

FAILING FIRM DEFENSE A LA ECUATORIANA: ALGUNOS APORTES Y REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA EXCEPCIÓN DE EMPRESA EN CRISIS

FAILING FIRM DEFENSE ECUADORIAN VERSION: SOME CONTRIBUTIONS AND REFLECTIONS ON THE NEW EXCEPTION OF A COMPANY IN CRISIS

Mario Navarrete Serrano*
Universidad San Francisco de Quito
Pérez Bustamante & Ponce Abogados

On April 20, 2020, the Superintendence of Market Power Control published Resolution SCPM-DS-2020-018 establishing a fast-track process to investigate certain operations subject to the ex ante notification regime. What will be explored in this article is one of the cases that qualify to benefit from the fast-track process: the failing-firm defense exception.

In summary, the Superintendence of Market Power Control has said that it will now take less time to review operations that target a company in economic difficulties, and it outlines the material parameters it will use to guide that decision. However, such inclusion brings with it much more than it appears.

KEYWORDS: *Failing-firm exception; Superintendence of Market Power Control; economic concentration control; Antitrust; Organic Law of Regulation and Control of Market Power.*

El 20 de abril de 2020, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado publicó la Resolución SCPM-DS-2020-018 con la que instaura un proceso abreviado o fast-track para investigar ciertas operaciones sujetas al régimen de notificación obligatoria ex ante. Lo que se explorará en este artículo es uno de los supuestos que califican para beneficiarse del proceso abreviado: la excepción de empresa en crisis o failing-firm defense.

De manera resumida, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha dicho que ahora se tardará menos tiempo en la revisión de operaciones que tengan como objetivo una compañía en dificultades económicas y traza los parámetros materiales que usará para guiar esa decisión. Sin embargo, esa inclusión trae consigo mucho más de lo que aparenta.

PALABRAS CLAVE: *Excepción de empresa en crisis; Superintendencia de Control del Poder de Mercado; control de concentraciones económicas; Antitrust; Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) en Competencia, Información e Innovación por el New York University School of Law. Profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y director del Grupo de Derecho de Competencia de su Instituto de Investigaciones Jurídicas. Asociado sénior de Pérez Bustamante & Ponce (Quito, Ecuador). Contacto: mnavarrete@usfq.edu.ec

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 10 de mayo de 2020, y aceptado por el mismo el 16 de octubre de 2020.

I. INTRODUCCIÓN

No existe en la legislación ecuatoriana una referencia específica a la excepción de empresa en crisis (en adelante, EEC). Se ha sugerido que el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, Reglamento LORCPM o Reglamento), específicamente el artículo 13.b¹, podría referirse o abrir la puerta a la inclusión de la EEC². Sin embargo, el origen de este artículo parece ser el artículo 7.3.d de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, que dice que no tendrá la consideración de concentración “[l]a adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal” (2007). En el contexto español, este artículo ha sido considerado como una excepción para aquellos casos en los que se toma control por orden de una autoridad judicial o administrativa de una empresa, por ejemplo, en quiebra. No se refiere al análisis de la excepción de empresa en crisis, sino al mandato de una autoridad judicial que permite esa adquisición sin estar sujeta a verificación *ex ante* de la agencia de competencia.

Sin embargo, el que no exista referencia explícita a la EEC en la legislación ecuatoriana no es un impedimento para que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, SCPM) haya creado un marco conceptual de referencia. En ese sentido, la valoración de la circunstancia de una empresa en crisis no innova o modifica el análisis que hace una agencia de competencia, sino que únicamente presenta un contrafactual específico—considerando que el daño al mercado es atribuible a la salida de los activos del mercado, como veremos más adelante— que deberá analizarse a la luz de la evidencia.

En otras palabras, y considerando que la EEC es únicamente una posibilidad natural del análisis dentro de la revisión rutinaria de cualquier concentración que supere los umbrales, la Resolución SCPM-DS-2020-018 (en adelante, la Resolución) constituye un necesario paso adelante que dilucida varias cuestiones. Por ejemplo, actualmente es evidente que se puede alegar una EEC bajo estándares relativamente ortodoxos, y que hacerlo

gatillará un análisis específico. Pero, a la vez, abre preguntas específicas sobre la forma en que se aplicará el régimen. En este artículo revisaremos brevemente la lógica de la EEC como una institución usual en el Derecho de la Competencia (sección 2); las notas y preguntas más importantes que quedan abiertas con el desarrollo de los estándares de la Resolución (sección 3); algunas cuestiones u observaciones sobre procedimiento que se deberán resolver a través de decisiones específicas (sección 4); y, para terminar, algunas conclusiones y recomendaciones (sección 5).

Antes de iniciar, advertimos que los estándares de la Resolución han sido recientemente promulgados, por ende, no se conoce como serán interpretados por la SCPM. Así, este análisis pretende explorar, a la luz de doctrina y precedentes extranjeros, preguntas que seguramente serán relevantes en la práctica. Este tema probablemente deberá ser revisado a medida que se desarrolle el análisis y se dicten decisiones específicas a la luz de las particulares normas y objetivos del régimen ecuatoriano de competencia.

II. EL SENTIDO DE LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS

El derecho de la competencia busca preservar dinámicas que permitan a los mecanismos de mercado actuar correctamente y asignar de forma eficiente los recursos escasos. Como la dominancia—vista como fallo de mercado y no solamente como fenómeno económico—supone un riesgo tan importante para la preservación de esos mecanismos socialmente valiosos, las facultades de investigación y sanción de las agencias de competencia suelen ser muy amplias. Por supuesto, esas facultades están limitadas y, para efectos de este comentario, el límite más relevante es preservar dinámicas que permitan equilibrios eficientes. La SCPM no puede, en su misión de sancionar conductas anticompetitivas, tomar decisiones que resulten en la destrucción de un mercado o la salida de un competidor; el remedio no debería ser peor que la enfermedad.

