



“El concepto de cambio de control bajo el régimen de control de concentraciones ecuatoriano”



CPI COMPETITION POLICY
INTERNATIONAL

Por: Diego Pérez Ordóñez y Luis Marín Tobar¹

Ecuador es una jurisdicción con un estricto régimen de control de concentraciones, con un plazo de notificación corto de 8 días calendario, restricciones para el cierre antes de obtener la aprobación y severas sanciones económicas y coercitivas en casos de infracción a la obligatoria notificación. La Ley local, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (“LORCPM”), promulgada en octubre de 2011, estableció el primer régimen de control de concentraciones en el país, determina que las transacciones y acuerdos que involucran un *“cambio o toma de control”*, se consideran *“acuerdos de concentración”* y pueden estar sujetos al control de concentración local, si se cumplen cualquiera de dos umbrales (una de cuota de mercado y otro de volumen de negocios). Aunque las reglas de otros países generalmente aclaran cuándo y cómo un cambio o toma de control se consideran concentraciones e introducen requisitos, tales como una base duradera del cambio de control o la modificación estructural del mercado, las disposiciones del marco legal local no atienden a estas distinciones y reglas específicas. Ante esta ausencia normativa, la regulación de estas limitaciones solo se ha introducido a lo largo de los años de práctica mediante documentos de guía e interpretaciones de la Intendencia de Control de Concentraciones.

Aunque hay un detalle de actos ejemplificativos en el Art. 14 del LORCPM, que incluye las fusiones y adquisiciones, acuerdos de administración conjunta de empresas, y la transferencia de los efectos de un comerciante, el amplio alcance del concepto de *“cambio o toma de control”* puede determinar que otras formas de acuerdos, y también ciertas formas atípicas de los anteriores, podrían estar sujetas a notificación en esta jurisdicción. Estos casos merecen un análisis específico cuando las partes intervinientes cumplen los umbrales económicos o de cuota de mercado. Por ejemplo, la adquisición de participaciones en operadores con un volumen de negocios significativo o participación de mercado en Ecuador, cuando estos intereses confieren al adquirente un derecho de veto y / o de voto específicos, podría considerarse que confieren al adquirente un control o influencia determinante en el operador y requieren notificación y aprobación previa. La legislación local no establece diferencias entre las concentraciones horizontales o verticales, lo que llevó a Superintendente de Control del Poder de Mercado a emitir una opinión² que incluye claramente a las integraciones verticales dentro del alcance del control al afirmar que *“no existen disposiciones legales o consideraciones de índole económica que sustenten que una concentración vertical está fuera del ámbito de aplicación del literal b) del Artículo 16 de la Ley. En este sentido, la comisión al amparo del artículo 16 literal a) del LORCPM aplica para las operaciones de concentración”*

¹ Diego Pérez-Ordoñez es un socio y Luis Marín Tobar es un asociado senior en Pérez Bustamante & Ponce, en Quito, Ecuador. dperez@pbplaw.com; lmarin@pbplaw.com

² Oficio No. Nro. DS-SCPM-2013-375



horizontales o verticales, al no existir disposiciones legales que permitan una interpretación excluyente o contraria a las conclusiones que se han expresado en la absolución a esta consulta".

En este contexto, el análisis del concepto de "*cambio o toma de control*" es fundamental para determinar varios aspectos de una transacción potencial. Para empezar, la determinación de que una transacción genera efectivamente un "*cambio o toma de control*" conducirá al análisis de los umbrales y la determinación del requisito de notificación obligatoria. Posteriormente, cuando la notificación sea obligatoria, una noción clara del concepto permitirá a las partes determinar qué actos son permisibles a lo largo del procedimiento de notificación y aprobación. Desde esta perspectiva, una noción clara de "*cambio o toma de control*" facilita la implementación de medidas para proteger los intereses del adquirente durante el procedimiento de notificación, al tiempo que evita incurrir en actos que pueden exponer al adquirente a responsabilidad por infracciones. En ciertos casos, antes o durante una notificación de concentración, las partes pueden considerar estructuras de exclusión para aislar los efectos de una transacción multi jurisdiccional en Ecuador. En estos casos, evitar un cambio o toma de control es fundamental para reducir el riesgo de que un regulador determine qué tal estructura es ineficaz o insuficiente para limitar las preocupaciones anticompetitivas. Una reciente decisión³ del Tribunal del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) en Brasil refleja las preocupaciones de este regulador en particular sobre las exclusiones contractuales y su efectividad, y también la dificultad de monitorearlas. Tales preocupaciones generan una oportunidad para analizar cada caso y estructura y considerar estructuras más sofisticadas, que atiendan a estas preocupaciones, por ejemplo, a través de fideicomisos y otras medidas. Si estas alternativas son viables, estas pueden permitir el cierre de una transacción global mientras se aísla el tramo local de una transacción mientras la aprobación está pendiente, en casos excepcionales. Todas estas perspectivas muestran claramente que evitar un cambio en el control es fundamental para reducir la exposición a la responsabilidad por infracción al régimen de control de concentraciones, que en Ecuador está sujeta a penas severas de hasta el 12% del volumen de negocios local anual de las partes, e incluso el potencial reverso de la transacción.

