posicionamiento de marcas a través de la inversión en publicidad.
- [140] Es importante también que las nuevas empresas que pretendan entrar en el mercado cuenten con los estudios necesarios para conocer la capacidad de oferta de las empresas que participan en este, y de esta manera determinar la oferta insatisfecha, sin embargo de aquello se debe señalar que no existe restricción del consumo de jugos en cantidad ni edad, lo que motivaría la entrada en este segmento del mercado.
- [141] A más de las consideraciones legales anotadas previamente, cabe anotar que la Resolución 014 también establece los requisitos mínimos para ser proveedor;

“(…)

a. Ser persona natural legalmente capaz o persona jurídica legalmente constituida, domiciliada en el país, de conformidad con la legislación vigente.

⁷³ Guía de Requisitos establecida por la que se requieren para la Obtención del Permiso de Funcionamiento de los Establecimientos sujetos a Vigilancia y Control Sanitario Versión [2.1] Agosto, 2014. ARCSA. <https://www.controlsanitario.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/08/Guia-Requisitos-que-se-requieren-para-obtener-el-permiso-de-funcionamiento.pdf>

- b. Cumplir con la normativa tributaria aplicable, tal como contar con el Registro Único de Contribuyente (RUC).*
- c. Cumplir con la legislación aplicable vigente, del producto a proveer.*
- d. Tener la capacidad de acceso a los sistemas tecnológicos de información de las cadenas de supermercados, cuando éste lo requiera a sus proveedores.”*

[142] A manera de resumen del presente capítulo se puede señalar que:

[143] Las restricciones legales y reglamentarias consideran requisitos necesarios para la implementación de cualquier tipo de empresa, por lo cual estas no dificultan u obstruyen el ingreso de participantes al mercado.

[144] La entrada de empresas que quieran dedicarse a la comercialización al por menor a través de los llamados canales modernos de distribución, puede estar limitada a las condiciones impuestas por las que se encuentran compitiendo dentro de este mercado.

[145] Una de las ventajas que tienen los grandes minoristas constituye la explotación de sus economías de escala, en los ámbitos de la administración y finanzas, marketing y tecnología, que sin lugar a duda representa una ventaja competitiva en relación a una compañía que no cuente con una estructura similar para poder competir.

[146] Sin embargo, existen factores fundamentales que incentivan la competencia y de alguna manera la entrada a competir en el mercado, estos son:

- La existencia de un mercado reducido de agentes económicos.
- Un nicho de mercado establecido, ya que los consumidores desarrollan un fuerte vínculo con estos canales de comercialización al por menor, como es el caso de los supermercados.
- Los supermercados pueden sustituir de manera relativamente fácil a los proveedores, por la cantidad y variedad de productos ofrecidos, lo que otorga una libertad de acción, estrategia y planificación de actividades por parte de estos.
- Se ha reforzado la integración vertical dentro de la cadena alimenticia produciendo y comercializando marcas propias, provocando una eficiente gestión de su estructura operativa.

[147] En cuanto a la producción de los jugos, de acuerdo con la información proporcionada por los operadores económicos dentro del presente proceso, las inversiones aunque pueden resultar altas por la necesidad que tiene que ver con la obtención de los productos y la infraestructura que requiere el almacenamiento, no ha impedido el ingreso de nuevos competidores al mercado, ejemplo de aquellos es el incremento de nuevas fábricas en los últimos años. Considerando además una estructura comercial que proponga que los beneficios sean

superiores a los costos financieros y económicos para que no exista una barrera en ese sentido.

- [148] Sin embargo, en concordancia con el análisis previo, podrían existir barreras de entrada cuando los proveedores no cuenten con la capacidad financiera suficiente para tener una estructura adecuada con el fin de garantizar la calidad e inocuidad de los productos, o no puedan mantener la regularidad de entrega de los mismos.
- [149] Si bien, existen barreras de entrada a nivel legal, reglamentario y económico, las mismas que pueden ser superadas y no necesariamente constituyen un impedimento para el ingreso de operadores económicos al mercado, se debe resaltar que el mercado no se ve afectado de manera significativa por la operación de concentración.

