

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0010-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 23 de febrero de 2017, a las 15h01.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica previo el cumplimiento de las condiciones legales, conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con lo determinado en el artículo 16 literal g) del numeral 2.1., del Capítulo II, del Título IV del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

SEGUNDO.- VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- La presente notificación obligatoria de concentración económica ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM), observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República no existiendo error, vicio o nulidad que declarar que haya influido en el presente expediente por lo que se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1.- El operador económico **TELCONET S.A**, representada legalmente por Jan Tomislav Topic Feraud, en calidad de Presidente y Marion Tomislav Topic Granados en calidad de Gerente General, presentaron el 23 de diciembre de 2016, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, concentrando al operador económico **LINKOTEL S.A.**

3.2.- El economista Daniel Cedeño. Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (E) remite a esta Comisión, mediante Informe No. SCPM-ICC-006- 2017- I, de 09 de febrero de 2017, el Expediente No. SCPM-ICC-0036-2016 referente a: *“Informe sobre la Notificación Obligatoria de Concentración Económica ingresada el 23 de diciembre de 2016 a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, presentada por el señor Tomislav Topic Granados, Gerente General de Telconet S.A. y el Abogado Gregorio Zambrano Luna.”*

3.3.- Esta Comisión mediante providencia de 14 de febrero de 2017, a las 15h15, avocó conocimiento del Informe No. SCPM-ICC-006- 2017- I, de 09 de febrero de 2017, remitido

por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, relacionada con la notificación obligatoria de concentración económica presentada por el operador económico **TELCONET S.A.**, representada legalmente por Jan Tomislav Topic Feraud, en calidad de Presidente y Marion Tomislav Topic Granados en calidad de Gerente General.

CUARTO.- ALEGACIONES FORMULADAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO Y POR LA INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONÓMICAS.-

4.1.- Alegaciones formuladas por el operador económico TELCONET S.A.

El operador económico **TELCONET S.A.**, Representada Legalmente por Jan Tomislav Topic Feraud, en calidad de Presidente y Marion Tomislav Topic Granados en calidad de Gerente General, presentó el 23 de diciembre de 2016, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando entre otros puntos, que:

4.1.1. En relación a la operación de concentración económica: La concentración a realizarse es entre el operador económico **TELCONET S.A.**, y la compañía **Linkotel S.A.**

4.1.2. Añaden, en cuanto al volumen de negocios al respecto de acuerdo al último periodo, de acuerdo a la información de los estados financieros del Telconet S.A. y Linkotel S.A. y sus empresas vinculadas, es de USD 170.887.304.

4.1.3. En relación a la determinación del mercado relevante precisa que parte de mercados distintos debido a que son empresas que comercializan servicios complementarios entre sí, por lo que se consideran tres mercados relevantes son: “i) *Prestadores de Servicios Portadores*, ii) *Prestadores de Servicios Internet Fijo*, iii) *Prestadores de Telefonía Fija*.”

4.1.4. Añaden, en cuanto a la participación del mercado “(...) *de acuerdo a la definición como grupo económico, la participación en el mercado del grupo económico es de 8,89% (0,91% Telconet y 8,07% Megadatos) por número de cuentas y 11% (7% Telconet y 4% Megadatos) por número de usuarios. Linkotel no ofrece este servicio, por lo tanto no opera en este mercado.*

4.1.5. Adicionalmente, en relación a la existencia de barreras de entrada “(...) *determina que la entrada de nuevos operadores al mercado no será suficiente para impedir efectos anticompetitivos, porque existen altas barreras legales y económicas que deben afrontar los operadores para la entrada al mercado, lo que efectivamente dificulta el ingreso oportuno de nuevos operadores al sector de telecomunicaciones nacional. Sin embargo, el hecho de tener a varios operadores económicos en el sector de telecomunicaciones, principalmente en servicios portadores, internet fijo y telefonía fija, disminuye el efecto de tener altas barreras de entrada en el mercado y la necesidad de la entrada de nuevos operadores económicos.*”

4.2.- Alegaciones formuladas por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas contenidas en el “Informe No. SCPM-ICC-006- 2017- I., de 09 de febrero de 2017”.-

