



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**IMPACTO DE LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES
EMPRESARIALES EN EL DERECHO DE
COMPETENCIA ECUATORIANO**

Autora:

Natalia Rodas Carrasco

Director:

Doctor Paúl León Altamirano

Cuenca – Ecuador

2024

DEDICATORIA

A mis padres, Xavier y María Elisa, porque gracias a su amor y enseñanzas me he convertido en la persona que soy ahora;

A mis abuelos, Clara, Sonia, Fernando y Wilson, quienes me han demostrado su apoyo, cariño y amor incondicionalmente;

A mi abuelita Lucy, quien desde el cielo ha estado conmigo durante todas las etapas de mi vida y estaría feliz de verme como abogada.

AGRADECIMIENTO

A mi papá, por darme la oportunidad de estudiar y por siempre estar a mi lado, siendo mi apoyo incondicional;

A mis abuelos, Fernando y Clara, por celebrar conmigo mis logros y por ser siempre un pilar fundamental en mi vida, especialmente durante esta etapa universitaria. Han hecho que todo esto sea posible;

A los doctores Paul León y Eduardo Palacios, por el tiempo e interés que han invertido en mi aprendizaje y en este trabajo de titulación.

RESUMEN

En la actualidad, las fusiones y adquisiciones empresariales se han convertido en herramientas jurídicas sumamente importantes dentro del ámbito empresarial, razón por la cual, no es posible limitar su análisis únicamente al derecho societario, sino que también deben ser analizadas considerando otras ramas del derecho, entre estas, el derecho de competencia. Es por ello que, el objetivo de este estudio es determinar el impacto que tienen las fusiones y adquisiciones en el régimen de competencia ecuatoriano, así como cuales son las disposiciones legales y procedimientos a seguir a fin de lograr perfeccionar estas operaciones legítimamente, sin incurrir en una de las infracciones contenidas en la ley. Para lograr dicho objetivo, se realizó un análisis cualitativo mediante revisión bibliográfica de artículos científicos, normativa legal, y resoluciones emitidas por la Superintendencia de Competencia Económica. En conclusión, mediante este trabajo de investigación se establecen parámetros para determinar cuáles son las condiciones que deben cumplir estas operaciones a fin de ser relevantes para el derecho de competencia, además, en qué casos las concentraciones económicas y las conductas restrictivas a la competencia están prohibidas y, cuando el Estado podrá autorizar la ejecución de una concentración económica. Finalmente se hace énfasis respecto a en qué situaciones se requiere notificar previamente a la Superintendencia y cuáles son los criterios de decisión que este organismo puede adoptar al momento de emitir su resolución final.

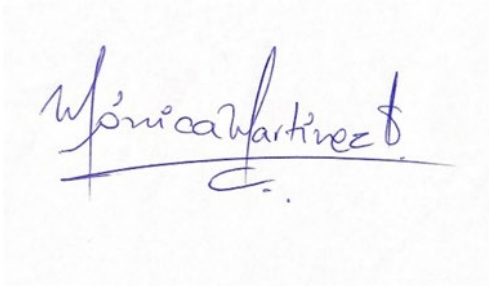
Palabras clave: adquisiciones empresariales, concentraciones económicas, derecho de competencia, derecho societario, fusiones empresariales.

ABSTRACT

Mergers and acquisitions have become pivotal legal mechanisms in the business domain. Their analysis extends beyond corporate law to encompass other legal domains, notably competition law, due to their significant economic impact. This study examines the impact of mergers and acquisitions on Ecuador's competition regime, focusing on the legal frameworks and procedures necessary for compliance. A qualitative bibliographic review of scientific articles, legal norms, and resolutions from the Superintendency of Economic Competition underpins the analysis. The research defines the conditions under which mergers and acquisitions must comply with competition law, identifies prohibited practices, and explores circumstances where economic concentrations may be permitted or require State authorization. Additionally, it emphasizes the importance of prior notification to the Superintendency and the criteria it employs in decision-making.

Keywords: business acquisitions, business mergers, competition law, corporate law, economic concentrations.

Approved by

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath and a small flourish at the end.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.
Cod. 29598

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
ÍNDICE DE TABLAS.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
1. FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES.....	3
1.1. Concepto y clases.....	3
1.2. Objetivo.....	6
1.3. Efectos de un proceso de fusión o adquisición.....	7
1.4. Regulación legal.....	9
1.4.1. El papel que juegan los accionistas o socios en la toma de decisiones.....	10
1.4.2. Planificación y ejecución de las fusiones empresariales.....	11
1.4.3. Planificación y ejecución de las adquisiciones empresariales.....	13
2. DERECHO DE COMPETENCIA.....	16
2.1. Regulación en la normativa ecuatoriana.....	17
2.2. Posición de dominio y poder en el mercado.....	18
2.3. Abuso de posición de dominio del mercado.....	21
2.4. Prácticas y acuerdos restrictivos.....	23
2.5. Conductas anticompetitivas que podrían configurarse a partir de una fusión o adquisición empresarial.....	24
2.6. Cuando una conducta restrictiva no se considera ilegítima.....	28
3. SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.....	32
3.1. Procedimiento de control de concentraciones económicas.....	33
3.2. Resolución No. SCPM-CRPI-010-2021.....	35
3.2.1. Partes intervinientes.....	36
3.2.2. Antecedentes.....	39

3.2.3. Inicio del procedimiento.....	39
3.2.4. Alegaciones del presunto infractor.....	40
3.2.5. Calificación jurídica de los hechos.....	41
3.2.6. Análisis de efectos negativos ocasionados al mercado	42
3.2.7. Consideraciones finales.....	43
3.2.8. Resolución final.....	45
CONCLUSIONES.....	46
REFERENCIAS	48

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Operadores económicos intervinientes.....	37
--	----

INTRODUCCIÓN

Las fusiones y adquisiciones empresariales son figuras societarias que han ganado especial importancia en los últimos años en razón de la evolución que ha tenido el sector empresarial. Existen varios tipos de fusiones y de adquisiciones que podrían llevarse a cabo dependiendo de las necesidades que cada empresa busque satisfacer, de tal manera que corresponderá a los operadores económicos decidir cuál de ellas les permite cumplir de mejor manera sus objetivos. Son operaciones cuyas generalidades, efectos, requisitos, procedimientos y demás aspectos se encuentran ampliamente regulados en el Derecho Societario, específicamente en la Ley de Compañías, sin embargo, por la complejidad que estas representan, merecen ser analizadas desde los más diversos enfoques, considerando varias ramas del derecho, entre estas, el Derecho de Competencia.

A pesar de que se trata de operaciones que generalmente no traen consigo problemas cuando se han perfeccionado respetando todos los parámetros legales establecidos en la ley de la materia, los conflictos podrían surgir cuando estas se realizan entre empresas que son dominantes en un determinado sector de la industria. Es por ello que, los grupos empresariales, entre sus intentos de sobresalir en el mercado y adquirir mayor importancia dentro del mismo, suelen decidir llevar a cabo una de estas operaciones. Sin embargo, existe una problemática respecto a que no siempre se toman todas las precauciones necesarias y en ciertos casos ni siquiera se consideran las implicaciones que estas podrían tener en el mercado, lo que ocasiona que frecuentemente, se incurra en conductas que son sancionadas por el Derecho de Competencia, por ser consideradas como restrictivas.

El Derecho de Competencia, al ser aquella rama que busca, principalmente, garantizar la existencia de mercados eficientes, transparentes, equitativos, y que funcionen en base al principio de libre competencia, en su normativa legal, es decir, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ha determinado varias conductas que son consideradas como restrictivas o desleales, e incluso ha establecido sanciones para cuando estas se lleven a cabo por parte de un operador económico. La Ley también se refiere a aquellos casos en los cuales las empresas u operadores económicos que ya han logrado obtener poder de mercado, dejan de estar de lado del actuar legítimo y pasan a abusar de dicho poder al configurar conductas ilegítimas que buscan afectar de manera directa al resto de competidores o incluso a los consumidores.

Es por ello que el presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el impacto que tienen las fusiones y adquisiciones empresariales en el marco del derecho de competencia en el Ecuador. De igual manera, se busca determinar cuáles son aquellas condiciones o parámetros legales que deben cumplir las fusiones y adquisiciones de empresas para resultar relevantes para el derecho de competencia, considerando principalmente que, no todas las operaciones societarias son importantes, sino únicamente aquellas que, como resultado podrían pasar a representar un 30% o más de la totalidad de un determinado mercado relevante cuando se trata de operadores económicos que se desenvuelven dentro de un mismo sector industrial o cuando su volumen de negocios en conjunto supera el umbral legal establecido por la Junta de Regulación.

Finalmente, a partir de la información analizada, se han determinado cuáles son las distintas alternativas que tiene la Superintendencia de Competencia Económica para resolver respecto de la autorización o denegación de una concentración económica y cuales son aquellas situaciones en las cuales cabe la aplicación de una de las sanciones contempladas en la Ley. Es por ello que, mediante el estudio de la Resolución de fecha 11 de junio de 2021, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-010-2021, emitida, en aquel entonces, por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, hoy conocida como Superintendencia de Competencia Económica, se evidencia la forma en la cual el organismo de control aplica en la práctica las disposiciones y procedimientos legales contenidos en la LORCPM y su Reglamento.

CAPÍTULO 1

1. FUSIONES Y ADQUISICIONES EMPRESARIALES

1.1. Concepto y clases

Las fusiones y adquisiciones de empresas son operaciones societarias que empezaron a ganar mayor importancia a partir de la segunda mitad del siglo XX, hasta llegar a convertirse en una de las operaciones que mayor trascendencia tienen en el campo del Derecho, esto debido a los efectos que conllevan en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico. Si bien, a simple vista podría considerarse que se trata de figuras jurídicas que tienen relevancia únicamente para el derecho societario por el hecho de que involucran a empresas, aquella concepción es equivocada; las fusiones y las adquisiciones empresariales son procesos complejos que, para poder llevarse a cabo deben ser analizados desde diversos enfoques, no solamente societario, sino otros campos adicionales como por ejemplo, el derecho de competencia, el derecho laboral, el derecho tributario, manejos contables entre otros.

Las fusiones empresariales, además de ser importantes herramientas jurídicas, son consideradas como una forma de asociación estratégica entre dos o más personas jurídicas que han tomado la decisión de unir sus recursos económicos, personales y materiales para lograr formar una nueva sociedad o absorber a una ya constituida, que les permita expandirse y al mismo tiempo ser más competitivos dentro del mercado. Dichas fusiones necesariamente deben realizarse entre personas jurídicas que compartan un mismo objetivo e intención, de tal manera que de esta unión resulte una compañía con una estructura más sólida, sin que haya una modificación drástica en cuanto al giro de negocio de la empresa absorbente o de la nueva compañía resultante.

Respecto a la clasificación de las fusiones, esta resulta de cierta manera amplia, ya que por un lado tenemos dos grandes grupos; las fusiones puras que se dan cuando dos o más personas jurídicas distintas deciden fusionarse, para lo cual las empresas originales han decidido unir sus recursos y sus patrimonios, perdiendo así su individualidad y consecuentemente dejando de existir para crear una nueva sociedad; y, por otro lado están las fusiones por absorción, las cuales se dan cuando una empresa decide absorber a una o más compañías en su totalidad, de tal manera que la empresa absorbente subsistirá y adquirirá más poder, mientras que las otras se liquidan por el proceso societario de fusión.

Por otro lado, existe además otra clasificación de fusiones, las verticales y las horizontales. Estas clasificaciones resultan más complejas que las anteriores en razón de que cada una de ellas traerá consigo efectos diversos, los riesgos que se corre con la aplicación de cada uno de ellos son distintos, y sobre todo los objetivos que se persiguen varían dependiendo del tipo de fusión que se elija.

En primer lugar están las fusiones verticales, es decir, aquellas que resultan de la unión de dos o más personas jurídicas cuyos segmentos de mercado son distintos pero tienen algunos aspectos en común, por lo que deciden centrarse en sus similitudes al momento de fusionarse, para así lograr mayor eficiencia y productividad en el mercado. Además, como lo establece Pérez (2013) estas fusiones se llevan a cabo entre dos empresas que se complementan entre sí, ya que se dedican a realizar distintas etapas de un mismo proceso de producción, de tal manera que permite crear una cadena productiva completa dentro de una misma empresa.

Lo que se busca con este tipo de fusiones es controlar toda la cadena productiva, es decir, desde la obtención de materia prima, hasta la distribución o venta del bien o producto final a los consumidores. Otro autor que se refiere al tema es (Tumaev & Sassa, 2010), quien menciona que, dentro de la fusión vertical de empresas, existen otras dos subclasificaciones: la fusión vertical hacia arriba, que se da en aquellos casos en los cuales una empresa decide adquirir o fusionarse con su proveedor, o una fusión vertical hacia abajo, cuando una compañía adquiere o se fusiona con una empresa cliente.

En segundo lugar están las fusiones horizontales, estas a diferencia de las anteriores, consisten en unir los esfuerzos y recursos de dos o más empresas que se desempeñan dentro del mismo sector de mercado, para así consolidar un negocio más firme frente a sus competidores y, consecuentemente aminorar la competencia. Para Pérez (2013) este tipo de fusiones suelen considerarse peligrosas al momento de analizar tal operación desde el enfoque del derecho de competencia, ya que puede tener como resultado la formación de monopolios u oligopolios.

