

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-024-2022

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 07 de septiembre de 2022; 09h07.

Comisionado sustanciador: Jaime Lara Izurieta.

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2022-027, de 14 de julio de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado (S) resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Edison René Toro Calderón;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.”*

- [2] 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 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.”

- [3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 04 de mayo de 2022, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica del Rocío Vaca Cifuentes, Secretaria Ad-hoc de la CRPI.

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para autorizar, denegar o subordinar la operación de concentración económica, previo el cumplimiento de los requisitos normativos, 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 36 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante “IGPA”) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “SCPM”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [5] El procedimiento se encuentra determinado en la Sección Primera del Capítulo III del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, reformado mediante Resolución SCPM-DS-2021-001 de 4 de enero de 2021.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

- [6] Según consta en la información del expediente, la operación de concentración notificada se refiere a la fusión por absorción de la compañía **TUBOSISTEMAS S.A.** por parte de **MEXICHEM S.A.**

3.1 Operador económico adquiriente: MEXICHEM S.A.

- [7] El operador económico adquiriente y notificante de la operación de concentración económica bajo la configuración de absorción es **MEXICHEM S.A.** De acuerdo con los registros de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros¹ (en adelante “SCVS”), es una sociedad anónima domiciliada en el Ecuador identificada con RUC No 0990017514001 y constituida el 01 de febrero de 1960.
- [8] Su objeto social es: *“la elaboración y venta de productos plásticos y otros materiales para uso comercial e industrial y para el mercado de exportación(…)”* Asimismo, como actividad económica según los registros de la SCVS consta la: *“fabricación de artículos plásticos para la construcción: puertas, ventanas, marcos, contrapuertas, persianas, zócalos, tanques para depósitos, etcétera.”*
- [9] **MEXICHEM S.A.** se encuentra controlada en su totalidad por varias empresas de nacionalidad extranjera, la participación accionaria del operador económico se detalla en la siguiente tabla:

Tabla No. 1.- Participación accionaria de MEXICHEM S.A.

No	Accionista	Nacionalidad	Porcentaje de Participación
1	IFECOR S.A.	URUGUAY	5,00%
2	MEXICHEM AMANCO HOLDING S.A. DE C.V.	MÉXICO	95,00%
TOTAL			100,00%

Fuente: Portal web Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros².

<https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>

Elaboración: CRPI

¹ Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. 2022. Información General. Consultado el 31 de agosto de 2022 desde: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>, dentro del expediente Nro. 3265.

² Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. 2022. Accionistas. Consultado el 31 de agosto de 2022 desde: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>, dentro del expediente Nro. 3265.

3.2 Operador económico adquirido: TUBOSISTEMAS S.A.

- [10] El operador económico **TUBOSISTEMAS S.A.** según se desprende de la notificación obligatoria de concentración sería absorbido en su totalidad por la empresa **MEXICHEM S.A.** Se trata de una sociedad anónima ecuatoriana constituida el 05 de abril de 2007, identificada con RUC No. 0992505982001, domiciliada en el cantón Daule, provincia de Guayas.
- [11] En la SCVS la mencionada empresa consta como su objeto social: *“la fabricación, producción, elaboración y comercialización en forma directa e indirecta o indirecta, por cuenta propia o de terceros de productos plásticos y otros materiales ...”*. Asimismo, su actividad se enfoca en: *“la fabricación de artículos plásticos para la construcción: puertas, ventanas, marcos, contrapuertas, persianas, zócalos, tanques para depósitos, etcétera.”*³
- [12] El capital accionario de **TUBOSISTEMAS S.A.** está estructurado de la siguiente manera:

Tabla No. 1.- Participación accionaria de TUBOSISTEMAS S.A.

No	Accionista	Nacionalidad	Porcentaje de Participación
1	IFECOR S.A.	URUGUAY	4,99,00%
2	MEXICHEM AMANCO HOLDING S.A. DE C.V.	MÉXICO	94,99,00%
3	MEXICHEM SERVIC. ADMIN. S.A. DE CV	MÉXICO	0,000019%
TOTAL			100,00%

Fuente: Portal web Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros⁴.