4.2.1.- En relación a la descripción de la concentración económica notificada se expresa que: *“(…) La operación de concentración notificada, consiste en la adquisición del 99% de las acciones de la empresa Linkotel S.A. por parte de la empresa Telconet S.A. y del 1% restante por parte del señor Jan Tomislav Topic Feraud (accionista mayoritario de Telconet S.A.)”*

4.2.2.- Respecto de la determinación del volumen de negocio de esta operación, para el año 2015, calculado con base en los artículos 17 de la LORCPM y 5 del RLORCPM, fue de USD. 170.887.304,44.

4.2.3.- En cumplimiento de lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, relativo al mercado relevante, para efectos del análisis de la operación de concentración, con base en las características propias de este mercado, se definió como mercado relevante: *“Debido a la característica de verticalidad que presenta la operación analizada, el mercado relevante en el presente análisis parte de mercados distintos debido a que son empresas que comercializan servicios complementarios entre sí, por lo que se consideran tres mercados relevantes: i) Prestadores de Servicios Portadores, ii) Prestadores de Servicios Internet Fijo, iii) Prestadores de Telefonía Fija.”*

4.2.4.- Los efectos competitivos que provocará en el Ecuador la operación de concentración supone un contrapeso a los riesgos de posibles prácticas anticompetitivas que puede ser inherente a las operaciones, desde la perspectiva de la competencia, la concentración económica puede aumentar la competitividad dentro de la industria, contribuyendo a mejorar el bienestar de los mercados y a elevar el nivel de vida en la comunidad, se analizan en función de los criterios de decisión que se detallan en el artículo 22 de la LORCPM, así:

En relación al numeral 4 del artículo 22 de la LORCPM sobre: ***“La circunstancia de si a partir de la concentración, se genere o fortalezca el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre competencia de los operadores económicos y/o la competencia”*** se puede determinar que *“(…) se concluye, de acuerdo al análisis cualitativo y revisión de doctrina internacional, que existen altas barreras de entrada que impiden el ingreso oportuno para contrarrestar posibles efectos anticompetitivos. Entre las principales barreras de entrada se encuentran: barreras legales, alta inversión en capacidad instalada, costos hundidos y economías de escala.”*

En relación al numeral 5 del artículo 22 de la LORCPM sobre: ***“La contribución que la concentración pudiere aportar (...)”***, determina que *“en cuanto a las eficiencias alegadas por el notificante, se determina que, las mismas, a criterio de esta Dependencia, no se han sustentado debidamente y por lo tanto no han sido consideradas.”*

4.2.5.- *“(…) Del análisis se ha puesto en evidencia que en ninguno de los mercados relevantes, la participación de los operadores económicos genera, crea o consolida una posición dominante que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva. Además*

en el análisis realizado con respecto a la probabilidad de la existencia de bloqueo de insumos y de clientes, se concluye que la operación de concentración al incluir a operadores poseedores de una posición de mercado dominante y al no generar poder de mercados en los mercados relevantes analizados no genera bloqueos ascendentes ni descendentes en el mercado.”

4.2.6.- Análisis de relaciones verticales.

El régimen de control de operaciones de concentración busca proteger el proceso competitivo en el mercado y por lo tanto apunta a asegurar a los consumidores una gama de productos lo suficientemente amplia y a precios competitivos, al prevenir que una operación de concentración cree, refuerce o modifique el poder de mercado, al respecto: “(...) *En el presente caso se observa que, de manera potencial, los operadores intervinientes podrían integrar sus operaciones de manera vertical y prestar los servicios para los que están habilitados, aprovechando la infraestructura y capacidades del otro. Esta potencialidad se acentúa considerando que las zonas territoriales en las que ambas empresas operan se superponen entre sí dado que, Telconet S.A. opera a nivel nacional, mientras que Linkotel S.A. opera en Guayas y la ciudad de Manta.*” “*Con base en estas consideraciones, se puede determinar que la operación de concentración que se analiza es de naturaleza vertical, y por ello cumple con lo establecido en el artículo 16 de la LORCPM*”

4.2.7.- La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas recomienda. “*AUTORICE la operación de concentración notificada de manera obligatoria el 23 de diciembre de 2016, consistente en la adquisición del 99% de las acciones de la empresa Linkotel S.A. por parte de la empresa Telconet S.A. y del 1% restante por parte del señor Jan Tomislav Topic Feraud (accionista mayoritario de Telconet S.A.).*”

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1. Fundamentos de hecho.