Este principio tiene varias manifestaciones. Por ejemplo, como regla general no pueden imponerse multas desproporcionadas que resulten en la quie-

¹ El artículo 13.b del Reglamento a la LORCPM señala lo siguiente:

Operaciones que no constituyen concentración económica: Para efectos de la aplicación del artículo 16 de la Ley, no tendrán la consideración de concentración económica:
[...]

b) Cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos (2012).

² Si bien este punto cae por fuera de este análisis, el hecho de que el Reglamento diga que la adquisición de una empresa en crisis no constituye una concentración implicaría que el pronunciamiento de la SCPM debería ser uno abstentivo.

bra de un infractor. Si bien ese infractor merece cargar con las consecuencias de sus actos, una sanción que termine en su salida dejaría al mercado sin un competidor (uno de capacidad importante, se puede presumir). Las agencias de competencia no deben, en la búsqueda de preservar un mercado competitivo, terminar creando una estructura menos competitiva; además, las EEC siguen la misma lógica. Si bien es primordial que una autoridad de competencia revise las operaciones que cumplen con los umbrales de notificación —creados como presunción de capacidad de infligir daño al mercado— existen ciertas circunstancias que permiten, en aras de resguardar una estructura competitiva, limitar o excluir esa facultad de revisión. En el caso de las EEC, se permite que una operación potencialmente anticompetitiva quede exenta del escrutinio de la SCPM cuando la compañía adquirida es una que está por quebrar. En ese sentido, se prefiere preservar en el mercado la capacidad, activos y experiencia de esa compañía³, siempre que realizarlo no cause más daño que su salida.

Esta institución se ha adoptado, con diversos matices, en la mayoría de los regímenes que tienen mecanismos de control de concentraciones. En algunos casos como una consideración en el análisis contrafactual, en otros en forma de defensa y, en algunos como en Ecuador, como una excepción. Los más importantes, sin duda, son los de Estados Unidos y la Unión Europea. De esa manera, como la SCPM se ha inspirado en la del régimen europeo, siguiendo la línea de la LORCPM y su Reglamento, analizaremos los elementos centrales de ese régimen y cómo han sido trasladados —con importantes matices— a Ecuador.

III. LAS CARACTERÍSTICAS SALIENTES DEL RÉGIMEN ECUATORIANO

En Europa, los tres elementos centrales para aceptar una EEC se delinearon, en su configuración actual, en el *Caso BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001), y después se acogieron en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, Directrices) (2004):

- (i) La empresa presuntamente en crisis **debe estar condenada, a causa de sus problemas**

económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa.

- (ii) **No debe haber ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial** para la competencia que la concentración notificada.
- (iii) De no mediar una concentración, **la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable.**

La Resolución se inspira en estos requisitos, pero innova e incluye algunos elementos que pueden resultar en conclusiones distintas⁴:

- (i) Que el operador económico **no pueda asumir sus obligaciones financieras en el futuro cercano.**
- (ii) La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia, es decir, **que se hayan realizado todos los esfuerzos posibles para vender los activos del operador económico a la compañía que genere el menor riesgo a la competencia.**
- (iii) Que, en ausencia de la adquisición, **el operador económico dejaría de participar en el mercado.**

Las diferencias, aunque aparentemente sutiles, son trascendentales. Por ello, se analizarán separadamente.

A. La inminencia de la quiebra

La legislación europea requiere que la situación financiera obligue a que los activos de la compañía salgan al corto plazo del mercado. Esto se ha interpretado como el cierre o la quiebra inminente y su aplicación estricta ha resultado en que, por ejemplo, no se acepte como suficiente las simples pérdidas acumuladas o una perspectiva financiera desalentadora (*Caso General Electric/Alstom*, 2015)⁵. El riesgo debe ser real y próximo, y debe resultar ineludiblemente en el cierre o la quiebra. Las transacciones que no alcanzan este estándar no pueden beneficiarse de la EEC, sino únicamente de una moderación del contrafactual donde se

³ Como veremos, algunos regímenes no se han limitado a un análisis de eficiencias en la aplicación de esta doctrina, sino que tomaban en consideración la protección de operadores pequeños y medianos que se verían impactados por la quiebra. Parece que la laxitud del texto de la Resolución y los fines de la LORCPM permitirían interpretaciones similares.

⁴ Se hace referencia al artículo 2 de la Resolución que se incorporará como artículo 36(1)(1)(f) a la Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017.

⁵ Como ejemplo, véase la decisión de la Comisión en *General Electric/Alstom* (2015). Por su lado, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos plantea estándares similares en *Estados Unidos c. General Dynamics Corp.* (1974).

considera la presencia debilitada de la compañía que enfrenta dificultades como parte del escenario alternativo (*Caso Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, 2016), pero que no alcanza el beneficio de la autorización incondicional de la EEC (Majumdar & Parker, 2011).

Por el contrario, el test ecuatoriano no incluye un requisito de quiebra o cierre, sino uno que resulta menos estricto, esto es, que no se puedan asumir obligaciones financieras. Por supuesto, cuando esa imposibilidad sea total o mayoritaria puede conducir a la quiebra, pero el texto del artículo no impone el cierre como un requisito elemental. Por tanto, este test puede tener varias interpretaciones posibles que no son excluyentes.

1. La incorporación del régimen ecuatoriano de quiebra e insolvencia a la excepción de empresa en crisis

Si bien la Resolución no dilucida este punto, otras legislaciones incluyen como parte de su test la imposibilidad de asumir obligaciones financieras a la luz de las normas de liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos. En sí, queda abierta la pregunta de si la SCPM podría aprobar una EEC en caso de que la situación financiera de la compañía pueda ser resuelta bajo los estándares de las normas específicas de quiebra y reorganización que, dependiendo del procedimiento, deben tramitarse ante un juez de lo civil bajo el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), de la Superintendencia de Compañías bajo la Ley de Concurso Preventivo (LCP, 2006), o de la autoridad específica para el caso de emprendimientos.

