

La «persona interesada» y el «tercero interesado» en el control de concentraciones económicas del derecho de competencia ecuatoriano

The “Person Concerned” and the “Interested Third Party” in the Merger Control of Ecuadorian Competition Law

GUSTAVO ANDRÉS VILLACRESES BRITO*

Recibido / Received: 07/07/2022

Aceptado / Accepted: 11/09/2022

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2760>

Citación:

Villacreses Brito G. A. «La «persona interesada» y el «tercero interesado» en el control de concentraciones económicas del derecho de competencia ecuatoriano». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 57 - 92, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2760

* PBP Pérez Bustamante & Ponce – Estudio Jurídico, Abogado Asociado, Av. República de El Salvador N36-140 y Av. Naciones Unidas, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Consultor Judicial, Portete E11-27 y Gregorio Munga, Quito 170504, Pichincha, Ecuador. Abogado y Psicólogo Clínico por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Especialista superior en derecho procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar UASB, sede Ecuador. Correo electrónico: g.a.villacreses@outlook.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0072-4052>

El presente trabajo consiste en una adaptación de la versión original que fue escrita para la obtención del título de especialista superior en derecho procesal, del período académico 2020-2022, por la Universidad Andina Simón Bolívar UASB, sede Ecuador. Cualquier opinión vertida es de carácter personal y de exclusiva responsabilidad del autor, no comprometiéndolo a las instituciones a las que se encuentra afiliado.

RESUMEN

El control de concentraciones económicas del derecho de competencia ecuatoriano está compuesto por tres procedimientos: uno de resolución sobre la concentración notificada, uno de seguimiento a las condiciones bajo las cuales se la pueda subordinar, y uno de investigación y sanción en caso de incumplimiento de estas medidas. En todos ellos la persona interesada es el operador económico concentrado. Esto resulta de la configuración de esta institución jurídica bajo los parámetros del régimen procesal administrativo aplicable al sistema de competencia ecuatoriano. El presente artículo analiza este sistema y concluye que, como efecto paralelo, en ninguno de estos procedimientos es procedente la incorporación de terceros. En consideración a la naturaleza y fines del régimen de competencia, no se pueden ver involucrados —o, en todo caso, tutelados— derechos subjetivos y aun menos, intereses legítimos de terceros.

PALABRAS CLAVE

Derecho de competencia; fusiones; procedimiento administrativo; parte procesal; parte procedimental; interés legítimo.

ABSTRACT

The merger control under Ecuadorian competition law consists of three procedures: one for resolution of the notified economical concentration, one for monitoring the remedies (commitments) under which it may be subordinated, and one for investigation and sanction in the event of noncompliance with these measures. In all of them, the interested/procedural party is the merging firm. This results from the configuration of this institution under the parameters of the administrative procedural regime applicable to the Ecuadorian competition system. This article analyzes this system and concludes that, as a parallel effect, in none of these procedures is the incorporation of third parties is appropriate. In consideration of the nature and purposes of the competition regime, subjective rights and even less legitimate interests of third parties cannot be involved or, in any case, protected.

KEYWORDS

Competition law; antitrust; control of economic concentrations; administrative procedure; procedural party; legitimate interest.

1. INTRODUCCIÓN

En una economía basada en el sistema de libre mercado, el mercado en sí mismo resulta ser un bien jurídico de titularidad general por parte de la sociedad. La Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) reconoce que «[e]l sistema económico [...] propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza».¹ Como beneficiario último de este sistema se encuentra toda la sociedad, al permitir que sean los ciudadanos (consumidores) el origen y fin de la economía.

El mercado debe ser protegido para que sus factores naturales —oferta y demanda— y su interacción, sean los que determinen los precios para el consumidor. Dependiendo de la naturaleza y estructura del mercado, se busca evitar que las condiciones de mercado o su resultado —los precios— sean consecuencia (artificial) de fallos de mercado (como la dominancia).² A estas finalidades se ha alineado la CRE, especialmente al prescribir que la política comercial tiene como objetivo «evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas [...] y otras que afecten el funcionamiento de los mercados».³ También ha dispuesto que «corresponde al Estado promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos».⁴

En este escenario resulta indispensable la protección a la competencia efectiva como uno de los mecanismos a través de los cuales el mercado puede autorregularse y confiar en el correcto funcionamiento de autodeterminación de precios. Paralelamente, la competencia entre operadores económicos conlleva otros beneficios generales en cuanto a calidad, economías de escala, y productividad. Esto se logra a través del incentivo a la innovación y maximización de eficiencias productivas y distributivas. Por todo esto, la preservación de una competencia vigorosa, sana, y justa —técnicamente conocida como competencia real y efectiva⁵— es de interés general en cautela del bienestar social.

Con estas finalidades es que nace el derecho de competencia, que tiene como fin último el bienestar social, protegiendo la independencia del mercado a través del mantenimiento de la competencia. Este sistema ha sido diseñado como una herramienta de control sobre las conductas de los sujetos que

1 Artículo 283, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

2 Definida como la capacidad de un sujeto económico del mercado de “elevar sus precios por encima de los que prevalecerían en condiciones competitivas y [ser] capaz de sostener esta estrategia de forma rentable a largo plazo” (Inmaculada Gutiérrez y Jorge Padilla, “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en *El abuso de la posición de dominio*, direc. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbò Juan [Madrid: Fundación Rafael del Pino, 2006], 17).

3 Artículo 304, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

4 Considerando octavo, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], R.O. 555, 13 de octubre de 2011.

5 Philip Marsden; Ioannis Kokkoris, “The Role of Competition and State Aid Policy in Financial and Monetary Law”, *Journal of International Economic Law* 13, no. 3 (septiembre 2010): 883, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgq028>

participan económicamente en el mercado (*i.e.*, operadores económicos).⁶ En este aparato normativo prima el interés general, dejando de lado los intereses y la protección a los operadores económicos individuales.⁷ Incluso la protección al consumidor como sujeto —y no como un elemento del mercado— terminaría siendo objeto de los efectos colaterales de la protección al mercado.⁸ Como consecuencia, lo usual en los procesos y procedimientos del régimen de competencia es la unilateralidad: relación administración-operador económico.

El régimen jurídico ecuatoriano de competencia está formado, en resumen, por cuatro subregímenes especializados de regulación y control⁹: (i) abusos de poder de mercado; (ii) acuerdos y prácticas restrictivas; (iii) prácticas desleales¹⁰; y (iv) concentraciones económicas.¹¹ Para el presente trabajo nos enfocaremos en este último subrégimen.

A diferencia de los otros tres¹², el control de concentraciones económicas consiste en un procedimiento *ex ante* en el que se analizan —previo a cualquier infracción a la ley— aquellas concentraciones económicas¹³ que puedan crear, modificar o reforzar el poder de mercado^{14, 15}. Es ejecutado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, SCPM) y comprende una evaluación de las integraciones empresariales sobre las cuales exista una obligación legal¹⁶ de notificación previa¹⁷ a la agencia de competencia. El objetivo es asegurar

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

7 O, al menos, la tutela a los operadores económicos competidores de un mercado (como un conjunto o colectivo) se colma a través de efectos colaterales de la protección principal al mercado, pues resultan beneficiarios del mantenimiento de la competencia. Por otro lado, podría sostenerse que la protección a los operadores económicos individuales se consigue como finalidad de otros regímenes jurídicos, como el derecho de propiedad intelectual, el derecho civil, el derecho de daños, entre otros.

