



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de Sustanciación:** Comisión de Resolución de Primera Instancia.
- **Expediente Comisión:** SCPM-CRPI-009-2020
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-002-2020
- **Apelante:** NATURAL HABITATS AMERICAS B.V. (NHA)

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 01 de octubre de 2020, a las 13h30.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al cuaderno procesal, en conocimiento del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-002-2020 en el cual se sustancia el Recurso de Apelación presentado por el operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V., en contra de la Resolución del 10 de junio de 2020 de las 16h23, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-009-2020; en uso de mis facultades legales, estando el expediente en estado de resolver, se considera:

#### **PRIMERO.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-**

Agréguese al expediente el Informe No. SCPM-IGT-INNCE-2020-016 de 11 de septiembre de 2020 emitido por el economista Francisco Javier Dávila Herrera, en calidad de Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

#### **SEGUNDO.- COMPETENCIA.-**

En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65; y, 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.

#### **TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo.-

#### **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-**

El abogado Daniel Robalino Orellana, en calidad de Apoderado Especial del operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V., (en adelante NHA), mediante escrito de 07 de julio de 2020 a las 13h43, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, (en adelante SCPM), con número de trámite ID 164070, interpuso Recurso de



Apelación en contra de la Resolución de 10 de junio de 2020 de las 16h23, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, (en adelante CRPI), dentro del expediente administrativo signado con el número SCPM-CRPI-009-2020.

La admisión del referido Recurso de Apelación fue debidamente analizada mediante providencia de 20 de julio de 2020 de las 13h00 suscrita por esta autoridad en la que se verificó que la impugnación cumpla los requisitos formales y de fundamentación, como el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos.

#### **QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.-**

El acto administrativo impugnado por el operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V., es la Resolución de 10 de junio de 2020 de las 16h23, suscrita por los señores Comisionados de la CRPI, en la que resolvieron:

*“[...] PRIMERO.- SUBORDINAR la autorización de la operación de concentración económica al cumplimiento de la siguiente condición: suscripción de un documento de compromiso a ser entregado a la INCCE en el término máximo de 90 días, el cual contendrá expresamente las siguientes obligaciones:*

*i. En caso de que el operador económico concentrado desee terminar o cambiar las condiciones contractuales a sus clientes y/o proveedores del mercado de producción y distribución de productos refinados de palma africana en todo el territorio nacional, debe por el plazo de 24 meses contados desde la presente resolución:*

- a. Notificar por escrito al o los operadores económicos contratantes con las razones de terminación o modificación del contrato, con una nota que determine la declaración de no haber incurrido en prácticas anticompetitivas y con una advertencia que determine que dicha notificación va a ser entregada a la INCCE de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para su conocimiento sobre la existencia de posibles prácticas anticompetitivas.*
- b. Enviar a la INCCE, la notificación de terminación o modificación del contrato con su fe de recepción, copia del contrato vigente, y de ser el caso, copia del contrato modificado. Sin que esto quiera decir que la Intendencia deba autorizar la terminación o modificación de la relación contractual.*

*En caso de imposibilidad de cumplir con la notificación mencionada en el presente acápite, se deberá presentar un documento a la INCCE, justificando lo pertinente.*

*ii. En el transcurso del plazo de 3 meses contados desde la presente resolución, el operador económico concentrado debe enviar una carta a todos sus clientes y/o proveedores que hayan tenido relación comercial en el año 2019 en adelante, del mercado de producción y distribución de productos refinados de palma africana en todo el territorio nacional, mencionando que ha realizado la adquisición de acciones de manera*



directa de **NATURAL HABITATS ECUADOR B.V** e indirectamente de **EXTRANATU S.A.** y **EXPORTSUSTENT S.A.** Mencionando expresamente en la misma que por disposición legal está prohibido de realizar:

- Discriminación de precios injustificados respecto de empresas de terceros o empresas relacionadas.
- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.
- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.
- La fijación de precios predatorios o explotativos.
- La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.

La carta con su fe de recepción enviada debe ser puesta a conocimiento de la INCCE, en el plazo de 4 meses contados a partir de la presente resolución.

En caso de imposibilidad de cumplir con la notificación mencionada en el presente acápite, se deberá presentar un documento a la INCCE, justificando lo pertinente [...]”.

#### **SEXTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECORRENTE.-**

El operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V., en su escrito de apelación realiza la siguiente petición: “[...] Por los fundamentos de hecho y de derecho antes expuestos, solicito al señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, aceptar el presente recurso de apelación y consecuentemente dejar sin efecto la decisión adoptada por la CRPI mediante la Resolución Impugnada; y, disponer la AUTORIZACIÓN de la Operación Económica notificada el 24 de diciembre de 2019 por NATURAL HABITATS AMERICAS B.V. de conformidad con lo dispuesto en el Art.21 (a) de la LORCM, acogiendo el Informe de la ICC en su totalidad [...]”; pretensión que la fundamenta en las siguientes argumentaciones:

- i. **Que la CRPI ha resuelto subordinar la operación de concentración económica en contra del Informe emitido por la INNCE, el cual concluyó que la operación de concentración económica no crea, modifica o refuerza el poder de mercado en los mercados de integración horizontal, ni existe la capacidad o incentivos para generar conductas de restricción de clientes o insumos, y que: “[...] En este caso, no se verifica ningún efecto anticompetitivo, tampoco un potencial efecto anticompetitivo y menos [sic] aún se demuestra que esta operación crea, modifica o refuerza el poder de mercado. En este expediente lo que se ha demostrado es que los operadores partícipes no tienen poder de mercado y que la operación genera presión competitiva en los líderes de los mercados (Industria Danec). Ahora bien, de forma errada, la Comisión impone condicionamientos sobre la base de un corolario falso, alegando que la operación notificada, por ser horizontal excluye a un competidor y por ende refuerza el poder de mercado del Grupo La Fabril. Adicionalmente, de forma errada la Comisión alega efectos verticales que supuestamente reducen la presión competitiva en el mercado de producción y distribución de productos**