Así, y dependiendo de las circunstancias, la SCPM podría solicitar evidencia de que el operador en crisis cumple los requisitos para iniciar un proceso de insolvencia o quiebra y, además, que en consideración a los hechos, es improbable lograr un acuerdo con sus acreedores que le permitan preservar su estatus de empresa independiente, lo que es preferible a la concentración desde una perspectiva de política de competencia, empero, esto no será sencillo. Por ejemplo, un proceso bajo la Ley de Concurso Preventivo requiere acreditar el estado de cesación de pagos o la previsión de entrar en ese estado a través de hechos específicos como (i) el incumplimiento por más de sesenta días de obligaciones mercantiles y que representen en total el treinta por ciento o más

del valor del pasivo total; (ii) encontrarse ejecutoriados e insatisfechos uno o más autos de pago o providencias equivalentes, dictados contra el deudor, dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo y cuyas cuantías representen un treinta por ciento o más del valor del pasivo total; (iii) endeudamiento por obligaciones de plazo menor de dos años y que exceda al ochenta por ciento del valor de sus activos, siempre que se demuestre que no podrá ser cubierto oportunamente; (iv) daciones en pago de los activos necesarios para la actividad empresarial que representen en conjunto más de veinte por ciento del activo de la empresa; y, (v) cuando las pérdidas alcancen el cincuenta por ciento o más del capital social y la totalidad de sus reservas (LCP, 2006, art. 4).

Acreditar la condición que permita acceder a un proceso de reestructuración de deuda es solamente el primer paso. Después, quien argumente una EEC deberá demostrar que es poco probable concluir el proceso exitosamente y que es más probable que fracase.

La interacción con el COGEP y su procedimiento es todavía más complejo. Así, el régimen específico introducido en el COGEP no requiere una quiebra en términos contables y comerciales, por lo que podría existir una quiebra presuntiva incluso en ausencia del requisito de inminencia. Esto supone que la SCPM deberá interpretar las circunstancias de las reglas de cada régimen a la luz de los objetivos de la política de competencia. Después de todo, solamente se debe tolerar la concentración –bajo ciertas circunstancias– si la alternativa es la salida del mercado de la compañía o sus activos, pero frente a esta posibilidad es siempre preferible que la compañía en crisis, incluso debilitada y bajo un acuerdo o concordato, preserve su independencia.

Por último, lamentablemente la jurisprudencia ecuatoriana sobre quiebra no es abundante, lo que significa que varias veces la SCPM tendrá que interpretar el alcance de esas normas sin la guía de precedentes autoritativos. El verdadero problema, considero, será el poco desarrollo del derecho concursal en Ecuador, lo que dejará a la SCPM con varias preguntas respecto de la procedibilidad (y potencial de éxito) de una reorganización bajo el régimen de quiebra o similares, dificultando el análisis de si es preferible negar una EEC para preservar la independencia de la compañía en crisis, aunque debilitada⁶. Mi sugerencia es que, mientras las demás autoridades a cargo del régimen de quiebras y liquidaciones no otorguen más claridad

⁶ Este tema es complejo y dará de qué hablar. Lo planteamos de forma general pero seguramente deberá ser revisado a medida de que las decisiones de la SCPM, jueces y Superintendencia de Compañías, alimenten el debate.

a través de sus decisiones, la SCPM no se paralice considerando la posibilidad de una reorganización concursal. Queda pendiente analizar cómo será aplicado en la práctica por la SCPM.

2. La reestructuración imposible como parte del test

Siguiendo el sentido de la inminencia de la quiebra como requisito para que se alegue exitosamente la EEC, está la pregunta de hasta dónde debe considerarse la posibilidad de reestructuración exitosa en el análisis. ¿La quiebra debe ser simplemente inminente o también es necesario que sea de imposible reestructuración a través de normativa concursal? ¿Debe siempre preferirse la salida a través de normas de liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos, antes que la EEC?

Esta discusión no es nueva. En Estados Unidos, desde *Citizen Publishing* la Corte Suprema incluyó la consideración de la reorganización exitosa bajo las normas de quiebra como una parte del test (*Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos*, 1969, pp. 138-139). De manera similar, los **Merger Assessment Guidelines** de la Competition Commission y la Office of Fair Trading inglesas (actualmente, la Competition and Markets Authority) incluyen una referencia a la imposibilidad de reorganización exitosa (2010, párr. 4.3.14). Al final del día, la política pública de competencia prefiere a un competidor que emerge de una reestructuración con capacidades reducidas, a una concentración potencialmente anticompetitiva.

Sin embargo, esta consideración tendrá estándares de prueba diferentes dependiendo de quién la alegue. Si es que es una compañía regular deberá probarla bajo la Ley de concurso preventivo (2006, arts. 4 y 8)⁷ pero, si se trata de un emprendimiento, la prueba a aportarse será la de la Ley del Emprendimiento e Innovación (2020, arts. 46-50)⁸. A la fecha, cuando todavía no se ha expedido el Reglamento de la Ley de Emprendimiento, no es nece-

sario demostrar requisitos de carácter patrimonial o financiero para iniciar la reestructuración, lo que significa que la prueba —al menos por ahora— será más sencilla que bajo la Ley de concurso preventivo, si es que es posible del todo⁹.

Nuevamente, creo que el poco desarrollo del derecho concursal en Ecuador será un obstáculo cuando se realice esta valoración y, como consecuencia, sugeriría que no se aplique de forma demasiado estricta porque hacerlo supondría arriesgar el régimen de la EEC, recientemente inaugurado.

3. Más allá de la eficiencia: Justicia redistributiva

Por último, queda abierta la pregunta de si esta primera parte del test también permite la posibilidad a una interpretación más amplia de los fines del régimen. ¿Cuando se considera la quiebra inminente, debe también considerarse, junto con la preservación de la dinámica competitiva del mercado, la protección de pequeños prestamistas, empleados y, en general, de aquellos socios comerciales que se verían afectados con la salida de la empresa en crisis? Esta discusión tampoco es nueva y encuentra su origen en Estados Unidos donde la figura de la EEC se creó considerando fines democráticos (First & Weber, 2013) del derecho de la competencia: proteger a prestamistas, dueños y empleados de compañías pequeñas o medianas. Así, no solamente se buscaba proteger la eficiencia sino también alcanzar fines de justicia distributiva (Jones & Sufrin, 2016, p. 1168).