8 La protección al consumidor *per se* está cubierta de manera específica por el régimen del derecho del consumo.

9 Que se asientan sobre la base de lo prescrito por la CRE (artículos 334, 335 y 336).

10 Si bien tradicionalmente (y comparando con otras legislaciones, como la española) la *competencia desleal* no forma parte del derecho de competencia, en el sistema ecuatoriano ha sido incluida en la ley de competencia. Actualmente existe alta discusión sobre este tema y en próximos años podrían verse cambios sobre esta concepción.

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

12 Los otros subregímenes tienen naturaleza de control *ex post*, pues, por regla general, se activan una vez los sujetos han cometido —presumiblemente— una infracción a la ley o acto anticompetitivo.

13 Entendiendo como *concentración* al “cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos” (LORCPM, artículo 14); con el contexto de que *control* es comprendido como “las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico [...] que podrá ser conjunto o exclusivo” (LORCPM, artículo 12).

14 Entiéndase, que tienen el potencial de generar dominancia.

15 Artículo 15, LORCPM.

16 La agencia también ejerce sus funciones de análisis ante notificaciones que sin ser obligatorias se han realizado a modo informativo (LORCPM, artículo 22) o en consulta previa (LORCPM, artículo 24).

17 La obligatoriedad de la notificación depende del alcance por parte de la concentración a dos umbrales alternativos, uno económico y uno de cuota de mercado (LORCPM, artículo 16).

que la ejecución de una concentración no genere distorsiones a la competencia, protegiendo así al mercado y, por ende, al bienestar general.¹⁸

Como resultado, una operación de concentración puede resolverse: con una autorización, si no representa riesgos al mercado ni a la competencia; con una denegación, si sí lo hace de manera previsible e inevitable; o con una subordinación, en caso de que los potenciales efectos sean evitables o compensables.¹⁹

En este último caso se imponen condiciones para que la operación de concentración se lleve a cabo y, consecuentemente, el ejercicio de las potestades de la administración pública no cesa con la resolución, sino que se lleva a cabo un seguimiento a la concentración sobre el cumplimiento de las medidas.²⁰ De darse el cumplimiento de las condiciones, el mecanismo de control termina; pero si se presume algún incumplimiento, la autoridad ejecuta una especie de procedimiento de investigación y sanción.

Entonces, el subrégimen de control de concentraciones económicas incluiría tres procedimientos: (i) el de resolución sobre la notificación de concentración económica²¹; (ii) el de seguimiento a la concentración económica subordinada²²; y (iii) el de investigación y sanción derivado del seguimiento²³.

Por la naturaleza de este subrégimen jurídico, en él interviene solo la autoridad pública —SCPM y sus órganos— y el administrado —operador económico notificante—. Sin embargo, ¿qué sucede cuando un tercero pretende participar en estos procedimientos?

Es susceptible de ocurrencia este supuesto de hecho pues los procedimientos del subrégimen de control de concentraciones económicas resultan públicos²⁴, situación concordante a la exigencia de transparencia²⁵ —pilar fundamental

18 Julie Clarke, “Current issues in merger law”, en *Comparative Competition Law*, ed. John Duns, Arlen Duke y Brendan Sweeney (Cheltenham: Edward Elgar, 2015), 171.

19 Artículo 15, LORCPM.

20 Artículo 15, LORCPM.

21 Resolución respecto de la operación de concentración económica con aprobación, negativa, o aprobación bajo condicionamiento.

22 Para verificar el cumplimiento de las condiciones bajo las que se pudiera subordinar la operación de concentración.

23 En caso de incumplimiento a las condiciones.

24 La normativa de competencia ecuatoriana es expresa y específica en prescribir el carácter reservado de ciertos procedimientos. Como resultado, aquellos no reservados se sujetan al principio general de publicidad. Expresamente gozan de reserva el procedimiento genérico de investigación y sanción del régimen de competencia (LORCPM, artículo 56) y el procedimiento especial de investigación de operaciones de concentración económica ejecutadas sin autorización previa (Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM —Resolución SCPM-DS-2020-41— [ITI], Registro Oficial 333, 19 de noviembre de 2020, última modificación 23 de junio de 2021 —Resolución SCPM-DS-2021-17—, artículo 5). Consecuentemente, los procedimientos del subrégimen de control de concentraciones económicas resultan públicos. No obstante, es discutible si el tercer procedimiento del subrégimen de control de concentraciones —de investigación y sanción derivado del seguimiento— es también reservado pues, si bien se sustancia bajo un procedimiento denominado «procedimiento general para la sustanciación y aplicación de sanciones no derivadas de conductas anticompetitivas», su naturaleza es investigativa y sancionatoria.

25 Artículos 18 (numeral 2) y 227, CRE; y, artículo 12, COA.

del debido proceso— y la legitimidad y confianza del ejercicio del poder por parte de las autoridades administrativas de defensa de la competencia²⁶. Paralelamente, estos procedimientos implican de manera usual la colaboración de terceros mediante el aporte de información de diversa índole y en respuesta a las solicitudes que realiza la autoridad²⁷. Como resultado del conocimiento por parte de un operador económico inicialmente ajeno al procedimiento (tercero), este podría solicitar a la autoridad su participación como parte.

Esta pretendida participación podría tener como intención distintos niveles de penetración o involucramiento procesal dentro del procedimiento. Por ejemplo, podría únicamente solicitar que se le permita presentar información (que implicaría una interacción unilateral pero indirecta con la autoridad y el procedimiento); que se le reciba en una reunión (unilateral pero directa); o participar en las diligencias y actos procesales (bilateral [tercero-autoridad] y directa). Además, las justificaciones de este tercero podrían ser variadas: muy generales, como sostener que la concentración le puede afectar por ser un consumidor o un competidor del notificante; o tan específicas, como que el cumplimiento/incumplimiento de una condición le genera beneficios/perjuicios, por ejemplo. Y finalmente esta intervención podría ser posible si se considera, preliminarmente, la existencia de la figura amplia de «persona interesada» prevista en el Código Orgánico Administrativo (en adelante, COA).

Pero ¿es realmente procedente la incorporación de un tercero interesado — ajeno al notificante— en los tres procedimientos del subrégimen de control de concentraciones económicas ecuatoriano?

Lastimosamente, no existe una respuesta concreta en la legislación ecuatoriana ni precedentes²⁸ para responder este problema jurídico. Sin embargo, sobre la base de interpretación a la ley, derecho comparado, decisiones extranjeras y doctrina; el presente trabajo tratará de responder a este cuestionamiento cuya relevancia radica en que la posibilidad (o imposibilidad) de intervención de este tercero tendrá impacto directo sobre los derechos procesales e intereses tanto de aquel tercero como del notificante. Con este escenario, esta investigación constituye un primer paso en el análisis sobre la proyección del derecho constitucional al debido proceso dentro de la dimensión procedimental administrativa del derecho de competencia.²⁹

Para alcanzar la respuesta anhelada, los siguientes acápite se ocuparán de: (i)

26 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Accès aux pièces et protection des informations confidentielles – Note de référence*, DAF/COMP/WP3(2019)6, 3 de diciembre de 2019, 17.