La Ley de compañías recoge una figura novedosa, la fusión abreviada. Esta clase de fusión se podrá llevar a cabo única y exclusivamente cuando una compañía sea titular de al menos el 90% de acciones de otra sociedad, la fusión que opera en este caso es la fusión por absorción. Distinto de lo que ocurre con el proceso común de fusión, en el caso de una fusión abreviada no se necesitará aprobación de la junta general, sino que generalmente basta con la decisión de los representantes legales de la empresa.

Lo que procede en este caso es publicar las bases de la fusión en el portal web del organismo de control (SCVS). Esta publicación deberá, de manera explícita indicar que, en caso de existir inconformidad respecto a los términos de la fusión, los socios o accionistas que no estén de acuerdo, y que representen al menos el 1% del capital social, tendrán derecho a solicitar que se realice una Junta General antes de proceder con la aprobación de la fusión, el plazo de los accionistas para pronunciarse al respecto será de 15 días contados a partir de la fecha en la que se realiza el anuncio.

Si bien lo mencionado para las SAS también aplica en estos casos, existen ligeras variaciones, por ejemplo no es necesario realizar la publicación en el portal web, sino que basta con la simple decisión de los administradores. A pesar de que los accionistas no son quienes toman la decisión de aprobar una fusión abreviada, estos deberán ser debidamente notificados por parte de los representantes legales dentro del plazo de 3 días contados desde que se ha tomado la decisión.

Por otro lado están las adquisiciones empresariales, las cuales a pesar de que suelen ser confundidas con las fusiones por ser otra forma de alianza estratégica entre empresas, es una figura totalmente distinta. Estos procesos se llevan a cabo cuando una empresa decide adquirir todas o la mayor parte de las acciones de otra compañía, de tal manera que los accionistas de la empresa que ha sido adquirida dejarán de ser sus propietarios, y serán los accionistas de la compañía absorbente quienes pasen a serlo. En estos procesos no se requiere que alguna de las partes deba modificar su giro del negocio, ya que al contrario de lo que ocurre con las fusiones, no es necesario que entre la empresa adquirente y la adquirida exista relación alguna en cuanto a la actividad comercial a la que se dedican.

En otras palabras, se puede decir que las adquisiciones consisten en la compra de una empresa por parte de otra de mayor tamaño, sin que ninguna de ellas deba modificar sus rasgos empresariales distintivos (Pérez, 2013). Sin embargo, se debe tener presente el concepto de adquisición inversa, en este caso ocurre lo opuesto a lo antes descrito; la empresa de menor tamaño es la que adquiere a otra de mayor magnitud.

En el proceso de adquisición empresarial, la empresa adquirente tiene como fin principal la diversificación, es decir, busca dejar de manejar o de desenvolverse únicamente dentro de un mismo campo industrial, y pasar a desenvolverse en distintos sectores de la industria, sin perjuicio de que la nueva variedad de industrias por la que se ha optado tenga relación o no se relacione de ninguna manera con el giro de negocio que

ya mantiene la empresa adquirente. Cernas & Mercado (2015) hace un importante aporte al tema al mencionar que dicha diversificación puede tener tres caminos diversos, dependiendo del grado de relación que mantenga las actividades actuales que realiza la empresa adquirente con respecto de la o las sociedades adquiridas, puede darse la diversificación hacia un área muy cercana, hacia áreas medianamente relacionadas o incluso hacia áreas muy distantes.

Se considera que las adquisiciones empresariales que se diversifiquen hacia sectores o áreas industriales medianamente relacionados son más propensas a ser efectivas, en razón de que la empresa adquirente podrá aprovechar de algunos recursos que ya tiene y que forman parte de la sociedad, para posteriormente implementarlos en la empresa que ha sido adquirida. Lo antes descrito resulta contrario de lo que sucede en aquellos casos en los cuales una empresa decide diversificarse y expandirse hacia áreas para nada relacionadas, ya que en este caso necesita adquirir todos sus recursos desde lo más básico hasta lo más complejo para empezar con su proceso productivo, ya que se trata de un negocio completamente desconocido.

1.2. Objetivo

En palabras de Zayas Katia et al. (2017) dentro del entorno competitivo en el que nos encontramos en la actualidad, las empresas se han visto obligadas a realizar varios cambios, a fin de adaptarse, crecer y permanecer dentro de los diversos mercados existentes. El fin principal de las empresas es mantenerse a flote dentro de un mercado sumamente competitivo, por lo que deben mantenerse en constante innovación con el fin de lograr dicho objetivo, sin embargo, suelen presentarse ocasiones en las cuales el simple hecho de mejorar sus esfuerzos no es suficiente, por lo que realizar adquisiciones o fusionarse con otra u otras empresas se convierte en la única solución.

Las fusiones y adquisiciones empresariales tienen varios aspectos positivos y favorecedores para las empresas, les permite crear estructuras más complejas para posteriormente alcanzar nuevos mercados, ganar valor en estos y, consecuentemente, aminorar la competencia. Son herramientas que permiten reinventar una compañía, modificar su estructura, promover la eficacia de sus procesos productivos y mejorar el portafolio de bienes y servicios que se presenta a los consumidores (Piedrahita-Murcia & Gaitán-Riaño, 2014).

El objetivo es sencillo, se busca “incrementar valor, desarrollarse, o incorporarse a nuevos mercados (Tumaev & Sassa, 2010). Se pretende formar una nueva compañía o un grupo empresarial que sea capaz de adquirir mayor fuerza en el mercado en el cual se desenvuelve. Sin embargo, los objetivos que se persiguen son diversos, hay empresas que con estas operaciones buscan reducir costos de producción, de igual manera reducir el personal y sus gastos en general; mientras que otras compañías, por el contrario, buscan crecer dentro del mundo empresarial, generando más plazas de empleo y ampliando su nivel de producción y ventas.

Las fusiones y adquisiciones empresariales nacen con la voluntad de los socios o accionistas de las empresas de ampliar el mercado en el cual se desenvuelven, para así incrementar su control dentro de los mismos, obteniendo más ganancias y abaratando los costos de producción de sus bienes o servicios. Es ahí cuando surge un problema relacionado con el derecho de competencia; los oligopolios y los monopolios, es decir, la concentración de poder del mercado en un solo productor dominante, o en un grupo reducido de productores. Este problema surge principalmente cuando estas fusiones o adquisiciones se realizan entre grandes y poderosas empresas que comparten un mismo giro de negocio, entre aquellas que unen a personas jurídicas que tienen un gran poder en el mercado o entre compañías que pertenecen a grandes grupos económicos.

Cabe destacar que, como lo explica el autor Pérez (2013) no todas las fusiones empresariales implican un riesgo para el derecho de competencia, sino solo aquellas que por los grandes movimientos de capital que implican, al igual que las inversiones que son necesarias para poder llevar a cabo este proceso y los recursos humanos, materiales e inmateriales que se manejan son de tal magnitud que dejamos de estar frente a un proceso común de fusión, y pasamos a encontrarnos frente a una megafusión. Tal situación se genera principalmente cuando las empresas que han decidido unir sus esfuerzos y recursos pertenecen a sectores poderosos dentro del mercado como por ejemplo el sector bancario, el sector del automovilismo, las telecomunicaciones, la elaboración, distribución y venta de alimentos, insumos farmacéuticos, entre otros.

1.3. Efectos de un proceso de fusión o adquisición

Un tema que se debe considerar siempre antes de llevar a cabo una operación societaria como las fusiones es el hecho de que la nueva compañía que va a surgir como resultado de la unión de las empresas fusionadas, adquirirá los derechos y las obligaciones

de las sociedades iniciales. Similar es la situación en el caso de las adquisiciones, ya que al cambiar los accionistas de la empresa que ha sido adquirida, serán los nuevos propietarios los responsables de cumplir con las obligaciones que ésta mantiene, a través de las obligaciones adquiridas por la Compañía.

Los procesos de adquisición y fusión de empresas generan notables repercusiones tanto en la propia estructura interna de cada organización que ha decidido fusionarse, como en los diversos mercados de bienes y servicios, es por ello que constituyen uno de los hechos más significativos en la economía moderna globalizada (Tumaev & Sassa, 2010). Actualmente es muy común encontrarse con un proceso de fusión o adquisición que se está llevando a cabo, justamente por la constante presión que enfrentan las compañías, al querer estar siempre por encima de las demás con las que comparte mercado.

Antes de tomar la importante decisión de fusionarse o de adquirir una empresa, es importante analizar la situación jurídica de cada empresa de manera individualizada, se deben estudiar a profundidad los contratos que ésta mantiene con terceras personas, naturales o jurídicas, de igual manera se estudiará cómo se encuentra integrada la directiva, se revisará si se ha cumplido a cabalidad con las distintas normativas y reglamentos, si la empresa cuenta con todos los permisos de funcionamiento necesarios, entre otros aspectos más. Verificar la situación financiera y tributaria de la sociedad también es trascendental e indispensable antes de tomar una decisión de tal magnitud como lo es someter a la sociedad a un proceso de fusión o adquisición, a más de la estructura de organización y administración.

Además, para poder concretar un proceso de este tipo, es indispensable analizar la situación desde distintos puntos de vista para garantizar un proceso exitoso. Se deberá estudiar al personal de las compañías, su eficacia y manera de desenvolverse, para ver si son aptos de pasar a formar parte de la nueva empresa resultante y cumplir con los objetivos de la misma, de igual manera se debe realizar un estudio de los clientes y de los proveedores para conocer cómo es la relación de la empresa con ellos o los manejos internos de la compañía absorbente tiene y que se van a sumar a los de la compañía absorbida.

Debemos además considerar el hecho de que cada fusión o adquisición, al ser procesos complejos que involucran recursos de toda clase, generan una nueva cultura organizacional, por lo que, existirá una nueva visión y misión por parte de la nueva

sociedad resultante o absorbente. Se presentarán diversos desafíos y cambios en los más diversos ámbitos y aspectos de la empresa; respecto al capital social, este aumentará en razón de la realidad a la que se enfrenta la nueva empresa; en cuanto a la maquinaria y a los distintos bienes muebles o inmuebles, puede ser necesario adquirir nuevos o deshacerse de los antiguos; respecto a los empleados, puede darse una reducción de personal, con la correspondiente indemnización o caso contrario, incluso se podrá necesitar contratar a personas nuevas, capacitadas y conocedoras del mundo empresarial actual.

Aquellas variaciones tendrán por objeto hacer de la empresa resultante, sea una nueva compañía o la que quede después de una absorción, una fuerte estructura, con mayor poder en el mercado, recursos suficientes para aumentar y mejorar su producción y prestación de servicios, y contar con personal capacitado y especializado. El manejo adecuado de los recursos tanto materiales como inmateriales es indispensable para lograr con éxito el propósito de crecimiento y diversificación que persiguen las empresas que han decidido ser objeto de estos procesos.

Para concluir, es importante mencionar algunos parámetros que nos permitirán determinar si un proceso de fusión o adquisición ha resultado exitoso, además de comprobar que esta ha aumentado su valor económico, se deberán analizar otros aspectos como los siguientes: verificar que la empresa o grupo empresarial ha mejorado de tal manera que permite garantizar estabilidad en el mercado, buenas condiciones para los trabajadores, la satisfacción de los clientes al consumir productos o beneficiarse de servicios que cumplan con sus estándares de calidad y lograr mantener en orden las cuentas al día con los distintos proveedores (Mascareñas Pérez-Íñigo, 2011).

1.4. Regulación legal

En el Ecuador existen varias especies de sociedades que están reguladas en la Ley de Compañías, sin embargo, por la simplicidad que algunas presentan en cuanto a sus formalidades y procedimientos de constitución, son tres compañías las que se constituyen con más frecuencia en el país; las Sociedades Anónimas, las Compañías De Responsabilidad Limitada y las Sociedades por Acciones Simplificadas. La mayoría de los aspectos sobre estas especies societarias están ampliamente regulados en la normativa legal ecuatoriana, los procesos de fusión no son la excepción, es por ello que a

continuación se hará referencia a las disposiciones de la Ley de Compañías que regulan estas operaciones.

1.4.1. El papel que juegan los accionistas o socios en la toma de decisiones.

En primer lugar, debemos considerar que las especies de compañías a las que se ha hecho referencia, para poder operar de manera adecuada y tomar decisiones en beneficio de la compañía, además de contar con los administradores de las mismas, necesitan de un órgano de administración que esté conformado por sus socios o accionistas. Estos órganos conformados por los propietarios de las empresas se denominan Juntas Generales de socios, en el caso de las compañías de responsabilidad limitada o Junta General de accionistas en las Sociedades Anónimas; mientras que en el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas, conocidas también como S.A.S., se denomina Asamblea General de accionistas.

La Junta o Asamblea General de accionistas o socios es el órgano que mayor responsabilidad tiene dentro de una empresa al estar conformada por los dueños de la misma, es por ello que les corresponde la potestad de decidir sobre cuestiones trascendentales que afectan de manera directa a la compañía, por esa razón la Ley de Compañías les ha impuesto importantes atribuciones, entre las cuales se encuentran: designar y remover del cargo a los miembros de los organismos administrativos de la empresa, conocer los estados financieros y demás informes emitidos por los administradores y los auditores en caso de haberlos, de igual manera tiene la atribución de decidir acerca de la repartición de los beneficios sociales y sobre la adquisición de otra sociedad, resolver sobre modificaciones al estatuto de la compañía, resolver sobre la fusión, disolución o liquidación de la compañía, entre otros.