Por supuesto, la holgura del texto de la Resolución ecuatoriana no impide que se persigan, dependiendo las circunstancias, fines de eficiencia y de justicia. De hecho, lo anterior cobra sentido si se considera la amplitud y carga ideológica de los fines de la LORCPM, especialmente en lo referente a los lineamientos de política pública (2011, arts. 1 y 4)¹⁰. O, quizás, esta amplitud sea maniatada por la rigidez del tercer requisito que se abordará más adelante.

⁷ En este caso deberá probar el cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 y 8 de la Ley de concurso preventivo, con respecto a los requisitos y forma de presentación de la prueba.

⁸ La prueba y el procedimiento se encuentran en la sección VIII, de la Ley exclusivamente para la reestructuración de emprendimientos.

⁹ Lamentablemente la Ley de Emprendimiento, si bien jerárquicamente superior a su reglamento, hace referencia específica de que algunos requisitos se desarrollarán en él, lo que deja abierta la pregunta de si es posible aplicar al proceso de reestructuración en el estado actual. Soy de la posición que sí, buscando una interpretación teleológica, pero este es un punto debatido y que no ha sido aclarado.

¹⁰ Los fines de la LORCPM son muy amplios.

Art. 1. Objeto. — [...] 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.” y el “Art. 4. Lineamientos para la regulación y principios de aplicación. [...] 8. El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua. 9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico [...]”.

De cualquier forma, es especialmente importante que la consideración de fines de corte democrático, específicamente el impacto social de la imposibilidad de afrontar obligaciones financieras (que va más allá de la preservación de la estructura del mercado), no se contrapongan a la búsqueda de la eficiencia en los mercados. Su aplicación debe buscar un justo medio en el que (i) se proteja a la empresa en crisis, a sus trabajadores, deudores y dependientes de los altos costos de los procesos de quiebra; a la vez que, (ii) permita que los activos relevantes continúen siendo productivos gracias a la concentración, en lugar de salir del mercado (Jones & Sufrin, 2016, p.1168).

B. Alternativas menos restrictivas

Este segundo requisito parece, en cambio, innecesariamente estricto en el texto de la Resolución. En la legislación europea se requiere que no exista una alternativa menos perjudicial para la competencia, añadiendo la interesante conclusión que las compañías que alegan la EEC asumen el riesgo de la revisión *ex ante* que siga la elección del adquirente (*Caso ArcelorMittal/Ilva*, 2018, párr. 423-424)¹¹. En Ecuador, por su parte, se demanda la realización de todos los esfuerzos posibles para vender los activos a compañías que generen el menor riesgo a la competencia. Pese a la redacción que sugiere que el esfuerzo bajo la Resolución ecuatoriana debe ser más estricto, se opina que, en la práctica, esta distinción no debe acarrear diferencias so pena de hacer del régimen innecesariamente rígido.

Los precedentes europeos interpretan este requisito desde un prisma práctico. Si bien no es suficiente una mera elucubración de que, de haberse realizado un esfuerzo, no se habría conseguido un potencial comprador menos riesgoso (*Caso News-corp/Telepiú*, 2004, párr. 217), sí cumple el umbral de prueba la búsqueda razonable de una alternativa. Por ejemplo, sería suficiente que se hayan realizado (y documentado) esfuerzos serios por contactar y negociar con terceros, y que si ese es-

fuerzo no resultó en un acuerdo es porque existían discrepancias comerciales sensatas¹². O que, en consideración a las circunstancias, se haya intentado poner al target en oferta pública para identificar posibles compradores (2003, párr. 217)¹³. En última instancia, las partes deben demostrar que, pese a sus razonables esfuerzos y en consideración a las circunstancias (por ejemplo, una pandemia mundial), no existen alternativas creíbles (ni expresión creíble de interés de adquirir los activos)¹⁴.

Por otro lado, la búsqueda de una alternativa no necesariamente debe resultar en la menos perjudicial para el mercado. Es evidente que la opción más preferible para la competencia es que el adquirente sea una compañía que no participe en el mercado y que esté interesado en los activos para incursionar en él, así se evitan traslapes horizontales que puedan debilitarlo estructuralmente (Competition Commission & Office of Fair Trading, 2010, párr. 4.3.16). Sin embargo, muchas veces esa no será una opción realista y, al menos *a priori*, esto no debería ser suficiente para impedir que una compañía se beneficie de la EEC. Por consiguiente, la Comisión suele mirar la ausencia de un comprador potencialmente menos anticompetitivo, pero no el menos anticompetitivo (Komninos & Jeram, 2014, p. 608).

La Resolución, en cambio, requiere que se hayan realizado **todos los esfuerzos posibles** para vender los activos del operador económico **a la compañía que genere el menor riesgo a la competencia**. Así, parece imponer una carga sustantiva en la que se debe acreditar que se realizó todo lo posible –incluso más allá de lo razonable– para cerrar la venta a una compañía que no participe en el mercado. Conforme al texto de la Resolución, podría entenderse que la compra de una compañía con un cierto grado de traslape horizontal es intolerable y que no es suficiente un grado menor de riesgo a la competencia, sino un riesgo nulo; por eso el artículo dice que se debe preferir **el menor riesgo** y no **un** menor riesgo. Esto resultaría, en todos los casos, en un

¹¹ Así lo dijo la Comisión en el *Caso ArcelorMittal/Ilva*.

[...] as to the Notifying Party's allegation that the delays incurred and the degradation of Ilva's assets in the meantime would make it unlikely that the alternative bidder would be still in a position of acquiring Ilva, the Commission observes that the alleged further degradation, as well as the alleged further deterioration of the competitive structure, cannot be taken into account [...] the competitive situation existing at the time of the merger²⁸⁶ is the relevant counterfactual for establishing whether the Transaction raises concerns [...] (2018, párrs. 423-424).

¹² Revisar *Olympic/Aegean I* (2011), en específico, lo relevante de los párrafos 2086 y 2120.

¹³ En el *Caso News-corp/Telepiú*, la Comisión establece que

[...] the burden of proving that there is no alternative potential buyer apart from the acquiring firm falls, in the Commission's opinion, on the party claiming it. News-corp's argument does not discharge this burden of proof. [...] (2004, párr. 217).