6.7 La circunstancia de si a partir de la concentración, se genere o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre competencia de los operadores económicos y/o la competencia

- [150] Dentro del segmento del mercado aguas abajo que corresponde a la comercialización minorista de jugos de frutas en el canal moderno dentro del territorio nacional, **FAVORITA** ostenta el (40% - 50%) de este mercado, sin embargo esta participación no se encuentra dentro del nivel mínimo de dominancia.
- [151] En el mercado de producción y comercialización de jugos, el incremento de participación de **FAVORITA** producto de la operación de concentración económica sería del (9% - 10%) al (9% - 10%), siendo éste poco significativo y no generaría preocupación de libre competencia en el mercado de referencia.
- [152] Asimismo en este mercado, se determinó que el índice de concentración IHH de acuerdo con la participación de los principales competidores en el 2018, es considerado por la Comisión Europea como medianamente concentrado, sin que esto genere preocupación para la CRPI.
- [153] El mercado de comercialización de los néctares y jugos a base de frutas se caracteriza por tener muchos proveedores, así mismo los supermercados son su principal canal de distribución por lo cual puede generarse una relación de dependencia, sin embargo la presente concentración no fortalece la presencia del operador económico involucrado como para incidir en los precios u otros condicionantes.
- [154] Tampoco la operación posibilita la eliminación de la competencia y tampoco la restringe por los motivos que ya se los analizó previamente.

- [155] En concordancia con lo señalado por la INCCE y conforme el análisis previo, se pudo determinar que no existe afectación al mercado, ya que la relación de **FAVORITA** y **FROZENTROPIC** radica en que esta última en el año 2017 tuvo ventas a través de los canales de comercialización de **FAVORITA**, sin embargo estas no alcanzaron ni el 1% del mercado lo cual indica que su participación fue marginal. Asimismo conocemos que el mercado de **FROZENTROPIC** en su mayoría es el de exportación, a diferencia de **FAVORITA** respecto del mercado de análisis basa sus operaciones comerciales en función de la provisión de sus productos de propia marca o de marca blanca.

6.8 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.

- [156] El análisis de los mercados relevantes evidencian mercados que no son elásticos, se refleja que los canales modernos de distribución son el mercado relevante en sí mismo, no son comparables por lo tanto no tienen sustitutos. Los supermercados mantienen una diversidad amplia de proveedores generando así un ambiente de libre competencia.
- [157] La estructura en el mercado aguas abajo como se lo ha venido señalando, es liderado por parte del adquirente, sin embargo este no ostenta el poder de dominancia del mismo, además la operación no trae como consecuencia un fortalecimiento en este.
- [158] En relación al segmento de mercado aguas arriba, se conoce que en este participan más de 100 empresas, **FAVORITA** dentro de este tiene una participación del (9% - 10%) y la concentración constituye una integración marginal en este mercado.
- [159] La dependencia del consumidor hacia los supermercados así como de los proveedores a este canal de distribución, son elementos importantes para analizar, sin embargo en el presente caso producto de la concentración la estructura del mercado no se modifica y tampoco se limita la libre concurrencia.
- [160] Cabe señalar que **FAVORITA** interviene en el segmento de mercado aguas arriba a través de sus productos con marca propia o marca blanca, mercado que no representa dentro de sus productos un nivel muy significativo. Estos productos han tenido una buena aceptación por parte de los consumidores por precios y calidad entre otros; sin embargo no en todas las categorías es posible la introducción de estos productos, ya que existen algunos con características propias y valor agregado implícito en el que se diferencian de los demás, por ejemplo la calidad que está asociada con el precio, nivel de tecnología y reconocimiento de marcas, lo que requiere entre otros publicidad.

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

6.9 Cláusulas de no competencia

- [162] El Contrato de Compraventa de Acciones celebrado el 08 de agosto de 2019 entre los operadores económicos **BJORK** y **FAVORITA**, establece una cláusula de no competencia, así:

“9.6. Gobierno Corporativo y no Competencia

(...) Los Vendedores asumen las siguientes obligaciones: (i) se encuentran prohibidos de realizar, directa o indirectamente, dentro o fuera de Ecuador, cualquier tipo de competencia al Negocio y/o a los proyectos de la Holding y las Sociedades, mientras sean accionistas en la Holding y/o las Sociedades y por un periodo de cinco (5) años posteriores a la fecha de su potencial desvinculación administrativa o accionaria de la Holding y/o las Sociedades; (ii) se obligan a prestar su colaboración personal y profesional, en la medida que fuera necesaria y razonable, para el desarrollo del Negocio; y (iii) se encuentran prohibidos de realizar cualquier acción o tomar cualquier tipo de decisión que pudiera generar un conflicto de interés que pudiera afectar la buena marcha del Negocio; entendiéndose, sin embargo, que las restricciones establecidas en este párrafo ni (A) aplicarán respecto de la participación accionaria que los Vendedores tienen en cualquier compañía a la fecha de suscripción de este Contrato, detalle que consta en el Anexo XVII; o (B) limitarán la adquisición de los Vendedores, de manera directa o indirecta, de una participación accionaria inferior al cinco por ciento (5%) del capital social de cualquier compañía listada en cualquier bolsa de valores [...]”

- [163] Una cláusula de no competencia como la transcrita, por sí misma no es prohibida por la normativa de libre competencia. Precisamente el Código de Comercio vigente permite dichos esquemas, siempre que no se vulneren las normas sobre competencia. Así lo prevé el Código de Comercio en su artículo 382:

“Art. 382.- Quien transfiere una empresa está obligado, salvo pacto en contrario, a no desarrollar por sí o por persona interpuesta una actividad que, por su objeto, localización u otras circunstancias, dificulte la conservación de la integridad del valor de la empresa transmitida.

Las partes podrán acordar un pacto de no competencia en tanto no se afecten, con tal declaración, normas de la ley que regula el Control del Poder de Mercado. En defecto de pacto la obligación de no competencia tendrá una duración de dos años. El incumplimiento de la obligación de no competencia dará al adquirente derecho a exigir la cesación inmediata de la actividad lesiva, y la indemnización de daños y perjuicios, que incluirán la ganancia obtenida por el infractor.

La disposición de este artículo, cuando se trate de la transferencia de establecimientos de comercio, no conlleva la obligación para la empresa, considerada como un todo, de abstenerse de desarrollar su actividad. Las partes podrán llegar a los acuerdos que estimen convenientes.”⁷⁴

[164] Las cláusulas de no competencia deben ser analizadas en relación con la naturaleza del contrato que se celebra y las particularidades del asunto. Sin embargo, dichas cláusulas para determinados tipos contractuales son muy importantes. La jurisprudencia europea, por ejemplo, determinó que las cláusulas de no competencia para que pudiesen ser benéficas para la competencia deberían ser “*necesarias para la transmisión de la empresa cedida y que su duración y ámbito de aplicación se limiten de manera estricta a este objetivo*”⁷⁵

[165] En la misma línea, la INCCE basada en una resolución de la Superintendencia de Industria y Comercio⁷⁶ adoptó los requisitos para analizar caso a caso si las cláusulas de no competencia resultaban restrictivas:

“(…)

1. Que la condición sea accesorio
2. Que el efecto anticompetitivo no sea severo
3. Que no cierre el mercado
4. Que sea necesaria y proporcional
5. Que sea temporal.

⁷⁴ Código de Comercio, Registro Oficial Suplemento 497, 29 de mayo de 2019.

⁷⁵ Tribunal Justicia de la Unión Europea, Asunto 42/84, Remia BV y NV Verenigde de Bedrijven Nutricia vs. CE (1985), <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0042:ES:PDF>.

⁷⁶ Citado por la INCCE (pág 34 del extracto no confidencial del Informe SCPM-IGT-INICCE-2019-049). Superintendencia de Industria y Comercio. (31 de agosto de agosto de 2010) Resolución 46325 dentro de la Radicación No. 08-001302: Archivo de la Averiguación Preliminar del caso “Agregen Nufam”. Consultado desde: https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/Resolucion_46325_Archivo_Averiguacion_Preliminar_Agregen_Nufarm.pdf



Cláusula necesaria y accesoria:

- ¹³² Considerando que los accionistas al ser propietarios de una porción del capital social, poseen información respecto a las actividades y el funcionamiento específico de la compañía y considerando que al ser propietarios de la misma tienen acceso a bases de datos, clientes, entre otra información que constituyen en gran parte el know-how de la compañía objeto de la operación de concentración, se considera que sin la aplicación de una cláusula de no competencia los vendedores tendrían la posibilidad de iniciar una nueva empresa similar o, a su vez, asesorar a la competencia para manejar el mismo modelo de negocio al que es objeto de la transacción analizada. En este sentido, se podría justificar la inclusión de una cláusula de esta naturaleza, a fin de conservar la integridad del valor de las acciones transferidas.
- ¹³³ De tal manera, en caso de no incluirse la cláusula de no competencia en el contrato analizado, la transacción podría verse desincentivada, considerando que el comprador podría afrontar la pérdida de la rentabilidad que espera a cambio de la inversión realizada, como consecuencia de la presión competitiva que ejercerían los vendedores si deciden incursionar nuevamente en el mercado, por los cuales este último, ya recibiría una retribución económica en razón de la transferencia de activos intangibles
- ¹³⁴ Así, la cláusula de no competencia constante en el Contrato no es en sí misma el fin del contrato, sino un medio para la consecución de su objeto, verificándose así su calidad de necesaria y accesoria al objeto del negocio jurídico.