27 En virtud de la LORCPM (artículos 48 y 50).

28 Jurisprudenciales, en estricto sentido, o administrativos.

29 Discusiones similares ya se han suscitado en otras jurisdicciones cercanas. Por ejemplo, ver: Francisco Marcos Fernández, “El derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador peruano en materia de defensa de la competencia ante INDECOPI”, *THEMIS Revista De Derecho* 78 (2020): 141-65; Cecilia Sosa Gómez, “El debido proceso aplicable a las actuaciones administrativas”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* 154 (2015): 391-412.

establecer cuál es el régimen procesal aplicable al derecho de competencia ecuatoriano; (ii) comprender las figuras de «persona interesada» y «tercero interesado» en el procedimiento administrativo; definir la «persona interesada» y analizar la procedencia el «tercero interesado» (iii) en el procedimiento de resolución sobre una concentración económica, (iv) en el procedimiento de seguimiento a la concentración subordinada, y (v) en el procedimiento derivado de investigación y sanción por incumplimiento a las condiciones. Por último, se presentan unas reflexiones a modo de conclusión.

2. RÉGIMEN PROCESAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECUATORIANO

El régimen procesal del derecho de competencia ecuatoriano está compuesto, principalmente, por el COA y, disputadamente, por las disposiciones procesales especiales contenidas en los cuerpos normativos especializados en la materia de competencia, *i.e.*, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, LORCPM), el Reglamento para la aplicación de la LORCPM (en adelante, RLORCPM), y el Instructivo de gestión procesal administrativa de la SCPM (en adelante, IGPA).

La LORCPM contiene, además de sus prescripciones sustantivas, disposiciones procesales desde la fecha de su vigencia (publicación en el Registro Oficial de 13 de octubre de 2011). Lo propio ocurre con el RLORCPM (publicación en el Registro Oficial de 7 de mayo de 2012) y el IGPA (publicación en el Registro Oficial de 7 de abril de 2017)³⁰. No obstante, en julio de 2018 entró en vigencia el COA, que prescribe³¹:

Artículo 1.- Objeto.- Este Código regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público.
[...]

Artículo 42.- Ámbito material. El presente Código se aplicará en:
La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas.
La actividad jurídica de las administraciones públicas.
Las bases comunes a todo procedimiento administrativo.
El procedimiento administrativo.
[...]

30 Previo al IGPA existieron otros cuerpos normativos del mismo rango con disposiciones procesales semejantes, como por ejemplo: Resolución SCPM-DS-70-2013 (9 de diciembre de 2013); Resolución SCPM-DS-034-2014 (5 de mayo de 2014); Resolución SCPM-88-2014 (20 de diciembre de 2014); Resolución SCPM-DS-36-2014 (19 de agosto de 2014); Resolución SCPM-DS-052-2014 (13 de agosto de 2014); Resolución SCPM-DS-079-2015 (9 de diciembre de 2015); y, Resolución SCPM-DS- 81-2015 (25 de diciembre de 2015).

31 Estas disposiciones siguen actualmente vigentes.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

PRIMERA.- Deróganse [sic] todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando.

[...]

NOVENA.- Deróganse [sic] otras disposiciones generales y especiales que se opongan al presente Código Orgánico Administrativo.

Frente a este escenario, se han suscitado una serie de opiniones contrapuestas respecto del efecto jurídico de la mera existencia del COA (junto con su ámbito de aplicación y sus disposiciones derogatorias) sobre las disposiciones procesales de los cuerpos legales especializados en materia de competencia. En resumen, por un lado se ha sostenido que el COA ha sido expreso y claro en derogar “todas” las disposiciones procesales previas de procedimientos administrativos y reemplazarlas por las suyas, que se ubican bajo su objeto y ámbito material (*i.e.*, procedimientos administrativos). En contraposición, se ha argumentado que la disposición derogatoria del COA no ha sido lo “suficientemente expresa” como para alcanzar aquellas regulaciones procesales previas y especiales en las distintas ramificaciones y especialidades de la materia administrativa. Como punto conciliador, y bastante discutido, sobre la base de la idea anterior se ha propuesto que el COA resulta una normativa subsidiaria o supletoria a lo normado por las regulaciones especiales en materia procesal administrativa que no son derogadas tácitamente³². Es decir, el COA rige sobre todo aquello no normado por las disposiciones procesales previas de procedimientos administrativos, ha derogado todo lo que es incompatible con él, pero deja supervivientes las normas especiales sobre aspectos que no ha regulado.

Esta última posición es justamente la impartida en materia procesal de competencia por parte de la Procuraduría General del Estado que, mediante Oficio 06578 de 11 de noviembre de 2019, respondió a consulta de la SCPM concluyendo que:

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 del CC^[33] y 3, numeral 1, de la LOGJCC^[34], el COA no ha derogado, ni expresa ni tácitamente, las disposiciones previstas en la LORCPM concernientes al procedimiento sancionador especial y los recursos administrativos.

32 Por contraponerse o ser incompatibles con lo normado por el COA.

33 Código Civil prescribe: “La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa” (Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, última modificación 8 de julio de 2019, artículo 39).

34 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescribe: “1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, última modificación 3 de febrero de 2020, artículo 3, numeral 1).

En tal virtud, respecto a la segunda consulta se concluye que las condiciones, términos y plazos, causales y características del procedimiento sancionador especial establecido por la LORCPM se encuentran vigentes.

Finalmente, de conformidad con la Disposición Transitoria Novena del COA, corresponde a la Asamblea Nacional la armonización y adecuación del ordenamiento jurídico, a fin de que la LORCPM sea compatible con las disposiciones contenidas en el COA.³⁵

Como consecuencia, y en la práctica de la SCPM, se aplica el COA para todo lo procesal en materia de competencia excepto para lo desarrollado en la LORCPM³⁶ —como norma especial— y que no se contraponga al COA³⁷. Si bien esta adopción puede ser altamente discutida, es coherente con el pronunciamiento³⁸ de la Procuraduría General del Estado que resulta ser “derecho objetivo”³⁹ —cosa también objeto de discusión permanente—.

Partiendo de este entendido, se debe señalar que la LORCPM y el RLORCPM no proporcionan regulación relevante respecto de “personas interesadas” o “terceros” en los procedimientos de la materia. Sin embargo, una norma jerárquicamente inferior —el IGPA— se aproxima al tema. Este dispone como su ámbito de aplicación, entre otros, los procedimientos de control de concentraciones⁴⁰ y señala como su objetivo:

[...] precisar los procedimientos, términos y plazos para la gestión procesal administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que no estén establecidos en la Ley, Reglamento y demás normas aplicables.⁴¹

Entre los “lineamientos formales y fundamentales para la gestión procesal”⁴², el IGPA prevé que la mera comparecencia a un proceso no otorga la calidad de parte procesal⁴³ y ordena que “[e]l *interés legítimo* debe ser demostrado por la parte y calificado como tal por la autoridad” (énfasis agregado)⁴⁴. Correlativamente, el IGPA define el concepto de “parte directamente involucrada” así:

Se entiende por “parte directamente involucrada, parte involucrada o simplemente *parte*”, a aquellos operadores económicos que se encuentren en alguna de

35 Procuraduría General del Estado, *Oficio 06578*, 11 de noviembre de 2019, 7.

36 Y el resto de instrumentos de competencia: RLORCPM e IGPA.

37 Que estaría derogado tácitamente.

38 Realizado según lo prescrito por el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004, última modificación 14 de mayo de 2021).

39 Según lo establecido por la Corte Constitución de Ecuador en sentencias 002-09-SAN-CC, 002-09-SAM-N-CC y 003-09-SIN-CC.

40 Artículo 1, IGPA.

41 Artículo 2, IGPA.

42 Artículo 3, IGPA.

43 Artículo 3, numeral 3, IGPA.

44 Artículo 3, numeral 10, IGPA.

las siguientes circunstancias: el que ha interpuesto una denuncia, los obligados a presentar explicaciones, y respecto de quienes se ha resuelto el inicio de un procedimiento de investigación. (énfasis agregado)⁴⁵

Como puede apreciarse, la normativa procesal especial del régimen de competencia no ofrece mayor indicación sobre la calificación de partes, personas interesadas o terceros. Cosa que, como se verá a continuación, sí lo hace el COA y, por lo tanto, es este cuerpo normativo el que en adelante será tomado como marco procesal inicial para absolver la pregunta objeto de este trabajo.

3. LA «PERSONA INTERESADA» Y EL «TERCERO INTERESADO» EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Como parte del debido proceso y como una garantía del derecho a la defensa, la CRE prevé la facultad de las personas de ser escuchadas dentro de un proceso en el que se determinen derechos y obligaciones. Esto se encuentra prescrito en el literal c) del numeral 7 del artículo 76 de la Carta Magna ecuatoriana, así:

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:

[...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

[...]

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.⁴⁶

Entre sus proyecciones, sería sostenible entonces que toda persona que pudiere resultar alcanzada —se determine sobre sus derechos u obligaciones— por la resolución de un procedimiento administrativo, debe ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones con el resto de partes⁴⁷. El momento oportuno termina siendo antes de resolver, pues posterior a ello el ejercicio carecería de eficacia. Por lo tanto, esta garantía resulta esencial para una persona que tenga legítimo interés en el asunto discutido.

Como se expuso antes, el régimen procesal ecuatoriano especial en materia de competencia no contempla mayor prescripción sobre sus sujetos y, por tanto, tampoco sobre terceros que deban ser escuchados.⁴⁸ El IGPA se ha limitado

⁴⁵ Artículo 3, numeral 21, IGPA.

⁴⁶ Artículo 76, numeral 7, literal c, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁷ Se previsoramente que esta persona será también *parte* pues, como se verá más adelante, la determinación sobre sus derechos u obligaciones cumple con el presupuesto para su incorporación al procedimiento.

⁴⁸ El régimen procesal del derecho de competencia ecuatoriano está compuesto, principalmente, por el COA y, discutidamente, por las disposiciones procesales especiales contenidas en los cuerpos normativos especializados en la materia de competencia (*i.e.*, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [RLORCPM]; e, Instructivo de gestión procesal

a señalar que será parte de los procesos ante la SCPM el operador económico (i) que ha interpuesto una denuncia; (ii) el obligado a presentar explicaciones; y (iii) respecto del que se ha resuelto el inicio de un procedimiento de investigación.⁴⁹ Esta determinación no brinda ayuda para el caso en análisis pues el tercero que podría pretender participar en los procedimientos del control de concentraciones —y ni siquiera el notificante— está relacionado con estas hipótesis, pues no está vinculado a una denuncia, a una obligación de brindar explicaciones⁵⁰ o a ser sujeto de una investigación⁵¹. El IGPA incluye una regulación negativa que establece que la comparecencia a un proceso no basta para la calificación como «parte procesal».⁵² El COA sí realiza una prescripción sobre la calificación de partes —que resulta subsidiariamente aplicable al objeto de este trabajo— a través de la «persona interesada» en los procedimientos administrativos, que termina siendo coherente con la doctrina y el derecho comparado.

Doctrinariamente, para actuar dentro del procedimiento administrativo, se requiere que el sujeto cumpla con dos requisitos: (i) capacidad y (ii) legitimación.⁵³ Como consecuencia, por un lado se encuentra la determinación sobre quién puede ser parte del procedimiento administrativo (capacidad⁵⁴) y, por otro, la verificación sobre el cumplimiento de las condiciones para ser un sujeto parte de un procedimiento (legitimación). Esta doctrina ha sido adoptada de manera semejante por el COA dentro de su libro segundo —el procedimiento administrativo⁵⁵—, regulación a la que se arribará en su momento. En cuanto a la capacidad no existe mayor discusión pues basta ceñirse a lo prescrito por la ley civil ecuatoriana: «Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces»⁵⁶. El COA, sin alejarse de esta máxima, ha regido lo propio para el caso de los procedimientos administrativos:

administrativa de la SCPM [IGPA]). Esto de acuerdo a en la práctica de la SCPM, se aplica el COA para todo lo procesal en materia de competencia excepto para lo desarrollado en la LORCPM —como norma especial— y que no se contraponga al COA. Si bien esta adopción puede ser altamente discutida, es coherente con lo pronunciado por la Procuraduría General del Estado que resulta ser «derecho objetivo» —cosa también objeto de discusión permanente—. Ver, Oficio 06578, Procuraduría General del Estado (Ecuador), de 11 de noviembre de 2019; Artículo 3, numeral 1, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, R.O. 312, 13 de abril de 2004; Sentencia 002-09-SAN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, en Caso 0005-08-AN, 2 de abril del 2009; Sentencia 003-09-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, en Caso 0021-2009-IA, 23 de julio del 2009; Sentencia 48-14-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, en Caso No. 48-14-IN, 5 de mayo de 2021.

49 Artículo 3, numeral 21, IGPA.

50 Dentro del régimen de competencia ecuatoriano, con *explicaciones* se hace referencia a la “contestación” que presenta el denunciado frente a una denuncia (LORCPM, artículos 55 y 57) o el investigado en un procedimiento iniciado de oficio frente al informe del órgano de sustanciación (RLORCPM, artículo 56).

51 Como se analizará más adelante en este trabajo, el notificante y obligado por las condiciones sí podría ser sujeto del procedimiento derivado de investigación y sanción por presunto incumplimiento de las condiciones, como resultado del procedimiento de seguimiento. Esto, como se concluye tras este análisis, no es aplicable para un tercero.

52 Artículo 3, numeral 3, IGPA.

53 Agustín Gordillo, “Capítulo IV: El interés legítimo”, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado* (Buenos Aires: F.D.A., 2014), 180.

54 Entendido como “aptitud legal”.

55 Capítulo primero, persona interesada (artículos 149-151).

56 Artículo 1462, CC.

Art. 150.- Capacidad de ejercicio. Toda persona es legalmente capaz para comparecer al procedimiento administrativo, salvo las excepciones de ley.

Tiene capacidad para actuar en el procedimiento por sí misma, la persona natural a quien se le reconozca debido al objeto del procedimiento, aun teniendo la capacidad de ejercicio restringida.

Tiene capacidad cualquier persona cuando defienda derechos e intereses colectivos de asociaciones y organizaciones carentes de personalidad jurídica, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos. (negrilla propia omitida)⁵⁷

Pero es en el segundo campo —legitimación— donde encontramos la importancia del interés que debe ostentar el sujeto que pretende ser parte o que debería ser llamado a serlo en el proceso administrativo.