¹⁴ Competition – Mergers – Commission approves acquisition of Greek airline Olympic Air by Aegean Airlines: Statement by Joaquín Almunia "It is clear that, due to the on-going Greek crisis and given Olympic's own very difficult financial situation, Olympic would be forced to leave the market soon in any event. Therefore, we approved the merger because it has no additional negative effect on competition".

nuevo entrante; por tanto, la redacción de la Resolución podría hacer muy complicado que se pueda alegar una EEC en Ecuador.

En consideración a los fines del régimen, la frase **todos los esfuerzos posibles** debería entenderse como aquellos que se pueden esperar de una empresa que enfrenta una situación apremiante o, como dice la Resolución, aquellos posibles¹⁵. Sin embargo, el estándar de la alternativa debería satisfacerse con alternativas menos gravosas aunque no sean las menos anticompetitivas. Nuevamente, esta interpretación teleológica es coherente con los fines de la LORCPM y de la política de competencia, por lo que requerir cualquier cosa más allá constituiría una carga injusta para un operador que, podemos presumir, está en una situación grave.

Sin embargo, la literalidad del texto se presta para una interpretación excesivamente restrictiva, sobre todo por jueces administrativos que tienden hacia la lectura estricta de las facultades de las entidades públicas. En ese sentido, es recomendable que, en una modificación futura, se enmiende la Resolución para que no quede duda que el esfuerzo requerido es el honesto y razonable en consideración a las circunstancias, y que la alternativa como prueba a acreditar debe ser una más favorable, pero plausible.

C. La desaparición o salida de los activos

Este requisito tradicionalmente ha servido como el mecanismo para explicar el sentido detrás de las EEC y el camino que incorpora el estándar de prueba que enfrenta quien la alega. Su configuración actual en las Directrices —en la que se requiere evitar la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis— no es casual, sino que refleja una evolución histórica. El hecho de que la Resolución haya adoptado un régimen distinto —requiriendo que la adquisición evite la salida del mercado del operador y no solo de sus activos— es, seguramente, la incógnita más importante que enfrentará el régimen ecuatoriano.

En principio, la primera invocación exitosa de la EEC en Europa ocurrió en 1993, en el *Caso Kali und*

Salz (1994). Este caso es especialmente importante porque, en sus consideraciones, reflexiona sobre el límite de lo permisible cuando se alega la excepción.

En primer lugar, y aunque no se indica de forma explícita, estamos frente a una excepción o una defensa. Esto significa que es relevante como un mecanismo para evitar una imputación que desplegaría efectos legales a menos que se invoque exitosamente. En todo caso, esta imputación sería que la transacción impide sustancialmente la competencia efectiva¹⁶ y resultaría ineludiblemente en condiciones o en su prohibición (LORCPM, 2011, art. 22). Visto de ese modo, solo hace sentido proponerla si es que la concentración produce un daño en la competencia (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2009, p.19)¹⁷. De acuerdo con ello, ¿para qué someterse al escrutinio estricto e intentar negociaciones con otros potenciales compradores si es que la transacción será aprobada incondicionalmente? Su valor natural como defensa es evitar que la transacción enfrente los costos de los remedios que serían inevitables sin su alegación.

En segundo lugar, la EEC presupone que existirá un deterioro en la estructura del mercado, pero que ese deterioro de cualquier manera ocurriría incluso si se bloquea la concentración (*Kali & Salz/MDK/Treuhand*, 1994). Al respecto, la doctrina entiende este requisito como uno de causalidad; esto es, con o sin transacción ocurrirá un empeoramiento de las condiciones competitivas, por lo que ese empeoramiento debe endilgarse a la circunstancia de la empresa en crisis que es su origen primigenio, no a la adquisición (Jones & Sufrin, 2016, p. 1170).

En tercer lugar, si es que el sentido de la defensa radica en el origen del daño queda abierta la pregunta ¿cuál es el estándar de daño que debe acreditar el adquirente? ¿Acaso debe probar que todas las consecuencias de la quiebra —incluyendo la consolidación horizontal de la cuota, por ejemplo— de cualquier manera se producirían? Este punto trascendental es la génesis de la crítica al *Caso Kali und Salz* y la razón de ser del texto actual de las

¹⁵ Esta conclusión está apoyada en una lectura específica de la palabra **posibilidad**, no como todo lo que es física y moralmente factible, sino como un medio disponible para la realización de una tarea.

¹⁶ La LORCPM incluye en el artículo 22(4) el estándar sustantivo de revisión: la generación o fortalecimiento del poder de mercado, o la sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia. Sin embargo, incluye un estándar de prueba estricto, obligando que sea claramente previsible o comprobada.

¹⁷ El informe de la OCDE explica, A sine-qua-non condition for a competition authority to block or condition a transaction is the existence of a strict causal link between the transaction under assessment and the anticipated harm to competition. The failing firm defence applies to instances in which, while the anticompetitive effect of the merger is not disputed, there is no such strict causal link – i.e. situations where the markets affected by the merger will experience an increase in concentration and a significant lessening of competition whether or not the merger takes place.

Directrices. De esa manera, en el *Caso Kali und Salz* la Comisión dijo que:

puede afirmarse que la operación de concentración prevista reforzará una posición dominante en el mercado alemán de potasa para usos agrícolas. No obstante, dicho reforzamiento de la posición dominante de K + S se produciría también aunque no se llevara a cabo la operación de concentración, ya que si MdK no es adquirida por otra empresa, tendrá que abandonar el mercado en un futuro próximo, con lo que la cuota de mercado de MdK acrecería a K + S y prácticamente podría descartarse que una empresa distinta de K + S adquiriera la totalidad o una parte sustancial de MdK. Por lo tanto, no existe un nexo de causalidad entre la operación de concentración y el reforzamiento de la posición dominante en el mercado alemán (1993, pp. 0038-0056).