*refinados por que, [sic] supuestamente, las “altas barreras de entrada no permiten el fácil acceso a nuevos competidores. [...]”.*

- ii. **Que respecto a los mercados de producto en los que existe traslape, esto es: 1) extracción de aceite crudo de palma y, 2) Exportación de refinados de palma africana, la CRPI concluye sobre el primero que:** *“[...] no se cumplen los porcentajes para que opere una posición de dominio debido a que la cuota combinada de los operadores concentrados sería de [20 - 30]% [...]”, y sobre el segundo “[...] que el operador económico con mayor participación dentro de este mercado relevante es Industrial Danec S.A. con un [40 - 50]%. La Comisión falla en demostrar que existe dominancia de los operadores partícipes, y, por el contrario, demuestra que la dominancia es del principal competidos (Industrial Danec) que lidera ambos mercados relevantes en los que existe traslape. [...] esta operación lo que genera es presión competitiva y mejora la dinámica de los mercados relevantes analizados. [...]”.*
- iii. **Que los indicadores de concentración del mercado relevante no alternan la estructura del mercado, tomando en cuenta que éste es considerado como un mercado moderadamente concentrado y que los índices de dominancia no cambian entre escenarios ex ante y ex post y que por el contrario existe una disminución en los índices de dominancia MMS.**
- iv. **Que la Resolución impugnada carece de motivación y que la CRPI no ha justificado la decisión de subordinar la operación de concentración económica pues:** *“[...] no da razón plena del proceso lógico jurídico de por qué [sic] la Comisión decidió subordinar la aprobación de la Operación Económica al cumplimiento de condiciones (Art. 21 (b) LORCPM), a pesar de que la ICC recomendó expresamente la AUTORIZACIÓN de la operación [...]. Además la Resolución impugnada no cumple con los requisitos establecidos en el Art. 100 del COA, que determina los requisitos que debe observar un acto administrativo [...]”. Así haciendo una valoración de cada uno de los requisitos de la norma afirma que: “[...] **La relación con el primer requisito:** [e]l señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance”, este claramente no fue observado por la Comisión ya que [...] donde debían explicarse los fundamentos de derecho por los cuales la CRPI tomó la decisión de subordinar la autorización [...] únicamente existe una enunciación de normas [...] sin que se explique de ninguna manera cómo se aplican dichas normas a los hechos relevantes del caso, y porque se ajustan a la resolución adoptada. [...] **En relación con el segundo requisito,** que se refiere a la calificación de los hechos relevantes [...] la evidencia que consta en el expediente administrativo, que es el informe emitido por la ICC y aquella aportada por el notificante junto con el formulario de notificación, es contraria a la resolución adoptada por la CRPI [...] **En relación con el tercer requisito** “[l]a explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados” [...] No existe un análisis propio efectuado por la CRPI en el que establezca de manera lógica como la normativa enunciada y los hechos probados durante el proceso administrativo llevaron a que la autoridad adopte la Resolución Impugnada, apartándose del criterio de la ICC [...]”*
- v. **Que la CRPI debía considerar los criterios contenidos en el Art. 22 de la LORCPM y subsumirlos a los elementos constantes en el expediente analizando:** *“[...] **En relación***



**con el primer y segundo criterio** “El estado de situación de la competencia en el mercado relevante” y “El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y de sus principales competidores” [...] la CRPI determinó que “[...] resulta inoficioso para la CRPI continuar realizando un análisis más exhaustivo sobre las posibles preocupaciones que pueda generar en este mercado” en base a dos premisas principales: i) “[...] resulta improbable que se cree o refuerce el poder de mercado, pues la participación del operador económico adquirido es baja”. ii) “[...] no se cumple los porcentajes necesarios para que opere una posición de dominio, debido a que la cuota combinada de los operadores concertados sería de [20-30] %” [...] la INNCE [...] en su informe señala que **“en el mercado aguas debajo de la exportación de refinados no existiría dominancia por parte de la empresa resultante [...] Tomando en cuenta el contrato de maquila de productos refinados entre Extranatu y La Fabril, la relación comercial se mantendrá en los mismos términos que se han desarrollado desde hace varios años. Al igual que en la relación de extracción – refinación, esta intendencia considera que las estructuras competitiva [Sic] no se verá modificada y que la entidad adquirente no tendrá el incentivo de realiza conductas anticompetitivas** [...] Adicionalmente, en relación al mercado de exportación, se debe considerar que los operadores participes compiten con operadores internacionales, y además deben negociar con las principales industrias mundiales, siendo imposible e impensable que puedan fijar precios de forma unilateral [...] **En relación con el tercer criterio** “La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre competencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura, así como los actuales o potenciales competidores [...] El análisis respecto de este criterio es inentendible e ilógico, pues la CRPI establece: “Con estas consideraciones, la CRPI **no encuentra razones suficientes para negar la operación de concentración**” (énfasis añadido) Sin perjuicio de lo anterior, de manera abrupta y sin explicación algún, la Resolución Impugnada luego señala: “[...] Sin embargo, es necesario imponer condiciones en vista de la necesidad de desarrollar y/o mantener la libre competencia de los operadores económicos en el mercado” [...] contradiciendo su afirmación respecto a la improbabilidad de que se aumente o refuerce el poder de mercado, indica que: [...] por tratarse de una concentración de tipo horizontal, el principal efecto sobre la competencia es el incremento de poder de mercado” [...] **Respecto del cuarto y quinto criterio** [...] sobre el reforzamiento de poder de mercado y las eficiencias generadas por la operación, la Resolución Impugnada guarda absoluto silencio [...]”