El número de socios o accionistas que se requiere se encuentren presentes al momento de instalar la respectiva Junta o Asamblea varía dependiendo del tipo de asuntos previstos a tratarse en la reunión y del tipo de compañía. En aquellos casos en los que se pretenda tratar temas de especial trascendencia como lo sería una fusión o adquisición, el quórum de instalación será, en primera convocatoria la mitad del capital social, en segunda convocatoria, se requerirá contar con al menos una tercera parte del capital, y en caso de no lograr instalarse, se realizará una tercera y última convocatoria, cuya sesión se instalará con el número de accionistas presentes en la reunión.

Para que la Junta o Asamblea General, se pueda reunir de una manera válida y legítima será necesario que los accionistas sean debidamente convocados a la misma, el término generalmente es de cinco días por mail, salvo que el Estatuto establezca lo contrario, sin perjuicio de que cuando uno de los puntos del orden del día sea la fusión de la compañía u otra operación de suma importancia, los accionistas, gozarán del derecho de inspección, el cual consiste en tener acceso a todos los documentos e información que se necesita conocer para poder tomar una decisión al respecto, puede darse el caso de que el estatuto de cada compañía establezca un término específico para aquello, sin embargo, la Ley establece que ese derecho se lo ejercerá en los cinco días anteriores a la reunión.

1.4.2. Planificación y ejecución de las fusiones empresariales

Una vez que se haya instalado la Junta o Asamblea General con el quórum requerido por ley se procederá a redactar y elaborar una Acta de Junta o Asamblea, en la cual constará que los socios o accionistas conocieron y fueron informados respecto de documentos importantes como los estados financieros individuales de cada empresa y los estados financieros consolidados. De igual manera se detallará la discusión que se dio al respecto de la información societaria y contable, del valor de negociación de las acciones, el valor de las acciones de la empresa resultante, etc. Se deberá revisar detenidamente las bases de la fusión para poder llegar a establecer cuál es el porcentaje accionario que corresponderá a cada accionista.

De igual manera se discutirá sobre el aumento de capital que necesariamente deberá realizarse como resultado del proceso de fusión, además, se resolverá sobre la disolución y liquidación de las compañías que dejaran de existir, tanto en el caso de que se trate de una fusión pura, al igual que cuando estemos frente a una fusión por absorción. Finalmente, si se cuenta con el quórum de decisión necesario, que podrá ser, la mitad más uno de los accionistas presentes, o aquel que conste en el estatuto, se aprobará la fusión.

El artículo 337 de la Ley de Compañías (1999) establece que existen dos tipos de fusión, que son aquellos que se describieron a inicios de este capítulo, esto es, la fusión pura, definiéndose como la situación en la que dos compañías deciden unirse para crear una nueva compañía que será titular de sus derechos y obligaciones, mientras que en el siguiente punto define a las conocidas fusiones por absorción, es decir, cuando una compañía es absorbida por otra que continuará existiendo.

En el caso de la fusión pura, lo que procede es acordar entre los accionistas la disolución y liquidación de las empresas que se fusionan, para posteriormente realizar el respectivo traspaso en bloque de sus activos y pasivos a la nueva empresa. Mientras que cuando se trate de una fusión por absorción, se dará el mismo traspaso en bloque, sin embargo en este caso la compañía que subsiste deberá realizar el respectivo aumento de capital en el valor que corresponda. La compañía absorbente deberá aprobar las bases de la fusión mediante una acta de Junta, de igual manera deberá aprobar la reforma de los estatutos en los artículos que corresponda, especialmente en el referente al capital social

Las fusiones pueden perfeccionarse mediante la elaboración de un documento privado. Solamente en aquellos casos en los cuales se transfieran bienes inmuebles, se deberá realizar mediante escritura pública. El documento público o privado, en el cual se apruebe la fusión, deberá corresponder al mismo periodo dentro del cual se realizaron las Juntas Generales de cada una de las empresas en las cuales se aprueba la fusión.

Los accionistas de las compañías que se han extinguido tendrán una participación en la nueva empresa que se ha formado. Sin embargo, tanto en el caso de una fusión como en el caso de una adquisición, los accionistas o socios podrán ejercer el derecho de separación en caso de no estar de acuerdo con formar parte de la nueva estructura empresarial que surgirá como resultado de aquellas operaciones.

En el caso de que la fusión involucre a una compañía por acciones simplificada, generalmente se seguirán las mismas disposiciones antes referidas, en lo que no fuera contrario a lo que la ley determina específicamente para este tipo de compañías. La fusión puede darse entre dos o más S.A.S. o entre una S.A.S. y una compañía de otra clase, en estos casos se deberán observar detalladamente los requisitos legales que se establecen para cada una de estas especies.

Una consideración trascendental que debemos tener presente al momento de decidir optar por un proceso de fusión empresarial, independientemente de las especies de compañías que se estén fusionando, es que esto no dependerá exclusivamente de la voluntad de los accionistas, sino que se requiere que el órgano de control, en este caso la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros realice un control previo, conocido también como control ex ante, en razón de que al tratarse de un acto complejo, se necesita comprobar que este no perjudique a terceras personas, sean estas naturales o jurídicas, de igual manera se busca controlar que la compañía y sus accionistas no se vean afectados. El control previo por parte de la Superintendencia, además tiene como objetivo garantizar

que se cumpla con todos los procedimientos y requisitos que están previstos en las distintas leyes que conforman el ordenamiento jurídico.

Cualquiera sea la clase de fusión empresarial que se está llevando a cabo, tanto en el caso de Sociedades Anónimas, de Responsabilidad Limitada o Sociedad por Acciones Simplificada requerirá, en todos los casos, de una resolución previa de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros que apruebe esta operación, para posteriormente poder realizar la debida inscripción en el Registro de Sociedades propio de la Superintendencia o en el Registro Mercantil del cantón que conste como domicilio de la compañía, dependiendo del tipo de compañía.

1.4.3. Planificación y ejecución de las adquisiciones empresariales

La adquisición, según Mascareñas Pérez-Íñigo (2011) puede darse de dos formas distintas, en primer lugar cuando la empresa adquirente ha considerado que una empresa puede ser objeto de adquisición, en razón de su efectividad en el mercado, por lo que su adquisición podría traer consigo varias ventajas para el adquirente. Sin embargo también puede darse el caso de que una empresa esté en un punto crítico, por lo que decide buscar un comprador para sus acciones, y de esta manera ser adquirida por un comprador que vea el potencial suficiente en la empresa para sacarla adelante, utilizando los recursos que ya dispone en otras compañías del grupo empresarial.

El primer paso para poder llevar a cabo una adquisición de empresas es la negociación. En palabras del mismo autor, el proceso negociador es fundamental al momento de decidir adquirir una empresa, a través de esta acción las partes podrán libre y voluntariamente concretar los términos específicos de esta adquisición. Se debe analizar la situación siempre desde un enfoque, legal, económico y estratégico, de tal manera que se pueda responder a la pregunta, ¿esta adquisición impulsará el crecimiento del grupo empresarial? (Mascareñas Pérez-Íñigo, 2011).

La empresa que va a ser adquirida proporcionará todos los documentos e información necesaria a la compañía adquirente a fin de que esta pueda verificar como ha estado funcionando la empresa y si le permitirá alcanzar su objetivo de impulsar el crecimiento del grupo empresarial. Sin embargo, al tratarse de un asunto de alta complejidad la empresa adquirente no podrá conformarse con la información que ha sido entregada, y según lo mencionan los autores (Sebastián Quetglas & Jordano Luna, 2016) deberá realizar las debidas diligencias o due diligence en el ámbito legal, financiero y

estratégico, es decir se realizará un examen exhaustivo sobre los aspectos operativos, comerciales, legales, financiero, contables, etc. de la empresa a fin de obtener información relevante sobre esta compañía a fin de verificar cual es la utilidad y los beneficios que esta adquisición traerá consigo.

En el caso de la empresa adquirente, es indispensable la realización de las diligencias debidas, ya que en caso de omitirlas se estaría elevando considerablemente el riesgo de que en el futuro se encuentre con problemas o circunstancias que no había previsto al momento de la adquisición, de tal manera que este proceso dejara de ser percibido como una acción que se dio en beneficio del grupo empresarial, y pasará a ser una fuente de conflictos. En términos generales se puede afirmar que las due diligence será el paso más importante a considerar antes de perfeccionar un proceso de adquisición, es por ello que, se deberán invertir todos los recursos necesarios para asegurarse de que el examen que se realiza a la empresa que podría llegar a ser adquirida, sea realmente exhaustivo y permita analizar a esta compañía desde todos los enfoques y ámbitos, a fin de poder determinar con claridad si es que se trata de un proceso realmente beneficioso para la compañía que no resulta perjudicial en un futuro.

Para garantizar un proceso de adquisición exitoso se deberán valorar las sinergias, es decir, aquellas ventajas que se obtendrán como resultado de considerar a la empresa adquirida y a la adquirente como una unidad en lugar de considerarlas como entidades individuales. Las sinergias resultantes pueden ser operativas, como por ejemplo lo relacionada a la eficiencia, el aumento de los ingresos futuros y la reducción de gastos; o también pueden ser sinergias financieras, las cuales se refieren al hecho de aumentar el valor de estas empresas a través de la combinación de los recursos que cada una de estas posee (Mascareñas Pérez-Íñigo, 2011).

Una vez que se han cumplido con esos pasos, el proceso para perfeccionar esta operación, es similar a aquel que se sigue en el caso de las fusiones empresariales. En primer lugar se elaborará el documento privado o público en el cual se detallarán todos los términos y condiciones sobre la adquisición que se hubieren alcanzado durante la etapa de negociación entre las partes. Después de que se haya cumplido aquello, se procederá a realizar la debida convocatoria a los socios o accionistas de la empresa para informarles sobre las condiciones que se han fijado y darles así la oportunidad de proponer modificaciones, después de que se haya realizado la debida discusión y aceptación por parte de los propietarios de las empresas, se hará constar aquello en el acta

de junta que se deberá elaborar, para que posteriormente se pueda proceder con la respectiva transferencia de acciones a favor de la empresa adquirente, para de esta manera completar el proceso al inscribir esta transferencia de acciones en el Registro correspondiente y lograr perfeccionar esta operación societaria.

CAPÍTULO 2

2. DERECHO DE COMPETENCIA

El Derecho de Competencia puede definirse como aquella rama del derecho que busca regular la relación y la dinámica de interacción que surge entre los diversos operadores económicos que interactúan entre sí, así como también las distintas conductas y actividades que se llevan a cabo en el mercado en el que se desenvuelven. Procura garantizar una libre competencia entre los competidores, es decir, hacer efectivo el derecho y el deber que tienen cada uno de ellos para poder participar en el mercado de una manera adecuada, protegiendo los intereses del resto de competidores y de los consumidores, de tal manera que no se causen daños entre sí ni tampoco a terceros. Además, resulta trascendental en razón de que es aquella herramienta que tiene el Estado para controlar la manera en la que se desenvuelven los operadores económicos en el mercado, con el fin de garantizar su eficiencia, igualdad y transparencia.

Esta rama del derecho tiene una naturaleza jurídica mixta, en razón de que combina aspectos tanto de derecho público como de derecho privado (Palacios Lleras, 2013). El enfoque público de este derecho se da a partir del hecho de que vela por el interés general mediante la regulación de la política económica y del comercio interno, para así garantizar la existencia de un mercado eficiente, justo y sustentable que cumpla con la finalidad de satisfacer las necesidades de la sociedad. Por otro lado, el enfoque privado hace referencia a la necesidad de regular la interacción que se da entre quienes conforman el mercado y las relaciones jurídicas que surgen como resultado de esta, teniendo presente que, lo que cada agente económico busca es la obtención de beneficios y ganancias para sí mismo.

La competencia debe ser considerada como aquella herramienta que trae consigo un sin número de beneficios tanto para consumidores cuanto para competidores, sin dejar de lado el hecho de que sin su existencia, el mercado no cumpliría con sus condiciones de eficiencia y transparencia lo cual permite que el Estado garantice la obtención de bienes y servicios en óptimas condiciones que contribuyan a lograr el bienestar general de la sociedad. Para los consumidores los beneficios son claros, al existir más competencia existe mayor oferta de bienes y servicios de tal manera que podrán elegir aquel que mejor satisfaga sus necesidades, en plena libertad y por el mejor precio. Por otro lado la competencia para los competidores, en palabras del autor (Pascual, 2013) representa la oportunidad que tienen estos de llegar a sobresalir y distinguirse del resto

de competidores, para de esta manera volverse más reconocidos y apreciados por los consumidores.

2.1.Regulación en la normativa ecuatoriana

Se trata de una rama del derecho relativamente nueva, que empezó a ganar importancia en la legislación ecuatoriana desde hace más de una década, específicamente a partir del año 2011, con la creación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y con la expedición de su Reglamento, el cual se publicó en el Registro Oficial un año después. Cabe mencionar que si bien esta Ley ha tratado de contemplar todos los escenarios, conflictos y diversas circunstancias que podría el Derecho de Competencia traer consigo en la práctica, aquello no ha sido posible y en la actualidad existen varios aspectos pendientes por desarrollar. La Constitución de la República del Ecuador, así como otros cuerpos normativos como la Ley de Compañías, hacen ciertas referencias a este tema, en lo relativo a la prohibición de llevar a cabo prácticas anticompetitivas y desleales, aunque desde un enfoque general.