En este caso, la Comisión, luego refrendada por la Corte¹⁸, adoptó lo que ahora se conoce como el test de **absorción de cuota de mercado**. Lo que los notificantes debían probar era que, con o sin transacción, era de esperarse que la participación de mercado de la compañía en crisis terminaría en manos del adquirente. Este estándar presuppone que el daño más importante de la transacción —que, recordemos, no puede ser mayor al de la crisis— se produce en virtud de la consolidación de participaciones. Así, como este tercer requisito es uno de causalidad u origen del daño, el adquirente debía acreditar que, si la empresa en crisis quebraba, de cualquier manera, terminaría con la cuota y clientes del *target*. Por supuesto, a menos que se trate de una concentración 2-1, es evidente que en la mayoría de los casos la participación de la empresa en crisis se dispersará entre algunos de sus competidores. Este estándar dejaba la vara demasiado alta.

En realidad, por ser de difícil alcance es que en varios casos subsecuentes la EEC fue rechazada¹⁹. Por ejemplo, en el *Caso Blokker/Toys “R” Us (II)* (1997), la Comisión concluyó que el requisito de causalidad entre la operación y sus efectos no se probó adecuadamente porque no había evidencia que demuestre que la cuota de Toys “R” Us ineludiblemente habría terminado en manos de Blokker con o sin transacción (OCDE, 2009, p. 24).

El cambio de marea se produjo en el *Caso BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001). Allí, la Comisión argumentó que la absorción de la cuota era improbable y que era sensato esperar que frente a una salida “sus principales competidores también obtengan partes significativas de dicha cuota” (2001, párr. 151)²⁰. No obstante, se centró en cuantificar la relevancia del impacto sobre la competencia de la salida de los activos de Eurodiol como efecto principal del deterioro del mercado. En ese sentido, considerando este estándar concluyó que:

[b]ajo estas condiciones, consideradas acumulativamente en las circunstancias particulares de este caso específico, se puede esperar que las condiciones del mercado sean más favorables que en caso de salida de mercado de los activos objeto de la adquisición (2001, párr. 163).

Esta decisión modificó el estándar de prueba. Más aún, el daño que se debe evitar y probar que no es atribuible a la concentración, ya no es la absorción inevitable de la cuota, sino la salida del mercado de los activos. Tan determinante fue la conclusión que este test fue recogido por las Directrices; asimismo, se incorporó como estándar en la legislación estadounidense (Departamento de Justicia de los Estados Unidos [DOJ] y la Comisión Federal de Comercio [FTC], 1997) y es ampliamente favorecido por su comparativa razonabilidad (Jones & Sufrin, 2016, 1171).

En realidad, el estándar de la salida de los activos no es universal. En esa línea, las desaparecidas Competition Commission y Office of Fair Trading incluían en su guía, como tercera parte de su test, un análisis acerca de qué habría ocurrido con las ventas de la compañía en el evento de su salida, específicamente si se hubieran redistribuido entre las firmas que se quedan en el mercado y cómo. Si es probable que las ventas se hubieran dispersado en ausencia de la concentración, se puede asumir que la compra puede tener un impacto significativo en la competencia. Sin embargo, como las propias agencias lo reconocieron, en la práctica este estándar se aplica de forma menos mecánica que lo que su guía de valoración de concentraciones sugiere, y en la práctica se considera, además de lo que sucederá con las ventas, el impacto en la competencia

¹⁸ The criterion of absorption of market shares, although not considered by the Commission as sufficient in itself to preclude any adverse effect of the concentration on competition, therefore helps to ensure the neutral effects of the concentration as regards the deterioration of the competitive structure of the market. This is consistent with the concept of causal connection set out in Article 2(2) of the Regulation (*Francia y otros c. Comisión*, 1998, p. 116).

¹⁹ Un claro ejemplo es *Saint-Gobain/Wacker-Chemie* (1996).

²⁰ Como estableció la Comisión en el *Caso BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001), en el presente caso no se crearía tal situación de monopolio después de la salida de Eurodiol del mercado ni puede esperarse que BASF absorba simplemente toda la cuota de mercado de Eurodiol.

de forma más amplia (Competition Commission & Office of Fair Trading, 2010, párr. 4.3.18).

En este punto el problema de la redacción de la Resolución parece evidente. El tercer requisito ecuatoriano no centra su estándar de prueba en la salida de los activos de la empresa en dificultades o en la migración de las ventas en ausencia de la adquisición. La SCPM dice que analizará la relación causal entre la transacción y la salida de la firma del mercado, tolerando las EEC que demuestren que no existe nexo causal entre la adquisición y el daño que habría producido la salida de la empresa en crisis.

Este punto deja a las compañías que pretendan beneficiarse de una EEC un gran interrogante sobre qué deben aportar como evidencia, lo que se aclarará únicamente con la práctica decisoria o una guía específica de la SCPM. Por el momento, es deseable que (i) las decisiones de la SCPM cifren un estándar sensato como contrafactual; y, (ii) que esa búsqueda de una aplicación razonable no sea impedida por una interpretación judicial que, como en el caso *RECAPT*²¹, demostró una inoportuna disposición para fijarse en una descontextualizada literalidad que contradice los fines de la política pública de derecho de competencia. Como vemos, en este caso, la literalidad también abre la puerta a posibles interpretaciones que se alejan del objetivo del régimen.

IV. OTRAS PREOCUPACIONES SOBRE EL RÉGIMEN

Sin duda la construcción e interpretación del estándar de la EEC es el punto central para enfrentar los casos específicos de empresas en crisis. Sin embargo, existen otros que también ameritan un comentario. A continuación, nos centraremos en los que, consideramos, pueden llegar a representar retos o problemas especiales para la autoridad y las empresas que busquen beneficiarse de la excepción.

A. Excepción de empresa en crisis y proceso abreviado

En las jurisdicciones que lo incorporan, las revisiones de una EEC suelen ser muy detalladas y requieren una cantidad sustancial de información, lo

que ha resultado que en muy pocos casos se haya logrado invocar de forma exitosa (OCDE, 2009, p. 21). Esto nos lleva a reflexionar si es adecuado haber incluido la EEC como parte de un proceso abreviado. Esta decisión, seguramente motivada por la crisis sanitaria producida por el SARS-CoV-2, significa que el tiempo total de revisión es corto y puede que sea insuficiente para valorar los requisitos estrictos de cada parte del test.