Por lo tanto, el concepto de "*cambio o toma de control*" debe analizarse en el contexto de las nociones generales del LORCPM, así como la jurisprudencia y el análisis realizado por el regulador en sus decisiones y estudios. Como punto de partida, el Art. 14 de la LORCPM incluye, dentro de la descripción de la adquisición de acciones, una limitación de que estos deben otorgar a la entidad adquirente "*control de, o influencia sustancial*". El mismo artículo, dentro de su amplia definición de concentración económica, considera "*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 un control o influencia determinante en las decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico*". Estos artículos son un punto de partida que refleja que la ley local requiere que el cambio o la toma de control permita una influencia "*sustancial*" o "*determinante*" en las decisiones del otro. En general, una adquirente puede adquirir el control cuando puede decidir sobre asuntos estratégicos, tales como la aprobación del presupuesto, estrategias comerciales, planes de negocios, nuevas inversiones o nombramiento de altos ejecutivos de la compañía, o cuando puede ejercer su poder de veto sobre decisiones como las mencionadas. El amplio alcance de la ley local también crea escenarios donde puede existir un cambio o toma de control, independientemente del interés que se adquiere (por ejemplo, 51% o 20%), si tal interés otorga al adquirente una influencia sustancial o determinante. Por lo tanto, un interés minoritario, acompañado por disposiciones estatutarias o contractuales, puede considerarse una concentración bajo la ley local. Estas posibilidades reflejan la obligación de realizar análisis de los derechos específicos otorgados a las partes tanto contractualmente como a través de los estatutos de la entidad en cuestión, cuando un interés minoritario, por ejemplo, puede otorgar al adquirente ciertos derechos de veto o voto, que pueden tener un impacto significativo en la administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.

³ <http://en.cade.gov.br/press-releases/cisco-and-technicolor-admit-practice-of-gun-jumping-in-global-transaction-1>



El amplio alcance del LORCPM y el concepto de concentración, la falta de experiencia de los operadores y el regulador con el marco de control de concentraciones, vinculado al alto riesgo de exposición a multas, llevaron a varias notificaciones o consultas dirigidas a la Autoridad sobre este tema. Esto llevó a que los conceptos de cambio o toma de control y la influencia sustancial o determinante, sea analizada por la Autoridad en transacciones notificadas, incluidas las reorganizaciones intragrupo que no están formalmente excluidas por el marco vigente, y solo se han aclarado mediante precedentes de la Autoridad.

Las primeras huellas de análisis de los conceptos dentro de decisiones y análisis de la Autoridad se pueden encontrar en casos tempranos, tales como:

1. **SCPM-DS-CP-001-2013**⁴, la Autoridad estableció que el requisito fundamental para que exista una concentración es *"la existencia de un cambio o toma de control, legal o fácticamente, entre los operadores involucrados"*.

2. **SCPM-ICC-2013-0086**, la Autoridad consideró que *"esta dependencia ha podido establecer que la FUSIÓN POR ABSORCIÓN notificada por el operador económico GINSBERG ECUADOR SA, NO CUMPLE con lo que dispone el artículo 14, inciso primero de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado que expresa "a efectos de esta Ley se entiende concentración económica al cambio o tomar el control de una o más empresas u operadores económicos" (...) debido a que no existe cambio o toma de control efectiva, Razón por la cual NO SE CONSIDERA UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA de acuerdo con lo estipulado en la Ley"*.

3. **SCPM-ICC-2013-0302-OF** la Autoridad consideró que *"como se desprende de los documentos aportados por el Consejo Nacional de Aviación Civil y Aerovías del Continente Americano S.A. AVIANCA, mismos que constan en el expediente No. SCPM-ICC-0014-EXP, la operación en cuestión consiste en la unificación de la marca de las empresas que pertenecen al grupo Avianca. En otras palabras, "las empresas del Grupo Avianca han decidido unificar su marca, de tal manera que la única marca y nombre comercial que se utilizará en el futuro es" Avianca "(...) Con estos antecedentes, esta Autoridad concluye que el la operación realizada entre AVIANCA SA, (Holding) y sus empresas integradas (...) no cae dentro del ámbito de aplicación del artículo 14, inciso primero de la LORCPM, debido a que no existe un cambio o toma de control efectiva de acuerdo con los parámetros establecidos en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado recogidos en el informe SCPM-ICC-2013-0028-1 "*.

