

ECUADOR: LAS REGLAS DE CONTROL DE FUSIONES Y ADQUISICIONES

Diego Pérez Ordoñez y Gustavo A. Villacreses

Ecuador: las reglas de control de fusiones y adquisiciones

Mayo 2021



Diego Pérez Ordoñez

Socio a cargo de las prácticas de M&A y de competencia en Pérez Bustamante & Ponce-PBP. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Político en la Universidad San Francisco de Quito. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.



Gustavo A. Villacreses

Abogado y sicólogo clínico, Universidad San Francisco de Quito USFQ. Asociado, Pérez Bustamante & Ponce – PBP. Comité ejecutivo ECUVYAP; editor USFQ Law Working Papers; miembro Semillero ASCOLA; former editor-in-chief USFQ Law Review.

I. INTRODUCCIÓN

Ecuador cuenta con una ley doméstica especializada en materia de libre competencia¹ desde octubre de 2011. De esa fecha data la publicación y entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)². Para su ejecución se expidió el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM (RLORCPM)³. Esta legislación abarca el régimen de regulación y control sobre los tipos administrativos de la competencia⁴; acción del estado y ayudas públicas; vigilancia y sanción (procedimientos, infracciones, medidas correctivas y sanciones); exenciones; y, excepciones. Desde el punto de vista institucional, el régimen es resguardado por la Junta de Regulación del Poder de Mercado (Junta de Regulación), como órgano legislativo del régimen, y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), como agencia ejecutora del régimen de competencia ecuatoriano.

Con todo este aparatage normativo, también se incorporó al ordenamiento ecuatoriano el régimen de control de concentraciones económicas⁵ por primera vez. En los siguientes párrafos (1) se expondrá el sistema de control de concentraciones original y la experiencia en su aplicación; (2) la implementación del sistema *fast-track*, como primer cambio sustancial, pero ya derogado; y, (3) el actual sistema de control bifásico para concentraciones. Se concluirá sobre las bondades y desaciertos del sistema ecuatoriano.

1 En concordancia con los preceptos constitucionales sobre lucha contra las prácticas monopólicas y oligopólicas; el abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal; y, el aseguramiento de la transparencia y eficiencia en los mercados, así como el fomento de la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades (Constitución de la República del Ecuador. Artículos 304, 335, y 336, respectivamente. Registro Oficial del Ecuador 449 de 20 de octubre de 2008, última modificación de 12 de marzo de 2020).

2 Publicado en el Registro Oficial del Ecuador, Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

3 Publicado en el Registro Oficial del Ecuador 697 de 07 de mayo de 2012.

4 Poder de mercado y abuso; y, acuerdos y prácticas restrictivas. También el régimen de concentraciones económicas. La legislación ecuatoriana sobre competencia también comprende de manera peculiar a las prácticas desleales.

5 Específicamente regulado por la sección 4 de la LORCPM, “De la concentración económica”.

II. EL SISTEMA ORIGINAL DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Antes de la existencia de la LORCPM, Ecuador ya contaba con normativa general sobre protección a la libre competencia. Por disposición de la Decisión 616 de la Comisión de la Comunidad Andina⁶, Ecuador podía utilizar la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina⁷ para investigar y sancionar conductas anticompetitivas de naturaleza no transfronteriza. Sin embargo, este instrumento no contenía regulación referente al régimen de concentraciones. Este fue recién incorporado en el ordenamiento nacional con la LORCPM.

Desde un inicio la tutela de este régimen ha sido encomendada a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (INICCE), oficina parte de la SCPM. Este departamento especializado se encarga del procedimiento investigativo sobre las concentraciones, pero la autorización es decidida, condicionada o negada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), oficina resolutoria en primera línea de la SCPM. La CRPI construye su decisión sobre la base de un informe técnico que es emitido por la INICCE, del que dicha Comisión podría apartarse. La INICCE también tiene a su cargo el control tanto de las concentraciones notificadas como de aquellas que no fueron notificadas.

De acuerdo al sistema ecuatoriano, una concentración económica es entendida como toda operación mediante la cual se genera, efectivamente, un cambio o toma de control sobre uno o varios operadores económicos. El control es entendido como la posibilidad, de hecho y de derecho, de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico, ya sean por un ejercicio de control exclusivo o conjunto⁸. Este hecho jurídico puede alcanzarse por diversos medios contemplados legalmente, por ejemplo: (a) por fusión; (b) por transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante; (c) por adquisición —directa o indirecta— de propiedad o derechos sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda, que den cualquier tipo de control o influencia sustancial sobre decisiones del operador; (d) por vinculación mediante administración común; o, (e) por cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a un operador los activos de otro.⁹

Sin embargo, no toda concentración económica es de interés para este sistema. El sistema original de control de concentraciones ha resaltado desde un inicio por dos pilares: (i) los umbrales que activan el control de una concentración; y, (ii) el término para la notificación obligatoria de la operación.¹⁰

Respecto a los umbrales, existen dos —uno económico y otro en función de la cuota de mercado— que, solo en caso de alcanzarse, generan la obligación de notificación de concentración y son:

- a. **Umbral económico:** Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto establecido por la Junta de Regulación.