De forma general, es común que las legislaturas diseñen y las autoridades apliquen un sistema que minimice los errores tipo II²² en lugar del tipo I (Ayal & Rotem, 2019). Esto es especialmente cierto para procesos de EEC, en los que una revisión de precedentes internacionales hace manifiesta la tendencia a aplicar un marco construido sobre presunciones estructurales, como que la permanencia de una compañía debilitada en el mercado es superior, desde una perspectiva competitiva, a una transacción problemática (OCDE, 2009, p. 20-22). Ecuador no es la excepción y también construyó un régimen que, por diseño, tiende a preferir errores tipo II. Por ejemplo, pese a que la SCPM no tiene la facultad legal de analizar efectos conglomerados, requiere la notificación de operaciones que, si bien no implican traslapes o integraciones verticales u horizontales, alcanzan alguno de los umbrales²³.

Al respecto, la OCDE opina que una aproximación a los casos de EEC que se centre en los efectos, y que identifique adecuadamente un contrafactual realista y razonable podría conducir a menos errores tipo I. Sin embargo, este método de análisis, además de hacer más probable la ocurrencia de errores tipo II, resultaría en costos más altos e investigaciones más extensas, algo imposible para la autoridad ecuatoriana que deberá conducirse bajo los cortos tiempos del proceso abreviado (OCDE, 2009, p. 21). Sin embargo, el análisis detallado es preferible porque, como apunta la evidencia, la recuperación económica se verá más afectada cuando se tolera la creación o el reforzamiento de una estructura de mercado anticompetitiva mediante una transacción problemática, que simplemente permitir la recuperación orgánica después de un shock como el producido por la emergencia sanitaria del SARS-CoV-2.

²¹ En el Caso 17811-2016-01271, la Corte Suprema de Justicia echó mano de una interpretación literal que concluyó en que la LORCPM requería, por ejemplo, intención de afectar al mercado y prueba específica de manifestaciones de daño. Esto resultó en que un evidente cartel termine indemne. Todos estos son requisitos que ningún otro sistema requiere y que al final del día atentan contra los propios objetivos del régimen de competencia ecuatoriano.

²² El error tipo I es un falso positivo; en el contexto del régimen de control de concentraciones, la aplicación de remedios o rechazar operaciones pese a que no conllevaban riesgos materiales para la competencia. El error tipo II es un falso negativo; en el contexto del régimen de control de concentraciones, que se apruebe una transacción que debía rechazarse, o que no se impongan los condicionamientos suficientes para apalea consecuencias indeseables en el mercado.

²³ El régimen de control de concentraciones la LORCPM sugiere que las operaciones sobre las que la SCPM puede ejercer sus funciones de policía administrativa son únicamente aquellas que producen efectos horizontales o verticales.

De esa manera, con un diseño legislativo conservador y un tiempo de revisión muy estrecho, creemos que es probable que se exija presentar evidencia que, *prima facie*, demuestre claramente cómo se satisface el test. Esto implicará una valoración especialmente estricta que puede resultar en limitados casos en los que se acepten las EEC (inclusive menores que en otras jurisdicciones donde su aplicación ya es excepcional y escasa). A la luz de esta conclusión, parecería sensato que cualquier aplicante presente su solicitud solamente cuando cuente con todos los documentos que prueben adecuadamente las tres partes del test, lo que no es insignificante²⁴.

B. Excepción de la división en crisis

La doctrina y las decisiones en varias jurisdicciones han planteado la posibilidad de que la EEC pueda alegarse, además de cuando quiebra una empresa, cuando la que enfrenta problemas financieros es una división de un grupo económico. A esta excepción se la conoce como la *failed division defense*²⁵ o excepción de división en crisis (en adelante, EDC) (*Bertelsmann/Kirch/Premiere*, 1998) (FTC, 1997).

Nada en la Resolución parece limitar la posibilidad de que se pueda alegar una EDC bajo derecho ecuatoriano; sin embargo, es necesario replicar un estándar de valoración estricto en la tercera parte del test y obligar a que las partes prueben satisfactoriamente que no existe un vínculo causal entre el daño al mercado (la creación o reforzamiento de la dominancia) y la transacción. Como ha señalado la Comisión²⁶ (Lianos & Korah, 2019, p. 1615), sin esta valoración minuciosa, cualquier concentración que involucre a una división supuestamente improductiva se justificaría con la simple declaración que, sin la concentración, la división dejaría de operar²⁷.

V. CONCLUSIONES

Por un lado, la publicación de la Resolución es un gran avance para el régimen ecuatoriano de concentraciones, sin embargo, quedan muchas preguntas abiertas que deberán responderse en su aplicación práctica.

Cabe resaltar que, las preocupaciones más relevantes se centran en (i) la forma en que se buscará coherencia entre las normas y opciones que brindan los procesos de quiebra, y la EEC, sin ser innecesariamente estrictos considerando el escaso desarrollo del derecho concursal ecuatoriano; (ii) qué prueba, y con qué nivel de rigidez, se requerirá para acreditar la imposibilidad de reestructuración de la empresa, y si se añadirán otros fines más allá de la eficiencia económica como la justicia redistributiva; (iii) si la alternativa menos restrictiva significará realizar esfuerzos más allá de lo sensato para encontrar en todos los casos a un nuevo entrante, o si se mirará la actuación de las partes a través de un prisma de razonabilidad; (iv) si la prueba de causalidad deberá acreditar que el daño inevitable era la salida de la compañía del mercado, la consolidación de la cuota en el adquirente, o el preferible estándar de salida de los activos; y por último, (v) si el proceso abreviado, al ser diseñado de forma expedita, no impedirá el análisis adecuado de los expedientes. De estas, las que parece que requerirán una modificación eventual son las de la alternativa menos razonable y el periodo de revisión cuando se alega una EEC, para no hacer al régimen innecesariamente estricto.