4. **SCPM-ICC-EXP-0005**, la Autoridad concluyó que *"la operación de integración operativa de las empresas que seguirán actuando a través de la razón social DIFARE SA, y que actualmente pertenece al grupo holding DIFARE CIA LTDA., y en tal razón no existe cambio o toma de cualquier control según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 14 de la Ley Orgánica de regulación y control del poder de mercado "*.

En una reorganización de entidades públicas en el sector de extracción y producción de petróleo crudo entre Petroamazonas y Petroecuador, dio lugar al informe No. SCPM-ICC-2013-008-1⁵, donde la Autoridad examinó las operaciones intragrupo y evaluó el concepto de control a través de un estudio comparativo entre legislaciones similares. En tal caso, la Autoridad concluyó formalmente que *"las operaciones intragrupo no son consideradas operaciones de concentración económica, puesto que comportan distribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo, y no existe un tercero que intervenga en la operación, es decir, no existe un cambio o toma de control, como se*

⁴ Notificación informativa No. SCPM-ICC-CP-001. Frutera del Litoral Cia. Ltda y Agrícola Pura Vida S.A. Agrupvida de 9 de octubre de 2013

⁵ <https://es.scribd.com/document/196548215/Informe-Operacion-de-Concentracion-SCPM-Ecuador>



establece en la normativa y en la teoría". A la luz de la serie de notificaciones obligatorias, notificaciones informativas y consultas que evidencian una falta de claridad del marco, la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas emitió una interpretación jurídica-económica de "El Cambio o Toma de control en el régimen de control de las concentraciones económicas en el Ecuador" en septiembre de 2015 y la guía técnica para el control de concentraciones en diciembre de 2013⁶.

El primer documento finalmente proporciona una mayor certeza sobre el tema, por los criterios establecidos de "independencia previa", "reforma estructural" y "base duradera". Estas aclaraciones se derivan de un análisis del Código Financiero Monetario, cuyo artículo 192 establece que " *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 votos en las juntas de accionistas y pueden elegir a la mayoría de los directores o administradores. Se considera que hay acuerdo de actuación conjunta, cuando entre dos o más personas existe una convención, expresa o tácita, para participar con similar interés en la gestión de la sociedad o para controlarla*". El documento también hace referencia a la norma contable internacional (NIC 27) que establece que " *Se presumirá que existe control cuando la dominante posea, directa o indirectamente a través de otras dependientes, más de la mitad del poder de voto de otra entidad, salvo que se den circunstancias excepcionales en las que pueda demostrar claramente que tal posesión no constituye control (...)*". En un análisis comparativo de las normas europeas y de la Autoridad de competencia chilena, la intendencia de control de concentraciones local introdujo el principio de "independencia previa" al establecer que " *Esta definición establece que una concentración se producirá cuando dos empresas previamente económicamente independientes, a través de un arreglo contractual o fáctico, alinean sus incentivos para maximizar de manera conjunta sus beneficios a través de la toma de decisiones o actuación conjunta*", y también la definición de "cambio estructural" al decir que " *las operaciones de concentración económica que deben ser analizadas en el régimen de concentraciones son todas aquellas que pueden generar un cambio estructural del mercado producto de la reducción de un competidor independiente*". Finalmente, la Autoridad declara, " *La legislación comparada nos indica que para que una operación de concentración pueda incidir sobre el mercado es necesario que primero se configure una toma de control duradera por parte de los operadores a concentrarse. Si no existe dicho control, el régimen de concentraciones no deberá ser aplicado en términos de competencia*".

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el control de concentraciones también se adhiere a la tendencia internacional de que el cambio de control debe derivarse de una situación de **independencia previa**, originar una **reforma estructural** del mercado y otorgar a la entidad en cuestión **control duradero**, para que exista una concentración en Ecuador. Esta conclusión también aclara qué tipos de medidas adoptadas por las partes durante una notificación pueden derivar en contingencias por infracción al régimen de control, y cuáles de ellas pueden permanecer fuera de la definición de cambio de control y ser implementadas por las partes sin afectar el control *ex ante* de la Autoridad local.

juego en nuestra región.

⁶ <http://www.scpm.gob.ec/es/site-map/articles/93-control-concentraciones/517-guia-tecnica-analisis-operaciones-concentracion-economica>