<https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>

Elaboración: CRPI

4. DESARROLLO DE LOS PRINCIPALES ANTECEDENTES DE LOS EXPEDIENTES

4.1 Expediente No. SCPM-IGT-INCCE-13-2022

- [13] A través de formulario y anexos presentados en la Secretaría General de la SCPM el 28 de junio de 2022, trámite signado con Id. 241283, suscrito por la señora Cecilia Ibarra López y el señor Carlos Alaña Pine como representantes legales del operador económico **MEXICHEM S.A.**, se notificó una operación obligatoria de concentración económica.

³ Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. 2022. Actividad económica. Consultado el 31 de agosto de 2022 desde: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>, dentro del expediente Nro. 126633.

⁴ Portal de Información de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. 2022. Accionistas. Consultado el 31 de agosto de 2022 desde: <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/consultaCompanias/societario/informacionCompanias.jsf>, dentro del expediente Nro. 126633.

- [14] Por medio de oficio SCPM-IGT-INCCE-2022-127 de 01 de julio de 2022, la INCCE acusó recibo de la notificación obligatoria de concentración económica presentada por **MEXICHEM S.A.**
- [15] La INCCE con Oficio SCPM-IGT-INCCE-2022-129, de 12 de julio de 2022, solicitó a **MEXICHEM S.A.** que en el término de diez (10) días complete la notificación de la operación de concentración económica presentada el 28 de junio de 2022 y remita los extractos no confidenciales de la información clasificada previamente como confidencial.
- [16] A través de escrito de 19 de julio de 2022, trámite signado con Id. 245081, el operador económico **MEXICHEM S.A.** remitió los extractos no confidenciales solicitados con Oficio SCPM-IGT-INCCE-2022-129 de 12 de julio de 2022.
- [17] Con escrito de 26 de julio de 2022, trámite signado con Id. 245696, el operador económico **MEXICHEM S.A.** completó la notificación obligatoria de la operación de concentración.
- [18] Por medio de Providencia de 02 de agosto de 2022 emitida a las 11h45, la INCCE avocó conocimiento de la notificación obligatoria previa de la operación de concentración económica entre **MEXICHEM ECUADOR S.A.** y **TUBOSISTEMAS S.A.**
- [19] Con Memorando No. SCPM-IGT-INCCE-2022-206 de 24 de agosto de 2022, signado con Id. 248322, la INCCE remitió a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-028 (en adelante también “Informe”) y otorgó acceso al expediente digital No. SCPM-IGT-INCCE-013-2022.

4.2 Expediente No. SCPM-CRPI-024-2022

- [20] Mediante Providencia de 29 de agosto de 2022 expedida a las 12h12, la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

TERCERO. - TRASLADAR al operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.** el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-028 de 24 de agosto de 2022, para que en el término de tres (3) días, manifieste lo que considere necesario.

(…)”

- [21] Con escrito presentado el 01 de septiembre de 2022 a las 17h29, trámite signado con Id. 249123, el operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.** solicitó lo siguiente:

“En consideración a la Providencia del 29 de agosto de 2022 notificada a mi representada, en la que se nos hace traslado del Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2022-028 de 24 de agosto de 2022 para que manifestemos lo que consideremos necesario en un término de tres (3) días, solicitamos comedidamente el

otorgamiento de un término adicional de dos (2) días para completar la revisión del informe y pronunciarnos sobre el mismo.”

[22] Mediante Providencia de 05 de septiembre de 2022 expedida a las 11h15, la CRPI rechazó la solicitud del operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.** presentada con escrito el 01 de septiembre de 2022 a las 17h29, trámite signado con Id. 249123.

[23] A través de escrito presentado el 05 de septiembre de 2022 a las 16h25, trámite signado con Id. 249341, el operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.** indicó lo siguiente:

“En el informe del INCEE consta que efectivamente tanto Mexichem Ecuador S.A. como Tubosistemas S.A. mantienen prácticamente los mismos accionistas según se detalló en el formulario de notificación y el Anexo 1 presentados el 28 de junio de 2022 y que forman parte del expediente, por lo que la fusión por absorción objeto de revisión corresponde a una restructuración corporativa de carácter neutral o inocua en la que la estructura de propiedad y control de los dos operadores económicos involucrados se verá inalterada tras la operación de fusión. En este sentido, quedamos atentos a la resolución del expediente por parte de la CRPI confirmando el criterio del INCEE.”