- vi. **Que para la imposición de condiciones es necesario valorar los criterios del Art. 22 de la LORCPM y justificarlas a través de un análisis técnico del daño competitivo real o potencial que la operación de concentración podría generar, cumpliendo con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y eficiencia:** “[...] las condiciones impuestas por la Comisión NO constituyen un remedio necesario, proporcional ni eficaz, como explico a continuación: [...] (i) Las condiciones Primera, Segunda y Tercera no constituyen remedio necesario, pues, jamás se comprobó de forma técnica: (i) la existencia de los supuestos efectos unilaterales o coordinados; (ii) no se comprueba la existencia de poder de mercado [...] Adicionalmente, la Comisión no ha determinado por que es necesario que los operadores participes notifiquen a sus clientes y/o proveedores con el catálogo de las conductas prohibidas por la Ley (para operadores que ostenten poder de mercado). (ii) No es un remedio proporcional. La Comisión jamás estableció el grado de afectación o potencial afectación al mercado [...] (iii) No es un remedio eficaz, pues las condiciones [...] no generan impacto competitivo alguno, no son prácticas y generan riesgo. [...]”



- vii. **Que existe violación de trámite por parte de la CRPI quien no ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 36 número 4 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo:** “[...] Sin perjuicio de la existencia de una norma expresa que regula el procedimiento que debía respetar la CRPI para emitir una resolución [...] ésta se apartó arbitrariamente del criterio del Informe de la INNCE. [...] debía [...] notificar con este particular a NHA e iniciar y realizar un análisis propio que justifique los motivos por los cuales no aceptó dicho informe y el anteproyecto de resolución emitido por la INNCE [...]”

#### **SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL.-**

##### **a) Dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-028-2019, se resaltan las siguientes actuaciones administrativas:**

- i. Formulario y anexos de 24 de diciembre de 2019, mediante el cual los abogados Daniel Robalino Orellana y Martín Pallares Sevilla, en calidad de Apoderados Especiales del operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V., ponen en conocimiento ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado una notificación previa obligatoria de operación de concentración económica.
- ii. Providencia de 02 de enero de 2020, de las 15h00, mediante la cual el Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas Subrogante, acusó recibo de la notificación previa obligatoria presentada por NHA.
- iii. Providencia de 07 de enero de 2020, de las 08h30, mediante la cual se solicitó al notificante, completar la información remitida el 24 de diciembre de 2019, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [en adelante RLORPCM].
- iv. Providencia de 16 de enero de 2020, de las 11h30, con la que se solicitó al notificante el pago de la tasa por análisis y estudio de la operación de concentración económica.
- v. Escrito de 17 de enero de 2020, de las 15h51, mediante el cual el operador económico notificante presentó el comprobante de pago de tasa por análisis y estudio de la operación de concentración económica.
- vi. Providencia de 16 de marzo de 2020, de las 14h40, mediante la cual la INCCE informó al operador económico notificante, acerca de la suspensión de términos y plazos dentro de los expedientes de la SCPM, en virtud de la emergencia sanitaria nacional.



- vii. Providencia de 23 de abril de 2020, de las 16h05, con la cual el Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas levantó la suspensión dispuesta mediante providencia de 16 de marzo de 2020, de las 14h40, respectivamente.
- viii. Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-006 de 24 de abril de 2020, mediante el cual se pone en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el Informe sobre la operación de concentración económica notificada por parte del operador económico NHA, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INCCE-028-2019, en la que se recomendó autorizar la operación de concentración económica presentada por el operador económico NHA.

**b) Dentro del expediente No. SCPM-CRPI-009-2020, se resaltan las siguientes actuaciones administrativas:**

- i. Providencia de 06 de mayo de 2020, de las 13h53 mediante la cual los Mgs. José Cartagena Pozo, Jaime Lara Izurieta y Marcelo Vargas Mendoza, en calidad de Comisionados de la Comisión de Resolución de Primera Instancia avocaron conocimiento del expediente administrativo SCPM-CRPI-009-2020.
- ii. Resolución de 10 de junio de 2020, de las 16h23 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia mediante la cual se subordinó la operación de concentración económica presentada por el operador económico NHA.

**c) Dentro del expediente No. SCPM-DS-INJ-RA-028-2019, en el que se sustancia el presente expediente de apelación, consta:**

- i. Memorando SCPM-CRPI-2020-418 de 14 de julio de 2020, mediante el cual el Secretario Ad-Hoc de la CRPI pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 10 de julio de 2020 de las 12h30 emitida dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-009-2020, en el que la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso remitir el escrito presentado por el señor Daniel Robalino Orellana, en calidad de Apoderado Especial del operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V.
- ii. Copia certificada digital del escrito presentado por el señor Daniel Robalino Orellana, en calidad de Apoderado Especial del operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V., recibido en la Secretaria General de la SCPM, el 07 de julio de 2020 a las 13h43, signado con el número de trámite ID 164070, el cual contiene el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la Resolución de 10 de junio de 2020 a las 16h23.
- iii. Providencia de 20 de julio de 2020 de las 13h00, suscrita por esta autoridad mediante la cual se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto por el operador económico NHA.



- iv. Providencia de 04 de septiembre de 2020 de las 16h40 mediante la cual se dispuso a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, como órgano técnico de la SCPM para que en el término de cinco (5) días a partir de la notificación correspondiente, elabore un informe técnico sobre el Recurso de Apelación presentado por NHA en contraste con el acto administrativo impugnado; y se designó al economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico dentro del presente expediente administrativo.
- v. Informe No. SCPM-IGT-INNCE-2020-016 de 11 de septiembre de 2020 emitido por el economista Francisco Javier Dávila Herrera, en calidad de Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas.

### **OCTAVO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-**

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías: “[...] **Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”; “**Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 3. [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos;* “**Art. 82.-** *El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*”; “**Art. 169.-** *El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades;* “**Art. 173.-** *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial*”; “**Art. 226.-** *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]*”;



La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda: “[...] **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: [...] 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; **“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”; **“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; **“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 genere 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. “Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley [...] 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento [...]”; “Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “DISPOSICIONES GENERALES. Primera.- Jerarquía.- La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425 [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables [...]”.*

El **Código Orgánico Administrativo** impone: “[...] **Art. 100.- Motivación del acto administrativo.** En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado [...]”.

El **Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM** determina el procedimiento de la siguiente manera: “[...] **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, se observará lo siguiente: [...] **4.- FASE DE RESOLUCIÓN.-** La CRPI, recibirá el proceso y resolverá en el término de cinco (5) días. La resolución la expedirá considerando lo establecido en el artículo 21 de la LORCPM y notificará al operador económico y a la Intendencia para que registre y supervise el cumplimiento de la resolución en caso que la misma sea subordinada. En caso que por omisión de la Intendencia, de la CRPI o de cualquier otro servidor se produzca el silencio administrativo se iniciará la acción disciplinaria conforme a la LOSEP en contra de los responsables, independientemente de la acción civil o penal que hubiere lugar [...]”

## **NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-**

En tutela del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República, y las facultades constantes en el numeral 2 del artículo 44 de la LORCPM, corresponde conocer y pronunciarse sobre las argumentaciones en la que el operador económico NHA funda su pretensión, de la siguiente manera:

a) Respecto de que la CRPI ha resuelto subordinar la operación de concentración económica en contra del Informe emitido por la INCCE, el cual concluyó que la operación de concentración económica no crea, modifica o refuerza el poder de mercado en los mercados de integración horizontal, ni existe la capacidad o incentivos para generar conductas de restricción de clientes o insumos; y, que los mercados de producto en los que existe traslape, esto es: **1)** Extracción de aceite crudo de palma y, **2)** Exportación de refinados de palma africana.

La CRPI concluye sobre el primero, que los indicadores de concentración del mercado relevante no alternan la estructura del mercado, tomando en cuenta que éste es considerado como un mercado moderadamente concentrado y que los índices de dominancia no cambian entre escenarios *ex ante* y *ex post* y que por el contrario existe una disminución en los índices de dominancia MM.

Según información constante en el expediente, dentro del sector económico relacionado con la especie *Elaeis Guineensis* Jacq, más conocida como palma africana, se han señalado 4 segmentos, de una cadena de valor: Segmento 1: cultivo y venta de fruta de palma africana; Segmento 2: extracción de productos de palma africana para mercado local e internacional; Segmento 3: agregación de un portafolio de bienes compuestos por productos como grasas, aceite, balanceado y los otros productos y otros. Concretamente este segmento se denomina: producción y distribución de productos refinados de palma africana en el territorio nacional, y Segmento 4: Exportación de productos refinados de palma africana.

Acerca de la situación de competencia en cada segmento, entre los operadores involucrados en la operación de concentración analizada, grupo La Fabril y NHA, se indica lo siguiente: En el segmento 1, el grupo La Fabril cuenta con un número pequeño de hectáreas de siembra de palma africana, en comparación con el total de hectáreas disponibles. NHA no cuenta con hectáreas de siembra de aquella especie. Por esas razones, dada la inexistencia de yuxtaposición entre los operadores económicos materia de análisis, se da por terminada la revisión de este segmento. En el segmento dos, grupo la Fabril cuenta con extractoras de aceite, NHA también concurre a este mismo segmento, en éste, según consta del expediente, se ha señalado que la distribución del *market share*, antes de la operación de concentración materia de análisis sitúa a grupo La Fabril en segundo lugar (20 - 30%), por detrás del operador Industrial DANEC S.A. (20 - 30%). Mientras que NHA reporta una partición de 0% - 5%. En una situación simulada, *ex post*, de la concentración analizada, los operadores económicos La Fabril e Industrial DANEC S.A., terminarían teniendo una cuota similar, 20% - 30%. Estas cifras permiten despejar dudas acerca de las preocupaciones sobre posibles efectos anticompetitivos derivados de la ejecución de una posible concentración económica. Acerca del segmento 3, hay que señalar que es un segmento que continúa al segmento 2, en el cual, de acuerdo con la información del expediente, el operador

económico La Fabril cuenta con un porcentaje de *market share*, que está en el rango 45% - 50%, mientras que su más inmediato rival en consecuencia, Industrial DANEC S.A., reporta un rango de 35% - 40%. En cuanto a NHA, según consta del expediente, no concurre a este segmento de la cadena de valor. En referencia al segmento 4, hay que señalar que se deriva del segmento 2, en el que de acuerdo con la información constante en el expediente, habría yuxtaposición de los operadores económicos La Fabril y NHA. Las condiciones *ex ante* del segmento señalan las siguientes cuotas de participación: INDUSTRIAL DANEC S.A. 40 - 50% en primer lugar, la Fabril 20 - 30% en segundo lugar y NHA con un 5 - 10% en cuarto lugar. Ante una eventual concentración, las participaciones quedarían de la siguiente forma: DANEC S.A. 40 - 50% en primer lugar, La Fabril 30 - 40% en segundo lugar.

Si bien en este segmento, como es apreciable en el expediente, se evidencian incrementos de los índices HHI y de dominancia de Kwoka, se entiende, en una extensa generalidad de casos, que si se incrementa uno de los criterios de dominancia en un segmento analizado (porcentaje de participación) de un operador económico que contare con una proporción muy importante, nos llevaría a concluir inequívocamente que se ha incrementado la dominancia del operador económico que ya de por sí contaba con una posición superior en el segmento, no obstante, lo contrario no es necesariamente cierto, es decir, no todo incremento en los índices de dominancia indefectiblemente permiten señalar con certeza la creación o reforzamiento de dominancia en un segmento. Este análisis debe ser evaluado conjuntamente con otros criterios que permitan despejar cualquier duda razonable que apuntara en dirección opuesta. Uno de aquellos otros criterios es la existencia de operadores económicos distintos a aquel cuya participación fuere mayoritaria, cuyas acciones dentro de un segmento sean comparables (pudieran contrarrestar) con las del operador económico superlativo. Como se evidencia en el expediente, gráfico 8 de la versión no confidencial del Informe SCPM-IGT-INCCE-2020-006, dentro del segmento 4, el operador económico Industrial Danec S.A., posee una participación superior a la del operador económico La Fabril en las situaciones de análisis *ex ante* y *ex post*, por este particular, queda desestimada cualquier preocupación sobre posibles resultados anticompetitivos de abuso de dominancia llevados a cabo por los operadores económicos involucrados en la revisión de esta concentración económica.

Acerca de posibles restricciones o exclusiones, soportadas sobre un análisis de integración vertical de los segmentos 2 y 3, es razonable concluir que la concentración analizada despierta preocupaciones sobre posibles actos de exclusión, generados por la aparente dominancia del operador económico La Fabril en el segmento 3, que le permitiera imponer condiciones en el segmento 2, exclusión de competidores a insumos de producción, o aguas abajo en la cadena de valor, exclusión de los competidores a la masa crítica de clientela.

Para sopesar los análisis de exclusión, como ya se ha apuntado *supra*, es pertinente incluir otros criterios, como los señalados en el artículo 8 de la LORCPM, en este punto analizaremos la estructura del segmento dos, y las probabilidades que pudiera tener el operador La Fabril para cerrarle el mercado de insumos a sus competidores.



En el segmento 2, ejercen presión competitiva, entre otros, el operador económico Industrial Danec S.A., con una cuota comparable a la de La Fabril, y entre todos los competidores de La Fabril se acumula una cuota de participación que oscila entre 30 - 70%. Con esta consideración, se concluye que la probabilidad de que La Fabril pudiera impedir el acceso a materia prima a sus competidores, actuando independientemente es muy baja, *ergo*, la hipótesis de exclusión del mercado de insumos a sus competidores queda descartada. Sobre la exclusión de la masa crítica de clientela a los competidores de La Fabril, se señala que dado que la acrecencia de la participación de este operador en el segmento 2 es marginal, también es marginal el incremento de la probabilidad de ocurrencia de esta hipótesis, debido a que la situación *ex ante* y *ex post* concentración en el segmento 3 es invariante.

b) Respecto de que la Resolución impugnada carece de motivación y que la CRPI no ha justificado la decisión de subordinar la operación de concentración económica, se considera:

Respecto a este punto, es necesario precisar que el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador determina que todas las resoluciones emitidas por la Administración Pública deben gozar de motivación, siendo éste uno de los componentes del derecho a la defensa y debido proceso. De esta manera, todas las autoridades administrativas deben actuar de acuerdo con los parámetros que conforman la motivación, pues no se trata de un concepto vago, y por el contrario, la ley, doctrina y jurisprudencia han desarrollado con claridad sus elementos básicos. Así, la motivación es un elemento esencial de validez de un acto administrativo, más aún cuando de éste se desprenden cargas que obligan a los administrados a adoptar o abstenerse de un determinado comportamiento, so pena de las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. El respeto de esta garantía se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la seguridad jurídica, pues el resultado de un análisis realizado correctamente permite al administrado conocer cómo los hechos que han sido puestos en conocimiento de la Autoridad se relacionan directamente con los efectos jurídicos generados por una norma concreta aplicable al caso, evitando así, incurrir en incertidumbre y actuaciones arbitrarias. En el presente caso, el operador económico NHA afirma que la CRPI ha fallado en la motivación de la Resolución de 10 de junio de 2020 a las 16h23, pues no se cumplen con los requisitos del artículo 100 del Código Orgánico Administrativo [en adelante COA], argumentando en lo principal que únicamente se han enunciado normas sin indicar como éstas justifican la subordinación de la operación de concentración económica presentada ante este organismo técnico de control; y que la CRPI se ha alejado del criterio y recomendaciones emitidas por la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas en el Informe No. SCPM-IGT-INNCE-2020-006 de 24 de abril de 2020 dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INNCE-028-2019 y del resto de información que el operador económico notificante presentó en su debido momento. Así, de la revisión del acto impugnado, se desprende que en el acápite 5 respecto de los “**FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN**” se enuncia toda la normativa que se entendería sustenta el razonamiento y posterior decisión de la CRPI, posteriormente se realiza una descripción de la operación de concentración económica, los operadores involucrados y los mercados relevantes determinados y; más adelante se procede con el análisis técnico del caso,