En todo caso, esperemos que la EEC, al final del día, permita la aprobación de casos meritorios sin tender a la magnificación de errores tipo I. El régimen le permite la suficiente libertad interpretativa a la SCPM para lograrlo. 🏛️

²⁴ La SCPM incluyó en su Resolución una referencia a que el objetivo del procedimiento abreviado es apurar los tiempos de revisión de transacciones que no representan un riesgo competitivo significativo. Esta afirmación puede chocar con el hecho de que la revisión de EECs suele ser una compleja y extensa. Aplaudimos la intención de la SCPM por considerar la urgencia de una empresa en crisis, pero esperamos que la premura no impida revisiones adecuadas.

²⁵ En Estados Unidos, se crean los "Horizontal Merger Guidelines" en 1997. Por otro lado, en Europa el primer caso es *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (1998).

²⁶ Como dijo la Comisión en el *Caso Bertelsmann/Kirch/Premiere* (1998):

Where the failing division defence, and not the failing company defence, is invoked, particularly high standards must be set for establishing that the conditions for a defence on the grounds of lack of a causal link have been met. If this were not so, any concentration involving the disposal of an allegedly unprofitable area of a business could be justified for merger-control purposes by a declaration on the part of the seller that, without the merger, it would be necessary to close down the seller's business in that area.

²⁷ Como ejemplo, los "Merger Control Guidelines" de EE.UU., ponen requisitos más altos, la sección 5 de la guía establece: A similar argument can be made for **failing** divisions as for failing firms. First, upon applying appropriate cost allocation rules, the division must have a negative cash flow on an operating basis. Second, absent the acquisition, it must be that the assets of the division would exit the relevant market in the near future if not sold. Due to the ability of the parent firm to allocate costs, revenues, and intracompany transactions among itself and its subsidiaries and divisions, the Agency will require evidence, not based solely on management plans that could be prepared solely for the purpose of demonstrating negative cash flow or the prospect of exit from the relevant market. Third, the owner of the failing division also must have complied with the competitively preferable purchaser requirement of Section 5.1.

REFERENCIAS

Ayal, A., & Rotem, Y. (2019) The Failing Firm Defense - An Equity-Based Approach. *Journal of Competition Law & Economics*, 15(4), 468-199. <https://doi.org/10.1093/joclec/nhz020>

Competition Commission & Office of Fair Trading (2010). *Merger Assessment Guidelines*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf

Departamento de Justicia de los Estados Unidos [DOJ] & Comisión Federal de Comercio [FTC] (1997). *Horizontal Merger Guidelines*. <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>

First, H., & Weber Waller, S. (2013). Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review*, 81(5), 2543- 2574. <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/13>

Jones, A., & Sufrin, B. (2016). *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press.

Kokkoris, I. (2006). Failing Firm Defence in the European Union. A Panacea for Mergers? *European Competition Law Review*, 27(9), 494-509.

Komninos, A., & Jeram, J. (2014). Changing Mind in Changed Circumstances: Aegean/Olympic II and the Failing Firm Defense. *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(9), 605-615. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu040>

Lianos, I., Korah, V., & Siciliani, P. (2019). *Competition Law Analysis, Cases & Materials*. Oxford University Press.

Majumdar, A., & Parker, J. (2011). *UK Merger Control*. Hart Publishing Ltd.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2009). *Policy Round Tables: The Failing Firm Defense, 2009*. <https://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf>

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Asuntos Acumulados C-68/94 & C-30/95, Francia y otros c. Comisión, 1998 E.C.R. I-01375.

Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos, 394 U.S. 131 (1969).

Comunicado de prensa de la Comisión Europea IP/13/927, Mergers: Commission approves acquisition of Greek airline Olympic Air by Aegean Airlines (9 de octubre de 2013).

Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Sentencia de 19 de octubre de 2017. Caso Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A – Superintendencia de Control de Poder de Mercado No. 17811-2016-01271.

Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo (Asunto IV/M308 - Kali + Salz/MDK/Treuhand), 1994 O.J. (L 186) 38.

Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1996 por la que se declara la incompatibilidad de una concentración con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto IV/M.774 – Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM), 1997 O.J. (L 247) 1.

Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 por la que se declara incompatible con el mercado común una operación de concentración (Caso IV/M.890 – Blokker/Toys “R” Us), 1998 (L 316) 1.

Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en un procedimiento conforme al Reglamento (CEE) no 4064/89 del Consejo (Asunto IV/M.993-Bertelsmann/Kirch/Premiere), 1999 O.J. (L 53) 1.

Decisión de la Comisión 11 de julio de 2001 por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.2314- BASF/Eurodiol/Pantochim), 2002 O.J. (L132) 45.

Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003 por la que una concentración se declara con el mercado común y el Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.2876-Newscorp/Telepiù), 2004 O.J. (L 110) 73.

Decisión de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE [Asunto M.7278 – General Electric/ALSTOM (Energía Térmica – Energías Renovables y Redes Eléctricas)], 2017 O.J. (C 139) 6.

Decisión de la Comisión de 1 de septiembre de 2016 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado

interior (Asunto M.7758 – Hutchison 3G Italy/WIND/JV), 2016 O.J. (C 391) 7.

Decisión de la Comisión de 7 de mayo de 2018 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto M.8444 – ArcelorMittal/Ilva), 2018 O.J. (C 351) 9.

Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre Control de las concentraciones entre empresas, 2004 O.J. (C 31) 5.

Estados Unidos c. Gen. Dynamics Corp. - 415 U.S. 486, 94 S. Ct. 1186 (1974).

Ley de Concurso Preventivo, Registro Oficial No. 422 del 21 de diciembre de 2006 (Ecuador).

Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 3 de julio de 2007 (Esp.).

Ley de Emprendimientos e Innovación, Registro Oficial No. 151 del 28 de febrero de 2020 (Ecuador).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial No. 555 del 13 de octubre de 2011 (Ecuador).

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial Nº 697 del 7 de mayo de 2012 (Ecuador).

Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador (2017). Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017, publicada en Registro Oficial No. 998 del 7 de abril de 2017.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador (2020). Resolución No. SCPM-DS-2020-018 de 20 de abril de 2020. Quito: Ecuador.