El texto constitucional en su articulado contiene disposiciones tendientes a imponer deberes y obligaciones al Estado ecuatoriano a fin de fomentar la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, a través de la aplicación de principios como la transparencia y eficacia en los mercados. Aquello nos permite determinar que el principal objetivo del Derecho de Competencia es garantizar que tanto competidores como consumidores se desenvuelvan en un mercado eficaz y libre. De igual manera se menciona que es deber del Estado ecuatoriano garantizar que no se consoliden monopolios, oligopolios u otras prácticas anticompetitivas que afecten el funcionamiento eficiente del mercado al mencionar que “el Estado (...) 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”.. (Constitución de La República Del Ecuador, 2008)

De aquellas disposiciones se desprende que el objetivo general del Derecho de Competencia de acuerdo a la normativa ecuatoriana es procurar la existencia de mercados equitativos y justos dentro de los cuales el intercambio de bienes y servicios que se da entre los distintos competidores que interactúan en él y los consumidores, se haga de una manera adecuada sin que ninguna de las partes se vea afectada. De igual manera, lo que se busca es imponer límites y reglas claras a la actuación de los agentes económicos,

especialmente a aquellos del sector privado, ya que es ahí donde podría llegar a darse la consolidación de monopolios u oligopolios, al igual que otro tipo de actuaciones y conductas de competencia desleal, es decir, aquellas conductas que tienen como objeto o como resultado eliminar o restringir la competencia en el mercado ya que afecta de manera directa o indirecta a los competidores.

2.2.Posición de dominio y poder en el mercado

El poder o la posición de dominio en el mercado es uno de los temas que mayor importancia tiene dentro del Derecho de Competencia, ya que se refiere a la influencia que tienen operadores económicos prestadores de bienes y servicios dentro del mercado. Es aquella posición de dominio en la que se encuentran los competidores que les permite ser capaces de actuar y desenvolverse independientemente y sin considerar a los demás sujetos o entidades que forman parte del mercado.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011), en su artículo 8 establece varios criterios, que deberán cumplirse individual o conjuntamente a fin de establecer si un determinado operador económico ostenta poder de mercado. Entre otras cosas, se deberá analizar si el operador económico es capaz de fijar los precios en el mercado o limitar la oferta de los bienes o servicios sin que los demás competidores puedan afectar esa capacidad; se deberá verificar el grado de dificultad que existe al momento en el que otros operadores buscan ingresar al mercado; analizar el grado de oferta y demanda que existe; el poder de mercado que ostentan otros competidores; la posibilidad de que los bienes y servicios que son proporcionados por el operador económico, sean sustituidos por los de otros competidores, entre otros más.

Un concepto clave para poder entender a cabalidad el poder de mercado es el “mercado relevante”, es decir, aquel espacio en el que se desenvuelven las distintas compañías, dentro del cual se debe analizar lo relativo a la competencia entre ellas. Tiene dos dimensiones:

- Mercado de producto o servicio: incluye a todos aquellos bienes o servicios que tienen precios, usos y características similares.

- Mercado geográfico: como su nombre lo indica, es aquella área geográfica en la cual participan los operadores económicos, puede ser local, nacional e incluso, internacional.

Determinar el mercado relevante es indispensable al momento de establecer si es que un operador económico está siendo afectado por conductas de competencia desleal. Los operadores podrán, libremente, reforzar su posición en el mercado, siempre y cuando no afecten a los derechos de la competencia o de los consumidores, ya que, caso contrario, se estaría atentando contra los principio de transparencia, eficiencia e igualdad del mercado, lo cual conlleva la aplicación de las respectivas sanciones previstas en la Ley.

Hay que tener presente el hecho de que ostentar gran poder de mercado no es una conducta ilegal, como si lo es abusar de esta para causar perjuicios al resto de competidores a fin de disminuir significativamente o incluso eliminar la competencia. Como lo menciona el autor Pascual (2013) si se ha conseguido aquel poder cumpliendo con la normativa legal, no habrá problema alguno en tal sentido, el problema surgirá al momento de buscar mantener tal posición de dominio considerando todos aquellos supuestos legales a fin de asegurar que no se llegue a incurrir en una conducta sancionada.

En este punto cabe hacer especial referencia a la sentencia de interpretación prejudicial dictada por el distinguido Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del proceso 227-IP-2023, en el cual lo que se pretende determinar es si existe o no un abuso de posición de dominio de mercado por parte de un agente económico que presuntamente estaría colocando en situación de desventaja a otros operadores del mercado. El análisis parte de la Decisión 608 de la Comunidad Andina, específicamente en el artículo 9, el cual menciona un claro concepto de posición de dominio de mercado:

Artículo 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad (Decisión 608: Normas Para La Protección de La Libre Competencia En La Comunidad Andina, 2005).

A partir de este concepto, el Tribunal pasa a definir, en términos generales, que debe entenderse como abuso de posición de dominio en el mercado, mencionando que

son aquellas conductas capaces de impedir o dificultar el acceso o la simple permanencia de los operadores dentro del mercado por razones distintas a la eficiencia económica. En primer lugar, para comprender a cabalidad este concepto es indispensable comprender a que se refiere el término “eficiencia económica” (Proceso 227-IP-2023, 2024). De acuerdo al Tribunal, la eficiencia económica hace referencia al esfuerzo realizado por las empresas para, en base a la relación entre calidad, precio y variedad de sus productos, ganar mayor aceptación y acogida por parte de los consumidores. De tal manera que cada operador económico, además de implementar procesos productivos o resultados innovadores invertirá sus mejores esfuerzos a fin de destacar sobre las demás mediante la realización de conductas lícitas y legalmente permitidas, a lo que se le conoce como “esfuerzo empresarial”.

Como consecuencia de aplicar los conceptos de eficiencia económica y esfuerzo empresarial, se obtendrá una competencia por méritos, más no una competencia desleal conformada por actuaciones que buscan afectar a los demás partícipes del mercado (Tribunal de la Comunidad Andina, 2024). Es decir, se busca implementar una barrera lícita que dificulte la permanencia de los competidores en el mercado o que imposibilite su ingreso a él, lo cual a simple vista sonará como una práctica desleal, sin embargo, no lo es, en razón de que tal barrera no será impuesta por la empresa que ostenta posición de dominio en el mercado, sino por los consumidores, consecuentemente serán los demandantes de bienes y servicios quienes tendrán el poder de decisión respecto a que competidores permanecen o no en el mercado.

Como se ha hablado, el hecho de que exista competencia, permite que los operadores económicos aumenten cada vez más sus esfuerzos y apliquen prácticas innovadoras a fin de lograr permanecer en el mercado, lo cual hace que surja el cuestionamiento respecto a si, en un mercado altamente concentrado, donde la competencia se reduce únicamente a ciertas empresas, realmente estas buscan innovarse para mantenerse a flote en el mercado cuando no tienen como incentivo superar al resto, o simplemente se conforman con producir y distribuir productos o servicios en condiciones básicas y con precios que han sido fijados unilateralmente, aprovechándose de que a los consumidores les resulta sumamente complicado encontrar otros que se puedan considerar sustitutos.

Existe un problema en cuanto a que la línea divisora entre abusar de su posición de dominio de forma ilegítima a fin de eliminar a sus competidores o para evitar que otros

competidores ingresen al mercado; y, simplemente aprovechar esta posición de dominio para implementar eficiencias económicas en su actuación y así fortalecer dicha posición, es muy tenue, de tal manera que en ciertos punto resulta complicado distinguir cuando se ha dejado de estar del lado del actuar legítimo para pasar a configurar conductas legalmente prohibidas y sancionadas.

La base para obtener un mercado eficiente es, en palabras del autor Pascual (2013) lograr la existencia de una “cooperación competitiva”, de tal manera que los actores económicos busquen incrementar los beneficios económicos que obtienen mediante su interacción con los consumidores, sin afectar a los demás competidores y sin dejarse persuadir por aquellas prácticas anticompetitivas que distorsionan por completo el concepto de libre mercado. El mismo autor menciona que suele erróneamente considerarse que para que exista un sistema de competencia eficiente o una “competencia perfecta” es necesario que exista un equilibrio entre oferentes y demandantes, además que la mercadería que se distribuye o el servicio que se presta sea el mismo entre todos los oferentes, de tal manera que al existir tanta oferta los precios no variarán significativamente entre una empresa y otra.

Sin embargo, basta con observar superficialmente a la forma en la que se desenvuelve el mercado en la realidad para comprobar que este modelo es sumamente idealista y difícil de que se materialice en la práctica. Resulta incorrecto considerar que el mercado estará equilibrado cuando existen varias empresas competidoras dentro del mismo.

2.3. Abuso de posición de dominio del mercado

El Tribunal de la Comunidad Andina (2024) dentro del proceso 227-IP-2023 hace referencia a las condiciones que, necesariamente deben estar presentes para que se configure un abuso de posición de dominio en el mercado. En primer lugar, es indispensable que la empresa dominante perciba algún beneficio directo o indirecto, de tal manera que si esta no resulta beneficiada, no podría jamás alegarse que existe un abuso por su parte. Por otro lado, hace referencia también a un segundo requisito, el cual consiste en que, se pueda evidenciar una afectación al resto de competidores y el establecimiento de condiciones que impidan la expansión del mercado (Proceso 227-IP-2023, 2024).

De acuerdo a lo establecido por la Superintendencia (Guía para la Investigación de Conductas de Abuso del Poder de Mercado, 2021) existen dos condiciones fundamentales que deberán comprobarse para poder llegar a determinar si es que, efectivamente, una conducta encaja dentro del supuesto de abuso de poder del mercado. En primer lugar, aunque resulta obvio, deberá verificarse que el operador económico cuya conducta va a examinarse, ostente poder de mercado al cumplir con los presupuestos legales que se han mencionado con anterioridad y que se encuentran ampliamente detallados en el artículo 8 de la LORCPM. Como siguiente paso, se verificará si la conducta en cuestión cumple con los presupuestos legales para ser considerada como anticompetitiva.

En cuanto al primer requisito la Superintendencia de Competencia Económica ha considerado distintos parámetros nacionales e internacionales para poder llegar a determinar una unidad de medida que permita demostrar si es que un operador económico puede ser dominante o no. Al respecto, la Guía para la Investigación de Conductas de Abuso del Poder de Mercado (2021) menciona que se considera que una empresa es dominante en el mercado cuando tenga una cuota de participación en el mismo mayor al 70%, mientras que si dicho porcentaje es menor del 40% difícilmente se considerará que esta empresa es dominante. Para determinar el segundo requisito debe tomarse en consideración que, en principio, podrá ser sancionada cualquier conducta que afecta a la libre interacción entre operadores económicos en el mercado, que consecuentemente atente contra las políticas estatales del comercio interno y la economía.

El mismo texto hace referencia a que las conductas que son consideradas como abuso de poder del mercado pueden clasificarse dentro de dos categorías; conductas exclusorias o explotativas. Las conductas exclusorias pueden definirse como aquellas que tienen como resultado aminorar la competencia, bien sea al impedir la entrada de nuevos competidores a un mercado relevante, o al dificultar la permanencia de los competidores que ya han logrado ingresar. Por otro lado, las conductas explotativas son aquellas que son realizadas por los operadores económicos y que buscan explotar a los clientes o consumidores (Superintendencia de Competencia Económica, 2021).

En base a lo establecido por la Superintendencia de Competencia Económica, resulta posible encajar cada una de las veinte y tres conductas consagradas en el artículo 9 de la LORCPM en estas dos categorías de acuerdo a su naturaleza. Entre las principales modalidades de exclusión se encuentran:

- Concentración de medios de producción;

- Establecimiento de condiciones discriminatorias o desiguales en las relaciones comerciales, de tal manera que se coloque a unos competidores en situación de desventaja de manera injustificada;
- Venta condicionada o atada;
- Establecimiento de condiciones injustificadas para la compra, venta y distribución de bienes y servicios;
- Aplicación de descuentos condicionados, etc.

Por otro lado, entre las principales conductas explotativas, se encuentran las siguientes:

- Aumentar los márgenes de ganancia de los operadores económicos mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor;
- Discriminación injustificada de precios mediante la fijación de precios predatorios y explotativos; entre otros.

2.4. Prácticas y acuerdos restrictivos

Lo que el principio de libre competencia busca dentro del mercado es que cada uno de los oferentes, de manera autónoma e independiente establezca cuál será su plan de actuación dentro del mercado, como logrará que sus productos en base a la relación precio-calidad resulten más atractivos para los consumidores. Este es el comportamiento ideal que deberían adoptar las empresas que participan dentro del mercado. Sin embargo, no todos pretenden actuar de buena fe, sino que por el contrario buscan atajos y salidas fáciles para alcanzar su objetivo de ganar más poder de mercado para sobresalir respecto de los demás competidores, a tal punto que incluso, llegan a generar acuerdos o pactos con otras empresas a fin de distorsionar el mercado y su funcionamiento.