pudiendo resolver de conformidad con las tres opciones contempladas en el artículo 21 de la LORCPM que determinan que se podrá: “[...] a) *Autorizar la operación*; b) *Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca*; o, c) *Denegar la autorización [...]*”. Ahora bien, en la parte resolutive del acto administrativo objeto del presente Recurso de Apelación, la CRPI decidió subordinar la operación de concentración económica al cumplimiento de condicionamientos de naturaleza conductual, por lo tanto, el razonamiento del órgano resolutorio debía estar dirigido a responder dos preguntas esenciales: 1) ¿Se cumplen los presupuestos legales y se justifica la subordinación de la operación de concentración económica? y de ser así: 2) ¿Cuál es el objetivo que deben cumplir los condicionamientos impuestos? Bajo esta línea de análisis es menester partir del artículo 15 de la LORCPM que manda: “[...] *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 [...]*” [el subrayado me pertenece]. Ahora bien, en el transcurso de la investigación llevada a cabo por la INCCE se identificaron cuatro mercados relevantes<sup>1</sup>, respecto de los cuales existiría traslape respecto de dos segmentos que corresponden a la “*Extracción de productos de palma africana para el mercado local e internacional*” [segmento 2] y la “*Exportación de productos refinados de palma africana*” [segmento 4]. Respecto del primero, tanto la INCCE como la CRPI no difieren en sus conclusiones al verificar que “*Resulta improbable que se cree o refuerce el poder de mercado, pues la participación del operador económico adquirido es baja*”, sin embargo, respecto al segmento 4, la CRPI ha manifestado que el operador económico DANEC S.A., es quien mantiene dominancia en el escenario *ex ante* y *ex post* [40% - 50%], empero el operador económico sujeto de la operación aparentemente incrementaría su posición en el mercado afirmando en un primer momento que “[...] *después de la operación tendría 47%, y por lo tanto no llega a establecer el límite sobre el cual se verifica dominancia [...]*”, empero, consiguientemente concluye de manera contradictoria que existiría un nivel de asimetría alto respecto del índice de dominancia Stenbacka-Melnik y Shy, y cuáles serían los efectos concretos de este fenómeno como consecuencia de la operación de concentración económica. Así mismo, esta Autoridad considera que existe una contradicción en el análisis del órgano de resolución, pues como ya se ha observado en el punto previo que no existirían riesgos sobre la estructura y dinámica del mercado, y por el contrario, se considera que la consecuencia lógica de la operación es la generación de presión competitiva sobre los operadores económicos más fuertes del mercado, es decir DANEC S.A., coincidiendo en este punto con lo afirmado por la INCCE en el Informe No. SCPM-IGT-INCCE-2020-016 de 11 de septiembre de 2020 mediante el cual afirmó que “[...] *descarta preocupaciones, dado que: i) el operador concentrado no es el principal, ii) el operador concentrado no supera el índice de dominancia y iii) la concentración generará mayor presión competitiva entre los principales competidores [...]*”. Más adelante, al analizar los efectos verticales, la CRPI hace referencia a varios escenarios que se desprenden de una

---

<sup>1</sup> Los mercados relevantes determinados corresponden a: 1) Cultivo de Palma Africana, 2) Extracción de productos de Palma Africana, 3) Producción y distribución de productos refinados de palma africana y, 3) Exportación de productos de Palma Africana



posible exclusión de competidores del acceso a insumos y del acceso a una masa crítica de clientela, señalando respecto de los segmentos 3 y 4 que el operador económico La Fabril S.A., poseen la mayor cuota de participación en un mercado que es altamente concentrado, pudiendo generar efectos verticales negativos para la competencia, sin especificar, dentro del caso en concreto, cuáles serían dichos efectos y el daño actual o potencial que debería prevenirse. Ahora bien, la CRPI considera que existirían riesgos de exclusión de competidores, sin embargo no ha realizado un análisis completo respecto de las relaciones comerciales existentes entre La Fabril y Extranatu, las cuales han durado más de ocho años y de las afirmaciones del operador económico NHA, éstas no van a cambiar una vez concretada la operación de concentración económica, lo que implica que no es plausible afirmar que pueda generarse una exclusión en el mercado. Bajo los elementos antes mencionados, es menester ratificar la obligación de todos los órganos de la SCPM de justificar jurídica y económicamente los motivos que sustentan su decisión, elemento sustantivo que no consta en el acto administrativo impugnado, pues en el caso que se analiza la CRPI no demuestra de manera práctica y concreta cuáles serían los efectos reales o potenciales que la operación de concentración económica podría generar a nivel del mercado analizado, y por ende, la relevancia y relación directa que las condiciones impuestas deberían tener con la búsqueda de la eficiencia del mercado, eliminando escenarios contrarios a la libre competencia. Así, la CRPI en su análisis debía valorar en primer lugar si era pertinente subordinar la operación de concentración económica, y fundamentar técnicamente los motivos por los cuales el análisis de la INCCE se aleja del criterio adoptado; empero, de la Resolución de 10 de junio de 2020 la CRPI coincide con la INCCE en puntos sustanciales y concluye lo opuesto. En segundo lugar, habiendo justificado la subordinación, los condicionamientos debían ser impuestos con el único objeto de mitigar los riesgos palpables que podrían afectar el equilibrio del mercado, cuestión que no se ha demostrado en el transcurso de la referida Resolución.

Con base a lo mencionado, la CRPI no ha logrado justificar en ningún momento que se cumplan con los parámetros del artículo 15 de la LORCPM, por lo que si se realiza el test de motivación desarrollado por la Corte Constitucional del Ecuador en diversos fallos, es necesario valorar si el acto administrativo es: “[...] *i. Razonable, es decir sea fundad[o] en los principios constitucionales, ii. Lógic[o], lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión y, iii. Comprensible, es decir que [...] goce de claridad en el lenguaje. [...]*”<sup>2</sup>. Así, se desprende que la Resolución de 10 de junio de 2020 a las 16h23 carece de congruencia entre la línea de análisis y las conclusiones resultantes del mismo, incumpliendo con el segundo elemento de la motivación y fallando consecuentemente en la relación fundamentada entre las piezas procesales que conforman los hechos del caso y la norma concreta, más por el contrario, como ya se ha analizado previamente, esta Autoridad concluye que no se cumplen con los requisitos del artículo 15 de la LORCPM ni tampoco se genera un posicionamiento riesgoso a la libre competencia, considerando que sus efectos podrían llegar a ser positivos para mejorar la dinámica y eficiencia del mercado en discusión. Por otro lado, es preciso enfatizar que las barreras de entrada valoradas por la CRPI, no reflejan sino la regulación correspondiente a la naturaleza de los mercados en

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 092-13-SEP-CC. Caso No. 0538-11-EP de 30 de octubre de 2013

estudio y por ende difícilmente podría imputarse a la operación de concentración notificada su potenciación, pues la esencia de las actividades económicas implican el cumplimiento de altos estándares de calidad y por ende una inversión considerable [que no ha sido analizada en la Resolución impugnada], sin que aquello imposibilite a los interesados de participar en ellos. Así, se puede concluir que la Resolución de 10 de junio de 2020 de las 16h23 no cumple los presupuestos legales del artículo 15 de la LORCPM ni se justifica la subordinación de la operación de concentración económica y por lo tanto, no cabe la imposición de condicionamientos al operador económico NHA.