Alcance comercial y geográfico:

- ¹³⁵ La cláusula de no competencia contenida en el contrato que da lugar a la operación de concentración económica, de acuerdo al alcance geográfico, estipula que: "(...) se encuentran prohibidos de realizar, directa o indirectamente, dentro o fuera de Ecuador, cualquier tipo de competencia al Negocio y/o a los proyectos de la Holding y las Sociedades, mientras sean accionistas en la Holding y/o las Sociedades (...)" (Énfasis añadido).
- ¹³⁶ Al respecto, esta intendencia considera que la obligación de no competir, tal como se encuentra estipulado en la cláusula analizada al referirse a "los proyectos de la Holding y las Sociedades" no excede la cobertura del producto o servicio por cuanto se entiende que la compañía adquirida realiza este tipo



de servicio. Por tanto, la cláusula analizada sería proporcional respecto al alcance de los productos que cubre la transacción.

¹³⁷ *Respecto al ámbito geográfico la cláusula de no competencia rige dentro y fuera de la República del Ecuador, por lo cual se considera que está delimitada geográficamente.*

Temporalidad:

¹³⁸ *Respecto a la temporalidad de la cláusula analizada, el contrato de 08 de agosto de 2019 contempla un lapso de cinco (5) años para su cumplimiento, plazo que resulta excedido, tanto en el derecho europeo como en el sudamericano, según la doctrina antes citada, la cual justifica que la cláusula de no competencia podrá tener una duración de hasta tres (3) años siempre y cuando el objeto de la transferencia sea el know-how de la compañía. En el presente caso el tiempo establecido excede el tiempo máximo contemplado por la doctrina, sin embargo, la INICCE considera que ante la ausencia de preocupaciones de posibles efectos horizontales o verticales, la duración de la cláusula no generaría riesgos de competencia.*

Las personas obligadas

¹³⁹ *En el presente caso, las personas obligadas a cumplir la cláusula de no competencia son los vendedores. En este sentido, la cláusula de competencia contenida en el acto jurídico que da lugar a la operación de concentración económica, cumpliría con el requisito de especificación determinado para su procedencia.*

Impacto en la competencia

¹⁴⁰ *Las condiciones estructurales de los mercados analizados y afectados por la operación de concentración y el pequeño cambio generado por la operación de concentración en la estructura de competencia, permite inferir que las presiones competitivas podrían desvanecer cualquier efecto negativo, producto de la cláusula de no competencia.*

¹⁴¹ *Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, se aclara que la facultad de determinar si, posteriormente, esta cláusula o cualquier otra práctica enmarcada en los artículos 9 al 11 de la LORCPM, constituye una conducta anticompetitiva o generó -ex post- efectos negativos sobre la eficiencia económica o el bienestar general, es exclusiva de la Intendencia Nacional de*



investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad al artículo 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM, por lo que esta INICCE deja a salvo la capacidad de análisis e investigación de conductas que podría realizar el referido órgano de investigación.

¹⁴² *Por lo expuesto en el presente análisis se concluye que la cláusula de no competencia contenida en el acto jurídico que da lugar a la operación de concentración económica notificada estaría justificada por ser necesaria y accesoria al negocio jurídico principal, no perjudicaría a la competencia a pesar de estar excedida en cuanto a su temporalidad (cláusula de no competencia en los términos planteados en el Contrato de Compraventa cuenta con riesgos de afectar el proceso de competencia y libre concurrencia en los mercados involucrados en la concentración)."*

[166] Al respecto la CRPI coincide con la INCCE al determinar que se cumplen todos los requisitos señalados, así como también con el análisis realizado de cada una de las condiciones, que determina que: "(...) *Del análisis de las cláusulas de no competencia y no captación se determinó que no existe riesgo de probables detrimentos a la dinámica competitiva. Se considera que dichas condiciones son necesarias y accesorias para la ejecución del acto jurídico que dará lugar a la operación de concentración.*

[167] La cláusula es necesaria y proporcional por la naturaleza de la operación, la gran inversión que se plantea, el conocimiento estructural del sector, y las condiciones de la competencia en Ecuador, dicha estipulación garantizaría la eficacia de la compraventa de acciones. De no existir la cláusula, no se hubiera podido concretar la transacción, que va en estrecha relación con la toma de control y la primera fase ya ejecutada. Es accesoria porque tiene la finalidad de permitir la operación integral de concentración.

[168] La CRPI advierte que lo anterior no es óbice para que en un análisis *ex post* se pudiera examinar si la cláusula pudiera encajar en alguna de las prácticas prohibidas reguladas en la LORCPM.

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

RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR la concentración económica entre el operador económico, **CORPORACIÓN FAVORITA C.A.** y el operador económico **BJORK HOLDING S.A.**



**Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado**

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos, **CORPORACIÓN FAVORITA C.A.** y **BJORK HOLDING S.A.**, a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE