

GILBERTO GUTIÉRREZ PERDOMO¹

Resumen

La doctrina considera a una concentración como una operación que provoca un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas. El carácter permanente de la modificación se refiere a que la alteración de la estructura de los operadores afectados debe revestir un carácter inquebrantable. Otro de los elementos definitorios de toda concentración es «la necesidad de un cambio estructural» según el cual todo proceso debe contemplar un análisis de la situación de mercado antes y después de la operación de que se trata o conoce, requiriéndose un cambio cualitativo en la estructura del mercado y de los operadores. Finalmente se encuentra la autonomía jurídica y económica de la nueva estructura en virtud de lo cual, la nueva figura que nace debe plantear independencia legal y económica de sus originadoras según sea el caso, descartando así las reestructuras organizativas internas como procesos de concentración.

Palabras clave: libre competencia, control de concentraciones, antitrust, superintendencia de control del poder de mercado, toma de control.

I. INTRODUCCIÓN

La globalización como fenómeno mundial de integración social ha generado efectos positivos a todos los convivientes en esta aldea global. Ahora bien, los efectos de esta unificación social también han conllevado a procesos de interacción corporativos y económicos.

Estas integraciones económicas, conocidas jurídicamente como concentraciones, por muchos años estuvieron ausentes de regulación o control alguno, hecho que permitió la formación de grandes corporaciones mundiales. Posteriormente, la evolución legislativa

* Las opiniones vertidas en este artículo representan la visión exclusiva del autor sobre las diferentes materias abordadas y no comprometen en modo alguno la posición de los órganos resolutores y otras áreas del Indecopi.

¹ Abogado por la Universidad Católica del Táchira, Venezuela, Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador. Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidato a Magister en Derecho Administrativo por la Universidad San Francisco de Quito. Profesor Titular de la Universidad San Francisco de Quito 2007 a 2012 (Derecho mercantil, Derecho de la competencia, Quiebra de empresas, otros) Profesor Titular de la Universidad Internacional del Ecuador 2012 al presente (derecho mercantil y Derecho de Competencia). Socio de la firma AntiTrust Consultores & Abogados. Asesor de la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad del Ecuador 2009 a 2011. Colaborador de la Fiscalía Nacional Económica de Chile y del Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile 2010. Asesor Principal de Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL (América Móvil en Ecuador).

tanto de origen sajón como civil fue decantándose en una necesidad de control sobre ciertos procesos de concentraciones económicas o *mergers*.

Ahora bien, ¿qué lleva a un Estado a reflexionar sobre la necesidad de intervenir en acuerdos de voluntad privada? ¿Es eficaz tal intervención económica? Hoy en día no cabe duda que la concepción de un Estado *Laissez Faire, Laissez passer, le monde va de lui même* es absolutamente inocente, por lo cual es entendible la intervención del Estado en la planificación de su economía como herramienta que equilibra el correcto desarrollo económico y la mejora en la calidad de vida de la población.

Si reconocemos que los procesos de concentración económica deben ser en ocasiones sometidos a esa intervención estatal, también se debe considerar que la interpretación sistémica del ordenamiento jurídico nos permite el derecho a desarrollar actividades económicas lícitas. Enfrentamos así una gran diatriba, ¿son ilegales las concentraciones económicas? ¿La intervención estatal con resultados denegatorios al particular que solicita autorización a una concentración es eficiente o ilegal? ¿Cuáles y cómo controlar una concentración?

Las concentraciones económicas en la aldea global no son ilegales *per se*; sin embargo, el Estado se reserva el derecho de intervención previa con fines de precautelar el orden público económico, consagrado en la Carta Magna, políticas públicas y leyes de competencia. Antes de continuar es pertinente preguntarse ¿qué es una concentración económica y cuál es su tratamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Son estas y otras diatribas sobre las cuales trataremos en el presente documento.

II. REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL ECUADOR

La Asamblea Constituyente de Sangolquí en su trabajo de redacción de la Carta Política de 1998 consagró expresamente:

Art. 244.- Dentro del sistema de economía social de mercado al Estado le corresponderá:

3. Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. *Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.*²

² Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial I del 11 de agosto de 1998.

La manifestación expresa de la garantía de libre competencia en este cuerpo constitucional consagró la imposibilidad de llevar a cabo acuerdos, prácticas o actos contrarios a la libre competencia; sin embargo, el mismo texto dispone correctamente, “conforme a la Ley”.

Posteriormente, la tendencia normativa constituyente en 2008 dispuso en la Sección Quinta de los *Intercambios económicos y comercio justo*, lo siguiente:

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.

Estas disposiciones constitucionales, pese haber sido aprobadas en las asambleas constituyentes respectivas no fueron viabilizadas con la prioridad del caso en un texto normativo. Recién en el año 2012, la Asamblea Nacional dictó una ley que viabilizaba la Norma Suprema en materia de libre competencia: Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, LORCPM). Mientras tanto, en ausencia de la normativa nacional pertinente, se torna de sumo interés conocer ¿cuál fue el régimen de libre competencia en materia de concentraciones económicas antes del año 2012?

III. ACUERDO DE CARTAGENA, COMUNIDAD ANDINA Y LAS CONCENTRACIONES ECONOMICAS.

En la historia legislativa de la Comunidad Andina ha coexistido siempre la voluntad e interés en normar la libre competencia, lo cual puede verificarse en algunos instrumentos legales.

Decisión 685 de la Comunidad Andina:

Que la Comisión aprobó la Decisión 230, que contiene las normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia;

Que mediante Decisión 258 se establece que la Comisión, a propuesta de la Junta, revisará las normas sobre competencia comercial;

Que mediante Decisión 281 se establece que a más tardar el 31 de marzo de 1991, la Comisión, a propuesta de la Junta, revisará las normas sobre competencia comercial establecidas en la Decisión 230;

Que para alcanzar los objetivos del proceso de integración es conveniente perfeccionar las normas subregionales sobre competencia, para que constituyan mecanismos eficaces que permitan prevenir o corregir las distorsiones generadas por los comportamientos empresariales que la restrinjan, impidan o falseen;

Que debido a su origen y alcances se hace necesario distinguir entre las prácticas objeto de la presente Decisión, del dumping y de los subsidios, además de las restricciones a las exportaciones;

DECIDE:

I. AMBITO DE APLICACION

Artículo 1.- Las normas previstas en la presente Decisión tienen por objeto prevenir o corregir distorsiones en la competencia que son el resultado de prácticas restrictivas de la libre competencia.

Artículo 2.- Los Países Miembros o las empresas que tengan interés legítimo podrán solicitar a la Junta la autorización o mandato para la aplicación de medidas para prevenir o corregir las amenazas de perjuicios o los perjuicios a la producción o exportaciones, que se deriven de prácticas restrictivas de la libre competencia que se originen en la Subregión o en las que intervenga una empresa que desarrolla su actividad económica en un País Miembro.

Por origen en la Subregión se entienden las prácticas realizadas por empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros. Por intervención de un País Miembro se entiende la práctica llevada a cabo entre empresas que desarrollan su actividad económica en uno o más Países Miembros y empresas situadas fuera de la Subregión.

Esta norma comunitaria reguló principalmente las prácticas restrictivas a la libre competencia, sin embargo no precisó expresamente regulación alguna respecto del control de concentraciones.

Considerando la normativa descrita y el vacío advertido, cabe preguntarse ¿contó Ecuador con normativa nacional de control de concentraciones antes del año 2012? Cabe preguntarse si una autoridad nacional pudo atribuirse funciones administrativas de control de concentraciones, a partir de la Decisión 258 de la CAN, argumentando que el llevarse a cabo una concentración en tal fecha, pudo haber sido una distorsión de la competencia, hecho ya previsto en la Constitución de la República de 1998. Al respecto no existe antecedente ni pronunciamiento público en materia de concentraciones previo al 2012, al no haber existido una agencia de competencia con las facultades respectivas.

Posteriormente se dictó una norma comunitaria sobre la materia:

DECISIÓN 608³

Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina

LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA,

VISTOS: Los Artículos 93 y 94 del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 285 de la Comisión, el texto revisado de la Propuesta 115 de la Secretaría General y del Proyecto de Decisión aprobado con motivo de la IV Reunión de Expertos Gubernamentales en materia de libre competencia;

CONSIDERANDO: Que, con fecha 21 de marzo de 1991, la Comisión aprobó la Decisión 285 , que contiene las normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia; y,

Que, la actual etapa del proceso de integración subregional, de apertura comercial y globalización imponen que el objeto de la normativa comunitaria sea la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración;

DECIDE:

Artículo 2.- La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores.

³ Dada en la ciudad de Lima, Perú, 29 de marzo de 2005.

Lo relevante de esta disposición comunitaria fue el incorporar a la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores como los bienes jurídicos tutelables en tal normativa. Adicionalmente y de valor histórico fue lo dispuesto en la Disposición transitoria como sigue:

Artículo 51.- Para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela, la presente Decisión entrará en vigencia a su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena; **y, para Ecuador, a los dos años calendarios siguientes o, si antes de este último período se aprobare la ley nacional de competencia de este país**, en la fecha de la publicación de dicha norma nacional en el Registro Oficial de Ecuador.

Con esta disposición normativa se desmonta uno de los mitos sostenidos en el Ecuador, *la ausencia de normativa en materia de libre competencia* previo a la LORCPM.

Cabe destacar que la referida normativa comunitaria fue viabilizada en el mes de marzo de 2009 en territorio ecuatoriano, por medio del **Decreto Ejecutivo N.º 1614⁴ publicado mediante Registro Oficial N.º 558** en el cual se creó la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor inexistente a la fecha, a efectos de aplicar la normativa andina vigente en materia de libre competencia.

Sin embargo, ni el referido Decreto Ejecutivo ni la normativa comunitaria contemplaron expresamente nada referente a los procesos de concentración económica, con lo cual, hasta el año 2012, no existía mandato legal alguno que impusiera a los operadores económicos dentro del mercado ecuatoriano la necesidad de obtener previamente autorización alguna *ex ante* a una concentración económica a la fecha.

Finalmente, en el año 2012, se dicta la LORCPM que consagró expresamente la potestad estatal a través de la Superintendencia de Regulación y Control del Poder de Mercado, para intervenir obligatoriamente a través de una política estructural de libre competencia bajo la modalidad *ex ante*, en todo proceso de concentración cuyos hechos se enmarquen en lo previsto en el Artículo 16 *ibídem*.

“ «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:

⁴ Decreto Ejecutivo N.º 1614 de 14 de marzo de 2009, publicado en el Registro Oficial N.º 558 de 27 de marzo de 2009.

- 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.»

Esta Ley Orgánica contempla notificaciones informativas, condiciones y excepciones que se expondrán a lo largo del presente artículo.

IV. TEMPORALIDAD DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS EN EL MARCO DE LA LEY ORGANICA DE REGULACION Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Entre los logros legislativos más destacados de la LORCPM está previsto expresamente en su sección cuarta, el régimen para el control de las concentraciones económicas en el territorio nacional, hecho que es desarrollado adicionalmente por el Reglamento para la aplicación de la LORCPM en su sección dos y posteriormente en la *Guía Técnica* para el análisis de operaciones de concentración económica⁵, con lo cual se traza la línea temporal a partir de la cual deben formalmente ser sometidas al régimen de autorización y control los procesos de concentración.

Aun cuando la irretroactividad de la ley es un principio general, es necesario tener en cuenta que en materia de concentraciones económicas en el Ecuador, el considerando Primero de la disposición transitoria del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, dispone:

⁵ Documento emitido por la Intendencia de Control de Concentraciones con fines informativos.

PRIMERA: Concentraciones.- Las operaciones de concentración económica que se hubieren efectuado entre la promulgación de la Ley en el Registro Oficial y la fecha de posesión del Superintendente en su cargo serán obligatoriamente notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Recibida la notificación o de haber llegado a su conocimiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado realizará actuaciones previas con el fin de determinar, con carácter preliminar, si concurren las circunstancias para su notificación obligatoria de acuerdo con el artículo 16 de la Ley.

Si de las actuaciones previas realizadas la Superintendencia de Control del Poder de Mercado concluyere que la operación de concentración debió ser notificada y autorizada, seguirá el procedimiento establecido en los artículos 26 y 27 de este Reglamento.

En razón de estas consideraciones reglamentarias y del nuevo marco jurídico vigente en el Ecuador, es imprescindible que todos los operadores económicos que hayan efectuado procesos de concentraciones durante la entrada en vigencia de la ley y el nombramiento del superintendente, notifiquen sus procesos aun cuando no hubieren tenido los considerandos de obligatorio según la Ley, so pena de sanciones por desacatar norma expresa.

Consideramos que la existencia de la ante dicha disposición transitoria, refleja el interés del Estado ecuatoriano en implementar, articular y garantizar de manera inmediata una política estructural de mercado que procure frenar o estabilizar los altos niveles de concentración económica que existen en los mercados de mayor interés y rentabilidad nacional, producto de la omisión estatal de crear una agencia de control *ex ante* para estos procesos.

V. DEFINICIÓN DE UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

A efectos de delimitar una conceptualización de concentración económica, partimos por aclarar que todas aquellas operaciones «intragrupo» **no** son ni serán consideradas como tal, puesto que comportan distribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo y no existe un tercero que intervenga en la operación, es decir, no existe un cambio o toma de control como se establece en la normativa o en la teoría. Por esa razón, el lector debe descartar, todos aquellos procesos intra empresariales en los cuales se generen modificaciones casa adentro, por cuanto estos no adquieren la calidad de tal.

Ahora bien, con ánimos de procurar una idea clara y precisa de lo que **sí** es una concentración, la doctrina europea considera que toda operación que provoca un cambio duradero en la estructura de las empresas afectadas, es una concentración. En el caso del **carácter permanente de la modificación**, esto se refiere a que la alteración de la estructura de los operadores afectados debe revestir un carácter permanente. La temporalidad de esta permanencia en el derecho europeo ha sido resuelta vía jurisprudencia principalmente, siendo decisiones como British Gas Trading – Group Utility Services Ltd., o BSN-Nestlé-Cokoladovny las más connotadas en relación a la permanencia. Otro de los elementos definitorios es **la necesidad de un cambio estructural**, según el cual todo proceso debe contemplar un análisis de la situación de mercado antes y después de la operación de que se trata o conoce, requiriéndose un cambio cualitativo en la estructura del mercado y de los operadores. Finalmente se encuentra la **autonomía jurídica y económica de la nueva estructura** en virtud de lo cual, la nueva figura que nace debe plantear independencia legal y económica de sus originadoras según sea el caso, descartando así las reestructuras organizativas internas como procesos de concentración.

En el derecho comparado, la Ley Federal de Competencia Económica de México en su Capítulo III referente a las Concentraciones, en el artículo 16 establece que

«(...) para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.»

Así mismo, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia mediante el Concepto N.º 00001365 de 2000 definió como una operación de concentración empresarial sujeta a control a:

«El acto o actos jurídicos mediante los cuales se lleve a cabo la operación son relevantes sólo en la medida en que constituyan un medio idóneo y directo para situar de manera permanente y bajo un único órgano de gestión a dos o más empresas que antes competían como entidades independientes en el mercado. Las formas de integración empresarial, pueden ser de diversa índole, pero el resultado al que presta atención el derecho es siempre el mismo, razón por la cual cualquiera que sea la forma jurídica de la integración sí está dentro de los supuestos de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas o puede producir efectos en el mercado colombiano deberá ser avisada a la Superintendencia de Industria y Comercio»

En lo que respecta a la normativa ecuatoriana vigente, no define explícitamente lo que se entiende por concentración económica, más si establece los lineamientos generales y las características que debe revestir una operación para ser informada a la Autoridad, aspecto que se refleja en el Artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado cuando se refiere a las concentraciones como «**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.»

5.1 Tipos de concentración económica

Expuestas algunas conceptualizaciones legales sobre el fenómeno de concentración económica, es de irrefutable valor académico el destacar que una operación de concentración económica puede ser vertical, horizontal o por conglomerado, siendo las dos primeras definidas por la Intendencia de Investigación de Concentraciones de la Superintendencia en el Ecuador así:⁶

Concentraciones Horizontales: Una operación de concentración horizontal se considera cuando los agentes económicos a concentrarse están situados en el mismo nivel de producción o comercialización. Las concentraciones horizontales son aquéllas en las cuales las empresas que participan en la operación de adquisición, fusión o unión empresarial son competidoras en el mercado del mismo producto.

⁶ Guía técnica para el análisis de operaciones de concentración económica. Intendencia de Control de concentraciones

Concentraciones Verticales: Una operación de concentración vertical se considera cuando los agentes económicos que intervienen forman parte de las diferentes etapas del proceso productivo desde la fabricación de la materia prima, elaboración, distribución y comercialización. En estos casos, comúnmente el agente económico absorbido o controlado es cliente o proveedor del otro. Las concentraciones verticales, en cambio, implican fusiones, adquisiciones o uniones entre empresas cuya relación en el mercado, por ejemplo, es la de proveedor-cliente.

Sin embargo nuestra legislación ha omitido definir y regular las concentraciones por conglomerado, siendo que a nivel doctrinario son definidas como:

Un grupo de empresas, constituido mediante fusión, adquisición o intervención directa, en el que cada una de ellas ejerce su respectiva actividad en el sector diferente de las demás, todos los cuales no presentan ninguna relación entre sí. Los motivos por los cuales se constituyen los conglomerados son diversos pero destacan las siguientes: reducir el riesgo general, facilitar movilidad de capitales y recurso humano.⁷

Este vacío imposibilitaría a la Autoridad de control de concentraciones en el Ecuador, el poder conocer y resolver sobre un proceso de esta naturaleza, existiendo el riesgo de distorsiones a la competencia por esta vía.

VI. LA TOMA DE CONTROL COMO ELEMENTO ESCENCIAL DE UNA CONCENTRACION ECÓNOMICA

Como proceso societario se entiende por control al «poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social⁸», el mismo puede ser interno⁹ o externo¹⁰, directo o indirecto. Sin embargo, en la presente sección expondremos como la toma o no de control es un proceso multifacético de efectos jurídicos, económicos y prácticos existiendo circunstancias prácticas que no son fácilmente identificables por la Autoridad, o por los propios entendidos en la materia, como un caso de toma de control.

⁷ Diccionario de derecho y economía de la Competencia en España y Europa. Julio Pascual y Vicente. Civitas. 2002.

⁸ Instituciones de Derecho Concursal. Tomo 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

⁹ Cuando una persona natural o jurídica adquiere un porcentaje significativo del capital de una sociedad, logrando de esta manera formar el poder legítimo de deliberación y voto en las asambleas de accionistas o juntas de socios.

¹⁰ Cuando una persona física o jurídica tiene una posición dominante sobre la sociedad, por vínculos contractuales o relaciones económicas determinadas.

En aras de poder identificar con alto grado de precisión la existencia o no de un proceso de toma de control, la doctrina ha considerado que el instrumento indispensable a la hora de definir en la práctica su existencia o no, es la de una modificación estructural permanente en el mercado, como consecuencia de una operación empresarial. A ello se le conoce como control.¹¹

El control en términos simples, es la posibilidad de influenciar contundentemente en las decisiones vitales de una empresa, lo cual se puede dar por acción u omisión. Hemos sostenido que las tomas de control no son ilegales *per se* más aun cuando estas tienen un origen eminentemente voluntario, entendiéndose como el deseo de las partes por celebrar acuerdos económicos lícitos. Derechos consagrados de manera expresa en los derechos de la Constitución de la República tales como la libre empresa, propiedad privada y libre competencia.

Si sostenemos que el control¹² es la factibilidad de influenciar decisivamente en las elecciones vitales de una empresa, se torna de supremo interés el reflexionar las modalidades en virtud de las cuales se puede alcanzar tal posibilidad. Tradicionalmente los legisladores han tipificado de modo enunciativo procesos como fusión, transferencia de efectos, adquisición directa o indirecta de la propiedad, administración común o 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 determinantes como ejemplos para delinear casos donde se puede demostrar la posibilidad de influenciar. En dicho contexto, se podría resumir al control como la posibilidad de influenciar a través de la realización de actos, hechos, contrato o derechos de modo decisivo y permanentemente sobre de otro operador económico.

Inicialmente se consideró que la forma única de influenciar decisivamente era a través de la adquisición de un paquete accionario mayoritario¹³. Sin embargo, el mundo societario ha demostrado que figuras como el pacto de minoristas o accionistas con porcentajes bajos¹⁴ frente a una atomización del resto del paquete accionario, permiten tal influencia. Existen también otras figuras por medio de las cuales se puede lograr esta influencia

¹¹ Nociones de concentración. J. Briones – J. Folguera – A. Font – E. Navarro. El control de concentraciones en la Unión Europea. Marcial Pons. 2009.

¹² La Ley de Competencia de El Salvador define al control como «la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos o representantes legales del agente económico.»

¹³ Credit Lyonnais/BFG Bank, decision 11/1/1993.

¹⁴ Arjimari/Wiggins Teape. 1990.

tales como, un control conjunto de accionistas minoritarios con derecho a veto¹⁵ o un control conjunto de accionistas mayoritarios.¹⁶

Un escenario de sumo interés para desarrollar esta posibilidad que garantiza una toma de control, se planteó en el caso *Mc Cormick/CPC/RaboBank/Ostmann*, donde el control conjunto se dio entre dos accionistas minoritarios que a través de un instrumento legal garantizaron el ejercicio de sus derechos de voto de manera común.

Frente a estos modelos o acuerdos para alcanzar una influencia permanente y decisiva que pueda ser considerada como toma de control, cabe preguntar, ¿está la autoridad ecuatoriana de control de concentraciones dispuesta a analizar la gestión diaria de una empresa sobre otra como una forma de toma de control? Es decir, si la empresa A es la encargada de aprobar las gestiones diarias de la empresa B, en la cual no tiene la mayoría accionaria, pero que por su *expertise* es la encargada de resolver aspectos de gestión diaria, ¿se podría considerar que existe una toma de control y por lo tanto debe ser reportado a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado?

En ese sentido, podemos traer al análisis procesos más sutiles de detección y reporte ante la Autoridad, tales como la toma de control que pueda generarse de un accionista minoritario preexistente a la operación y que producto de ésta, adquiera la posibilidad de influir decisivamente en la toma de decisiones del operador o de la reducción del número de accionistas que ejercían el control. Concibiendo un escenario en el cual, un accionista pasa a ejercer el control común con los preexistentes en la designación de directores por citar un ejemplo¹⁷.

En atención a las múltiples acciones de hecho o de derecho por medio de los cuales se puede llegar a una toma de control, consideramos que la Superintendencia de Regulación y Control por intermedio de su intendencia de concentraciones así como asesores privados en la materia, actualmente está en una etapa inicial de búsqueda, análisis y aprobación de concentraciones obligatorias de primera generación.

6.1 Pronunciamientos de la intendencia de concentraciones sobre la toma de control como elemento esencial de una concentración

- Mediante INFORME NÚMERO SCPM-ICC-2013-0084 (julio, 2013) resolvió:

¹⁵ Se desarrollan principalmente a través de la imposición de quorum mínimo en las juntas de accionistas para la toma de decisiones.

¹⁶ Mitsubishi/Ucar, Decisión de 4/1/1991.

¹⁷ Existen figuras desarrolladas por autoridades regionales de mayor connotación histórica, las cuales han manifestado que figuras tales como la creación de una nueva empresa integrada accionarialmente por competidores independientes y sin que estos pierdan su personalidad jurídica y autonomía, son considerados procesos de concentración.

«(...) en conclusión, dado que ambas empresas pertenecen a un mismo dueño, que para este particular es el Estado, la operación realizada no implica un cambio en la estructura dentro de la actividad hidrocarburífera del país, pues la esencia de la absorción es la división de funciones, es decir la especialización de cada una de las empresas en distintas actividades del sector hidrocarburífero, por ende, esta operación no implica una eliminación de un competidor del mercado ya que el Estado mantendrá su participación en la actividad hidrocarburífera.»

«(...) dado que la operación se trata de una reestructura intra grupo, y el dueño sigue siendo el mismo, en este caso en particular el estado, la presente operación NO SE CONSIDERA UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACION ECONOMICA según lo dispuesto en la Ley.»

«(...) si no hay una situación de cambio o toma de control, esta se considera como cualquier tipo de operación societaria, y por ende no implica una afectación directa al mercado, pues para que se cumpla con este requisito debe existir, como estipula la Ley, un cambio o toma de control.»

- En OFICIO Nro. SCPM-ICC-2013-0086 se indicó lo siguiente:

«(...) esta dependencia ha podido establecer que la FUSION POR ABSORCION notificada por parte del operador económico GINSBER ECUADOR S.A., NO CUMPLE con lo que dispone el artículo 14 inciso primero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del poder de Mercado que expresa “a efectos de esta Ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos”(…) debido a que no existe un cambio o toma de control efectivo. Razón por la cual NO SE CONSIDERA UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACION ECONOMICA según lo estipulado en la Ley.»

- Asimismo, en OFICIO Nro. SCPM-ICC-2013-0302-OF concluye que:

«(...) como se desprende de los documentos aportados por el Consejo Nacional de Aviación Civil y Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA, mismos que constan en el expediente SCPM-ICC-0014-EXP, la operación en cuestión consiste en la unificación de la marca de las empresas que pertenecen al grupo Avianca. En otras palabras “las empresas del Grupo Avianca han decidido unificar su marca, de tal manera que la única marca y nombre comercial que se usara en el futuro es “Avianca”(…) “Con estos antecedentes, esta Autoridad concluye que la operación efectuada entre AVIANCA S.A., (Holding) y sus compañías integradas (...) no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 14 inciso primero de la LORCPM debido a que no existe un cambio o toma de control efectivo de conformidad con los parámetros establecidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado recogidos en el informe SCPM-ICC-2013-0028-1»

- Finalmente, mediante OFICIO Nro. SCPM-ICC-EXP-0005, la Intendencia de Control de Concentraciones expuso:

«(...) tómesese debida nota de la operación de integración operativa de las empresas que seguirán actuando a través de la razón social DIFARE S.A., y que actualmente pertenecen al grupo holding DIFARE CIA LTDA., y en tal razón no existe cambio o toma de control alguno como lo dispone el inciso primero del artículo 14 de la ley orgánica de regulación y control del poder de mercado»

Se torna indiscutible desde el análisis legislativo y resolutivo por parte de la autoridad de investigación y sustanciación de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante, IIC) que **debe darse una modificación estructural permanente en uno de los operadores económicos intervinientes para hablar de un proceso de concentración económica en Ecuador.**

VII. REGIMEN DE NOTIFICACION OBLIGATORIO E INFORMATIVO EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ECUADOR

Al entrar en vigencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se plasmó en los operadores económicos el deber de analizar previamente si el proceso societario, financiero o contable a llevar a cabo, debe ser puesto en consideración de modo obligatorio o informativo a una autoridad estatal, más aún deben analizar y exponer los efectos potenciales, niveles de participación y eficiencias o perjuicios que sin ser buscados, pueden causar a terceros competidores en tales mercados relevantes.

Este comportamiento preventivo, no es una exclusividad del régimen legal ecuatoriano, por el contrario la tendencia mundial en la materia es ejercer este rol excepcional de control *ex ante*, sin embargo a la hora de consultar el razonamiento la norma expone en su artículo primero lo siguiente:

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.** (La negrita me pertenece)

Se desprende de la inteligencia de la norma que aun siendo lícitos los procesos de concentración, estos tienen la potencialidad de restringir alguno de los bienes jurídicos tutelados en la norma. Por ello la LORCPM en su sección cuarta sobre control de concentraciones económicas expone pautas obligatorias para que los operadores económicos soliciten *ex ante* autorizaciones a fin de contar con informes favorables de la Autoridad¹⁸. Nace inmediatamente la inquietud, ¿deben notificarse a la Autoridad todos los procesos de concentración que se originen o que tengan efecto en el mercado ecuatoriano?

Las notificaciones obligatorias¹⁹ están reguladas en el Artículo 16 de la LORCPM, que consagra los grandes lineamientos de cuáles procesos de concentración económica deben ser notificados *sine qua non* ante la Autoridad, así:

¹⁸ El control de las concentraciones empresariales en Colombia. Alfonso Miranda L. Juan D. Gutiérrez R. «En este sentido puede concluirse que las normas sobre control a las integraciones empresariales facultan a la SIC para revisar las integraciones empresariales y objetar aquellas que produzcan una indebida restricción a la libre competencia, con el fin de proteger el bienestar de los consumidores y los derechos de los competidores. Sin embargo, es evidente que el principal bien jurídico protegido por estas normas es el mejoramiento de la eficiencia del aparato productivo nacional, razón por la cual, en palabras de la SIC», «de darse las condiciones para que la integración deba objetarse, el Superintendente deberá abstenerse de ello si los interesados demuestran que puede haber mejoras significativas en eficiencia, de manera que la operación resulte en ahorro de costos que no puedan alcanzarse por otros medios y que garanticen que la integración no implicará reducción de la oferta». Octubre 2007.

¹⁹ Sin perjuicio de la información adicional que pueda requerir la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, **la notificación de la concentración deberá contener, como mínimo**, la siguiente información, según lo establecido en el artículo 18 del Reglamento de la Ley Orgánica del Control del Poder de Mercado:

1. Los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas.
2. Domicilio de los operadores económicos o empresas involucradas.
- Naturaleza de las actividades que realizan los operadores económicos o empresas involucradas, indicando específicamente los bienes o servicios comercializados por cada uno de ellos.
4. Mercado o mercados relevantes en los que operan los involucrados en la operación de concentración, determinados de conformidad al artículo 5 de la Ley.
5. Volumen de negocios de los participantes calculado de conformidad al artículo 17 de la Ley. Se deberá desglosar el cálculo indicando el volumen de negocios que corresponde a cada uno de los siguientes operadores económicos:
 - a) La empresa u operador económico partícipe en la operación.
 - b) Las empresas u operadores económicos en los que la empresa o el operador económico en cuestión disponga, directa o indirectamente:
 - i. De más de la mitad del capital suscrito y pagado;
 - ii. Del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto;
 - iii. 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,
 - iv. 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).
6. Cuotas de participación en el mercado relevante de cada uno de los partícipes en la operación de concentración.
7. Una descripción detallada de la relación de cada uno de los operadores con las empresas pertenecientes al

«Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales²⁰, 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.

mismo grupo que operan en cualquiera de los mercados afectados por la operación de concentración económica, con indicación de su domicilio y la especificación de la naturaleza y medios de control con respecto a dichas empresas u operadores económicos que pertenecen al grupo.

A la información consignada de conformidad con este numeral se adjuntarán organigramas o diagramas de organización para ilustrar la estructura de propiedad y control de las empresas.

8. Descripción de la estructura de la oferta en el mercado relevante en el que interviene cada uno de los involucrados para lo cual se identificará a los principales proveedores, el porcentaje que representa cada uno en el volumen de compras de los operadores económicos partícipes en la operación, los canales y redes de distribución utilizados por los involucrados, su capacidad de producción, una descripción de los principales factores que determinan los costos de los bienes o servicios producidos, los costos de producción de los bienes o servicios producidos, los gastos operacionales y no operacionales y la identificación de los principales competidores.

9. Descripción de la estructura de la demanda en el mercado relevante en el que interviene cada uno de los involucrados para lo cual se identificará a los principales clientes, el porcentaje que representa cada uno respecto al volumen de ventas de los operadores económicos partícipes en la operación y, de existir, las barreras de entrada a los mercados en los que los operadores económicos involucrados en la operación participan.

10. Una descripción de la operación que contendrá:

a) Descripción del acto a través del cual se realizará la operación de concentración económica de conformidad al artículo 14 de la Ley.

b) Cuando corresponda, una enumeración de los activos, valores u otros efectos que se transfieren, su cuantía y su forma de pago si esta información no consta en el proyecto de acto jurídico que dará lugar a la concentración.

c) La estructura de la propiedad y del control de los operadores económicos participantes tras la realización de la operación.

d) Los bienes o servicios que se prevé comercializar posteriormente a la operación de concentración.

11. La contribución que la operación pudiere aportar de conformidad al artículo 22, numeral 5 de la Ley. El notificante o notificantes deberán describir su naturaleza y efectos, cuantificando los mismos cuando sea posible así como el plazo en que prevé que se desarrollen, acreditando todos estos aspectos con los medios a su alcance. Los siguientes documentos se adjuntarán a la notificación de concentración:

1. Copia de los documentos relativos al proyecto de acto jurídico que dará lugar a la operación de concentración.

2. Estados financieros del último ejercicio de cada uno de los operadores económicos que intervienen en la operación de concentración.

3. Análisis, informes y estudios que se consideren relevantes.

4. Solicitud de confidencialidad respecto de la información entregada o parte de ella. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, luego del análisis

²⁰ La normativa ecuatoriana no contempla la revisión de concentraciones por conglomerado.

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.»

Respecto al contenido sustantivo que contiene el Artículo 16 debe ser analizado por segmentos de los cuales haremos breves razonamientos, tales como:

- En referencia al literal a) del volumen de negocio con fecha 22 de Octubre de 2013, la Junta de Regulación mediante Resolución N. 002²¹ resolvió fijar el monto en Remuneraciones Básicas Unificadas sobre el cual las operaciones de concentración económica *deberán someterse al procedimiento obligatorio de notificación previa.*

TABLA N.º I
RESOLUCIÓN N.º 009²²
JUNTA DE REGULACIÓN

Tipo	Monto (RBU)
a) Concentraciones que involucren a <i>instituciones del sistema financiero nacional y del mercado de valores</i>	3 200 000
b) Concentraciones que involucren a <i>entidades de seguro y reaseguro</i>	214 000
c) Concentraciones que involucren a operadores económicos que <i>no se encuentren detallados en los literales a y b antes referidos</i>	200 000

²¹ Registro Oficial N.º 132 del 27 de noviembre de 2013.

²² Registro Oficial N.º 622 del 6 de noviembre de 2015.

Así entonces todo proceso de concentración vertical u horizontal entre operadores económicos en el mercado ecuatoriano, cuyo volumen de negocio supere efectivamente el valor de las RBU descritas previamente, deberá ser sometida a notificación obligatoria 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.

- En referencia al literal b) cuando la norma señala «operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica» a priori partimos por considerar a dicho literal como el porcentaje de mercado sobre el cual deben detentar los operadores económicos competidores en su conjunto, para presentar a notificación obligatoria su proceso de integración horizontal. Me atrevo a aseverar que operaría para concentraciones horizontales pues el texto citado a inicio de este parágrafo expone que se dediquen a la misma actividad, situación que nos permite descartar una integración vertical, por el hecho de no hacer la misma actividad un productor a un distribuidor.

Sobre la aplicabilidad del literal a) y b) en concentraciones verticales y horizontales es criterio del Señor Superintendente que, **«No existen disposiciones legales o consideraciones de índole económica que sustenten que una operación de concentración vertical esta fuera del ámbito de aplicación del literal b) del artículo 16 de la Ley.» «En este sentido, la comisión al amparo del artículo 16 literal a) de la LORCPM aplica para las operaciones de concentración horizontales o verticales, al no existir disposiciones legales que permitan una interpretación excluyente o contraria a las conclusiones que se han expresado en la absolución a esta consulta»²³**

- Aunado a las consideraciones expuestas por el Superintendente en relación a la aplicación de los literales a) y b), el legislador ecuatoriano en el tercer parágrafo ha generado lo que consideramos una técnica legislativa deficiente, por cuanto dispuso, **«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»**. El texto citado no permite discriminar que parámetro o literal se aplica a una concentración horizontal o vertical²⁴, hecho que degenera en la posibilidad de que una concentración entre competidores que no supere el 30% del mercado relevante, deba ser obligatoriamente notificada por superar el volumen de negocio previsto en el literal a del artículo 16 de la LORCPM.

²³ Oficio Nro. DS-SCPM-2013-375.

²⁴ Resolución SIC N.º 28515 de Noviembre 23 de 2004, Colombia. «(...) el supuesto subjetivo necesario para verificar la aplicabilidad de las normas sobre concentraciones empresariales, de conformidad con el cual se requiere que las empresas se dediquen a una "misma actividad" no se limita a que las empresas participen en el mismo nivel de la cadena productiva. De conformidad con lo manifestado en el Concepto N.º 01107902 por "misma actividad" se entiende "al artículo determinado, materia, prima, producto, mercancía o servicios" sobre el cual recae o tiene efectos la operación.»