c) Respecto de que la CRPI debía considerar los criterios contenidos en el artículo 22 de la LORCPM y subsumirlos a los elementos constantes en el expediente analizando, y que para la imposición de condiciones es necesario valorar los criterios del artículo 22 de la LORCPM y justificarlas a través de un análisis técnico del daño competitivo real o potencial que la operación de concentración podría generar, cumpliendo con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y eficiencia, tenemos:

A estos puntos, se debe enfatizar de manera preliminar que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el principio de legalidad que rige transversalmente a todas las actuaciones emanadas de la Administración Pública, al mandar que *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*. Bajo esta premisa, únicamente se puede imponer condicionamientos a una determinada operación de concentración económica cuando se evidencie de manera fehaciente la configuración de los verbos rectores crear, modificar o reforzar el poder de mercado, cuestión que no ha sido probada en la Resolución de 10 de junio de 2020 a las 16h23 y ha sido desvanecida en el transcurso de la presente resolución, motivo por el cual resultaría improcedente e ilegal subordinarla al cumplimiento de condicionamientos. Sin perjuicio de aquello, esta Autoridad considera pertinente enfatizar que el artículo 22 de la LORCPM establece aquellos criterios que son necesarios analizar para autorizar, subordinar, o denegar una operación de control de concentración económica, parámetros que deben ser analizados en contraste con los elementos constantes en el expediente administrativo y el análisis económico jurídico que realizan los distintos órganos de la SCPM, en este caso, existen varios elementos que no han sido tomados en cuenta en el acto administrativo impugnado y que son esenciales para el análisis, como son la existencia de relaciones comerciales entre Extranatu y La Fabril, y la real o potencial distorsión que podría generarse como resultado de la autorización y que sería imputable al operador económico notificante. Por otro lado, previo a imponer las condiciones, la CRPI concluyó que *[...] es necesario imponer condiciones en vista de 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. Los condicionamientos en este caso estarán enfocados en prevenir la distorsión de la competencia en los mercados analizados, que por*



*tratarse de una operación de tipo horizontal, el principal efecto sobre la competencia es el incremento del poder de mercado, como lo vimos anteriormente y que como consecuencia de la eliminación de un competidor actual presenta riesgo de manipular el mercado. De la misma manera esta concentración tiene efectos verticales, donde los condicionamientos están enfocados en evitar que el operador económico integrado pueda influenciar los procesos competitivos de la cadena de valor [...]”, sin embargo, de la revisión de las condiciones impuestas, no se infiere como éstas evitarían que se refuerce el poder de mercado, o que se proteja la concurrencia de competidores en el mismo. Como se analizó previamente, es necesario que las medidas impuestas por la CRPI tengan relación directa con los efectos que se pretenden eliminar, por lo que es imperante que existe un nexo causal entre ellas. El operador económico apelante hace referencia a los requisitos que deben cumplir los condicionamientos a fin de que éstos cumplan con su objetivo, siendo éstos la necesidad, proporcionalidad y eficiencia. Como ya se ha analizado en los puntos previos, no se cumplen los parámetros legales que obligarían a la Autoridad a subordinar la concentración económica ni se ha demostrado la afectación real o potencial resultante de ella; en este sentido, al no cumplirse con el requisito de necesidad de los remedios, los demás requisitos se descartan de manera consecuente.*

**d)** Respecto de que existe violación de trámite por parte de la CRPI quien no ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 36 número 4 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo.

De la revisión del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo de la SCPM y de los argumentos esgrimidos por el apelante, parecería ser que la CRPI no habría cumplido con los pasos establecidos para la fase de resolución de un procedimiento correspondiente a una notificación previa obligatoria. Así, de acuerdo a lo manifestado por el operador económico NHA, la CRPI no estuvo de acuerdo con el criterio de la INCCE, motivo por el cual debía ser notificado del hecho previo a la realización de un nuevo análisis. De la revisión de las constancias procesales que conforman este expediente administrativo, efectivamente se confirma que dicha notificación no tuvo lugar. Empero, esta Autoridad considera pertinente aclarar al operador económico apelante que, el procedimiento de notificación previa obligatoria contenido en el artículo 36 del referido Instructivo se desarrolla en cuatro fases que forman parte de una sola línea de actuaciones, sin perjuicio de la Autoridad competente que actúa dentro de cada momento procesal, tal como lo determina el artículo 21 de la LORCPM, que indica que todo el procedimiento, desde que se pone en conocimiento de la autoridad la notificación hasta la resolución final, deberá llevarse a cabo en el término de 60 días.

Pues bien, el operador económico apelante se fundamenta en el artículo 36 reformado mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-18 de 20 de abril de 2020 considerando que la CRPI avocó conocimiento del mismo el 06 de mayo de 2020 a las 13h52, esto es, cuando dicha reforma ya se encontraba vigente, sin embargo, omite reconocer que el procedimiento de notificación obligatoria previa inició en diciembre de 2019, momento en el cual dicho artículo indicaba lo siguiente: “4.- **FASE DE RESOLUCIÓN.-** La CRPI, recibirá el proceso y resolverá en el término de cinco (5) días. La resolución la expedirá considerando lo establecido en el artículo 21 de la

LORCPM y notificará al operador económico y a la Intendencia para que registre y supervise el cumplimiento de la resolución en caso que la misma sea subordinada”. En consecuencia, la CRPI actuó correctamente al aplicar la norma procesal que se encontraba vigente al momento del inicio del procedimiento, motivo por el cual no se evidencia que exista violación al trámite, ni a la seguridad jurídica.