A esta situación en particular se refiere el art. 11 de la LORCPM, al mencionar que “Están prohibidos todos los acuerdos, decisiones de asociaciones, o prácticas concertadas entre dos o más operadores económicos, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, en todo o parte del mercado nacional (...)” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011). Serán consideradas como conductas restrictivas, en general, todas aquellas que son premeditadas y que nacen de la concordancia de voluntades entre dos o más operadores económicos con el objetivo de obstaculizar o eliminar la competencia en un mercado relevante determinado. Algunas de estas

conductas anticompetitivas consisten, por ejemplo en, fijar directa o indirecta precios y condiciones comerciales, restringir la oferta o demanda de bienes y servicios, acordar la repartición de mercados, clientes o fuentes de abastecimiento. También incluyen la limitación de la producción, la imposición de condiciones desiguales a terceros en situaciones equivalentes, la subordinación de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que no guardan relación con su objeto, entre otros supuestos más (Decisión 608: Normas Para La Protección de La Libre Competencia En La Comunidad Andina, 2005).

Cabe destacar que el Estado, está en la obligación de garantizar que exista un intercambio justo de bienes y servicios entre oferentes (agentes económicos) y demandantes (consumidores) es por ello que, mediante regulación constitucional y legal se ha buscado detallar cuáles son aquellas conductas que están permitidas dentro del mercado así como también cuáles son aquellas que resultarían anticompetitivas y conllevarían a la perturbación o el deterioro del modelo de mercado libre y equilibrado que se busca mantener.

2.5. Conductas anticompetitivas que podrían configurarse a partir de una fusión o adquisición empresarial

De lo mencionado en el primer capítulo, se desprende la idea de que las fusiones y adquisiciones empresariales que se llevan a cabo en nuestro país suelen enfocarse únicamente en cumplir con los parámetros establecido en la Ley de Compañías, es decir, en el ámbito societario, sin considerar que, existen fusiones o adquisiciones que unen a dos o más empresas que individualmente ya gozan de gran poder e influencia en el mercado ecuatoriano, por lo que, llevar a cabo una de estas operaciones podría causar que incurramos en alguna de las prácticas o conductas que son consideradas como restrictivas y por lo tanto son sancionadas por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

Con el paso del tiempo, se ha podido evidenciar la existencia de un nuevo fenómeno en la realidad empresarial, el cual consiste en el surgimiento de grandes monopolios u oligopolios que tienen lugar a partir de una fusión o adquisición empresarial, ya que mediante estas herramientas, los grandes grupos empresariales pretenden sustraer del mercado toda clase de competencia (Tamayo et al, 2022). Las empresas pertenecientes a grandes grupos empresariales tienen especial interés en fusionarse con pequeñas o

medianas empresas, a fin de aminorar la competencia, lo cual dificulta que exista una libre competencia en el mercado capaz de garantizar condiciones de igualdad con respecto al resto de competidores y a los consumidores.

Las fusiones y adquisiciones que se llevan a cabo entre empresas que ostentan un poder de mercado significativo, estarían provocando, bien sea a corto, mediano o largo plazo la extinción de la competencia en diversos sectores industriales, se reduciría de manera drástica la cantidad de participantes que existen en él, por lo que pasaríamos a estar frente a un mercado altamente concentrado (Trujillo-Sandoval et al., 2017). En estos casos, la empresa resultante de la fusión, o aquellas que mediante un proceso de adquisición pasaron a ser controladas por el mismo grupo empresarial, habrán incrementado su poder de mercado de manera ilegítima, es decir, afectando a los parámetros establecidos en la ley, atentando contra el bienestar de los consumidores, la eficiencia económica, el comercio justo y la libre competencia, salvo que ésta fusión o adquisición se realice con apego a la normativa y cumpla un óptimo manejo en materia de Competencia, sumado al control societario de la Superintendencia de Compañías.

La principal conducta que el Estado busca evitar que se perfeccione son las concentraciones económicas y evitar que exista un acceso inequitativo a los factores y recursos de producción (Constitución de La República Del Ecuador, 2008, art. 334). De igual manera la LORCPM es clara al mencionar que uno de sus objetivos principales es prevenir, controlar y regular las operaciones de concentración económica. Entiéndase como concentración económica a aquella categoría de conductas anticompetitivas que abarca a los monopolios y los oligopolios, prácticas que son realizadas por los operadores económicos y, que tiene como consecuencia acaparar un mercado de un determinado sector productivo total o parcialmente. Lo cual, evidentemente traerá consigo consecuencias negativas para los consumidores y para el resto de los competidores, las prácticas de concentración económica pueden realizarse por una sola empresa determinada o por un grupo reducido de operadores económicos, en el primer caso se estaría frente a un monopolio, y en el segundo, a un oligopolio.

Una concentración económica, podría entenderse como aquella situación que ocurre cuando dentro de un determinado mercado, existe únicamente un productor o un reducido grupo de productores de un bien o servicio en específico, de tal manera que, en caso de querer reemplazarlo por otro de la misma clase, los intentos son nulos o casi nulos (Tamayo et al, 2022), en este caso, quienes serán gravemente afectados son los

consumidores. Además cabe mencionar que no se estaría respetando lo establecido en la Constitución de la República, en cuanto al deber que tiene el Estado de garantizar un mercado eficaz que funcione en base al principio de libre competencia.

En este punto resulta indispensable indicar que no necesariamente todos los casos de fusiones y adquisiciones de empresas podrían derivar en la configuración de una concentración económica. En ciertos casos estas actuaciones pueden resultar insignificantes y carecer de importancia para la Superintendencia de Competencia Económica, que es el ente rector encargado de regular el régimen de competencia y poder de mercado en el territorio nacional, por lo que las empresas que no ostenten un poder de mercado significativo no tendrán la obligación de notificar a la Superintendencia ni solicitar su autorización para proceder con su actuar. Es el caso de una fusión entre empresas pequeñas o adquirir un paquete accionario, que no afecte a la libre competencia como se ha señalado.

Distinta es la realidad de las grandes empresas, quienes deberán verificar cuidadosamente aquellas condiciones que la ley impone al momento de autorizar una fusión o adquisición de gran magnitud. La LORCPM ha sido clara al determinar cuáles son aquellos casos específicos en los cuales se deberá realizar una notificación a la Superintendencia, para que esta a su vez pueda realizar el debido análisis de cada caso concreto. La empresa encargada de realizar la notificación será, en caso de una fusión, la absorbente, y en caso de una adquisición, quien pase a tomar el control de la compañía adquirida.

Las dos circunstancias dentro de las cuales resulta indispensable notificar al organismo de control son las siguientes; en primer lugar cuando el volumen de negocios, supere al monto establecido por la Junta de Regulación, entendiéndose al volumen de negocios como lo define el artículo 6 de la LORCPM (2024), aquella cuantía que se obtiene como resultado de la prestación de un servicio o de la venta de productos durante el último ejercicio económico previo a realizar la debida deducción del impuesto sobre el valor agregado (IVA) y otros impuestos que se imponen al consumidor final. El segundo caso establece que se deberá realizar una notificación a la Superintendencia de Competencia Económica, en aquellos casos en los cuales la operación que se pretende llevar a cabo involucre a operadores económicos que pertenezcan al mismo sector industrial, de tal manera que al considerar sus cuotas en el mercado de manera conjunta,

esta sea igual o mayor al 30% del total del mercado relevante, del producto o servicio que se presta o comercializa.

Aquella notificación deberá realizarse de manera escrita y deberá contener todos los requisitos que están establecido en el artículo 18 del Reglamento a La Ley Orgánica de Regulación y Control Del Poder de Mercado (2012) Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Una vez que la Superintendencia ha recibido la notificación, procederá a realizar el examen respectivo, a fin de que, en el plazo máximo de 60 días, emita una resolución motivada en la que decidirá autorizar, negar, o incluso podrá decidir subordinar la operación de concentración económica al cumplimiento de ciertas condiciones que serán impuestas de acuerdo a cada caso concreto.

La notificación previa al organismo de control es un requisito cuyo cumplimiento es obligatorio, de tal manera que, en caso de incumplimiento la Ley establece sanciones económicas, las cuales al consistir en grandes sumas de dinero podrían incluso generar perjuicios insubsanables a las empresas responsables. En este caso, podemos encontrarnos frente a dos situaciones, en primer lugar puede darse que, el operador económico hubiese inobservado su obligación de notificar una concentración económica, lo cual es considerado en la LORCPM como una infracción leve que será sancionada con una multa de hasta el 8% del volumen total de negocios de la empresa en el ejercicio económico anterior, y en caso de que dicho valor no pudiera determinarse, se establecerá una multa de entre 50 y 2000 Remuneraciones Básicas Unificadas.

Por otro lado, podemos encontrarnos frente a una de las situaciones contempladas en el artículo 79 de la ley, cuando no solo se ha omitido realizar la debida notificación, sino que, ya se ha llevado a cabo una operación de concentración económica, sin haber realizado la notificación o sin haber esperado hasta que la Superintendencia emita la resolución respetiva. En este caso se trata ya de una infracción grave, cuya multa será de hasta el 10% del volumen de negocios total o un valor entre 2001 a 40000 Remuneraciones Básicas Unificadas (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011).

Las fusiones y adquisiciones entre grandes empresas que ostentan poder de mercado o posición de dominio en un mercado relevante, no solamente están expuestas a la configuración de concentraciones económicas como monopolios y oligopolios, sino que se trata de operaciones económicas que también son propensas a incurrir en alguna de las

conductas sancionadas al ser consideradas como abuso del poder de mercado. Las conductas que nos permiten evidenciar que efectivamente existe un abuso de poder de mercado por parte de un agente económico, como lo menciona (Trujillo-Sandoval et al., 2017) son aquellas que pretenden obtener un acaparamiento del mercado a corto, mediano o largo plazo.

No es una condición indispensable que la distorsión del mercado se dé inmediatamente después del perfeccionamiento de una fusión o adquisición, sino que incluso puede considerarse que la esencia del mercado está en riesgo cuando se prevé que en un futuro un sector industrial determinado pueda verse concentrado en manos de pocas empresas, en razón de que las empresas pequeñas y medianas no tendrán los recursos suficientes para lograr subsistir en el mercado con el paso del tiempo. Lo que las fusiones o adquisiciones entre grandes empresas pretenden es lograr reducir el mercado, a fin de que sean cada vez menos las empresas entre las cuales deben elegir los consumidores al momento de adquirir bienes o servicios, logrando así que los beneficios económicos que se reciben dentro de un sector o mercado determinado, se distribuya entre menos operadores económicos para así obtener mayores ganancias.

2.6. Cuando una conducta restrictiva no se considera ilegítima

Tal y como lo menciona Pascual (2013) se debe considerar el hecho de que no necesariamente una empresa que ostente un reconocido poder de mercado por haberse destacado sobre los demás competidores, deba ser sancionada si es que no incurre en alguno de los supuestos legales establecidos para determinar la existencia de un abuso de poder de mercado. Se debe considerar que en ciertos sectores económicos o productivos suele resultar una práctica común la conformación de concentraciones económicas tales como monopolios u oligopolios en razón de que resulta más sencillo y práctico tanto para el operador económico encargado de brindar este servicio o distribuir un producto tanto como para el Estado que busca regular las actuaciones de este operador para garantizar el bienestar general, es más eficiente mantener a un solo proveedor en las mejores condiciones que sostener a varias pequeñas o medianas empresas que compartan el mismo giro del negocio.

En ciertos sectores que tienen gran importancia para la sociedad como lo es las telecomunicaciones por ejemplo, el Estado ha optado por aceptar que se trata de un sector que está dominado por un número extremadamente reducido de empresas proveedoras de

este servicio, sin embargo en razón de lo antes mencionado, en lugar de tratar de reconfigurar el mercado en tal sentido, ha optado por centrarse en regular de manera directa la actuación de aquellos operadores económicos a fin de garantizar una buena actuación de estos en el mercado y controlar la relación que estas empresas mantienen con sus consumidores.

En este punto resulta aplicable las consideraciones del Derecho privado anglosajón tal y como lo establece Palacios Lleras (2013), en cuanto, las restricciones y afecciones a la competencia que surjan como resultado de actuaciones, que en principio no son aceptadas por el derecho de competencia, serán aceptadas siempre y cuando los efectos que estas produzcan sean razonables en comparación con los beneficios que estas traen consigo para la sociedad. Como se ha mencionado, no toda restricción a la competencia puede ser considerada siempre como ilícita, en especial cuando lo que se busca es que prevalezca el interés general.

Será una conducta ilícita cuando los competidores o los consumidores se vean afectados, por ejemplo cuando los consumidores se ven afectados por precios elevados al no existir competencia o al no haber remplazos para un producto o servicio de tal manera que se ven obligados a adquirir la única opción existente a pesar de que no cumple sus expectativas. En el caso de los competidores el problema surge cuando no logran mantenerse en el mercado o ni siquiera logran ingresar a él por razones ajenas a los esfuerzos empresariales realizados, es decir, cuando pierden poder en el mercado y no por falta de innovación o mejoras, sino por el hecho de que existe otro agente económico que actúa de manera ilegítima a fin de aminorar la competencia.

Resulta imperativo analizar caso por caso de manera individual y especializada, considerando todos los elementos y circunstancias que lo conforman, a fin de que, a partir de dicho análisis, se pueda llegar a determinar si es que efectivamente se trata de un acto formalmente incorrecto, que cumple con los presupuestos legales para ser considerado como tal, y que además tiene como finalidad distorsionar la eficacia dentro del mercado (Carbajo, 2021). No basta con que se evidencia el elemento subjetivo (la voluntad de los competidores de realizar un acto no permitido por el derecho de competencia), sino que indispensablemente se debe considerar el elemento objetivo, es decir, los presupuestos legales contenidos en la norma de competencia, además de verificar que efectivamente tal conducta sea capaz de alterar el orden del mercado, para así poder considerarla como ilegítima y aplicar las sanciones respectivas.