[24] La CRPI mediante Providencia de 06 de septiembre de 2022 expedida a las 12h53, dispuso tomar nota dentro del presente expediente lo indicado por el operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.** en escrito de 05 de septiembre de 2022 a las 16h25, trámite signado con Id. 249341.

[25] A través de escrito presentado el 05 de septiembre de 2022 a las 17h18, trámite signado con Id. 249360, el operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.** solicitó lo siguiente:

“(…)

Debido a lo anterior, en caso que la CRPI acoja la conclusión y recomendación del informe del INCEE ya aludido, confirmando que la transacción notificada no es una operación de concentración económica y por ende no es una operación de notificación obligatoria de las previstas en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, solicitamos respetuosamente que al emitir la resolución correspondiente al presente expediente, se incluya la devolución a nuestra representada de los valores correspondiente a la tasa por análisis y estudio de las operaciones de concentración, en consideración de que no se habría configurado el hecho imponible ni es Mexichem Ecuador S.A. sujeto pasivo de la misma conforme dispone el artículo 29 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”

[26] En referencia al requerimiento del operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.**, en relación con la devolución de la tasa cobrada por el análisis y estudio de la operación notificada, la CRPI mediante Providencia de 06 de septiembre de 2022 expedida a las 12h53 debidamente

motivada, rechazó la solicitud presentada a través de escrito de 05 de septiembre de 2022 a las 17h18, trámite signado con Id. 249360.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

[27] En el presente acápite la CRPI establecerá el conjunto de normas que servirán de base para la calificación jurídica de los hechos, y como efecto, para la adopción de la resolución.

5.1. Constitución de la República del Ecuador (en adelante CN)

[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.”

- [29] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

5.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

- [30] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.

“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.”

- [31] Las normas transcritas establecen el objeto y el ámbito de la LORCPM y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM. El caso bajo estudio encaja dentro de dicho marco de acción.
- [32] El artículo 14 de la LORCPM determina qué se entiende por 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.”*

[33] 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.”

[34] El artículo 16 de la LORCPM determina las condiciones que se deben cumplir para que la notificación 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.”

- [35] 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.”

[36] 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 concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores;*
- 4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se 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;*
- 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)

[37] En el RLORCPM se establece el plazo en el cual se debe presentar la notificación obligatoria, así como 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:

(...)

c) En el caso de la adquisición, directa o indirecta, 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 operación concentración económica, 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 la celebración del acto en cuestión se autorizó por la junta general de accionistas o socios, o el órgano competente, de los operadores económicos involucrados, de conformidad con el estatuto correspondiente.

(...)"

[38] El artículo 21 del RLORCPM establece los criterios de decisión para las operaciones de concentración económica, así:

“Art. 21.- Criterios de decisión.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá -autorizar, denegar o condicionar la operación de concentración, de conformidad con lo establecido en la sección" IV del capítulo II de la Ley.

Las condiciones pueden referirse al comportamiento o a la estructura de los operadores económicos involucrados.

A efectos de autorizar una operación de concentración económica en los términos de la Ley, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ponderará, en todos los casos, el grado de participación de los trabajadores en el capital social.

Si se hubiere subordinado la autorización al cumplimiento de condiciones, estas deberán adoptarse en un término máximo de noventa (90) días de notificada la resolución que las establece.

La Superintendencia podrá otorgar un término adicional para el cumplimiento de las condiciones cuando el operador económico al que dichas condiciones le fueron impuestas demuestre que, habiendo mediado todos los esfuerzos necesarios, le ha sido imposible cumplirlas en el término antes señalado.

Si las condiciones no han sido cumplidas en el término de noventa (90) días o en el término adicional otorgado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta denegará la operación de concentración.”

5.4. IGPA

[39] En la normativa interna de la SCPM se determinan los criterios y el procedimiento para las operaciones de concentración económica notificadas obligatoriamente, una de las fases es la de resolución:

“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

[40] De acuerdo con la información que consta en el expediente digital No. SCPM-IGT-INCCE-013-2022, la operación de concentración económica consiste en la adquisición por absorción del total de activos del agente económico **TUBOSISTEMAS S.A.** por parte del operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.**

[41] Para el efecto de la adquisición descrita, el 27 de junio de 2022 los operadores económicos **MEXICHEM ECUADOR S.A.** y **TUBOSISTEMAS S.A.** llegaron a un acuerdo de fusión por absorción, operación en la cual se debe resaltar conforme la estructura accionaria señalada previamente, que los operadores partícipes de la misma, mantienen la misma estructura accionaria.