## **DÉCIMO.- CONSIDERACIONES SOBRE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA**

Sin perjuicio de lo analizado, esta Autoridad considera pertinente analizar los factores determinantes que caracterizan a la operación de concentración económica y que han sido recabadas tanto por la INCCE como por la CRPI, y que sirven de sustento para que esta Autoridad pueda tomar una decisión motivada respecto de la misma.

Como consta en las piezas procesales que conforman los expedientes administrativos No. SCPM-IGT-INCCE-028-2019 y SCPM-CRPI-009-2020, el operador económico NHA presentó una notificación previa obligatoria ante la SCPM el 20 de diciembre de 2019, mediante el cual ponía en conocimiento de la SCPM el contrato de Derecho Preferente de Compra de Acciones suscrito el 28 de mayo de 2019 entre Harrogate Sustainable Ventures B.V. y el operador económico notificante, mediante el cual el primero otorgó a NHA “*de forma irrevocable e incondicional, un derecho de opción para comprar y adquirir las Acciones de la Opción del Otorgante [...] sobre las acciones que mantiene el otorgante en la compañía NATURAL HABITARS ECUADOR B.V.*”, hecho que fue notificado a Harrogate Sustainable Ventures B.V. el 20 de diciembre de 2020”.

De esta manera, NHA, que inicialmente poseía el 49% del paquete accionario de NATURAL HABITATS ECUADOR B.V., con la compra del 51% del paquete accionario de HARROGATE SUSTAINABLE VENTURES B.V., obtendría el control total del operador económico adquirido. Ahora bien, LA FABRIL ORGANICS USA INC., es accionista el 51% del capital social del NHA, teniendo control del operador económico adquirente y una vez ejecutada la operación de concentración económica, “[...] *obtendrá el control de manera indirecta, sobre NHE y por consiguiente de las dos empresas ecuatorianas bajo su control, es decir Extranatu y Exportsustent S.A., adecuándose por tanto al supuesto contemplado en el literal c) de artículo 14 de la LORCPM [...]*”

Del análisis realizado, se desprende que esta operación tiene una naturaleza horizontal y vertical, pues, tal como ha coincidido la CRPI con la INCCE la cual afirmó que la transacción notificada constituye una operación de concentración económica de orden horizontal, “[...] *toda vez que la empresa adquirida indirectamente –Extranatu- opera en Ecuador en los mercados de extracción y comercialización de aceite crudo de palma, al igual que Energy & Palma ENERGYPALMA S.A., FABRIPALMA S.A. y Extractora Agrícola Río Manso EXA S.A., estas últimas propiedad del grupo La Fabril; así mismo, Extranatu también participa en el mercado de exportación de aceite refinado, al igual que La Fabril. En segundo lugar, la transacción notificada comporta una serie integraciones verticales, a saber: 1. Siembra, cultivo y explotación de palma africana/extracción*

*y comercialización de aceite crudo de palma: 2. Extracción y comercialización de aceite crudo de palma/refinación de aceite crudo de palma.*

La INCCE ha determinado que existe dos traslapes horizontales en: extracción de productos de palma africana para mercado local e internacional y la exportación de productos refinados de palma africana, sin embargo al analizar los efectos horizontales y verticales se concluye que no existe preocupaciones que permitan a la Autoridad concluir que existen riesgos para la competencia por cuanto respecto al mercado de extracción de productos de palma africana, no existe la posibilidad de que el operador económico resultante pueda ejercer posición de dominio; y, respecto del mercado de exportaciones de productos refinados de palma africana, el incremento de la participación en el mercado del operador económico resultante únicamente generaría mayor presión competitiva frente a los dos principales operadores que son INDUSTRIAL DANEC S.A. e INDUSTRIAS ALES S.A. De esta manera, se evidencia que la dinámica del mercado no se vería afectada negativamente, pues por el contrario, la presión competitiva que se generaría a partir de ella, implica beneficios al mercado. Adicionalmente, es preciso enfatizar que el mero mejoramiento de la posición de los operadores en el mercado no implica per sé la generación de riesgos anticompetitivos.

Por otro lado, respecto de los efectos verticales, esta Autoridad coincide con el criterio de la INCCE, en el que manifiesta: “[...] para que el operador económico concentrado pueda apalancar el poder de mercado que ostenta en el mercado aguas abajo –refinación de productos extraídos de palma africana–, en el mercado aguas arriba -extracción de productos de la palma africana-, sus competidores en este último mercado no deberían tener otras alternativas para colocar el aceite extraído de palma”. Además, no existe evidencia que permita concluir que LA FABRIL S.A., pueda afectar la habilidad competitiva de otros operadores en el mercado, y que le permita actuar de manera independiente del resto.

En este sentido, no se ha constatado la existencia de efectos negativos resultantes de esta operación que infieran una preocupación de esta Autoridad respecto de la misma, concluyendo que ésta no requiere ser subordinada, sin perjuicio de los estudios y/o investigaciones que puedan llevarse a cabo en el futuro dentro del marco de sus competencias.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE:**

a) **ACEPTAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V., mediante escrito de 07 de julio de 2020 ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 1644070.

b) **DEJAR SIN EFECTO** la Resolución de 10 de junio de 2020 a las 16h23 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente No. SCPM-CRPI-009-2020.-

c) **AUTORIZAR** la operación de concentración económica notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 24 de diciembre de 2019 por el operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V. de conformidad con el artículo 21 literal a) de la LORCPM.-

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Notifíquese el contenido de la presente resolución al operador económico NATURAL HABITATS AMERICAS B.V. y a la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

**DÉCIMO TERCERO.-** Continúe actuando la abogada María Belén Arévalo en calidad de Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Firmado electrónicamente por:  
**DANILO IVANOB  
SYLVA PAZMINO**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño  
**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**



Firmado electrónicamente por:  
**MARIA BELEN  
AREVALO  
ALVEAR**

Abg. Belén Arévalo Alvear  
**SECRETARIA AD-HOC**