6 *Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*, Decisión 616 Comisión de la Comunidad Andina (2005).

7 *Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*, Decisión 608 Comisión de la Comunidad Andina (2005).

8 LORCPM, artículo 12.

9 LORCPM, artículo 14.

10 LORCPM, artículo 16.

Este monto en realidad se desglosa de acuerdo al tipo de concentración y sus variaciones fueron fijadas en 2015 por la Junta de Regulación, estando expresadas en Remuneraciones Básicas Unificadas (RBU), siendo este el factor variable del umbral¹¹. Para las concentraciones que involucran instituciones del sistema financiero, el umbral es de 3.200.000 RBU; para las de entidades de seguro y reaseguro es de 214.000 RBU; y, para las demás concentraciones es de 200.000 RBU. En función de la RBU establecida para 2021¹², los umbrales respectivamente serían de: US\$ 1.280.000.000 (instituciones financieras); US\$ 85.600.000 (entidades de seguro y reaseguro); y, US\$ 80.000.000 (demás concentraciones).

El volumen de negocios total se calcula con la suma de aquellos de las empresas afectadas. Empresas afectadas son aquellas participantes en una concentración, que siempre incluye al adquirente y su grupo económico y, respecto del vendedor o adquirido, solo se incluye el volumen de negocios de la parte, sección o unidad que está relacionada con la operación.¹³

b. Umbral en función de la cuota de mercado: Que, en concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica y como consecuencia de la operación, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% en el mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Por la complejidad de los umbrales, la normativa prevé un procedimiento de consulta previa a la notificación¹⁴ para que la autoridad se pronuncie sobre si una determinada operación constituye una concentración económica y también si supera los umbrales para la notificación obligatoria. Para el caso del no cumplimiento de los umbrales, existe la posibilidad de una notificación informativa o voluntaria¹⁵ tras la cual la autoridad igualmente se pronuncia sobre la autorización de la concentración. En nuestra experiencia, el sistema de consultas se utiliza menos de lo previsto.

Asimismo, tanto la LORCPM¹⁶ como el RLORCPM¹⁷ contemplan una serie de operaciones que, aun cayendo dentro de los supuestos de estos umbrales, están exentas de la notificación obligatoria. Esto incluye a las adquisiciones de acciones o similares sin derecho a voto; adquisiciones de empresas liquidadas o que no hayan registrado actividad en el Ecuador durante los últimos tres años; tenencia temporal de acciones, participaciones o derechos fiduciarios, por parte de entidades cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros; control adquirido por mandato de la autoridad pública por liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos; y, control adquirido por procedimientos de incautación u otros de carácter administrativo.

11 También llamado Salario Básico Unificado (SBU), es el salario mínimo establecido anualmente por el Estado y que los empleadores deben pagar a los trabajadores por sus labores.

12 US\$ 400.

13 De acuerdo a la LORCPM, artículo 17, y al RLORCPM, artículo 14. La normativa ecuatoriana resulta en una aplicación similar a la de las prescripciones del Reglamento de la Comunidad Europea No 139/2004 de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

14 RLORCPM, artículo 24.

15 LORCPM, artículo 16, y RLORCPM, artículo 22.

16 Artículo 19.

17 Artículo 13.

En cuanto al segundo pilar, la normativa establece el plazo de 8 días calendario para la presentación de la notificación ante la SCPM, contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo¹⁸. Lo que se entiende por conclusión del acuerdo —normalmente, la generación de derechos y obligaciones para las partes— podría ser tratado en otro análisis.

Luego de lo anterior, una vez activado el procedimiento de notificación, este consta de cuatro etapas: (1) recepción de documentos; (2) verificación; (3) investigación; y, (4) resolución. Todo este ejercicio tiene una duración de 60 días calendario¹⁹, según disposición de la LORCPM, y se encuentra regulado de manera detallada por el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (Instructivo Procesal SCPM)²⁰. Sin embargo, la duración de todo el procedimiento puede ser extendida por la facultad de prórroga de la que goza la autoridad. Con la resolución, la autoridad puede autorizar la concentración, denegarla o condicionarla al cumplimiento de medidas.