El operador económico **TELCONET S.A.**, representada legalmente por Jan Tomislav Topic Feraud, en calidad de Presidente y Marion Tomislav Topic Granados en calidad de Gerente General, presentaron el 23 de diciembre de 2016, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la Notificación Obligatoria de concentración económica, en observancia de lo previsto en el literal c) del artículo 14 de la LORCPM, manifestando que la operación de concentración económica consiste en la concentración a realizarse es entre compañía **TELCONET S.A.**, y la compañía **Linkotel S.A.**

5.2. Fundamentos de derecho.

5.2.1. Constitución de la República del Ecuador.

Art. 213 establece que: “*Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de*

que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. [...]”.

Numeral 6 del artículo 304, determina entre uno de los objetivos de la política comercial: *“Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten al funcionamiento de los mercados.”.*

Art. 336 prevé que: *“El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.- El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”.*

5.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Las disposiciones constitucionales citadas se relacionan con lo establecido en el artículo 1 de la LORCPM, siendo uno de los objetos de la Ley el “[...] *control y regulación de las operaciones de concentración económica [...]*”, es decir que esta Superintendencia está facultada para autorizar las operaciones de concentración económica.

Al efecto, con sujeción a lo que prescriben los artículos: 14 literal c), 15 y 16 literal b) de la LORCPM, las operaciones de concentración económica, están obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación contemplado en esta sección.

Art. 21.- Decisión de la Autoridad.- *“En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva: Autorizar la operación; Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o, Denegar la autorización. [...]”.*

5.2.3.- Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

Art. 17.- Notificación obligatoria de concentración económica.- *“Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según la Ley y este Reglamento, deberán ser notificadas a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para su examen previo, en el plazo de ocho (8) días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo que dará lugar al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos de conformidad con el artículo 14 de la Ley.*

A estos efectos, se considerará que existe conclusión de acuerdo en los siguientes casos:

c) La adquisición directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital [...] Cuando los partícipes sean compañías, se

considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, [...]”

SEXTO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS.-

6.1.- De la revisión realizada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y del análisis documental efectuado por esta Comisión se advierte que la notificación de concentración económica realizada por el operador económico **TELCONET S.A.**, es obligatoria, en observancia de lo previsto en el literal a) del artículo 16 de la LORCPM, considerando que la concentración entre **TELCONET S.A.**, y la compañía **Linkotel S.A.**, artículo que refiere “*Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación*”, la operación de concentración económica fue, notificada por superar el umbral para el sector real de 200.000 RBU, determinado por la Junta de Regulación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado

6.2.- Como criterio de decisión en atención a lo previsto en el artículo 22 numeral 4 de la LORCPM, sobre “*la circunstancia de si a partir de la concentración se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia*”, se concluye, de acuerdo al análisis cualitativo y revisión de doctrina internacional, que existen altas barreras de entrada que impiden el ingreso oportuno para contrarrestar posibles efectos anticompetitivos. Entre las principales barreras de entrada se encuentran: barreras legales, alta inversión en capacidad instalada, costos hundidos y economías de escala.

SÉPTIMO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones establecidas en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

RESUELVE:

1. Acoger la recomendación formulada por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, contenida en el Informe No. SCPM-ICC-006- 2017- I. Adjunto al Memorando SCPM-ICC-025-2017-M, de 09 de febrero de 2017.
2. **Autorizar** la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico **TELCONET S.A.**, y la compañía **Linkotel S.A.**
3. Notifíquese la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y, a los operadores económicos **TELCONET S.A.**, y la compañía **Linkotel S.A.**
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-hoc, de esta Comisión, el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFÍQUESE y CÚPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE CRPI

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO