



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-006-2022

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 14 de abril de 2022; 12h00.

Comisionado sustanciador: Jaime Lara Izurieta

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo 1.- Designar como miembros de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a los siguientes funcionarios: doctor Edison René Toro Calderón, doctor Marcelo Vargas Mendoza, y economista Jaime Fernando Lara Izurieta.

Artículo 2.- Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022.”

- [2] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de abril de 2022, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Doménica Jaramillo Coronel, Secretaria Ad-hoc de la CRPI.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [3] La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica, de ser necesario, previo el cumplimiento de las condiciones legales, conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), en concordancia con lo determinado el artículo 36 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante “IGPA”) vigente de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “SCPM”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [4] El procedimiento se encuentra determinado en la Sección Primera del Capítulo III del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

3.1. Operador económico adquirente y empresas vinculadas.

3.1.1 Empresa adquirente: PONTEL PARTICIPACIONES S.L.

- [5] El operador económico adquirente **PONTEL PARTICIPACIONES S.L.** (en adelante “**PONTEL**”) es una sociedad española domiciliada en Madrid, la cual tiene como accionistas a las empresas **TELEFÓNICA S.A** (en adelante “**TELEFÓNICA**”) y **PONTEGADEA INVERSIIONES S.L.** (en adelante “**PONTEGADEA**”), entre las principales actividades del holding constan la adquisición, tenencia, transmisión, gestión y administración de acciones.¹

3.1.1.1 Empresas relacionadas al operador económico adquirente

TELEFÓNICA S.A.

- [6] **TELEFÓNICA S.A.** es un holding español que opera en el área de las telecomunicaciones en Europa y Latino América. Los servicios y productos del grupo ofrecidos a particulares² incluyen la telefonía fija y la telefonía e internet móvil a través de las marcas Movistar, O2 y Tuenti. Los servicios ofrecidos a las grandes empresas³ abarcan los siguientes: *cloud*, ciberseguridad, big data, inteligencia artificial y blockchain. La Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante “**INCCE**”) indica que en Ecuador realiza las actividades mencionadas a través del operador económico **TELEFÓNICA GLOBAL SOLUTIONS ECUADOR TGSE S.A.**

- [7] Al momento el operador económico **TELEFÓNICA** mantiene un control conjunto con el operador económico **TAURUS BIDCO** sobre la empresa **TELXIUS TELECOM** y de manera indirecta en Ecuador sobre **TELXIUS CABLE ECUADOR S.A.** (en adelante

¹ <https://empresite.eleconomista.es/REGINATORIUM.html>

² <https://www.telefonica.com/es/servicios/particulares/>

³ <https://www.telefonica.com/es/servicios/empresas/>

“**TELXIUS ECUADOR**”). Asimismo, cabe indicar que **TELEFÓNICA** tiene el control de la empresa ecuatoriana **OTECEL S.A.**, concesionaria de la marca **MOVISTAR**.

[8] La estructura accionaria de **TELEFÓNICA** se muestra a continuación:

Accionistas	Nacionalidad	Participación
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A. (BBVA)	España	4,96%
Blackrock Inc.	Estados Unidos	4,68%
CaixaBank S.A.	España	4,70%
Otros accionistas	N/D	85,66%
TOTAL		100%

Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-2-2022 – Informe SCPM-INCCE-2022-010
Elaboración: INCCE

[9] **OTECEL S.A.**

[10] **OTECEL S.A.** es una empresa domiciliada en el Ecuador, constituida el 10 de septiembre de 1993, de acuerdo con la información registrada en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁴, esta empresa se dedica a la prestación de todo tipo de servicios de telecomunicaciones integrales con sujeción a las disposiciones legales aplicables a esas actividades, actualmente opera en Ecuador con sus marcas Movistar y Tuenti, que ofertan servicios de telecomunicaciones, principalmente en el campo de la telefonía móvil. Su estructura accionarial es la siguiente:

[11] La participación accionaria está compuesta de la siguiente manera:

Accionistas	Nacionalidad	Participación
Telefónica Hispanoamérica S.A.	España	100,00%
Donoso Echanique Andrés Francisco	Ecuador	0,00%
TOTAL		100,00%

Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-2-2022 – Informe SCPM-INCCE-2022-010
Elaboración: INCCE

⁴ https://appscvs1.supercias.gob.ec/portalCia/contenedor.zul?param=fGwjShgSMdM9-8Kqe2tCRp4n8u8LoTWSxYDAYwWwO0GO4LYtXJjK_PDkY738rpgS

[12] **PONTEGADEA IVERSIONES S.L.**

[13] De acuerdo de la información que se desprende del Informe SCPM-INCCE-2022-010, **PONTEGADEA** es un holding español encargado de gestionar inversiones de su único accionista, el señor Amancio Ortega. Esta empresa, maneja el portafolio de inversiones inmobiliarias, además participa del 50% de las acciones de **INDITEX**.

[14] Asimismo, de acuerdo con la información presentada por los operadores económicos notificantes, **PONTEGADEA** no tiene presencia en Ecuador. Sin embargo, a través de **INDITEX** realiza ventas de ropa y calzado a empresas franquiciadas ecuatorianas recibiendo pagos por concepto de regalías. Se complementa la información aclarando que la importación de los producto en Ecuador la realiza el propio franquiciado, comercializando y vendiendo al cliente final mediante un total de 13 tiendas físicas bajo los nombres comerciales de Zara, Pull & Bear, Stradivarius, entre otras.⁵

3.2. Operador económico adquirido y empresas vinculadas

3.2.1 Empresa adquirida: TELXIUS TELECOM S.A.

[15] Empresa española encargada de administrar una variedad de activos de múltiples portadores de telecomunicaciones, proveedores de servicios mayoristas y minoristas⁶. Actualmente su capital social se encuentra integrado de la siguiente manera:

Estructura del capital accionario de **TELXIUS TELECOM S.A.**

Accionistas	Nacionalidad	Participación
Pontel Participaciones	España	60,00%
Taurus Bidco S.Á r.l.	Luxemburgo	40,00%
TOTAL		100,00%

Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-2-2022 – Informe SCPM-INCCE-2022-010
Elaboración: INCCE

⁵ TELEFÓNICA Y PONTEGADEA. Anexo 1 adjunto al Formulario de notificación de 09 de febrero de 2022, a las 17h06, con número de anexo 418529 del número de trámite interno ID. 227270

⁶ Íbidem

3.2.1.1 Empresas relacionadas al operador económico adquirido

TELXIUS CABLE ECUADOR S.A.

- [16] **TELXIUS ECUADOR** es una sociedad ecuatoriana constituida el 22 de diciembre de 2006 y su actividad corresponde a: “operación, mantenimiento o facilitación del acceso a servicios de transmisión de voz, datos, texto, sonido y vídeo utilizando una infraestructura de telecomunicaciones alámbricas, como: operación y mantenimiento de sistemas de conmutación y transmisión para suministrar servicios de comunicaciones de punto a punto por líneas alámbricas, por microondas o por una combinación de líneas alámbricas y conexiones por satélite”. Su capital social está constituido de la siguiente manera:
- [17] La estructura de la participación accionaria de **TELXIUS ECUADOR S.A.** es la siguiente:

Accionistas	Nacionalidad	Participación
Telxius Cable América S.A	Uruguay	99,99%
Telxius Cable Perú S.A.C.	Perú	0,00%
TOTAL		100,00%

Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-2-2022 – Informe SCPM-INCCE-2022-010
Elaboración: INCCE

4. DESARROLLO DE LOS PRINCIPALES ANTECEDENTES DEL EXPEDIENTE

4.1. Expediente No. SCPM-IGT-INCCE-2-2022

- [18] Mediante Formulario de Notificación de la operación de concentración económica y anexos los operadores económicos **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA** presentaron el 09 de febrero de 2022 a las 17h06, trámite signado con Id. 227270, una notificación previa obligatoria de operación de concentración económica.
- [19] Con escrito y anexos presentados el 11 de febrero de 2022 a las 14h54, los operadores económicos **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA**, remiten información adicional a la contenida Formulario de Notificación y anexos de 09 de febrero de 2022, siendo esta el detalle de los principales proveedores y clientes de **TELEFÓNICA**. Asimismo, describen las actividades de las compañías del grupo de **TELEFÓNICA** en Ecuador.
- [20] Con escrito y anexos presentados el 14 de febrero de 2022 a las 14h23, los operadores económicos **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA** adjuntan documentación de respaldo descrita en el Formulario de Notificación de la operación de concentración económica y anexos de 09 de febrero de 2022 a las 17h06, trámite signados con número de Id. 227575.

- [21] Mediante Oficio SCPM-IGT-INCCE-2022-037 de 14 de febrero de 2022, trámite signado con Id. 229953, la INCCE acusó recibo de la notificación obligatoria de operación de concentración económica presentada por los operadores económicos **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA**.
- [22] A través de Oficio No. SCPM-IGT-INCCE-2022-039, de 23 de febrero de 2022, el Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, solicitó a los operadores económicos completen los requisitos de la notificación obligatoria de operación de concentración económica conforme el artículo 18 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”).
- [23] Con escrito y anexos presentados el 03 de marzo de 2022 a las 14h24, trámite signado con Id. 229324, los operadores económicos **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA**, remitieron la documentación solicitada a través de Oficio No. SCPM-IGT- INCCE-2022-039, completando así los requisitos de la notificación obligatoria de operación de concentración económica.
- [24] Con escrito y anexo de 10 de marzo de 2022 presentado a las 13h25, trámite signado con Id. 230127 los operadores económicos notificantes aclaran el importe percibido por concepto de regalías del operador económico **PONTEGADEA**.
- [25] Mediante Providencia de 10 de marzo de 2022 expedida a las 16h10, la INCCE avocó conocimiento de la operación de concentración económica notificada por los operadores económicos **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA**.

4.2. Expediente No. SCPM-CRPI-006-2022

- [26] Por medio de Memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2022-053 de 31 de marzo de 2022, signado con Id. 232223, la INCCE otorgó el acceso al expediente electrónico No. SCPM-IGT-INCCE-2-2022, en dicho expediente se encuentra el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-010 de 31 de marzo de 2022 y su extracto no confidencial.
- [27] Mediante la Providencia de 05 de abril de 2022 expedida a las 15h30, la CRPI avocó conocimiento del expediente SCPM-CRPI-006-2022 y dispuso:

“(…)

CUARTO.- TRASLADAR el extracto no confidencial del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-010 a los operadores económicos **TELEFÓNICA S.A.** y **PONTEGADEA INVERSIONES S.L.**, para que en el término de tres (3) días, manifiesten lo que consideren pertinente.

(…)”

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

5.1. Constitución de la República del Ecuador

[28] Los artículos 213, 335 y 336 de la Carta Magna determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.

“Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.

(...)”

“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

5.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”).

[29] Los artículos 1 y 2 de la LORCPM establecen su objetivo y el ámbito de aplicación:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”

[30] El artículo 14 de la LORCPM define claramente lo que se entiende por operación de concentración económica:

“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.*
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.*
- c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener*



cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.

d) La vinculación mediante administración común.

e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”

- [31] En el artículo 15 de la LORCPM se establece la facultad de la SCPM para examinar, regular y controlar las operaciones de concentración económica que deben ser notificadas obligatoriamente:

“Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.- Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

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

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

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

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



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

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

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

- [33] El artículo 21 de la LORCPM prevé el término para resolver las notificaciones obligatorias de concentración económica, así:

“Art. 21.- Decisión de la Autoridad.- *En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva:*

- a) *Autorizar la operación;*
- b) *Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o,*
- c) *Denegar la autorización.*



El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales, si las circunstancias del examen lo requieren.”

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

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

- 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante;*
- 2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores;*
- 3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre competencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores;*
- 4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se generare o fortaleciere el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre competencia de los operadores económicos y/o la competencia;*
- 5.- La contribución que la concentración pudiere aportar a:*

- a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización;*
- b) El fomento del avance tecnológico o económico del país;*
- c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales;*
- d) El bienestar de los consumidores nacionales;*
- e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y,*
- f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.”*

5.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”).

[35] El artículo 12 del RLORCPM indica qué se entiende por control en el marco del artículo 14 de la LORCPM, así:

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



o determinante sobre una empresa u operador económico. El control podrá ser conjunto o exclusivo.”