Caso contrario, si la finalidad no afecta al funcionamiento eficiente del mercado y por tanto al bienestar general, no podría considerarse que se trata de una conducta que deba ser sancionada. Si es que esta actuación está a favor del interés de la sociedad así como de los intereses del Estado, y no se afectan los derechos de ninguna de las partes, resulta lógico afirmar que estaríamos frente a un caso excepcional en el cual una concentración económica resulta beneficiosa y debe ser aprobada por el organismo de control.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011) en su artículo 28 se refiere a la posibilidad de establecer, de manera legítima, restricciones a la competencia con la finalidad de velar por el interés tanto de la sociedad en general cuanto del Estado. Es decir, las conductas que en principio serían consideradas restrictivas de la competencia y que por lo tanto ameritarían una sanción prevista en la Ley, se considerarán permitidas en ciertas situaciones en particular. Estas restricciones se aplicarán de manera excepcional únicamente cuando traigan consigo beneficios reales, determinados y significativos para los consumidores, serán permitidas única y exclusivamente en los siguientes casos:

- El perfeccionamiento de una concentración económica (monopolio u oligopolio) siempre y cuando sea en favor del interés público;
- Para garantizar el desarrollo de sectores estratégicos, como el de telecomunicaciones, energía eléctrica, los recursos naturales no renovables, etc.
- Para la prestación de servicios públicos
- Para el desarrollo de la economía nacional
- Para implementar iniciativas a favor de la economía popular y solidaria

Para proceder con la aplicación de una determinada restricción, en primer lugar, procede que la Junta de Regulación de la Superintendencia de Concentración Económica realice una detallada evaluación de cada caso concreto, a fin de determinar si la medida que se pretende adoptar cumple con los criterios de idoneidad y necesidad. Una vez culminada tal evaluación deberá emitir la resolución correspondiente, documento que servirá para realizar la notificación correspondiente a la Superintendencia a fin de que sea este organismo de control tenga conocimiento de la situación para posteriormente pasar a ser el encargado de supervisar permanentemente que se estén cumpliendo todos los

objetivos que motivaron la aplicación de la restricción (Reglamento a La Ley Orgánica de Regulación y Control Del Poder de Mercado, 2012).

Otro caso en el cual estaríamos frente a una conducta exenta de la aplicación prevista en la normativa de competencia se da cuando, a simple vista estamos frente a un grupo de empresas que aparentemente ha llevado a cabo algún acuerdo o pacto para restringir la competencia, sin embargo, resulta que se trata de empresas que son dirigidas por las mismas personas, sean estas naturales o jurídicas, de tal manera que estaríamos frente a una voluntad unilateral, mas no frente a distintas voluntades autónomas. El hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo propietario o al mismo grupo empresarial, permite asumir que no son competencia entre sí.

Aquella situación se da cuando nos encontramos frente a empresas que forman parte de un mismo grupo empresarial, el cual se conforma cuando una de ellas ejerce una importante influencia, dirección y poder de mando sobre las demás, en la toma de decisiones y en el manejo de los recursos de toda índole o cuando una de ellas ha adquirido el 50% o más de la mitad de las acciones de las otras empresas, como en el caso de las adquisiciones (Pozo Vintimilla & Carrasco Torrontegui, 2023). Para poder determinar la existencia de un acuerdo colusorio o alguna otra práctica restrictiva se requiere de la concurrencia de dos o más voluntades autónomas provenientes de personas naturales o jurídicas distintas, lo cual no sucede en este caso puntual, y por lo tanto no sería aplicable sanción alguna.

CAPÍTULO 3

3. SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

En este punto resulta trascendental remitirnos al artículo 213 de la Constitución, a fin de entender cuál es el rol que cumplen las superintendencias. El texto constitucional las define como aquellos organismos que cumplen con funciones de “vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas” cada Superintendencia deberá controlar un área específica, lo cual será determinado por la ley. Aquello con el objetivo de garantizar que las actividades y servicios antes referidos cumplan con el ordenamiento jurídico y velen por el bienestar general. (Constitución de La República Del Ecuador, 2008)

De manera puntual en el tema materia de análisis, el organismo de control al cual le corresponde garantizar el correcto y eficiente funcionamiento del mercado es la Superintendencia de Competencia Económica, la cual hasta mayo de 2023 era conocida como Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, es un organismo de control descentralizado, con personalidad jurídica propia que goza de autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa. (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011, art. 36). Su objetivo principal es garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones contenidas en la LORCPM y en su Reglamento, por parte de los operadores económicos públicos, privados y de la economía popular y solidaria.

Sus principales facultades consisten en asegurar la existencia de mercados transparentes y eficientes, fomentar la libre competencia y sancionar todas las actuaciones que atenten contra ella. Le corresponderá a la Superintendencia, entre otras atribuciones, realizar estudios de mercado cuando lo considere pertinente para determinar el funcionamiento de un determinado mercado relevante; examinar las concentraciones económicas para verificar que estas cumplan con lo establecido en la Ley; decidir si se autorizará, denegará o condicionará las solicitudes de concentraciones económicas luego de realizar el respectivo análisis. Además tiene la facultad de disponer la suspensión de prácticas y conductas prohibidas por la Ley, así como también resolver sobre reclamos

que se formulen en contra de operadores económicos que podrían estar actuando ilegítimamente, y establecer sanciones en base a los presupuestos legales.

Su máxima autoridad será el Superintendente de Competencia Económica, quien será designado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, para que ejerza la representación legal, judicial y extrajudicial de la Superintendencia en cuestión. Ocupará el cargo por un periodo de cinco (5) años pudiendo ser reelegido en una sola ocasión. Cabe destacar, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 45, no cualquier persona podrá ejercer este cargo, debe cumplir con algunos requisitos mínimos obligatorios, por ejemplo, haber obtenido un título académico de cuarto nivel en materias relacionadas con la competencia económica, contar con una experiencia profesional de al menos 10 años y estar en pleno ejercicio de sus derechos de participación (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011).

El Superintendente al igual que los demás funcionarios de la Superintendencia, están obligados a guardar la debida confidencialidad y reserva sobre toda clase de información a la que hubieren tenido acceso durante la investigación de una concentración económica o cualquier otro procedimiento que se lleve a cabo. De acuerdo a lo establecido en la LORCPM, tal obligación se expande incluso a cualquier persona que en razón de su cargo o profesión hubiese tenido acceso a los expedientes de operadores económicos, sin perjuicio de que se trate de individuos que no pertenezcan a la Superintendencia de Competencia Económica.

3.1. Procedimiento de control de concentraciones económicas

El procedimiento estará a cargo de dos órganos especializados, uno de investigación y otro de resolución de primera instancia. El inicio del mismo se dará en el momento en el cual, después de haber recibido la solicitud de concentración económica por parte del operador económico interesado, la Superintendencia comunica al notificante si su solicitud está completa y si consecuentemente se procederá a abrir el expediente respectivo. Le corresponderá al órgano de investigación especializado llevar a cabo un procedimiento dividido en dos fases; la primera consiste en decidir si la operación de concentración económica merece ser analizada exhaustivamente en el caso de implicar posibles riesgos para la competencia, para ello, los operadores económicos involucrados deberán proporcionar al organismo de control toda la información que se considere necesaria. La Superintendencia, tendrá derecho de solicitar más información, incluso a

otras entidades públicas o privadas, durante cualquier etapa del procedimiento, para así asegurarse de contar con la información suficiente que le servirá de fundamento al momento de emitir una resolución.

Durante la fase de investigación la Superintendencia podrá exigir que se presenten todos los documentos que guarden relación con la conducta que está siendo investigada, sin que el operador económico pueda alegar ninguna clase de reserva. Durante esta primera etapa se podrá receptor declaraciones o testimonios a personas relacionadas con las empresas que están siendo investigados, además de realizar inspecciones en los establecimientos de los operadores económicos. Resulta trascendente mencionar que, la carga de la prueba recaerá sobre el organismo de control, sin embargo, en caso de que alguno de los operadores económicos, impida, niegue o restrinja el acceso a información o entregue información falsa, la carga de la prueba quedará invertida.

En el caso de que del análisis inicial se deduzca que la operación que está siendo analizada no presenta potenciales riesgos para el eficaz funcionamiento del mercado, se autorizará la operación, esta fase durará veinte y cinco (25) días término. Caso contrario, el trámite pasará a su segunda etapa, la cual consiste en analizar cuáles son aquellos riesgos puntuales que podrían resultar de esta operación, y cuáles son los perjuicios que se podrían ocasionar al resto de competidores dentro de un mismo mercado relevante, para ello se contará con un término legal de sesenta (60) días.

Una vez culminadas ambas fases, corresponderá al órgano de resolución de la Superintendencia, denominado Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), adoptar alguno de los criterios de decisión establecidos en la ley, los cuales podrán consistir en autorizar, denegar o subordinar la aprobación de concentración económica a determinadas condiciones que deberán cumplirse por parte de los operadores económicos (Reglamento a La Ley Orgánica de Regulación y Control Del Poder de Mercado, 2012). Tal decisión constará en una resolución que será de obligatorio cumplimiento para los operadores económicos participantes, al igual que para todas las entidades públicas; su contenido, en principio es de acceso público, sin embargo, la información reservada a la que el organismo de control hubiese tenido acceso a lo largo del procedimiento de investigación y resolución permanecerá confidencial, a fin de no afectar a ninguna de las partes intervinientes.

Lo que principalmente le corresponderá a la Superintendencia, mediante la emisión de la respectiva resolución es determinar si una operación de concentración económica

que pretende perfeccionarse, estaría creando, modificando o reforzando el poder de mercado de manera ilegítima (Trujillo-Sandoval et al., 2017). Una operación de concentración económica podrá ser autorizada cuando no presente ninguna clase de riesgo para el mercado ni para la sociedad; será negada cuando resulta inevitable que el mercado se vea distorsionado; o se podrá decidir subordinar la autorización al cumplimiento de determinadas condiciones obligatorias, en aquellos casos en los cuales, si bien se prevén efectos negativos para la competencia, estos podrán ser evitables o compensables mediante la aplicación de estas medidas.

3.2. Resolución No. SCPM-CRPI-010-2021

Las Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Competencia Económica, son una clara ejemplificación de cómo se aplican en la práctica las disposiciones y procedimientos referidos anteriormente. Estas Resoluciones son de público conocimiento, en virtud de que la propia Superintendencia publica en su portal web las versiones públicas y no confidenciales de algunas de estas. Es por ello que, para entender de mejor manera como es la actuación del organismo de control, específicamente en materia de concentraciones económicas, resulta pertinente analizar de manera objetiva la Resolución de fecha 11 de junio de 2021, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-010-2021, emitida, en aquel entonces, por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, hoy conocida como Superintendencia de Competencia Económica.

Esta resolución analiza una operación de concentración económica que se realizó dentro del mercado relevante de cartón corrugado (mercado de producto) en el Ecuador (mercado geográfico). Se trata de una operación de naturaleza vertical que surgió a partir de una transferencia de acciones, en principio, considerada por las partes involucradas como irrelevante para el derecho de competencia. Sin embargo, concurrieron varias circunstancias que obligaron al organismo de control a iniciar una investigación al respecto. La investigación que se realizó en este caso se dio en razón de que la operación de concentración económica llevada a cabo supera el umbral legal establecido por la Junta de Regulación, por lo que esta debía cumplir con la obligación de notificación previa, a fin de que la Superintendencia, luego de analizar el caso en particular resuelva si esta será autorizada, negada o subordinada al cumplimiento de ciertas condiciones.

El problema surge a partir de que el operador económico que en este caso estaba obligado a notificar a la Superintendencia por ser el adquirente de las acciones, omitió tal

obligación. La falta de notificación no fue el único inconveniente que se presentó, ya que una vez perfeccionada la transferencia de acciones, la empresa que había sido objeto de un cambio respecto a la toma de control, continuó realizando sus actividades económicas con normalidad, mediante la suscripción de distintos actos y contratos. Tal conducta está contemplada en el numeral 3 literal c) del artículo 78 de la LORCPM, y es considerada como una infracción muy grave.

3.2.1. Partes intervinientes

Antes de adentrarnos en el análisis de los aspectos técnicos de la resolución, cabe entender el contexto dentro del cual se dio esta concentración económica y quienes fueron los operadores económicos intervinientes. Como se ha mencionado anteriormente, la presente operación de concentración económica surgió como resultado de una transferencia de acciones de tal magnitud que provocó que exista un cambio en cuanto a quién tendrá el control respecto a la empresa cuyas acciones son objeto de la transacción.

En este caso, el operador económico cuyas acciones fueron transferidas es *IN.CAR.PALM INDUSTRIA CARTONERA DEL PALMAR S.A.*, misma que en adelante será denominada como INCARPALM. Por otro lado, está el operador económico que actuó como cedente de las acciones, *Comercializadora de Papeles y Cartones SURPAPEL S.A.* (SURPAPEL). Y como último operador vinculado está *SIA PRODUCTS LLC* (SIA), una empresa perteneciente al grupo empresarial Palacios Márquez, la cual actúa como cesionario. Otra persona jurídica involucrada en la transacción es Fideicomiso Mercantil Acciones ICP, cuyo beneficiario es SIA; ya que SURPAPEL transfirió sus acciones a favor del fideicomiso, las cuales representan el 50% del capital social de INCARPALM.

Antes de la mencionada transacción, el capital social del operador INCARPALM estaba conformado por la participación del 75% de SURPAPEL y el 25% de SIA. Aquella situación tuvo un cambio radical a partir de la transferencia de acciones llevada a cabo el 23 de mayo de 2019 y registrada en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en julio del mismo año, ya que una vez que esta se perfeccionó, el 50% de acciones que le pertenecían a SURPAPEL pasaron al Fideicomiso y su 25% restante se transfirió a otras personas naturales que pasaron a tener participaciones del 4% o 5%. De tal manera que, como resultado de esta transacción, SIA mantuvo el control de manera directa de su participación del 25% y adicionalmente tomó el control indirecto del 50% de las acciones

transferidas al Fideicomiso, al tener la calidad de beneficiario del mismo, por lo que su participación asciende al 75% del total del capital social de INCARPALM.

Consecuentemente, el grupo económico Palacios Márquez se convirtió en titular del 95% de la totalidad de acciones de INCARPALM, considerando la participación que tienen algunos de sus miembros individualmente y mediante la compañía SIA. En el siguiente cuadro se detalla el rol que cada uno de los operadores mencionados ha tenido en la presente operación así como el vínculo que mantienen unos con otros. (Resolución No. SCPM-CRPI-010-2021, 2021)

Tabla 1
Operadores económicos intervinientes

Operador económico	Rol en la operación de concentración económica	Relación con los demás operadores
Grupo Palacios Márquez	Grupo económico controlador.	Controla de manera indirecta a SIA Products LLC y a través de ella adquiere el control de INCARPALM (95%).
SIA Products LLC	Adquirente de acciones de INCARPALM. Beneficiario del fideicomiso.	Pertenece al grupo empresarial Palacios Márquez. Es titular del 25% de INCARPALM de manera directa y el 50% a través del Fideicomiso Mercantil Acciones ICP.
INCARPALM S.A.	Empresa objeto de la transacción.	Es adquirida por SIA Products LLC. Se dedica a la producción de cartón corrugado.
SURPAPEL S.A.	Cedente de acciones de la compañía INCARPALM. Constituyente del fideicomiso.	Cede sus acciones de INCARPALM a SIA Products LLC, mediante transferencia de acciones al Fideicomiso.

Fideicomiso Mercantil de Acciones ICP	Permite transferir el control indirecto de INCARPALM al Grupo Palacios Márquez.	Su beneficiario es SIA Products LLC. Administra el 50% de las acciones de INCARPALM
---------------------------------------	---	---

Una vez que se cumplió con la identificación e individualización de cada uno de los operadores económicos involucrados en esta operación de concentración económica, se dio inicio a la primera fase de investigación. Para ello, el Superintendente mediante Resolución resolvió como estaría conformada la Comisión de Resolución de Primera Instancia, órgano encargado de emitir una resolución final dentro del presente expediente, para ello designó a 3 servidores, uno encargado de presidir la comisión y los otros dos que actuarían en calidad de comisionados.

Como fase inicial, el organismo de control dispuso se proceda con la apertura del expediente correspondiente, en base a lo establecido en el artículo 26 del RLORCPM, el cual se refiere al procedimiento que deberá seguirse en aquellos casos en los cuales se hubiese llevado a cabo una operación de concentración económica sin previa autorización. El Reglamento menciona que, cuando llegue a conocimiento de la Superintendencia el hecho de que se ha llevado a cabo una operación de concentración económica, que al cumplir con las condiciones establecidas en el art. 16 de la LORCPM estaría sujeta a la obligación de notificar a la Superintendencia a fin de que esta decida si se autorizará o no tal operación. Posteriormente se procederá con la respectiva notificación a los operadores económicos involucrados para que se pronuncien al respecto en un término de treinta (30) días. En el caso de que no se llegase a justificar lo pertinente, la Superintendencia dispondrá se inicie con la fase de investigación, misma que tendrá una duración de sesenta (60) días término, y podrá prorrogarse una sola vez por sesenta días adicionales.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 27 del mismo Reglamento, una vez que se hubiera concluido con el procedimiento de investigación, se emitirá una resolución debidamente motivada, en la cual se deberá establecer si efectivamente la operación de concentración económica que está siendo analizada cumplió o no con la notificación previa o, no esperó hasta obtener la resolución favorable que le autorice a llevar la operación. En la misma resolución se deberán establecer cuáles son aquellas medidas correctivas o de desconcentración que se deberán adoptar a fin de revertir los efectos negativos que esta operación hubiese acarreado, de igual manera se detallarán cuáles son

las sanciones aplicables para el caso concreto. Por el contrario, en el caso de que se llegase a la conclusión de que no se trata de una operación que estaba sujeta a la obligación de notificación previa, se archivará el caso (Reglamento a La Ley Orgánica de Regulación y Control Del Poder de Mercado, 2012).

3.2.2. Antecedentes

La operación que está siendo analizada por presuntamente constituir una concentración económica, nace a partir de la transferencia de acciones llevada a cabo el 23 de mayo del 2019, y registrada en la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros en julio del mismo año. Mediante dicha transferencia el operador económico SURPAPEL cede sus acciones, mismas que representan el 50% del capital social de la empresa INCARPALM al Fideicomiso Mercantil Acciones ICP, cuyo beneficiario, como ya se mencionó es SIA. Como resultado de la transacción, SIA se convirtió en el accionista mayoritario de INCARPALM, al pasar a tener el control del 75% del capital social, el 25% correspondiente a propiedad directa, porcentaje con el cual ya contaba antes de esta transferencia, y el 50% restante como participación indirecta a través del Fideicomiso. De esta manera, el operador económico INCARPALM pasa a ser controlado por el grupo empresarial Palacios Márquez, ya que SIA es una empresa perteneciente al mencionado grupo familiar.

3.2.3. Inicio del procedimiento

La Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (INCCE) dispuso la apertura de un expediente administrativo, luego de que el operador económico INCARPALM realizó una consulta previa respecto a si tenían o no la obligación de notificar la operación de concentración económica que ya se había ejecutado. Aquella situación fue la que alertó al organismo sobre una posible operación que podría incurrir en una infracción prevista en la ley. Una vez que ya se contaba con el expediente, se procedió con la realización de actuaciones y diligencias previas, a fin de investigar si la presente operación de concentración económica, modifica el poder de mercado que ostentan los operadores involucrados y si esto a su vez afecta al resto de competidores.

Luego de concluidas las actuaciones iniciales y, por haberse considerado que efectivamente existe una violación a la ley que regula el mercado, se continuó con el procedimiento de investigación y se le concedió al operador económico SIA, en su calidad

de beneficiario del fideicomiso y por ser el operador que ha adquirido la mayor parte de las acciones de INCARPALM, que presente las razones que considere pertinentes a fin de justificar la falta de notificación al organismo de control. Al respecto, la INCCE consideró que las justificaciones presentadas no fueron suficientes, por lo que dispuso iniciar con la respectiva investigación. A fin de obtener información relevante que permita continuar con el proceso, el organismo de control convocó tanto a los operadores intervinientes como a otros operadores, que a pesar de ser ajenos al proceso en cuestión, se desenvuelven dentro del mismo sector industrial, a reuniones telemáticas. Además se les solicitó a estas personas jurídicas privadas que remitan información que consideren necesaria y que permita al organismo de control proceder con la investigación y recabar información pertinente y trascendental, incluso se solicitó la colaboración de entidades públicas, entre estos el Ministerio de Agricultura, el SENA, el SRI, entre otras.

A partir de la información obtenida, la Superintendencia llegó a la conclusión de que la transferencia de acciones que es objeto de análisis en el presente caso, encaja en el supuesto legal establecido en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, el cual manda que, se considerará que existe una concentración económica en casos como “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”, por lo que no hay duda de que esta operación constituye una concentración económica.

3.2.4. Alegaciones del presunto infractor

El operador económico SIA presentó un escrito mediante el cual manifestó que, si bien existió un error en cuanto la falta de notificación de la concentración económica, este ha sido involuntario, ya que en ningún momento se consideró que los movimientos accionarios que se realizaron, podrían constituir una operación de concentración económica y que por tanto no se generarían efectos negativos para la competencia. El presunto infractor menciona que en el presente caso no ha habido modificación alguna en cuanto al poder de mercado de los operadores económicos involucrados, por lo que no hay daño alguno. Además, manifiestan no estar de acuerdo en cuanto al hecho de haber cometido la infracción muy grave y menos aún con la sanción que esta conlleva.

El operador SIA se pronuncia al respecto de la proporcionalidad de la multa, al respecto alega que “la multa debe estar de acuerdo con la afección a la competencia” (párrafo 70) y continúa mencionando que en este caso concreto no se ha logrado determinar ninguna clase de afección en el mercado relevante que se ha analizado en este caso en particular. Al respecto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia considera que la naturaleza de la infracción no se determina en base a los daños generados al mercado, sino en base a uno de los 3 niveles de infracciones contempladas en la ley, sean estas leves, graves o muy graves. Es decir, la CRPI menciona que el hecho de que la operación no notificada no haya causado afectaciones a la competencia, no evita que la conducta en cuestión sea sancionada, ya que como lo establece la ley, la sanción recae sobre la falta de notificación mas no sobre la afectación que se hubiese dado como resultado.

3.2.5. Calificación jurídica de los hechos

En primer lugar la CRPI busca determinar que efectivamente la operación analizada cumpla con uno de los presupuestos generales del artículo 14, el cual establece que para que una operación se considere como una concentración económica, deberá necesariamente existir un cambio o toma de control sobre un operador. Para ello la Comisión se enfoca en el concepto del término “control” que consta en el art. 12 del RLORCPM, el cual en términos generales, menciona que el control será aquello que surge como consecuencia de cualquier acto o contrato, mediante el cual se confiere a un operador económico la posibilidad de ejercer una influencia determinante sobre otra empresa (RLORCPM, art 12).

En abril del 2020 el operador económico SIA presenta un escrito en el cual consta información sumamente importante, entre esta, la confirmación de que existió una operación de integración vertical entre la empresa INCARPALM y el grupo económico Palacios Márquez, por el hecho de que las empresas que han sido objeto de esta operación pertenecen a distintos niveles de producción dentro de una misma cadena productiva. Aquello género que INCARPALM pase a ser controlada por la empresa SIA y eventualmente por la familia Palacios Márquez, después del cambio de control que se dio mediante la transferencia de acciones realizada por SURPAPEL a favor del Fideicomiso.

Del análisis realizado se desprende que efectivamente, hasta antes de la fecha de la transferencia de acciones en cuestión, quien tenía el poder de determinar el

comportamiento de INCARPALM era el operador económico SURPAPEL ya que ostentaba el 75% de sus acciones, dicho control pasó a manos del operador SIA, quien como resultado de la transferencia pasó a ser titular del 75% de acciones de INCARPALM (25% directamente y 50% por su calidad de beneficiario del Fideicomiso). Por lo que no hay duda de que tal actuación encaja en el supuesto contenido en el literal c) del artículo 14 y por lo tanto se ha configurado una concentración económica vertical.

Habiéndose verificado la primera condición al verificar que se trata de una operación de concentración económica de tipo vertical, se pasa a analizar si es que se cumple además uno de los presupuestos del artículo 16, referente a cuándo nace la obligación de cumplir con la notificación previa. Consecuentemente se pasa a analizar el requisito establecido en el literal a) de este artículo, el cual menciona que, para que un operador económico tenga la obligación de realizar una notificación previa, antes de llevar a cabo una operación de concentración económica, el volumen de negocios de manera conjunta entre todos los partícipes, deberá superar el umbral legal establecido por la Junta de Regulación.

Del estudio y la revisión de los estados financieros de los operadores económicos involucrados, con corte al 31 de diciembre del 2018, es decir, del ejercicio contable del año anterior al de la operación, se desprende que efectivamente el volumen de sus negocios considerados conjuntamente supera el monto establecido por la Junta de Regulación para el año 2019, que era 200.000 RBU (394 USD) lo que equivale a 78,800,000 USD. Por lo que se verifica la existencia del requisito contenido en el literal a) del art. 16.

3.2.6. Análisis de efectos negativos ocasionados al mercado

Como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, las conductas anticompetitivas generalmente se verifican cuando estamos frente a fusiones o adquisiciones horizontales, por tratarse de empresas que operan dentro del mismo mercado, sin embargo, existen casos puntuales, como este en cuestión, en el cual una operación vertical, puede también causar efectos anticompetitivos en un determinado mercado relevante, entre los cuales se podrían evidenciar la exclusión de competidores en relación con el acceso a insumos o la exclusión de competidores en relación al acceso a los clientes (párrafo 109). En caso de que se llegaran a evidenciar tales efectos negativos, la Superintendencia en su Resolución

final, impondrá las medidas de desconcentración o medidas correctivas que el operador económico deberá implementar para revertir los daños causados.

Es por ello que, para poder determinar si INCARPALM ha llevado a cabo una concentración económica vertical que afecta a la competencia, se ha procedido a analizar el mercado relevante de cartón corrugado en Ecuador y sus principales participantes, para así poder determinar las cuotas de participación que le corresponde a cada una de estas empresas y cuales son aquellas que se encuentran en una posición de dominancia. De la información obtenida se desprende que INCARPALM, antes de la transferencia de acciones ocupaba el quinto puesto respecto a sus competidores a nivel nacional, y se destaca el hecho de que aquella situación no presentó variaciones luego de la operación de concentración económica, lo cual ha permitido determinar que al existir un alto nivel de oferta en este mercado no es posible que el mercado se vea afectado por conductas unilaterales de uno de los operadores económicos que actúan en él.

Después de haber analizado esta información del mercado relevante en el presente caso, la CRPI en el párrafo 118 de la Resolución, concluyó que, no se presentó ningún riesgo que afecte al esquema competitivo analizado, en razón de que no se evidenció que la conducta realizada hubiera traído consigo alguna distorsión u obstaculización al libre mercado. De igual manera, se determina que no se ha logrado evidenciar que los operadores económicos que han participado en esta operación hubieren modificado o reforzado su poder de mercado como resultado de esta. Sin embargo, el hecho de que no se haya causado ninguna clase de afectación al mercado, aquello no significa que la conducta realizada merezca ser sancionada por incumplir con la ley.

3.2.7. Consideraciones finales

Una vez analizada toda la información obtenida por parte los operadores económicos involucrados, por sus principales competidores y por instituciones públicas y, considerando todos los datos que se han obtenido de las distintas comparecencias realizadas por el presunto infractor, la CRPI ha podido evidenciar lo siguiente: 1) Existencia de una operación de concentración económica a partir de la cesión de acciones de la compañía INCARPALM, por parte de SURPAPEL a favor de un fideicomiso cuyo beneficiario es SIA, empresa perteneciente al grupo económico Palacios Márquez ya que dicha operación dio como resultado un cambio en cuanto el operador que ejerce el control sobre INCARPALM. 2) Se trata de una operación de concentración económica de

naturaleza vertical, que al haber superado el umbral respecto al volumen de negocios debía cumplir con la notificación previa al organismo de control de manera obligatoria. 3) Se verificó una infracción muy grave de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 literal c) del artículo 78, en razón de que no solamente se incumplió con el deber de notificación, sino que, el operador económico que resultó de esta concentración continuó desarrollando con normalidad sus actividades comerciales y económicas, mediante la suscripción de actos y contratos.

Se hizo mención además a las circunstancias atenuantes que han sido alegadas por parte del operador infractor, entre las cuales constan las siguientes: 1) realización de actos que pongan fin a la infracción; 2) colaboración activa con el organismo de control; y, 3) inexistencia de daño a reparar. Después de analizar cada una de ellas, la CRPI declara que ninguna es válida por las razones que se detallan a continuación. Sobre la primera atenuante, el operador económico ha alegado que se ha realizado una consulta al organismo de control respecto de si procede o no notificación de la operación en cuestión, al respecto la Superintendencia considera que lo mencionado no constituye una atenuante ya que una consulta previa en ningún caso podría suplir una notificación previa de concentración económica. Haciendo énfasis en que, en razón de dicha consulta es que se apertura el presente proceso de investigación.

Respecto a la segunda atenuante, no se declara como válida ya que la colaboración activa y eficaz consiste en una obligación que tienen por mandato legal los operadores económicos de colaborar efectivamente frente a los requerimientos de la Superintendencia. Y por último, sobre la tercera atenuante alegada, se recalca el hecho de que el operador económico, a lo largo de todo el procedimiento ha alegado que no se ha causado daño o afectación alguna a la competencia, de tal manera que resulta imposible que reparen un daño, que, de acuerdo a ellos, no existe.

En cuanto a la sanción, después de considerar todos los parámetros establecidos para el cálculo de la una multa correspondiente a este tipo de infracción, la CRPI determina un valor que asciende a dos millones seiscientos veinte y tres mil trescientos noventa y cuatro dólares de los Estados Unidos de América con 88/100 (2,623,394.88). Aquello con base a lo que establece la ley en el artículo 79, respecto a que la multa en el caso de infracciones muy graves podrá ser de hasta el 12% del volumen de negocios total del operador económico infractor. A pesar de que el volumen de negocios es información confidencial y no consta el dato preciso en la resolución, se ha mencionado que esta multa

está por debajo del umbral legal establecido para la infracción, de tal manera que esta sanción resulta proporcional respecto a la infracción cometida.

Como se puede evidenciar, se trata de un valor económico sumamente alto, lo cual podría ocasionar que la empresa pierda su liquidez económica, y consecuentemente, quiebre. Por esa razón debería considerarse la posibilidad de reformar el artículo respectivo, en cuanto al valor que sirve de base para el cálculo de la multa, al respecto podría resultar viable aplicar un determinado porcentaje sobre la utilidad del último ejercicio económico, en lugar del volumen de negocios, a fin de que la sanción que se aplique resulte más objetiva y de cierta manera menos perjudicial para los operadores económicos.

3.2.8. Resolución final

Finalmente, se declara que el operador económico SIA, al ser él quien estaba obligado a cumplir con la notificación previa en razón de lo establecido en el artículo 19 numeral 3 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ha incurrido en una infracción muy grave misma que está contenida en el numeral 3 literal c) del artículo 78 de la LORCPM. Se decide imponer a dicho operador la multa de dos millones seiscientos veinte y tres mil trescientos noventa y cuatro dólares de los Estados Unidos de América con 88/100 (2,623,394.88) y se ordena cumplir con el pago de tal valor en el término de 30 días contados a partir de la fecha en la cual se notifique al operador económico con la presente resolución. Para concluir, se ordena declarar la confidencialidad de la resolución y emitir las versiones públicas y no confidenciales correspondientes y, consecuentemente notificar con la resolución a los operadores SIA e INCARPALM.

CONCLUSIONES

En principio, cualquier persona jurídica que opere de acuerdo a la normativa legal vigente, podrá ser susceptible de someterse a un proceso de fusión o de adquisición, en razón de que la ley de la materia, es decir, la Ley de Compañías, no establece limitaciones al respecto. Por el contrario, si existen límites establecidos respecto a la libre competencia en los mercados y están contenidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en su Reglamento. De aquello se desprende la idea de que lo que se busca evitar es que se lleven a cabo operaciones societarias de este tipo, que unan a empresas que, al ser consideradas de manera conjunta como una unidad configuren una concentración económica o adquieran ilegítimamente una posición dominante en el mercado, lo cual ocasionará daños a los demás competidores, al igual que a los consumidores.

El sistema legal ecuatoriano contiene disposiciones constitucionales tendientes a regular este tema, ya que se establece como uno de los deberes del Estado al hecho de garantizar la existencia de mercados eficientes, justos y transparentes, donde todos sus intervinientes puedan interactuar libremente sin que sus derechos se vean vulnerados. Por esa razón, la ley de competencia, obedeciendo al deber constitucional, se ha visto obligada a determinar de manera específica, cuales son aquellos casos en los cuales las fusiones y adquisiciones no pueden perfeccionarse y cuales son aquellos límites que no podrán sobrepasarse al momento de llevar a cabo una de estas operaciones.

A partir de dichas disposiciones se han abordado varios conceptos y nociones generales que forman parte del derecho de competencia, entre estos, la posición de dominio, el poder de mercado y cuando se configura su abuso. En base a estos conceptos se ha podido determinar cuáles son aquellas conductas restrictivas de la competencia que podrían generarse a partir de una fusión o adquisición de empresas con poder dentro de un determinado mercado y finalmente, en qué casos, mencionadas conductas resultan permitidas, lo cual sucede cuando priman razones de interés general.

Ademas, se ha abordado el rol que cumple la Superintendencia, la vigilancia y el control que aplica sobre las actuaciones que son realizadas por los operadores económicos y que podrían tener relevancia para el derecho de competencia. Se ha enunciado el proceso que el organismo sigue para evaluar cada una de las solicitudes de concentraciones económicas que recibe y en qué casos decide autorizarlas, negarlas o

subordinar su autorización al cumplimiento de ciertas condiciones en específico. Con el análisis realizado de un caso práctico se ha logrado evidenciar cual es la labor con la que cumple la Superintendencia y la potestad que tiene para solicitar información a cualquier operador económico privado o entidad pública, para así lograr cumplir con su objetivo principal, el cual como ya se ha mencionado consiste en asegurar que las operaciones de fusión o adquisición no distorsionen o no afecten el eficiente funcionamiento de la competencia dentro de un determinado sector industrial no se vea distorsionada y su eficiente funcionamiento no se vea afectado a corto, mediano o incluso a largo plazo.

De igual manera, se han determinado con claridad cuáles son las obligaciones que tienen los operadores económicos respecto del régimen de competencia, cuales son aquellas conductas restrictivas de la competencia que se encuentran prohibidas, cuando incurrirán en una de las infracciones legales contenidas en la ley, cual es el procedimiento que deberán seguir para lograr que la Superintendencia de Competencia Económica apruebe una fusión o adquisición que involucra a operadores económicos con una cuota importante en el mercado, entre otros aspectos más. Además se ha hecho especial énfasis en cuáles son aquellas circunstancias que deben concurrir para que una operación de concentración económica sea autorizada por el organismo de control.

Finalmente, se ha podido evidenciar la relevancia que tienen las fusiones y adquisiciones empresariales en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, basado en el análisis realizado en estos tres capítulos, por tratarse de operaciones societarias que tienen como fin último el crecimiento de un determinado operador económico o de un grupo empresarial en particular. Aquel crecimiento o ampliación resulta indispensable para permitir que las empresas logren subsistir dentro de un mercado altamente competitivo como el que existe hoy en día. Como se ha mencionado, existen ocasiones en las cuales el simple hecho de mejorar sus esfuerzos, no resulta suficiente para que una compañía logre mantenerse a flote en un determinado sector industrial. Por esa razón que deciden fusionarse con empresas con las cuales comparte un mismo giro de negocio o con aquellas que forman parte de una misma cadena productiva, para de esta manera unir sus recursos y formar una nueva estructura empresarial más fuerte y compleja, para así lograr adquirir mayor reconocimiento y poder en un determinado mercado, y consecuentemente, aminorar la competencia de forma legítima.

REFERENCIAS

- Carbajo Cascón, F. (2021). Imitación de diseños de Moda en España. *Cuadernos Del Centro de Estudios de Diseño y Comunicación*, 128, 17–35. <https://doi.org/10.18682/cdc.vi128.4852>
- Cernas, D., & Mercado, P. (2015). La adquisición de empresas. ¿En qué nivel de relación industrial son un modo más apropiado de diversificación empresarial? *Estudios Gerenciales*, 31(136), 266–274. <http://dx.doi.org/10.1016/j.estger.2015.05.001>
- Constitución de La República Del Ecuador, Registro Oficial N. 449 (2008).
- Decisión 608: Normas Para La Protección de La Libre Competencia En La Comunidad Andina, Comisión de la Comunidad Andina (2005).
- Guía Para La Investigación de Conductas de Abuso Del Poder de Mercado (2021).
- Ley de Compañías, Registro Oficial N. 312 (1999).
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial N. 555 (2011).
- Mascareñas Pérez-Iñigo, J. (2011). *Fusiones, adquisiciones y valoración de empresas* (Quinta edición). Ecobook - Editorial del Economista.
- Palacios Lleras, Á. (2013). El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 9, 85–100.
- Pascual, J. (2013). *Mercado, Competencia y Estado* (Marcial Pons, Ed.).
- Pérez, R. Rigoberto. (2013). Privatizaciones , fusiones y adquisiciones: las grandes empresas en México. *Espacios Públicos.*, 16(37), 113–140.
- Piedrahita-Murcia, O., & Gaitán-Riaño, S. C. (2014). Características de un proceso de fusión o adquisición-Characteristics of a merger or acquisition. *Revista Científica*, 2(19), 64–85. <https://doi.org/10.14483/23448350.6495>
- Pozo Vintimilla, P. F., & Carrasco Torrontegui, P. (2023). Grupo económico y acuerdos colusorios: Claves para su análisis en el derecho de competencia de Ecuador. *Revista de Derecho Económico*, 80(1), 127–154. <https://doi.org/10.5354/0719-7462.2023.70327>
- Proceso 227-IP-2023, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2024).
- Reglamento a La Ley Orgánica de Regulación y Control Del Poder de Mercado, Registro Oficial N. 697 (2012).
- Resolución No. SCPM-CRPI-010-2021, Superintendencia de Competencia Económica (2021). https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=4295&
- Sebastián Quetglas, Rafael., & Jordano Luna, Martín. (2016). Manual de fusiones y adquisiciones de empresas. In *Manual de fusiones y adquisiciones de empresas / Rafael Sebastián Quetglas (director) ; Martín Jordano Luna (coordinador)* (4th ed.). LA LAY soluciones legales S.A.
- Tamayo Vásquez, F. M., Paz Mena, J. C., Toscano Morales, C. C., & Molina Jiménez, A. G. (2022). Las fusiones y adquisiciones en América Latina como estrategia para el

crecimiento de los monopolios. *Polo Del Conocimiento*, 7(11), 508–518.
<https://doi.org/10.23857/pc.v7i8>

Trujillo-Sandoval, D., Puente-Guijarro, C., & Andrade-Quevedo, K. (2017). Concentración económica en el mercado cervecero ecuatoriano. *Dialnet.Unirioja.Es*, 10(25), 67–78.

Tumaev, T., & Sassa, A. (2010). Sinergías y fusiones de empresas: el factor humano. *Perspectivas*, 25, 169–190.

Zayas Katia, Alarcon Adelfa, & Saenz Barbara. (2017). LAS FUSIONES. SU IMPORTANCIA EN EL ENTORNO COMPETITIVO ACTUAL. *Revista Unica*, 6, 363–378.