La configuración de la legitimación difiere entre un proceso judicial y un procedimiento administrativo. En el primero —judicial—, la legitimación es resultado de la presencia de un derecho subjetivo⁵⁸ titulado por el sujeto y que debe verse en afectación por la *litis* discutida en el proceso.⁵⁹ En el segundo —administrativo—, la legitimación se considera tanto (i) ante la titularidad de un derecho subjetivo en riesgo de afectación, cuanto (ii) frente a la existencia de un interés por parte del sujeto que pretende participar.

El interés es entendido como el «[b]eneficio o perjuicio que puede ocasionar la resolución de un procedimiento».⁶⁰ Sin embargo, este interés es uno calificado; no cualquier interés llena para que se plasme la legitimación de aquel que pretende actuar dentro del procedimiento administrativo. Por regla general el interés debe ser uno legítimo⁶¹ para la legitimación del sujeto, siendo, en contraposición, insuficiente aquel interés «simple».

A modo de paréntesis, valga señalar que, a pesar de las dos fuentes de legitimación en el procedimiento administrativo, resulta en principio irrelevante si este está precedido por la ostentación de un derecho subjetivo o por un interés legítimo poseído. La legitimación obtenida por cualquier vía procede a todos los recursos previstos⁶². Donde sí se verá un impacto de esta diferenciación es al momento de resolver sobre la pertinencia de indemnización. En contraposición, como se explicó, si la legitimación encuentra raíz en un interés, este sí requiere ser legítimo; si es simple, sí halla diferencia en sus efectos.

57 Artículo 150, Código Orgánico Administrativo [COA], R.O. Suplemento 31, 7 de julio de 2017.

58 Entendido como “la facultad, pretensión, poder, etc., que tiene el individuo para reclamar algo de otros” (Juan Antonio Cruz Parceros, “Capítulo 1. Los derechos subjetivos”, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos. Colección Constitución y Derechos*, [Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017], 21).

59 Juan Antonio Cruz Parceros, “Capítulo 1. Los derechos subjetivos”, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 21.

60 Real Academia Española, “interés”, en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/inter%-C3%A9s1>.

61 Aquí se habla de la legitimidad del interés del sujeto, mas no de la legitimidad del objeto del procedimiento o aquella del acto/norma discutida.

62 *E.g.*, jerárquico, de reconsideración, entre otros.

Ahora, resulta esencial la diferencia entre el interés simple y el interés legítimo. El interés simple colma requisito, por regla general, únicamente para la presentación de denuncia⁶³; el interés legítimo abre más puertas procedimentales en la sede administrativa. El interés simple es común a todos los ciudadanos; el interés legítimo implica una categoría «definida y limitada de individuos» y está conformado por «el primer círculo de afectados por el acto».⁶⁴ Interés legítimo en el ámbito procesal, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, puede ser definido como:

Condición que reúne la persona para ser parte en el proceso, consistente en tener interés personal, individual o colectivo, distinto de la situación jurídica que otros ciudadanos pueden tener respecto de la misma cuestión. Equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar esta.⁶⁵

Así las cosas, para la calificación de legítimo a un interés se exige que este último sea «[i] personal y [ii] directo»⁶⁶. Se requiere entonces analizar estos dos elementos.

Lo personal del interés legítimo se colma “siempre que el particular pueda aducir motivos de agravio distintos del interés administrativo de que se cumpla la ley”⁶⁷. Es decir, el interés personal pretende la defensa del propio sujeto, como finalidad específica y alejada de cualquier objetivo genérico, general, colectivo.⁶⁸ Este interés resulta delimitado como un impacto a persona determinada⁶⁹, como una afectación al propio sujeto⁷⁰. Esto implica que el interés será legítimo en la medida en que precautele un impacto específicamente — aunque no es necesario exclusivamente⁷¹— sobre el sujeto que lo invoca.

En cuanto a lo directo del interés legítimo, conllevaría la inmediatez entre la norma o acto administrativo y el impacto sobre el sujeto.⁷² Es decir, requiere un nexo entre aquello impugnado/atacado y aquello que pretende ser protegido

63 Esto no es aplicable para el caso del régimen de competencia ecuatoriano en sede administrativa pues el artículo 53 de la LORCPM requiere un “interés legítimo” incluso para la formulación de denuncias.

64 Gordillo, “Capítulo IV: El interés legítimo”, 180.

65 Real Academia Española, “interés legítimo”, en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/inter%C3%A9s-leg%C3%ADtimo>.

66 Gordillo, “Capítulo IV: El interés legítimo”, 183-4.

67 *Ibid.*, 187.

68 Aparicio Méndez, *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo* (Montevideo: Revista de Derecho Público y Privado, 1952), 187.

69 Héctor Giorgi, *El contencioso administrativo de anulación* (Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958), 68.

70 Enrique Véscovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley* (Montevideo: Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967) 148.

71 Según Gordillo, no se requiere exclusividad en el interés, es decir, que no exista interés en cabeza de otros sujetos pues, eso excluiría que la afectación puede alcanzar a otros y nos llevaría al espacio de un derecho subjetivo, que en realidad es otra vertiente de la legitimación.

72 Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución de 1952, Volumen 3* (Montevideo: Organización Medina, 1952), 183; Enrique Véscovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley* (Montevideo: Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967) 148.

(y la afectación que se alegue). El interés legítimo se encuentra en exigir respeto sobre algo propio⁷³, no en lo ajeno o en lo de todos. No obstante, hay que reconocer que existe una amplia discusión con relación al alcance de este elemento. Autores como Mendez⁷⁴, Giorgi⁷⁵ y Tarigo⁷⁶ sostienen que lo «directo» requiere actualidad, excluyendo lo eventual, lo potencial y lo futuro; mientras que Gordillo defiende que lo directo puede gozar de diversidad de variaciones sin que se vea descalificado, pudiendo el interés ser no solo inmediato temporalmente, sino indistintamente actual, potencial, eventual o retrospectivo. Lo que sí resulta estar exento de mayor discusión es que el interés legítimo puede ser material —patrimonial o no— o moral^{77, 78}.

En sentido similar se encuentra la jurisprudencia comparada. Como ejemplo, el Tribunal Supremo de España (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo) ha concluido que debe entenderse como interés legítimo

aquel interés que tienen aquellas personas que por la situación objetiva en la que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación de carácter sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados. Este interés no puede reducirse a un simple interés a la legalidad. El interés se reputa que exista siempre y cuando la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral, así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio.⁷⁹

De manera similar lo ha sintetizado la autoridad de competencia española —Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (CNMC)— al citar otros pronunciamientos de las más altas cortes de su jurisdicción, así:

[E]l mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo» [...] ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico [...], lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto [...], y presupone, por

73 No necesariamente relacionado al derecho de propiedad/dominio, porque caeríamos en la tutela de un derecho subjetivo, siendo esta la otra fuente de legitimación del sujeto.

74 Aparicio Mendez, *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, 187.

75 Héctor Giorgi, *El contencioso administrativo de anulación*, 68.

76 Enrique E. Tarigo, *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación* (Montevideo: FCU, 1999), 30.

77 Lo moral hace referencia a aquello valorativo, subjetivo o psicológico, incluso a lo religioso, intelectual, filosófico, artístico, etc. (Christian Gaboldé, *Traité pratique de la procédure administrative contentieuse: tribunaux administratifs* [Paris: Dalloz, 1960], 147).