- [36] En el RLORCPM se establece el plazo en el cual se debe presentar la notificación obligatoria, y la casuística para considerar la fecha de conclusión de los acuerdos que darán lugar al cambio o toma de control por parte de los operadores económicos:

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

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

a) En el caso de la fusión entre empresas u operadores económicos, desde que la junta general de accionistas o socios de al menos uno de los partícipes, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente, hubieren acordado llevar a efecto la operación de fusión.

b) En el caso de la transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante, desde el momento en que los operadores económicos intervinientes consientan en realizar la operación, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.

c) En el caso de la adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la persona que los emita, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.



d) En el caso de la vinculación mediante administración común, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los administradores han sido designados por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente de conformidad con el estatuto correspondiente.

e) En el caso de cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico, existe acuerdo de concentración desde el momento en que los partícipes consientan en realizar la operación que origine la concentración, y determinen la forma, el plazo y las condiciones en que vaya a ejecutarse. Cuando los partícipes sean compañías, se considerará que el acuerdo existe cuando haya sido adoptado por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de conformidad con el estatuto correspondiente.

La existencia de cláusulas que de cualquier modo condicionen la futura formalización o ejecución de dichos acuerdos no exime del cumplimiento del deber de notificar.

Si una vez notificado el proyecto de concentración y previamente a la resolución del expediente, las partes desisten de la misma, el notificante pondrá inmediatamente en conocimiento de la Superintendencia esta circunstancia, acreditándola formalmente, en cuyo caso la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrá acordar sin más trámite el archivo de las actuaciones.”

5.4. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante “IGPA”).

[37] El artículo 36 del Instructivo determina el procedimiento en fase de resolución para las operaciones de concentración económica notificadas obligatoriamente, así:

“Art. 36.- PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA. - Para dar cumplimiento al procedimiento de notificación obligatoria previa, previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, 20 y 20.1 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se observará lo siguiente:

(...)



5. ETAPA DE RESOLUCIÓN:

En caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas concluya la inocuidad de una determinada operación de concentración económica dentro de la fase 1 de investigación, una vez recibido el informe técnico emitido por esa autoridad, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término de diez (10) días para resolver.

Si en su resolución, la Comisión de Resolución de Primera Instancia disiente de lo recomendado en fase 1 por parte de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, resolverá disponer la apertura de la fase 2 de investigación, misma que será desarrollada por esa autoridad, para efecto de lo cual dispondrá del término restante de los sesenta (60) días establecidos en el primer inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para resolver.

En caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas haya dispuesto el inicio de la fase 2 de investigación, una vez recibido el informe técnico emitido por ese órgano, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término restante de los sesenta (60) días establecidos en el primer inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para resolver su autorización, subordinación o denegación.

En el caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas haya hecho uso del término de prórroga, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término restante de la prórroga de sesenta (60) días.”

6. ANÁLISIS DE LA CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

6.1. Descripción de la operación de concentración económica y esquema contractual de adquisición.

[38] La operación de concentración económica notificada ocurre a nivel internacional, la cual se sustenta en un acuerdo de compromiso de inversión suscrito el 01 de febrero de 2022, que consiste en la ejecución de dos transacciones simultáneas, estas se presentan en detalle a continuación:

- i. **PONTEL PARTICIPACIONES S.L** (en adelante “**PONTEL**”) adquiriría el 40% de las acciones que actualmente posee **TAURUS BIDCO S.A.R.L** (en adelante

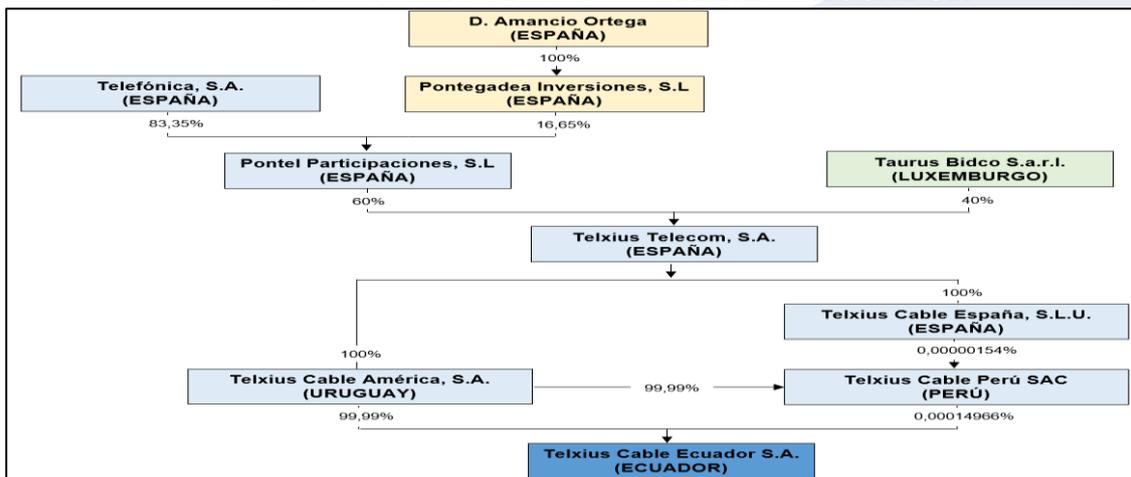


“TAURUS”) sobre **TELXIUS TELECOM S.A.** (en adelante “**TELXIUS TELECOM**”) dando como resultado que del 60% de acciones que actualmente posee dentro de la citada compañía, consolide la posesión total del capital social de la misma. Lo mencionado tendría efectos indirectos en el Ecuador a través de su filial **TELXIUS CABLE ECUADOR S.A.**⁷ (en adelante “**TELXIUS ECUADOR**”).

- ii. Por otro lado, existe un acuerdo entre los accionistas de **PONTEL: TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA**, para que éstas que poseen en la actualidad el 83,35% y 16,65% de acciones respectivamente, pasen a tener **TELEFÓNICA** el 70% y **PONTEGADEA** el 30% del capital social. Esquema que mantiene un control conjunto sobre **PONTEL** e indirectamente sobre **TELXIUS TELECOM** y **TELXIUS ECUADOR**.⁸

[39] Una vez determinado el esquema de la operación de concentración económica, podemos pasar a presentar la estructura societaria *ex ante* y *ex post*.

Estructura accionaria *ex ante* de **TELXIUS ECUADOR**



Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-2-2022 – Informe SCPM-INCCE-2022-010

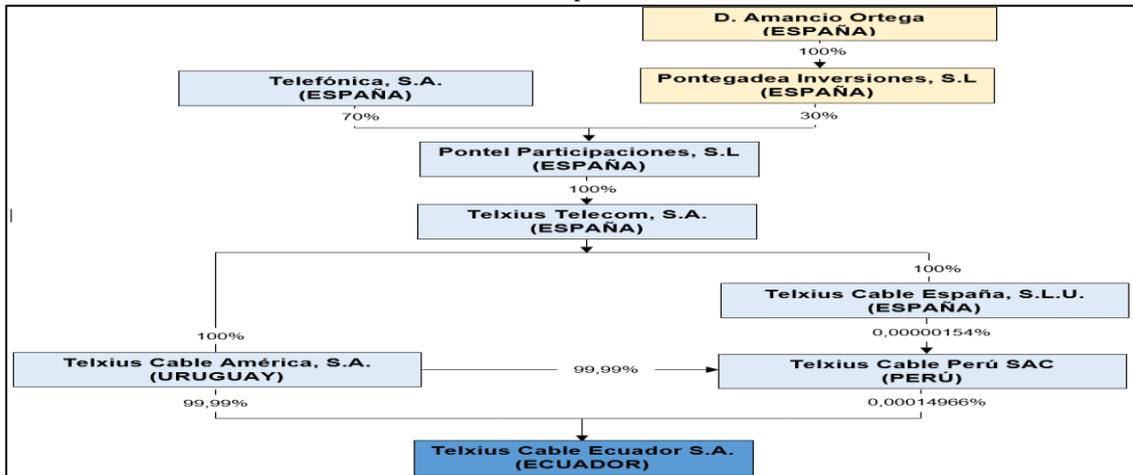
Elaboración: INCCE

⁷ Contrato compra – venta, anexo al escrito presentado el 09 de febrero de 2022, trámite signado con Id. 227575.