6.2. Existencia de la operación de concentración económica

[42] 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.

[43] 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.

[44] 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.

(...)”

[45] La INCCE respecto al análisis de cambio o toma de control, hace referencia lo que señala la Ley de Mercado de Valores en su artículo 192, así:

“Se entiende que tienen el control de una sociedad, las personas que por sí o en unión con otras, con las que existe acuerdo de actuación conjunta, tienen el poder de influir en forma determinante en las decisiones de ella; o que son capaces de asegurar la mayoría de los votos en las juntas de accionistas y pueden elegir a la mayoría de los directores o administradores.

(...)"

[46] Al respecto, desde la perspectiva del derecho comparado:

“La Guía de Control de Concentraciones entre Empresas de la Unión Europea No. 2008/C 95/01, nos da una respuesta muy clara. Indica que las reestructuraciones internas no pueden ser consideradas concentraciones, dado que no existe un cambio de control:

“el concepto de concentración se limita a cambios en la estructura de control. Una reestructuración interna de un grupo de empresas no constituye una concentración. Esto se aplica, por ejemplo, a los incrementos en las participaciones empresariales que no vayan acompañados de cambios de control o a operaciones de reestructuración tales como la fusión de una compañía de doble cotización en una única entidad jurídica o una fusión de filiales. Una concentración sólo podrá producirse si la operación provoca un cambio en la naturaleza del control de una empresa y, por tanto, ya no es puramente interna.”

[47] En similar sentido, la Guía para Análisis de Operaciones de Concentración de la Fiscalía Nacional Económica de Chile indica lo siguiente:

“La FNE entiende por operación de concentración o concentración, las fusiones, las adquisiciones de acciones, las adquisiciones de activos, las asociaciones y, en general, los actos y convenciones que tienen por objeto o efecto que dos o más empresas económicamente independientes entre sí pasen a conformar una sola empresa, a tomar decisiones en forma conjunta o a integrar un mismo grupo empresarial.”

[48] Es decir, que la fusión de dos empresas pertenecientes a un mismo grupo económico no implica un cambio o toma de control, ya que el control no cambia, seguirían compartiendo los mismos accionistas el control y por ende la toma de decisiones.

[49] En el caso particular estamos frente a un reordenamiento interno del grupo económico, por cuanto tanto la empresa absorbida como la absorbente son subordinadas a sus accionistas, situación que no cambia por la operación planteada, lo que quiere decir que no habría un cambio o toma de control en el presente caso.

[50] La CRPI ya ha adoptado estos criterios con anterioridad, a modo de ejemplo nos referimos a los expedientes SCPM-CRPI-007-2020, SCPM-CRPI-2016-039 y SCPM-CRPI-2015-022 en relación con la argumentación de que una reestructuración interna dentro de un grupo económico no implica un cambio o toma de control.

[51] La operación de concentración notificada, no se podría configurar como un cambio o toma de control, la cual establece la fusión por absorción de operadores económicos que pertenecen a un

mismo grupo económico y éstos son controlados por los mismos accionistas, en este caso los agentes económicos MEXICHEM HOLDING S.A. e IFECOR S.A.. Por lo que, no encaja en los supuestos de hechos previstos en el artículo 14 de la LORCPM, ya que no existe un cambio o toma de control por tratarse de una reestructuración al interior del mismo grupo económico.

- [52] En consecuencia, no es procedente que la CRPI realice un análisis para autorizar, negar o subordinar una notificación que no se configura como una operación conforme lo establece el artículo 16 de la LORCPM.

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 el operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.**, por cuanto dicha operación no está sujeta a control de concentraciones económicas ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de conformidad con la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente Resolución al operador económico **MEXICHEM ECUADOR S.A.**, a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas y a la Intendencia General Técnica de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTegUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTegUI, SERIALNUMBER=090621111646, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Ubicación:
Fecha: 2022.09.07 14:30:32-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.0

**PABLO RENE
CARRASCO
TORRONTegUI**
Pablo Carrasco Torrontegui
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
**JAIME
FERNANDO LARA
IZURIETA**
Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
**EDISON RENE
TORO CALDERON**
Édison Toro Calderón
PRESIDENTE