Sentadas las bases sobre las cuales el legislador ecuatoriano dispuso el porcentaje de mercado que debe contener una concentración entre competidores a fin de que sea reportada obligatoriamente, así como los volúmenes de negocio dictaminados por la Junta de Regulación, se torna de sumo interés el exponer quien tiene la obligación de notificar las operaciones de concentración obligatoria, hecho que está contemplado en el Artículo 19 del Reglamento para la aplicación a la LORCPM, así:

- «1. Por el absorbente en caso de fusión entre empresas u operadores económicos.
2. Por el operador económico al que se le transferirá la totalidad de los efectos de un comerciante.
3. Por el operador económico que va a adquirir la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda de conformidad a lo establecido en el literal c) del artículo 14 de la Ley.
4. Por el operador económico cuyos miembros del órgano de administración, ya sea uno o todos ellos, pasarán a formar parte también de los órganos de administración de otro operador económico.
5. Por el operador económico al que se le transferirán los activos de otro operador económico o que adquirirá el control sobre la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de conformidad a lo señalado en el literal e) del artículo 14 de la Ley.»

En caso de que sean varios operadores económicos los que vayan a adquirir el control sobre otro operador económico o que pretendan llevar a cabo la concentración, la notificación se hará de manera conjunta. Para ello se designará a un procurador común que los representará durante el procedimiento.

Finalmente si la concentración no contiene la totalidad de la información requerida por la ley, la Autoridad podrá requerir que se complete en el término de diez días, so pena de declararlo desistido.

Por otra parte, **las notificaciones informativas** según expresa la *Guía Técnica* para el análisis de operaciones de concentración económica, dictada por la ICC, es un procedimiento que establece en los casos en los que las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones descritas en el artículo 16 de la Ley, por lo que no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, y sin perjuicio de que lo hagan voluntariamente, 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, para fines informativos, en el término de quince (15) días, prorrogables por quince (15) días más, contados desde la fecha en que la solicitud de

la Superintendencia hubiere sido notificada, y en los términos del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En cuanto a la notificación deberá realizarse mediante el formulario que para el efecto ha expedido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y será acompañada de la documentación e información que en dicho formulario se señale. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar información, o documentación adicional, cuya entrega será obligatoria por parte del o los operadores económicos partícipes en la operación de concentración.

VIII. CRITERIOS DE DECISION PARA APROBAR, CONDICIONAR O DENEGAR UNA CONCENTRACIÓN

La norma rectora fijó los elementos de convicción o criterios para resolver o aprobar una notificación de concentración según lo previsto en el Artículo 22 de la LORCPM así,

«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 genere 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.»

Existe un elemento de sumo interés que debe ser destacado con respecto a los criterios de valoración que reposa en el artículo 21 del reglamento de la LORCPM:

«A efectos de autorizar una operación de concentración económica en los términos de la Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ponderará, en todos los casos, el grado de participación de los trabajadores en el capital social. La Superintendencia podrá condicionar la operación a la venta preferencial de un porcentaje, a ser determinado, del capital accionario a los trabajadores.»

No será objeto de debate en este artículo la legalidad o no de obligaciones de origen reglamentario, pero sí debe ser puesto en observación a fin de que los operadores económicos puedan conocer otro de los elementos que pueden motivar un criterio de aprobación, condicionamiento o negativa a una solicitud de concentración.

Considerando que la jurisdicción norteamericana (DOJ / FTC) en la historia de la libre competencia ha marcado importantes hitos con una data de análisis y jurisprudencia que bordea el siglo, así como la Comunidad Europea a través de la Comisión Europea, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado está llamada a aplicar los criterios legales propios que permitan alcanzar la tutela de los bienes jurídicos protegidos conforme a las directrices constitucionales locales.

Ahora bien, con ánimos académicos citaremos cuales han sido los criterios más importantes que la autoridad norteamericana ha implementado para sustentar sus decisiones en procesos de concentración:

- «• Método del efecto inherente, que se basaba en la medición de las participaciones combinadas después de la operación.
- Era Warren, de conformidad con las cuales se debían declarar ilegales las concentraciones cuando creaban una entidad con una participación en el mercado superior al 30%, que llevaban a la eliminación de un rival particularmente agresivo de la competencia, o conducían a la eliminación de una firma de tamaño significativo en un mercado que ha mostrado tendencia a la concentración.

- Método *bright lines rules*²⁵ que centra la presunción de ilegalidad de las fusiones, en la concentración del mercado y la participación de las firmas fusionadas
- Todos los métodos anteriores han sido reemplazados por el método llamado *totality of circumstances*, actualmente aplicado por la Corte Suprema de Justicia, la Guía de Concentraciones Horizontales, la División Antitrust del Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (FTC). Este método destaca que la concentración del mercado y la participación no son definitivas, por lo que hay que evaluar todos los casos de manera individual, atendiendo a las circunstancias particulares que rodean cada transacción»²⁶

Es así como llegamos a uno de los puntos controvertidos en toda investigación jurídica: ¿son los criterios previstos en la LORCPM taxativos o por el contrario goza de la discrecionalidad administrativa la autoridad de resolución ecuatoriana en los procesos de concentración para aplicar criterios o doctrinas foráneas?

IX. PRINCIPALES CONDICIONAMIENTOS EXIGIDOS POR LA SCPM

Hemos sostenido a lo largo del documento que las concentraciones económicas son lícitas; sin embargo, por su potencialidad de afectar bienes jurídicos tutelables por la LORCPM, la Autoridad ha sido atribuida de potestades legales para revisar, autorizar y/o limitar el derecho a suscribir acuerdos comerciales e integraciones comerciales, cuando estas se enmarquen en los tipos legales previstos en la norma y generen el ilícito a la competencia. Es decir, una concentración que superando los umbrales o superando el 30% de participación en el mercado relevante, puede llegar a ser aprobada sin condición cuando esta no genere lesión alguna al bien jurídico protegido.

La potestad antes dicha, se enmarca en la sección cuarta de la LORCPM²⁷, misma que fue ampliamente desarrollada en el Reglamento a la Ley y en la Resolución N.º SCPM-DS-063-2014 en virtud de lo cual, «*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá -autorizar, denegar o condicionar la operación de concentración*».

²⁵ Michigan v. Summers. Miranda v. Arizona.

²⁶ El control de las concentraciones empresariales en Colombia. Alfonso Miranda L. Juan D. Gutiérrez R. 2007.

²⁷ 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.

A pesar de ser la Superintendencia una autoridad con una existencia legal relativamente corta, es pertinente considerar que ha dispuesto una serie de condicionamientos a algunas de las concentraciones obligatorias que fueron puestas a su consideración. En virtud de ello, exponemos de manera resumida algunos de los casos más emblemáticos que han sido condicionados, con el fin de contribuir sistemáticamente con lo que podría ser un condicionamiento que imponga la Autoridad a una futura concentración económica.

- **CONCENTRACIÓN NUTRECO – GISIS (EXPEDIENTE N.º 0001-SCPM-CRPI-2013)**
 - Aprobada la compra del 75% de las acciones de GISIS por NUTRECO LIMITADA sin observaciones adicionales.
- **CONCENTRACIÓN ARCA ECUADOR S.A. – TONICORP (EXPEDIENTE N.º 0008-SCPM-CRPI-2014)**

Condiciones para aprobación de la Concentración:

- Transparencia en el Cumplimiento de las obligaciones de los Contratos.- Debe constar el servicio asociado a la comercialización de bebidas no alcohólicas y el precio de la prestación.
- Inexistencia de Cláusulas de Exclusividad con clientes de ARCA.- Los clientes deben tener libertad de comprar y vender cualquier tipo de bebidas no alcohólicas comercializadas por terceros.
- No pagos o ventajas adicionales vinculados con cláusulas y prácticas de No competencia con los clientes.- ARCA no efectuará acuerdos sobre los productos de otros proveedores.
- No cláusulas de volumen mínimo de compras.- ARCA no incluirá en ningún contrato volumen mínimo o porcentaje mínimo de compras para la provisión de los productos de las partes intervinientes en la concentración económica.
- Colocación Gratis de los Equipos en Frío.- En los casos en los que ARCA entregue los equipos en frío a los clientes, estos podrán designarlos de manera exclusiva para los productos de ARCA y de TONI siempre y cuando existan dentro del local del cliente otro equipo en frío para colocar productos competidores. Caso contrario, deberá suscribirse una cláusula del contrato donde conste que al menos el 20% del equipo frío de arca puede utilizarse para colocar producto de competidores dando preferencia a productores nacionales/

- Arrendamiento de Equipos en Frío.- En los casos en los que la compañía arriende los equipos, debe constar en el contrato una cláusula que indique que el cliente puede colocar al menos en el 20% del equipo todo tipo de productos competidores dando preferencia a marcas de productores nacionales.
- Compra de Equipos en Frío.- En los casos de compra de equipos fríos el cliente podrá llenar los mismo con cualquier tipo de productos competidores, sin distinción de porcentaje.
- Los contratos de adhesión deben incluir todas las obligaciones indicadas de manera clara y precisa en literal separados e identificados A, B, C, D y E.
- **CONCENTRACIÓN CABCORP ECUADOR BEVERAGES LLC – TESALIA SPRINGS COMPANY - GRUPO TROPICAL (EXPEDIENTE N.º 0008-SCPM-CRPI-2014)**

Condiciones para aprobación de la Concentración:

- Transparencia en el Cumplimiento de las obligaciones de los Contratos.- Debe constar el servicio asociado a la comercialización de bebidas no alcohólicas y el precio de la prestación con los clientes
- Transparencia en la Terminación de las relaciones de los Contratos.- Se debe incluir en los contratos con los clientes requisitos de terminación anticipada o la modificación de las obligaciones del cliente serán debidamente especificadas y deberán incluir la base para cualquier pago o base económica.
- Inexistencia de Cláusulas de Exclusividad con clientes de CABCORP.- Los clientes deben tener libertad de comprar y vender cualquier tipo de bebidas no alcohólicas comercializadas por terceros.
- No pagos o ventajas adicionales vinculados con cláusulas y prácticas de No competencia con los clientes.- CABCORP no efectuará acuerdos sobre los productos de otros proveedores.
- No cláusulas de volumen mínimo de compras.- CABCORP no incluirá en ningún contrato volumen mínimo o porcentaje mínimo de compras para la provisión de los productos de las partes intervinientes en la concentración económica.
- No ventas atadas.- CABCORP no incluirá o mantendrá en efecto cláusulas que condicionen la provisión de cualquiera de los productos comercializados por esta empresa o TROPICAL, bajo la obligación de adquirir una o más bebidas adicionales de estas compañías.

- Colocación Gratis de los Equipos en Frío.- En los casos en los que CABCORP entregue los equipos en frío a los clientes, estos podrán designarlos de manera exclusiva para los productos de CABCORP, TESALIA Y GRUPO TROPICAL siempre y cuando existan dentro del local del cliente otro equipo en frío para colocar productos competidores. Caso contrario, deberá suscribirse una cláusula del contrato donde conste que al menos el 20% del equipo frío de arca puede utilizarse para colocar producto de competidores dando preferencia a productores nacionales.
 - Arrendamiento de Equipos en Frío.- En los casos en los que la compañía arriende los equipos, debe constar en el contrato una cláusula que indique que el cliente puede colocar al menos en el 20% del equipo todo tipo de productos competidores dando preferencia a marcas de productores nacionales.
 - Compra de Equipos en Frío.- En los casos de compra de equipos fríos el cliente podrá llenar los mismo con cualquier tipo de productos competidores, sin distinción de porcentaje.
 - Los contratos de adhesión deben incluir todas las obligaciones indicadas de manera clara y precisa en literal separados e identificados A, B, C, D y E.
- **CONCENTRACIÓN AT & T INC & DIRECTV (EXPEDIENTE N.º 043-SCPM-CRPI-2014)**

Condición para aprobación de la Concentración Económica:

- Que los productos y/o servicios ofertados por AT & T, que sean diferentes a la Televisión Satelital no pueden ingresar en los mercados ecuatorianos. Para hacerlo los operadores económicos que operen a través de DIRECTV, deberán notificar anticipadamente a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para la realización del respectivo análisis con la finalidad de evitar distorsiones en el mercado.
- No puede ingresar en ningún otro mercado diferente a la Televisión Satelital sin autorización previa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.
- Aclaración – indica que la prohibición de ingreso a AT & T se aplica para productos y servicios en general que ingresen a través de sus filiales o de DIRECTV. Además, se refiere a cualquier producto o servicio que se comercialice al consumidor final como televisión por suscripción, televisión streaming, telefonía fija, telefonía móvil o servicio de internet.
- Para ingresar en otro mercado relevante de producto debe efectuar notificación obligatoria a Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

- No prohíbe packs o empaquetamiento de productos sino el ingreso en general de cualquiera de ellos.
- Para entrar en otro mercado debe presentar ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, plan de expansión y las eficiencias verificables del ingreso en el mercado relevante. (Notificación obligatoria sujeta a aprobación de la Superintendencia)

X. DE LAS CONCENTRACIONES TRAMITADAS ANTE LA SUPERINTENDENCIA

Conforme se expuso previamente, las potestades y atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado en cuanto a conocer, condicionar y/o limitar el derecho privado de asociación inter empresas, es importante desplegar en la presente sección un resumen sistemático de los procesos de concentración que fueron analizados y resueltos por la Autoridad, sea aprobando o rechazando respectivamente las solicitudes obligatorias, así:

TABLA N.º 2
OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN INFORMADAS A LA AUTORIDAD ECUATORIANA, 2013

OPERADOR ECONÓMICO	N.º DE EXPEDIENTE	FECHA
ARCA ECUADOR S.A	SCPM-ICC-EXP-0002	05 de enero de 2013
LIBERTY ITB UK	SCPM-ICC-EXP-0003	05 de enero de 2013
LIBERTY ITB UK 2	SCPM-ICC-EXP-0004	05 de enero de 2013
DIFARE S.A	SCPM-ICC-EXP-0005	16 de enero de 2013
BANCO SOLIDARIO S.A	SCPM-ICC-EXP-0009	16 de agosto de 2013
FIDEVAL S.A	SCPM-ICC-EXP-0012	16 de diciembre de 2013

Elaboración propia

A su vez, la ICC rechazó de igual manera en el 2013, las siguientes solicitudes de aprobación de concentración:

TABLA N.º 3**SOLICITUDES DE APROBACIÓN DE CONCENTRACIÓN RECHAZADAS POR LA
ICC, 2013**

OPERADOR ECONÓMICO	N.º DE EXPEDIENTE	FECHA
AFP GENESIS ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A	ICC-SCPM-2013-033	30 abril de 2012
GINSBERG ECUADOR S.A	SCPM-ICC-2013-0086-OF	23 de agosto de 2013
CONSEJO NACIONAL DE AVIACIÓN Y AVIANCA S.A	SCPM-ICC-2013-302-OF	23 de diciembre de 2013

Elaboración propia

En cuanto a notificaciones obligatorias se reportaron en este mismo año:

TABLA N.º 4**NOTIFICACIONES OBLIGATORIAS REPORTADAS**

OPERADOR ECONOMICO	N.º DE EXPEDIENTE	FECHA
NUTRECO INTERNATIONAL B.V	001-SCPM-CRPI-2013	31 de mayo de 2013
METLIFE INC	003-SCPM-CRPI-2013	02 de agosto de 2013
VEOLIA ENVIRONMENT S.A	008-SCPM-CRPI-2013	18 de noviembre de 2013

Elaboración propia

Con fines de transparencia académica es pertinente exponer que la autoridad en cuanto a la publicidad de los informes que motivan sus resoluciones en este ámbito, ha mantenido una línea de confidencialidad hermética. Llegando incluso a ser reservado para el o los operadores requirentes incluso cuando han sido aprobadas las operaciones de concentración, lo cual dificulta el desarrollo de estudios, artículos y percepciones sobre las líneas de pensamiento de la autoridad, generando una incertidumbre jurídica respecto a criterios o lineamientos empleados. Circunstancias que dificultan el análisis académico y jurisprudencial de la SCPM.

XI. CONCLUSIONES

El presente ensayo pretendió examinar de modo sistemático aspectos tales como la evolución legislativa en materia de concentraciones económicas en Ecuador, considerando a su vez los efectos de la ausencia de una agencia de control en la materia. De igual modo se expuso las incidencias que genera la entrada en vigencia de la LORCPM a los efectos de la temporalidad para solicitar autorización estatal en los procesos que le requieran. Se expuso doctrinaria y jurisprudencialmente el elemento esencial en toda concentración económica como lo es «**la toma de control**» considerando para ello casos donde no es tan sencillo afirmar si se trata de un proceso de toma de control, pero que en criterio del autor deberían ser analizados por la Autoridad. Finalmente, se exponen los umbrales económicos dictados por la Junta de Regulación a los efectos de separar las notificaciones obligatorias de las informativas, así como los principales condicionamientos que han sido expuestos por la SCPM en materia de concentraciones económicas.

En último lugar y con ánimo de forzar una reflexión del lector, previo a presentar de manera concreta las conclusiones del presente ensayo, nos consultamos si ¿la intervención estatal con resultados denegatorios al particular que solicita autorización de una concentración, debiese estar fundado en un criterio de eficiencia económica o solamente de un criterio jurídico? Así mismo, ¿violenta el Estado ecuatoriano garantías constitucionales de los particulares, al denegar o condicionar una operación de toma de control que refuerza el poder de mercado? Son temas que se deberán analizar próximamente.

- La libre competencia representa una rama del derecho asociada a teorías económicas, jurídicas y de política pública evolutivas a lo largo de la historia, aspectos que siempre tendrán criterios discordantes o adversos en una misma sala, circunstancia que exige un esfuerzo superior si se quiere aclarar conceptos y posturas jurídico-académicas en la materia.
- El derecho Antitrust en Ecuador no es una rama del derecho nueva en el ordenamiento jurídico, sin embargo, ha sido poco explorada aun cuando goza de concepción constitucional y andina por más de una década. Podemos apuntar a la omisión estatal de **no** contar con una normativa nacional en la materia como fuente principal de tales resultados.
- Si bien es cierto, que las autoridades de control de concentraciones representan esa parte de la política estructural de todo estado, por medio de la cual se reserva el derecho de ordenar las condiciones de concentraciones económicas en sus mercados, es necesario preguntarse si tal intervencionismo público ha resultado eficiente para los ciudadanos de esos estados. ¿Son más eficientes

los mercados donde no existen estos modelos *ex ante* de control? ¿Gozan de mejores condiciones los ciudadanos frente al mercado?

- Aun cuando los mercados nacionales son concentrados y con una tendencia al alza en casi todos los sectores claves de la economía, los procesos de concentración son lícitos y eficientes; ahora bien, en casos excepcionales, la autoridad competente puede denegar o condicionar un proceso en aras de prevenir un efecto futuro en un mercado relevante que alcance efectos nocivos para la libre competencia, para lo cual, debemos consultarnos, ¿cuánta certeza científica puede experimentar una decisión que funda su resultado en modelos de presunciones económicas especulativas?
- Los estados que no cuentan con una autoridad en materia de libre competencia para el control de las concentraciones, ¿se encuentra en una economía poco globalizada? O por el contrario, ¿tales estados son terreno fértil para desarrollo económico y globalización? Son cuestiones que se deben analizar próximamente.
- La entrada en vigencia de la LORCPM generó que los procesos de concentración económica en Ecuador, estén sujetos a los procedimientos de notificación obligatoria e informativa respectivamente. Sin embargo existen múltiples formas de influenciar decisivamente en las elecciones vitales de una empresa, que actualmente no se están reportando a la autoridad competente.
- En cuanto a la aplicación de los literales a) o b) para integraciones verticales, es criterio del Señor Superintendente la no existencia de disposiciones legales que sustenten que una operación de concentración vertical este fuera del ámbito de aplicación del literal b).

Finalmente, es necesario invitar a reflexionar a las autoridades de competencia que ejercer el control de concentraciones en momentos actuales donde las economías no caminan en sus mejores tiempos, puedan considerar cierta simpatía por cárteles conformados por empresas en crisis o defensivos, producto de recesiones o depresiones económicas, para las cuales una aplicación rigurosa de las normas de competencia podría agravar consecuencias generales en sus mercados y economías en general.

XII. BIBLIOGRAFÍA

BULLARD GOZÁLES, A. (2006). *Derecho y Economía, El Análisis Económico de las Instituciones Legales*. 2da Edición. Palestra Editores. Lima.

CEA EGAÑA, J. L. y A. FERMANDOIS (2006). *Derecho Constitucional Económico. Garantías Económicas Doctrina y Jurisprudencia*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile.

COLOMA, G. (2012). *Prácticas horizontales concertadas y defensa de la competencia*. Universidad del CEMA. Consultado: 8/octubre/ 2012. p. 13. Disponible en: cdi.mecon.gov.ar/biblio/doc/cema/doctrab/170.pdf

MIRANDA LONDOÑO, A. y J. D. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ(2006). “Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio” In *Los Beneficios de la Competencia*. Bogotá. Vol. 2, N.º 2, pp 269-400.

PASCUAL Y VICENTE, J. (2002). *Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia, en España y Europa*. Civitas. Madrid.

IVERA, J. C. (1996). *Instituciones de Derecho Concursal*. Tomo II. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

MIRANDA L. A. y GUTIÉRREZ R. J. D. (2007). “El control de las concentraciones empresariales en Colombia” In *CEDEC VII* Vol. 3, N.º 3 pág. 31.

PINKAS, F. (2002). *Estudio Exegético del D.L. 701. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia Regulatoria de la Libre Competencia*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2002. Lima.

DECISIÓN del Acuerdo de Cartagena N.º 608. Registro Oficial Suplemento 18 del 25 de febrero del 2008.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Registro Oficial. Suplemento N.º 555. 13 de Octubre del 2011. Ecuador.

NORMAS para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN. Decreto Ejecutivo N.º 1614. Registro Oficial Suplemento 558 del 27 de Marzo del 2009

Resolución N.º 002 Umbrales del Volumen de Negocios para Operaciones de Concentración. Junta de Regulación. Registro Oficial N.º 132 del 27 de noviembre de 2013.

Resolución N.º 009 Umbrales de Concentración. Junta de Regulación. Registro Oficial N.º 622 del 6 de noviembre de 2015.