De las etapas de la autorización, la más compleja y demorosa es la investigación. Esto, por implicar la determinación del mercado relevante del producto y los potenciales efectos pro-competitivos, pero sobre todo anticompetitivos de la operación. Por esta razón, esta etapa ha sido objeto de los cambios más trascendentales en los últimos tiempos dentro del sistema ecuatoriano (como se analizará más adelante).

Una vez notificada la transacción, los operadores económicos están en la obligación de esperar la resolución antes de cualquier ejercicio conjunto. Si la operación no cumplió con la notificación obligatoria o de haberla hecho fuera del plazo, se configura una infracción leve con sanción pecuniaria de hasta el 8% del volumen de negocios total. Pero si se realiza ejecución de actos o contratos antes de la notificación o de que haya sido autorizada, se incurre en una infracción muy grave con sanción de hasta el 12% del volumen de negocios total. En todos los casos, la autoridad puede —además de sancionar— ordenar medidas correctivas, el cese del control, o incluso medidas de desconcentración.

Para la resolución, la normativa pone a orden de la autoridad una serie de parámetros. Estos son: el estado de la competencia en el mercado relevante afectado; el grado de poder de mercado de los operadores económicos afectados y de sus principales competidores; la necesidad de desarrollar o mantener la libre competencia; el efecto de la concentración sobre el poder de mercado y las barreras competitivas²¹; y, las eficiencias que la concentración pudiere aportar²². Por último, todo el procedimiento de autorización pende del previo pago de una tasa “por análisis y estudio de las operaciones de concentración económica”, determinada según una escala de tres niveles cuya aplicación se establece en función del volumen de ingresos del operador económico sobre el que recae la toma o cambio de control²³.

Como se puede apreciar, la complicación de este sistema original era que, si la operación de concentración cae atrapada por alguno de los dos umbrales alternativos, aunque la transacción fuese neutral desde el

18 El artículo 17 del RLOCPM establece una serie de parámetros para identificar el momento de conclusión del acuerdo.

19 Desde la apertura del expediente, una vez que la notificación es calificada como completa (LORCPM, artículo 21).

20 Expedido por la Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017 y publicado en el Registro Oficial de Ecuador, Edición Especial 998 de 07 de abril de 2017. Artículo 36.

21 Referente a una disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre competencia de los operadores económicos o la competencia.

22 Incluyendo: mejora de los sistemas de producción o comercialización; avance tecnológico o económico del país; competitividad de la industria nacional en el mercado internacional (con cautela al bienestar económico de los consumidores nacionales); bienestar de los consumidores nacionales; si los aportes resultaran en suficiente compensación de los efectos restrictivos; y, diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.

23 Esta regulación ha sido recientemente actualizada por la Resolución SCPM-DS-2021-04 (publicada en Registro Oficial del Ecuador, Suplemento 374 del 20 de enero de 2021).

punto de vista económico y financiero, desde el punto de vista jurídico se configura el supuesto de hecho de ley. Tras ello, la transacción debía someterse a la etapa completa de investigación que demoraba entre 5 y 6 meses para su revisión. Con este sistema original, no existía una distinción preliminar entre las concentraciones riesgosas para la competencia y aquellas que, contextualizadas en los umbrales, eran inocuas. Esta situación hacía que la etapa de investigación fuera comparable únicamente con la Fase 2 de investigación del modelo de la Comisión Europea, careciendo de una funcionalidad similar a la de la Fase 1. Sin embargo, con las recientes adecuaciones normativas este panorama ha ido cambiando.

III. PRIMER CAMBIO SUSTANCIAL: EL EXTINTO SISTEMA FAST-TRACK

El 20 de abril de 2020, el régimen de concentraciones ecuatoriano vivió un cambio significativo, pues la SCPM creó un régimen abreviado de análisis de concentraciones económicas notificadas de forma obligatoria. Durante un evento virtual realizado por la autoridad el 27 de abril de 2021 a propósito de estas reformas, el Superintendente Danilo Sylva Pazmiño manifestó²⁴ que se realizaban como reacción a la crisis generada por la pandemia del COVID-19 y como una apuesta a la reactivación económica y productiva del país. Comentó que se pretendía reducir los términos para el análisis y resolución de las operaciones notificadas y que estos cambios se realizaban en función de las responsabilidades que tiene la autoridad de garantizar la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores.