⁸ Contrato compra – venta, anexo al escrito presentado el 09 de febrero de 2022, trámite signado con Id. 227270.



Estructura accionaria *ex post* de **TELXIUS ECUADOR**



Fuente: Expediente No.SCPM-IGT-INCCE-2-2022 – Informe SCPM-INCCE-2022-010

Elaboración: INCCE

6.2. Existencia de la operación de concentración económica

- [40] Como se observa de los esquemas presentados de la estructura accionaria *ex ante* y *ex post*, se corrobora de manera palmaria que producto de la operación económica **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA** tomarán el control conjunto sobre **PONTEL** y a su vez de manera indirecta de **TELXIUS ECUADOR**.
- [41] El artículo 14 de la LORCPM define a las operaciones de concentración económica como el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos mediante cualquier acto que transfiera sus activos u otorgue influencia determinante sobre estos. Por tanto, para que se configure una operación de concentración económica necesariamente debe existir un cambio o toma de control.
- [42] En este sentido, lo primero que se debe establecer es la existencia de dicho cambio o toma de control, para posteriormente analizar si se configura la obligación de notificar a la autoridad la operación realizada. En consecuencia, se analizará si constituye una operación de concentración económica las transacciones simultáneas previamente mencionadas, que consistirían por un lado, en la adquisición por parte de **PONTEL** del 40% de las acciones que actualmente posee **TAURUS** sobre **TELXIUS TELECOM** dando como resultado que del 60% de acciones que actualmente posee dentro de la citada compañía, consolide la participación total del capital social de la misma y por otro lado los accionistas de **PONTEL**: **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA**, pasen de participar al momento con el 83,35% y 16,65% de acciones respectivamente, a tener **TELEFÓNICA** el 70% y **PONTEGADEA** el

30% del capital social. Esquema que permitiría un control conjunto sobre **PONTEL** e indirectamente sobre **TELXIUS TELECOM** y **TELXIUS ECUADOR**.⁹

[43] Respecto del concepto de control, el artículo 12 del RLORCPM establece lo siguiente:

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

[44] Se desprende del análisis realizado anteriormente y de la información que reposa en los expedientes administrativos que, **PONTEL** tendría de manera directa el 100% del capital social de **TELXIUS TELECOM** y de manera indirecta el 100% de la participación accionaria de **TELXIUS CABLE AMÉRICA S.A.**, así como el 99% de **TELXIUS ECUADOR**, configurándose de esta manera un cambio de control a favor de **PONTEL** y consecuentemente dejando por fuera de la estructura accionaria a **TAURUS**.

[45] Asimismo, del análisis se colige que de manera simultánea que **PONTEGADEA** accionista minoritario de **PONTEL** pasaría a tener del 16,65% al 30% de acciones, lo cual le llevaría a tener influencia en las decisiones dentro de la compañía, lo mencionado conforme el contenido que consta dentro del acuerdo de inversión y del contrato compra venta de acciones.

[46] Quedando **TAURUS** por fuera, **PONTEL** pasaría a ser el único accionista de **TELXIUS TELECOM** y de manera simultánea de ser controlado por su accionista mayoritario **TELEFÓNICA**, a ser controlado en conjunto por sus dos accionistas **TELEFÓNICA** y **PONTEGADEA**.

[47] En virtud de lo cual, de acuerdo con el análisis realizado de la operación de concentración objeto de la notificación, se evidencia la existencia de una toma de control por parte de **PONTEGADEA** sobre el operador económico **TELXIUS TELECOM** y consecuentemente de manera indirecta sobre **TELXIUS ECUADOR**. La transacción descrita se configura como una operación de concentración económica, en línea con lo establecido en la letra c) del artículo 14 de la LORCPM.

6.3. Análisis de la Obligatoriedad de Notificación Previa.

[48] En concordancia con el artículo 16 de la LORCPM, se deben cumplir dos requisitos para que

⁹ Contrato compra – venta, anexo al escrito presentado el 09 de febrero de 2022, trámite signado con Id. 227270.

se genere la obligación de notificar de forma previa una operación de concentración económica: i) que se trate de una operación de concentración horizontal o vertical) y ii) que cumpla alguna de las dos condiciones establecida en los literales a) y b) del artículo 16 de la LORCPM.

6.3.1 Que se trate de una operación de concentración horizontal o vertical

- [49] A fin de determinar la naturaleza horizontal o vertical de la operación de concentración, es pertinente analizar el uso y características, y el grado de sustitución o complementariedad de los productos comercializados por los operadores involucrados.
- [50] Para que se verifique una operación de concentración económica horizontal se requiere que los bienes o servicios de las partes involucradas compitan entre sí, porque ofertan el mismo bien o servicio o porque existen sustitutos lo suficientemente cercanos como para imponer sus precios entre sí. Una operación de concentración vertical se presenta cuando las empresas que forman parte de la transacción participan en distintos eslabones de una misma cadena productiva.
- [51] Como se ha señalado en la Sección 3 de la presente resolución, el holding **PONTEGADEA** se encarga del manejo y gestión de inversiones, además participa a través de **INDITEX** en la venta de ropa y calzado a empresas franquiciadas ecuatorianas bajo los nombres comerciales de Zara, Pull & Bear, Stradivarius, entre otras.
- [52] Por otro lado, **TELEFÓNICA** opera en el área de las telecomunicaciones en Europa y Latino América, ofreciendo los servicios y productos del grupo a mayoristas y particulares que incluyen la telefonía fija, telefonía e internet móvil, servicios de acceso IP, ciberseguridad, inteligencia artificial entre otros.
- [53] Cabe resaltar que **TELEFÓNICA** en su condición de accionista mayoritario ya controlaba previamente al operador económico **TELXIUS** por lo tanto no existiría un cambio en la estructura accionaria y tampoco una integración vertical. Asimismo, se distingue que los productos y servicios ofertados por el grupo **PONTEGADEA** son de naturaleza distinta a las actividades económicas desarrolladas por **TELEFÓNICA** y sus subsidiarias.
- [54] En concordancia con el análisis realizado por la INCCE, en el presente caso se establecería la configuración de una operación de concentración de conglomerado, entendiéndose ésta como aquellas concentraciones entre empresas que no participan en la misma actividad económica y por ende ninguna relación que se establezca de manera vertical u horizontal.
- [55] En virtud de lo señalado, considerando las características de la transacción y las actividades económicas de los operadores económicos involucrados, es posible determinar que no se

cumple con el primer supuesto establecido en el artículo 16 de la LORCPM, esto es, la transacción no se configura como una operación de concentración de tipo horizontal, ni vertical. Señalando además, que la citada norma no contempla las operaciones de concentración económica en el caso de conglomerados. Por lo tanto, la CRPI considera que la operación de concentración bajo análisis no debió ser notificada de manera obligatoria.

[56] Al no existir una operación de concentración sujeta al régimen del control de concentraciones establecido en la LORCPM, no cabe análisis complementario alguno. En consecuencia, la CRPI se inhibirá de resolver la solicitud d¹⁰e autorización de concentración económica.

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

RESUELVE

PRIMERO.- INHIBIRSE de resolver sobre la operación de concentración económica notificada por los operadores económicos **PONTEGADEA INVERSIOCIONES S.L.** y **TELEFÓNICA S.A** por cuanto dicha operación no está sujeta a control de concentraciones ante la SCPM, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos **PONTEGADEA INVERSIOCIONES S.L.** y **TELEFÓNICA S.A**, así como a la Intendencia General Técnica y a la INCCE.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Marcelo Vargas Mendoza
COMISIONADO

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Édison Toro Calderón
PRESIDENTE - CRPI

¹⁰ De forma muy general, diversos autores definen las operaciones de concentración de conglomerado como todas aquellas que no son horizontales, ni verticales. Esta definición, como las dos anteriores, también es bastante pacífica a nivel mundial. La FNE, en su Guía define una operación de concentración de conglomerado como “aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical” 40 , y la definición doctrinaria de Elhauge y Geradin, es casi exactamente igual, “las fusiones de conglomerado incluyen cualquier combinación de negocios que no sea horizontal, ni vertical” 41 <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/143973/Operaciones-de-concentraci%C3%B3n-de-conglomerado-en-Chile-riesgos-de-la-concentraci%C3%B3n-econ%C3%B3mica-inter-mercados.pdf?sequence=1&isAllowed=y>