En el mismo evento, el Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, Francisco Dávila Herrera²⁵, reiteró que las innovaciones normativas respondían a la necesidad de la autoridad de facilitar la autorización de las transacciones que podrían generar bajos riesgos a la competencia. En esta misma línea, agregó que las restricciones a varios derechos —producto del estado de excepción declarado por el Gobierno ecuatoriano ante la crisis sanitaria²⁶— generaba incertidumbre en el sector económico y esto a su vez dificultaba a los operadores económicos comprender con certeza la inestable estructura de los mercados en aquel momento. Por lo tanto, la SCPM aspiraba a que con estas modificaciones se lograra eficiencia y eficacia en el empleo de los recursos —temporales y monetarios— tanto públicos como privados.

Para lograr este cambio, la resolución SCPM-DS-2020-018²⁷ expedida por la autoridad de competencia ecuatoriana agregó un articulado en el Instructivo Procesal SCPM. Con este articulado se establecieron seis criterios —no concurrentes— que pretendían calificar las transacciones que no presentaran el potencial de generar efectos perjudiciales a la competencia y que por ende podían beneficiarse del procedimiento abreviado de notificación al obtener una autorización expedita. El tiempo mínimo de duración de este procedimiento abreviado era de 35 días laborables (término o hábiles). Las causales para beneficiarse de este procedimiento debían ser alegadas por el operador al momento de la notificación mediante una solicitud que contuviera las razones por las que se consideraba el cumplimiento de alguno de los criterios.

Estos criterios eran:

- a. Que el operador económico que toma el control no realice directa o indirectamente (a través de empresas vinculadas que pertenezca a su mismo grupo económico), actividades económicas en el Ecuador.

24 Danilo Sylva Pazmiño, “Control de concentraciones económica en Ecuador” (Conversatorio virtual, 27 de abril de 2020), <https://www.youtube.com/watch?v=DBowbZS3xCK>

25 Francisco Dávila Herrera, “Control de concentraciones económica en Ecuador” (Conversatorio virtual, 27 de abril de 2020), <https://www.youtube.com/watch?v=DBowbZS3xCK>

26 Mediante Decreto Ejecutivo 1017, de 16 de marzo de 2020.

27 Publicada en Registro Oficial del Ecuador, Suplemento 587 de 19 de mayo del 2020.

- b. Que en las operaciones de concentración económica horizontal, la participación conjunta de los operadores económicos involucrados y de las empresas que pertenezcan a su grupo económico sea menor al 30% en el mercado relevante.²⁸
- c. Que en las operaciones de concentración económica horizontal, de forma previa a la operación, el Índice *Herfindahl-Hirschman* (HHI) del mercado producto de la operación económica fuese menor a 2.000 puntos, y que como consecuencia de la operación, genere una variación menor a 250 puntos.²⁹
- d. Que en las operaciones de concentración económica vertical, los operadores económicos involucrados y las empresas que pertenezcan a su grupo económico tuviesen una cuota de participación inferior al 30% en los mercados relevantes verticalmente integrados.³⁰
- e. Que en las operaciones de concentración económica vertical, el Índice HHI de los mercados verticalmente integrados producto de la operación de concentración económica fuese menor a 2.000 puntos.³¹
- f. Que la operación de concentración económica involucre operadores económicos que estén en riesgo de quiebra.

Sobre la circunstancia de riesgo de quiebra, se previó que el operador notificante aporte documentación que la respalde. Para ello este sistema contemplaba tres consecuencias que podían ser verificadas. La primera era la hipótesis en la cual el operador económico adquirido debía estar impedido de asumir sus obligaciones financieras en el futuro cercano. La segunda apuntaba a la inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia que la concentración, es decir se buscaba que el operador en riesgo haya realizado todos los esfuerzos posibles para vender sus activos al operador que genere el menor riesgo a la competencia. Y, tercero, se contemplaba que, de no darse la adquisición pretendida, el operador en riesgo dejase de participar en el mercado.

El beneficio práctico del procedimiento abreviado radicaba en la brevedad en la fase de investigación de la concentración notificada. En el procedimiento regular de autorización, la fase de investigación en manos de la autoridad podía extenderse hasta por 55 días; mientras que dentro del procedimiento abreviado esta tenía como término máximo 25 días. También previó que, de no aceptarse una notificación a través del procedimiento abreviado, seguiría el procedimiento administrativo regular.

Como es notorio, este sistema *fast-track* aislado era asimilable al procedimiento de análisis en Fase 1 que realiza la Comisión Europea al autorizar una concentración³². Este sirve para distinguir las operaciones que no generan un riesgo a la competencia y por lo tanto pueden ser autorizadas sin mayor investigación. En consecuencia, el *fast-track* ecuatoriano habría apuntado a una eficiencia similar. No obstante, la permanencia de esta intención será analizada más adelante, pues este sistema sufrió un cambio en Ecuador.

28 Si la concentración implicaba integración horizontal en varios mercados relevantes, este criterio debía cumplirse en cada uno de ellos.

29 Si la concentración implicaba integración horizontal en varios mercados relevantes, este criterio debía cumplirse en cada uno de ellos.

30 Si la concentración implicaba integración vertical en varios mercados relevantes, este criterio debía cumplirse en cada uno de ellos.

31 Si la concentración implicaba integración vertical en varios mercados relevantes, este criterio debía cumplirse en cada uno de ellos.

32 En la Unión Europea no existe formalmente un procedimiento *fast-track* pero este análisis está contenido en la Fase 1. Procedimientos similares existen en jurisdicciones como Brasil, Colombia, México, Sudáfrica, Reino Unido, entre otras. En el sistema estadounidense también se contempla un procedimiento bifásico para las concentraciones revisadas por la Federal Trade Commission y el Department of Justice.

Tras 9 meses de vigencia, este sistema de procedimiento abreviado encontró su fin. El 20 de enero del 2021 entró en vigencia la resolución SCPM-DS-2021-01³³ de la SCPM, cuya disposición derogatoria primera excluía del Instructivo Procesal SCPM al articulado que incorporaba el *fast-track*. En palabras del Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, Francisco Dávila Herrera,³⁴ con la experiencia del procedimiento abreviado —sumado a otros esfuerzos institucionales paralelos en otros campos de la competencia— se logró promover mayores reformas en el RLORCPM “[...] con el fin de agilizar los procedimientos y dotar a la institución de mecanismos que direccionen sus mayores esfuerzos a analizar las operaciones de concentración económica que sí puedan ocasionar riesgos competitivos [...]”. Como consecuencia, con la mencionada resolución y una reforma legal se generó un nuevo revés al control ecuatoriano de concentraciones económicas.

IV. SEGUNDO CAMBIO SUSTANCIAL: EL ACTUAL CONTROL BIFÁSICO

El 1 de diciembre del 2020 entró en vigencia el Decreto Ejecutivo 1193³⁵ que, entre otros, agregó en el RLORCPM un articulado con el cual el actual control de concentraciones económicas en Ecuador cuenta en la con un sistema dual o bifásico. En concordancia, la resolución SCPM-DS-2021-01 modificó en el Instructivo Procesal SCPM el preexistente procedimiento regular de notificación obligatoria para adaptarlo a este cambio. Adicionalmente, se incorporó la figura de las reuniones previas a la notificación. A continuación, se analizan estas modificaciones.

El RLORCPM prescribe que en la Fase 1, con duración de 25 días laborables (término o hábiles), la autoridad decide si la operación de concentración económica notificada requiere de un análisis más extenso en razón de potenciales riesgos a la competencia por las características propias de la transacción. En esta fase es carga del operador notificante presentar información que permita a la autoridad formarse convencimiento sobre la inocuidad y carencia de efectos de competencia de la concentración pretendida.

Respecto a esta primera fase, el Instructivo Procesal SCPM prescribe que la autoridad podrá considerar como indicadores de inocuidad de la transacción a los siguientes factores:

- a. Que el operador económico que toma el control no realice directa o indirectamente (a través de empresas vinculadas que pertenezca a su mismo grupo económico), actividades económicas en el Ecuador.
- b. Que en las operaciones de concentración económica horizontal, la participación conjunta de los operadores económicos involucrados y de las empresas que pertenezcan a su grupo económico sea menor al 30% en el mercado relevante; y que, a la vez, de forma previa a la transacción, el índice HHI del mercado relevante afectado sea menor a 2.000 puntos y su variación ex post sea menor a 250 puntos.³⁶

33 Expedida el 4 de enero de 2021; publicada en Registro Oficial del Ecuador, Suplemento 374 de 20 de enero del 2021.

34 Francisco Dávila, “Modificaciones al Reglamento – LORCPM Concentraciones acuerdos y prácticas restrictivas” (Conversatorio virtual, 10 de diciembre de 2020), <https://www.youtube.com/watch?v=osjENpCt1Yw&t=17s>; y SCPM, “Reducción de los tiempos de investigación en el análisis de las concentraciones económicas” (spot oficial de la SCPM, 26 de marzo de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=Ukj9MUVn-9Pw>

35 Expedido por el Presidente de la República del Ecuador y publicado en Registro Oficial del Ecuador, Suplemento 341 de 1 de diciembre del 2020.

36 Si la concentración implica integración horizontal en varios mercados relevantes, todo este criterio debe cumplirse en cada uno de ellos.

- c. Que en las operaciones verticales de concentración económica, los operadores económicos involucrados y las empresas que pertenezcan a su grupo económico tengan una cuota de participación inferior al 30% en los mercados relevantes verticalmente integrados; y que, a la vez, de forma previa a la transacción, el índice HHI de los mercados verticalmente integrados producto de la operación de concentración económica sea menor a 2.000 puntos.³⁷

En resumen, estos indicadores corresponden a concentraciones autorizables ya sea porque corresponden a un *first landing*³⁸ o, siendo notificables por el umbral económico, porque se dan —horizontal o verticalmente— en mercados de baja concentración y poca variación post concentración, donde los operadores tienen una cuota de mercado no tan representativa.

Como se puede apreciar, estos factores de inocuidad son extremadamente similares a los que estaban previstos en el extinto sistema *fast-track* que, como se comentó en párrafos anteriores, podrían ser comparables al análisis en Fase 1 que realiza la Comisión Europea. Esta fase en la jurisdicción europea comprende 25 días laborables (término o hábiles) desde la recepción de una notificación completa. Tiene como objetivo recopilar la evidencia suficiente³⁹ que permita discernir si la concentración tiene la potencialidad de afectar o no a la competencia en el mercado⁴⁰. De no existir serias dudas sobre la inocuidad de la transacción⁴¹, no amerita más revisión y se procede a su autorización; caso contrario, se da paso a la Fase 2.

En el sistema europeo, las dudas sobre la inocuidad de la transacción pueden generarse si conlleva la creación o el fortalecimiento de una posición de dominancia o si genera efectos anticompetitivos unilaterales o coordinados. En tales casos es requerido un análisis más profundo —en Fase II— para una potencial declaratoria de incompatibilidad con el mercado común europeo y la prohibición de la concentración⁴². No obstante, este análisis sufre gran discusión en la práctica europea pues es poco claro cuál es exactamente el estándar probatorio adecuado —“*absence of serious doubts*” o “*balance of probabilities*”— para considerar la existencia de dudas o riesgos, aunque la opinión más actual tiende hacia un mismo estándar para ambas fases⁴³. En el ordenamiento ecuatoriano, el cuestionamiento sobre la operación es zanjado, al menos en inicio, con los taxativos indicadores de inocuidad incluidos en la más reciente reforma legal.

En todo caso, la existencia de una primera fase permite un ahorro no solo temporal sino también económico para la administración y para los operadores⁴⁴. Al menos en Europa, la gran mayoría de notificaciones son

37 Si la concentración implica integración vertical en varios mercados relevantes, este criterio debe cumplirse en cada uno de ellos.

38 Este criterio, comúnmente conocido como excepción del “primer desembarco” o *first landing*, ha sido previsto para que en los casos de una primera inversión por parte de un operador extranjero en un país (“primer desembarco”), no se imponga el requisito de la notificación y evitar desalentar dicha inversión. Se trata entonces de garantizar así el ingreso de tal capital extranjero a la economía nacional. Por esta razón está destinada principal, pero no exclusivamente, a nuevos operadores económicos entrantes desde mercados extranjeros.

39 La Fase 1 incluye solicitud de información a las partes de la operación y a terceros, así como recopilación de datos a partir de los competidores y consumidores sobre su visión de la concentración, del mercado y de la competencia que existe en él (Concurrences. “Clearance Phase I (Merger)”, <https://www.concurrences.com/en/dictionary/clearance-phase-i-merger>).

40 Thomas Giebe y Miyu Lee, “Competitors in merger control: Shall they be merely heard or also listened to?”, *European Journal of Law and Economics* 49, (2020), 431–453. <https://doi.org/10.1007/s10657-020-09649-3>

41 El estándar europeo es: *absence of serious doubts about the compatibility of the merger with the Common Market*.

42 Giorgio Motta y Goetz Thorsten, “Merger Control, European Union”, *International Financial Law Review*, (marzo 2018), 79.

43 Véase, por ejemplo, apelación de la concentración Microsoft/Skype, Caso T-79/12 ante la Corte General.

44 Tomaso Duso, Damien J. Neven, y Lars-Hendrik Röller, “The Political Economy of European Merger Control: Evidence Using Stock Market

resueltas directamente en la Fase 1⁴⁵, ahorrando espera y dinero para la ejecución de la concentración. Se esperaría que la Fase 1 ecuatoriana cumpla con la misma función que su par europeo como detector de las operaciones “no problemáticas”⁴⁶ y quedaría en manos del tiempo develar su eficacia. Sin embargo, existe una diferencia esencial entre el régimen ecuatoriano y el europeo en cuanto a la eficiencia de esta primera fase.

Mientras que en el sistema ecuatoriano la participación del operador notificante se limita al aporte de información requerida por la agencia durante el procedimiento y hasta la resolución, en Europa la intervención del operador juega un rol fundamental durante el primer análisis. En la jurisdicción europea, una vez terminada la Fase 1 y de haber preocupaciones de la agencia sobre los efectos de la transacción en el mercado, se abre la oportunidad para que el operador notificante ofrezca remedios⁴⁷ para que la concentración genere mayores eficiencias o efectos pro-competitivos en contrapeso a aquellos anticompetitivos⁴⁸. De este modo, existe incentivo tanto para el operador —de incrementar su inversión hacia el bienestar social— como para la autoridad —de autorizar la concentración tempranamente—. La existencia de esta participación resulta de especial relevancia en el sistema europeo pues brinda la oportunidad al operador de evitar los riesgos de ingresar a Fase II, especialmente la prohibición a la concentración, resultado únicamente posible en tal fase⁴⁹. En este sentido, se esperaría que una futura reforma al régimen ecuatoriano pueda cubrir esta temática brindando al operador notificante la posibilidad de ofrecer remedios anticipados para una autorización en Fase 1.

Con este contexto, el RLORCPM en Ecuador también impone a la autoridad la obligación de analizar las circunstancias particulares de cada operación de concentración económica para tomar esta decisión de primera fase. Si se logra el convencimiento sobre la ausencia de riesgo a la competencia, la autoridad autoriza la concentración en este momento procedimental; caso contrario⁵⁰, se continúa en análisis en la segunda fase. Si ocurre un silencio administrativo, se da por entendido la continuación en la siguiente fase.

En la Fase 2 del sistema ecuatoriano, con duración de 35 días laborables (término o hábiles), la autoridad analiza los posibles riesgos a la competencia que se generen en los mercados relevantes. En esta labor puede solicitar información al operador económico notificante y a otros. Si bien la regulación legal ecuatoriana no prescribe un estándar de prueba para la decisión final de la agencia de competencia, según la práctica y la influencia del régimen europeo en ella, se esperaría que sea el mismo; es decir: *balance of probabilities*⁵¹. Esto significa que se autorizará la concentración si sus efectos positivos —incluyendo las eficiencias alegadas

Data”, *The Journal of Law and Economics* 50, N°3 (2007), 455-489, https://www.researchgate.net/publication/23805399_The_Political_Economy_of_European_Merger_Control_Evidence_Using_Stock_Market_Data.

45 Más del 90% y sin imposición de remedios (Comisión Europea, Competencia: *Procedimientos de control de concentraciones* (2013), https://ec.europa.eu/competition/publications/factsheets/merger_control_procedures_en.pdf).

46 Gregor Langus, Vilen Lipatov y Damien J. Neven, “Standards of proofs in sequential merger control procedures”, *Graduate Institute of International and Development Studies Working Paper*, N° 5 (2018), 2.

47 O también llamados compromisos, condiciones o condicionamientos.

48 Según el Reglamento comunitario de concentraciones de la Unión Europea, los remedios pueden ser propuesto al final de la Fase 1 — para evitar la Fase 2 — o al término de la Fase 2 — para evitar la prohibición de concentración — (Reglamento N° 139/2004 del Consejo Europeo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas).

49 Mark Thatcher, “European Commission merger control: combining competition and the creation of larger European firms”, *European Journal of Political Research*, 53, N°3 (2014), 443-464.

50 Ya sea por la falta de información proporcionada por el notificante, la falta de conocimiento o información del mercado analizado o por los potenciales efectos que podrían generarse por la misma.

51 Langus, Lipatov y Neven, “Standards of proofs in sequential merger control procedures”, 2.

por el notificante— sobrepasan a sus efectos negativos⁵². En cuanto a las eficiencia alegadas, el sistema ecuatoriano exige del notificante una descripción sobre “[...] su naturaleza y efectos, cuantificando los mismos cuando sea posible así como el plazo en que prevé que se desarrollen, acreditando todos estos aspectos con los medios a su alcance”⁵³. Como se puede ver, no existe mayor profundización sobre su estándar probatorio, a diferencia del orden europeo⁵⁴. Como conclusión de la Fase 2, se da la resolución según el sistema original previamente expuesto.

El RLORCPM también prescribe, en sus recientes cambios, que la autoridad tiene la potestad de establecer un procedimiento simplificado de autorización para aquellas operaciones de concentración económica que se adapten a parámetros objetivos determinados previamente, sobre la posibilidad de que no generen efectos negativos a la competencia. Sin embargo, a la fecha de preparación del presente trabajo no ha existido una aplicación práctica de este precepto. Probablemente la autoridad se encuentra evaluando la eficiencia de la doble fase para posteriores ajustes en el Instructivo Procesal SCPM.

Por último, además de la implementación del sistema dual, el régimen actual prevé la posibilidad de entablar reuniones de trabajo previa a la notificación con la participación la autoridad. El objetivo de esta etapa optativa es crear un espacio de análisis preliminar sobre la documentación que debería ser presentada. Esto permite que la autoridad evalúe con anticipación la necesidad de requerir información adicional⁵⁵ y poder informar sobre esto al operador notificante para que, una vez iniciado el procedimiento de autorización previa, su trámite se agilite. Sin embargo, se debe tener presente que la actividad en estas reuniones de trabajo es independiente al plazo de 8 días que se tiene para la notificación obligatoria. El sistema prevé que las reuniones no constituyen un eximente de responsabilidad por la notificación tardía o falta de notificación de una determinada transacción.

V. CONCLUSIONES

El control de concentraciones resulta de esencial importancia considerando que el objetivo del sistema *ex ante* es adelantarse a las potenciales consecuencias de la operación para mitigar la ocurrencia de los efectos prácticamente incorregibles una vez consumada. Desde 2011 Ecuador cuenta con este sistema. Sin embargo, su versión original conllevaba una inversión innecesaria de tiempo y dinero, tanto para los operadores como para la administración pública. Esto ocurría pues exigía una exhaustiva investigación para la autorización independientemente de las cualidades notorias o preliminares de una concentración potencialmente inocua para la competencia.

Con la pandemia del COVID-19, la agencia de competencia ecuatoriana encontró el momento propicio para introducir en su normativa procedimental un modelo abreviado de análisis: un sistema *fast-track* de notificación. Con él se buscó inicialmente agilizar la resolución de procedimientos estancados por la suspensión de términos que se dio tras las medidas de bioseguridad a nivel nacional. Sin embargo, este cambio abrió la puerta para una modificación aún más profunda.

52 Concurrences, “Clearance Phase II (Merger)”.

53 RLORCPM, artículo 18, numeral 11.

54 La Comisión Europea exige que las eficiencias alegadas sean: (i) verificables; (ii) alcanzables exclusivamente mediante la concentración; (iii) beneficiosas finalmente para los consumidores, no solo para los operadores (Comisión Europea, *Competencia: Procedimientos de control de concentraciones*).

55 La SCPM siempre tiene la potestad de requerir información adicional a la obligatoria para la notificación de concentración.

En la actualidad, Ecuador cuenta con un sistema bifásico de autorización de concentraciones económicas. Es importante destacar que el proceso de control de fusiones en Ecuador ha adquirido matices de flexibilidad con este sistema y que la autoridad, sobre la base de casi diez años de experiencia, ha adquirido mayores niveles de madurez y pericia técnica. Se espera que con este nuevo modelo se materialice una reducción de los tiempos de espera para resolución de las notificaciones de concentración.

Sin desconocer los enormes avances que se han expuesto, existe una deuda pendiente del sistema para con sus usuarios. En la práctica, los plazos de actuación de la autoridad pueden ser difíciles de predecir y terminan extendiéndose más allá de lo esperado. Esto ocurre por la facultad de prórroga de la que goza la SCPM por disposición reglamentaria. Esta realidad implica que las concentraciones que se dan a nivel internacional podrían requerir una notificación anticipada en la jurisdicción ecuatoriana. Por lo tanto, una armonización con bases materiales en los términos generales de los procedimientos sería un cambio sustancial que mejoraría aún más el sistema ecuatoriano.



Este documento se encuentra sujeto a los términos y condiciones de uso disponibles en nuestro sitio web:
<http://www.centrocompetencia.com/terminos-y-condiciones/>

Cómo citar este artículo:

Diego Pérez Ordoñez y Gustavo A. Villacreses, "Ecuador: las reglas de control de fusiones y adquisiciones",
Investigaciones CeCo (mayo, 2021),

<http://www.centrocompetencia.com/category/investigaciones>

Envíanos tus comentarios y sugerencias a info@centrocompetencia.com
CentroCompetencia UAI – Av. Presidente Errázuriz 3485, Las Condes, Santiago de Chile