78 Andrés Bordalí Salamanca, "Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 51 (2018): 22.

79 Tribunal Supremo de España – Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, "Sentencia", en *ECLI ES:TS:1994:2315*, 8 de abril de 1994, s.p.

tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.⁸⁰

Lo propio ha sido señalado por la autoridad de competencia colombiana — Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante, SIC)— en un análisis que no se restringe a la materia de competencia, sino que se extiende al procedimiento administrativo en general:

[P]uede decirse que la figura del tercero interesado, consagrada por el art. 14 del Código Contencioso Administrativo, está supeditada a la constatación de un interés directo en las resultas de la decisión, entendido éste como la posibilidad de derivar algún tipo de afectación en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, bien sea porque genera alguna obligación para sí, o bien porque crea una situación jurídica particular en beneficio propio.⁸¹

Esta posición colombiana es explicada por Alberto Bolívar al sintetizar que

no puede perderse de vista que existen aquí dos clases de terceros: el tercero indiferente, que es el verdadero tercero a quien no va a alcanzar el proceso ni la decisión administrativa, y el tercero interesado, que es quien se puede ver afectado por tal decisión y que dentro de ciertas circunstancias podrá intervenir en la actuación administrativa, para dejar de ser tercero, procesalmente hablando, y convertirse en parte. [...] Quien pretenda ser tercero interesado deberá acreditar o cumplir unos requisitos específicos: ser, en efecto, un tercero; tener un interés en el trámite que se surte, y acreditar que su interés en las resultas de la decisión es directo. La existencia de sólo uno o dos de los anteriores presupuestos puede dar lugar a otras condiciones procesales, pero no a la de tercero interesado, pues esta última sólo se adquiere acreditando el pleno de los anteriores requisitos.⁸²

Finalmente, en el ordenamiento procesal administrativo ecuatoriano, el mismo COA se ha encargado de zanjar toda disquisición adicional prescribiendo sobre los lineamientos exactos para la configuración del interés legítimo: «individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro».⁸³ Por lo tanto, en Ecuador la legitimidad del interés se encuentra en lo personal (individual o colectivo), pero no en lo general; y, en lo cierto y actual. En correspondencia con el bagaje doctrinario analizado, el COA también ha

80 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expediente R/AJ/005/15 Hamburguesa Crujiente*, 7 de mayo de 2015, 12.

81 Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “Resolución 398”, 2004, 7.

82 Alberto Bolívar, “El dilema de ser tercero interesado. El tercero interesado frente a quienes realizan conductas contrarias a las normas de libre competencia en la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio”, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005), 215.

83 Artículo 149, COA.

terminado estableciendo el método para incorporar al procedimiento administrativo a aquella persona que, por mandato constitucional, debe ser escuchada en el proceso. Para esto ha definido que para ser parte del procedimiento se requiere, además de la previamente analizada capacidad, la calidad de persona interesada. Quien sea persona interesada podrá ser incorporada al procedimiento y ser escuchada. El COA lo norma así:

Art. 149.- Persona interesada. Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que:

1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho.
2. Invoque derechos subjetivos o acredite intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que adopte en el procedimiento.
3. Acredite ser titular de derechos o intereses legítimos de las asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos y comparezca al procedimiento ante (*sic*) de la adopción de la resolución. (negrilla propia omitida)⁸⁴

De la regulación citada se desprende que la calidad de persona interesada, y por la incorporación al procedimiento, se puede configurar en cuatro hipótesis (H):

- H1. Persona interesada por ser a quien la administración pública dirigió determinado acto administrativo.
- H2. Persona interesada por promover/iniciar⁸⁵ el procedimiento como (a) titular de un derecho subjetivo o (b) por ostentar interés legítimo.
- H3. Persona interesada por potencial afectación —como resultado del procedimiento— (a) a un derecho subjetivo invocado o (b) a un interés legítimo acreditado.
- H4. Persona interesada por acreditar (a) titularidad de un derecho subjetivo o (b) interés legítimo, ambos de «colectivos»⁸⁶.

Como resumen hasta este punto, la norma legal admite como parte legitimada, después de verificada la capacidad, a aquel que titula un derecho subjetivo u ostenta un interés legítimo. Resalta la claridad con la que exige la legitimidad en el interés como habilitante para la legitimación de la persona. Pero lo peculiar de la prescripción que realiza el COA con relación a lo estudiado antes es la calificación expresa para la legitimidad del interés: debe ser individual o colectivo y debe ser cierto y actual. En este momento se zanja toda

⁸⁴ Artículo 149, COA.

⁸⁵ Promover.- "Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo". Real Academia Española, "promover", en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/promover>.

⁸⁶ Asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos.

discusión sobre lo que es entendido (o, al menos, lo que debe ser entendido) como personal y como directo. Resulta personal incluso lo no individual (lo que es colectivo⁸⁷), pero esto no resta que deba ser determinado, específico y no genérico/general⁸⁸. Y resulta directo lo actual. Eso no deja de requerir, obviamente, el nexo entre lo alcanzado por el procedimiento y aquello personal que se pretende proteger (el interés).⁸⁹

Por otro lado, aparece que el COA ha previsto —inintencionalmente— los momentos en los cuales una persona puede llegar a formar parte de un procedimiento administrativo, siendo dos: (i) al iniciarse o (ii) después de iniciado (y antes de la adopción de la resolución). En el primer momento solo cabría la H2, por ser la hipótesis en la que es la persona interesada quien promueve/inicia el procedimiento⁹⁰. En el segundo momento cabrían el resto de hipótesis (H1, H3 y H4) pues en estos escenarios el procedimiento habría iniciado de oficio⁹¹ y la persona interesada se adheriría a él. Ahora, en este segundo escenario o momento aparece un rasgo llamativo en la prescripción del COA. La adherencia al procedimiento por ser la persona interesada el sujeto de la norma o acto administrativo objeto del procedimiento no conlleva mayor análisis. Pero, cuando la persona interesada se adhiere de acuerdo con la H3 surge un requisito adicional: la potencial afectación, por la futura decisión resultado del procedimiento, a un derecho subjetivo titulado por la persona interesada o a un interés legítimo ostentado y acreditado por ella. Esto resultará apreciable más adelante para el caso discusión de este trabajo.

Por otro lado, el COA también ha previsto un deber para la administración pública referente a la incorporación de oficio (o, al menos, al llamado de oficio) de una persona interesada. La norma prevé que «[e]l acto administrativo en un procedimiento administrativo no tiene efectos con respecto a la persona interesada que no haya sido llamada⁹²». Para prevenir esta consecuencia, el mismo cuerpo normativo manda:

Art. 151.- Terceros interesados. Si el resultado del procedimiento tiene efectos jurídicos constitutivos para un tercero, este será llamado a participar en calidad de persona interesada, para que ejerza sus derechos en el término de cinco días. (negrilla propia omitida)⁹³

87 La norma deja expreso que lo colectivo se refiere al interés legítimo y no al derecho subjetivo y lo hace con justa razón pues no ha cabido discusión alguna sobre la posibilidad de un derecho subjetivo colectivo (mas no general) como fuente de legitimación.

88 O si no se convertiría en interés simple.

89 Sin el cual, nuevamente, el interés sería simple.

90 El COA (artículo 183) prevé el inicio del procedimiento administrativo por solicitud de la persona interesada (y también de oficio).

91 El COA (artículo 183) prevé el inicio del procedimiento administrativo de oficio (y también por solicitud de la persona interesada).

92 Aun así, se preserva el derecho de esta persona a impugnar dicho acto.

93 Artículo 151, COA.

Es decir que si existe una persona que calificara, preliminarmente, de interesada y todavía no es parte del procedimiento ya iniciado (por ello, «tercero»), la administración pública debe llamarlo para que se adhiera al procedimiento y forme parte. No obstante, esta norma limita la calificación de persona interesada para este supuesto —de deber de llamado— a aquella hipótesis en la que la resolución del procedimiento pudiese tener efectos jurídicos constitutivos sobre aquel sujeto.

Sobre la base abstracta estudiada respecto de la «persona interesada» y el «tercero interesado», es posible subsumir esta configuración a las circunstancias especiales de los procedimientos administrativos de competencia en el control de concentraciones. Cabe recordar que las normas procesales de competencia no prevén el método de incorporación de terceros. Y prevén expresamente la participación de un tercero —ajeno respecto a quien se ha resuelto el inicio de un procedimiento— como parte de un procedimiento administrativo en virtud de su interés legítimo, lo hace únicamente para el caso de los procedimientos de investigación y sanción iniciados por denuncia⁹⁴. Como se verá en los siguientes acápites, la previsión especial en competencia no resulta inaplicable para los procedimientos del control de concentraciones económicas y, por tanto, se deberá evaluar la incorporación de un tercero interesado según las prescripciones del COA.

4. ANÁLISIS EN EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN SOBRE UNA CONCENTRACIÓN NOTIFICADA

El primer procedimiento del control de concentraciones consiste en la decisión sobre una notificación de concentración. La administración analiza sus posibles efectos sobre el mercado. En este ejercicio, prima el interés público de la prevención y corrección de conductas anticompetitivas y sus efectos⁹⁵, como respuesta a las asimetrías de información y falta de incentivos de los privados para exigir el cumplimiento de la defensa de la competencia⁹⁶. La LORCPM prevé en su objeto la búsqueda de «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».⁹⁷ Al tutelarse bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, no hay cabida para acciones en reivindicación de intereses particulares.

94 Artículo 53, LORCPM.

95 Kai Hüschelrath y Sebastian Peyer, "Public and Private Enforcement of Competition Law. A differentiated approach", *World Competition* 36/4 (2013): 585.

96 David Besanko y Daniel F. Spulber, "Antitrust Enforcement Under Asymmetric Information", *The Economic Journal* 99/96 (1989): 408.

97 Artículo 1, LORCPM.

Al ser una evaluación anticipada a infracciones a la ley, este procedimiento responde al ejercicio de la potestad de control *ex ante* de la administración pública y reconoce esencialmente la participación del operador notificante y la autoridad —SCPM—. Este se efectúa según lo prescrito por el subrégimen legal de control de concentraciones económicas —sección 4⁹⁸ del capítulo II⁹⁹ de la LORCPM y sección 2¹⁰⁰ del capítulo II¹⁰¹ del RLORCPM— de la siguiente manera.

De acuerdo con la LORCPM, una concentración económica consiste en el «cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos»¹⁰². A su vez, el control es entendido legalmente como “la posibilidad de ejercer [de hecho o en derecho] una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico”¹⁰³. De configurarse este hecho —concentración económica— podría estar sujeta a control¹⁰⁴ por parte de la autoridad para evitar la creación de condiciones que afecten al mercado.¹⁰⁵ Esta sujeción se materializa en primera instancia a través de la obligación de notificación previa que nace en caso de cumplirse uno de los dos¹⁰⁶ umbrales legales alternativos por parte de la operación de concentración: uno económico¹⁰⁷ y otro en función de la cuota de mercado¹⁰⁸.¹⁰⁹ Por la temática del presente trabajo no nos detendremos a detallar estos condicionantes para la obligatoriedad de la notificación de la concentración.¹¹⁰ Sin embargo, resulta imperioso el señalar, por las implicaciones procesales que conlleva, que la obligación de notificación previa recae sobre el operador económico adquirente¹¹¹.

98 Artículos 14-24, con excepción del artículo 18 que hace referencia a un procedimiento de investigación y sanción.

99 Régimen de regulación y control.

100 Artículo 11 y siguientes.

101 Régimen de regulación y control.

102 *Ibid.*, artículo 14.

103 RLORCPM, artículo 12.

104 LORCPM, artículo 15: “examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas”.

105 La obligación de notificar una concentración para ser notificada depende de una serie de presupuestos normados en la LORCPM. Para más información, ver Diego Pérez Ordoñez y Gustavo A. Villacreses, “Ecuador: las reglas de control de fusiones y adquisiciones”, *Investigaciones CeCo* (mayo, 2021), <https://bit.ly/3Exrsg3>.

106 Aunque la LORCPM reconoce expresamente la existencia de dos umbrales (el económico y el de cuota de mercado), la CRPI en su práctica reciente ha optado por entender la existencia de una tercera condición para la notificación y es la ocurrencia de una integración que sea horizontal o vertical, eximiendo de la notificación obligatoria a aquellas concentraciones que no impliquen esta estructura, descuidando que también podrían devenir riesgos a la competencia en forma de efectos conglomerados (que resultan de estructuras distintas a las integraciones horizontales y verticales).

107 Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto establecido por la Junta de Regulación del Poder de Mercado.

108 Que, en concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica y como consecuencia de la operación, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% en el mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

109 LORCPM, artículo 16.

110 Para mayor información sobre los umbrales de obligatoriedad de la notificación, ver: Pérez Ordoñez, Diego y Gustavo A. Villacreses. “Ecuador: las reglas de control de fusiones y adquisiciones”. *Investigaciones CeCo* (mayo, 2021). <https://bit.ly/3Exrsg3>.

111 Según la LORCPM, artículo 16, el adquirente es el “absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretenden llevar a cabo la concentración”. Esta disposición es desarrollada a mayor detalle en el RLORCPM, artículo 19.

Una vez notificada, se inicia el procedimiento de resolución. Está compuesto por dos «subprocedimientos». En el primero —ante la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas de la SCPM (en adelante, INCCE)— se realiza una investigación sobre la operación notificada con información técnica jurídica y económica. Resulta en un conjunto de insumos para la siguiente etapa. El segundo —ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM (en adelante, CRPI)— es resolutorio sobre la concentración notificada. La autoridad resuelve propiamente sobre la procedencia de la operación considerando la existencia o no de riesgos para el mercado y la competencia. En ambos, los órganos ejecutan su potestad de exigir colaboración por parte de terceros —ajenos al notificante¹¹²— a través del aporte de información.

En este procedimiento entonces solo interviene la autoridad y el notificante. Este último sería la única parte verdadera del procedimiento, pues es quien activa las competencias de la autoridad y es sujeto único de sus decisiones (*e.g.*, la autorización). Es este notificante la «persona interesada» por ser a quien se dirigirá la resolución, quien inicia y promueve el procedimiento, quien ostenta derechos en aquel y sobre quien se crearán obligaciones¹¹³, quien tiene el interés legítimo (beneficios o perjuicios consecuencia del procedimiento) de manera personal y directa.

Este procedimiento es el resultado jurídico frente a «una decisión voluntaria de concentrarse»¹¹⁴. Por su naturaleza, se sujeta al principio de verificación¹¹⁵ (que se basa en la comprobación racional de la verdad o falsedad¹¹⁶) que tiene como dirección el análisis de datos empíricos para comprobar el cumplimiento de los presupuestos de hecho y prescripciones de una determinada norma jurídica.¹¹⁷ El proceso de control de concentraciones pretende verificar que la concentración se someta a la regulación por cumplir los presupuestos para su aplicación (normas de la LORCPM y del RLORCPM).¹¹⁸

Si bien la notificación de la concentración económica responde a la decisión de un negocio jurídico —la concentración—, esta no está en el campo de revisión de la autoridad sino únicamente sus posibles efectos en el mercado. No se discute la actuación de un sujeto o su sujeción o no a lo previsto en la ley (*i.e.*, conducta anticompetitiva) y, por lo tanto, tampoco cabe en este procedimiento

112 Esto incluye a toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la administración pública; e, incluso, a los propios operadores económicos adquiridos a través de la operación de concentración, pues resultan propiamente terceros en términos procesales por ser distintos al notificante (quien tiene la vinculación procesal por orden legal con la autoridad pública en el procedimiento de resolución).

113 En caso de resolverse sobre la concentración a través de una subordinación a condiciones.

114 Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador [SCPM], “Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14h00)”, en *Expediente de apelación SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS*, 15 de noviembre de 2016, considerando séptimo (s.p.).

115 *Ibid.*

116 Cristina Fuertes-Planas Aleix, “Ciencia y Filosofía del Derecho”, *Opción* 32, N° 11 (2016): 559.

117 José López Hernández, “El concepto de Derecho de Alf Roos en su etapa analítica”, *Anuario de filosofía del derecho* 21 (2004): 318-23.

118 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14h00)*, considerando séptimo (s.p.).

el ejercicio del derecho a la defensa.

Resulta ser un procedimiento distinto al de investigación y sanción —previsto en la sección 2¹¹⁹, 120 del capítulo V¹²¹ de la LORCPM—, que sí se sujeta al principio de contradicción¹²² y, por ende, en el cual sí cabría la intervención de un tercero legitimado. El procedimiento de concentración dista de aquella investigación iniciada por denuncia¹²³. Entonces, el marco legal del procedimiento de concentración es determinante para la resolución sobre legitimarios.¹²⁴

La LORCPM prevé el deber de colaboración por parte de terceros —ya sean estos entes estatales¹²⁵ o personas públicas y privadas¹²⁶— para el aporte de información necesaria para la decisión de la autoridad¹²⁷. La razón es la necesidad de obtener información sobre el mercado involucrado por parte de todos sus actores —otras autoridades reguladoras y otros sujetos económicos—. No obstante, estos terceros no constituyen «terceros interesados» y mucho menos partes, pues su colaboración se limita al aporte de la información que les sea solicitada por la INCCE¹²⁸ o la CRPI¹²⁹. En este procedimiento no se resuelve sobre sus derechos u obligaciones, siendo esta la razón de la naturaleza limitada de su actuación procesal. Aun así, llegan a conocer sobre la existencia del procedimiento.

Además, este procedimiento y su información¹³⁰ tienen carácter público¹³¹, se somete al principio general de publicidad¹³² y su existencia y contenido pueden ser conocidos por terceros ajenos al notificante y a la autoridad. Por último, al menos formalmente, se prevé que todas las resoluciones en firme de la SCPM se publican en el Registro Oficial, en su página electrónica y en la Gaceta Oficial de la SCPM, y esto no excluye aquellas resoluciones del control de concentraciones.¹³³ Por esto, los terceros también pueden conocer sobre el procedimiento de resolución.

119 Procedimiento de Investigación y Sanción.

120 Artículos 53-64, LORCPM.

121 De los procedimientos.

122 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14b00)*, considerando séptimo (s.p.).

123 Artículo 53, LORCPM.

124 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14b00)*, considerando séptimo (s.p.).

125 Artículos 20, 48, 50, LORCPM.

126 Artículos 48, 49, 50, LORCPM.

127 Artículos 48 y 50, LORCPM.

128 Durante la etapa investigativa del procedimiento.

129 Durante la etapa resolutoria del procedimiento.

130 Con excepción de aquella que sea declarada confidencial (LORCPM, artículos 39, 47; RLORCPM, artículo 2, 3 y 18; ITI, artículo 6, 8 y 9).

131 Dado que no existe prescripción expresa sobre su reserva, cosa que sí ocurre y carácter del que sí gozan los procedimientos genéricos de investigación y sanción del régimen de competencia (LORCPM, artículo 56) y los procedimientos especiales de investigación de operaciones de concentración económica ejecutadas sin autorización previa (ITI, artículo 5).

132 Artículo 18, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

133 Las resoluciones se someten al principio de publicidad de conformidad con los artículos 18 (numeral 2), 226 y 227 de la CRE, y el artículo 65 y la Disposición General Tercera de la LORCPM, materializándose el derecho de acceso libre a la información en las instituciones de la administración pública, los principios de competencia, transparencia y eficiencia.

Al conocer los terceros sobre el procedimiento de resolución, podrían pretender su incorporación. Pero a pesar de este contingente, la SCPM ha concluido sobre la relación procesal del control de concentraciones económicas que

- se concreta en los siguientes elementos materiales según la LORCPM y Reglamento: 1. Notificador de la concentración. 2. Obligación legal de notificar.
3. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como ente de control.¹³⁴

Consecuentemente, existe una correspondiente determinación de los elementos subjetivos para este proceso: (i) autonomía negocial y (ii) autonomía contractual.¹³⁵ Así, sobre la base de estas comprensiones, la agencia de competencia ecuatoriana ha concluido que:

- 1) El proceso de notificación de concentración económica es un proceso unilateral para la administración, no guarda carácter de contradicción entre particulares;
- 2) Recae sobre administración la posibilidad de dirimir si la concentración es beneficiosa o no para la eficiencia económica y para el interés general; y
- 3) No existe obligación de la administración frente a un tercer operador económico distinto al notificante.¹³⁶

Este procedimiento no es apto para afectar derechos subjetivos de terceros ajenos al notificante, no determina sobre derecho u obligaciones de operadores ajenos al notificante y, por ende, no es alcanzado por el derecho de tercero alguno a la defensa o sus garantías —*i.e.*, ser escuchado de manera oportuna y en igualdad de condiciones—. La regulación sobre concentraciones es la principal herramienta pública para beneficio del mercado como bien general a través del control a la estructura de una industria.¹³⁷ No procede en él la incorporación de una persona distinta al notificante porque no existe naturaleza adversarial, no son alcanzables derechos u obligaciones de distintos al notificante e intereses distintos a los del mercado. Por consiguiente, no es posible calificar de legítimo un interés simple de un tercero y, por ende, no se puede configurar otra persona interesada.

Las limitaciones a la colaboración de terceros se presentan también en otras jurisdicciones, como la colombiana. De acuerdo con el art. 10 de la Ley 1340 de 2009, los terceros pueden aportar información sin que se otorgue la calidad formal de «tercero interesado». Esto ha sido confirmado por la autoridad de competencia colombiana —SIC—, al concluir sobre el límite de intervención de terceros en los procedimientos de resolución de concentraciones:

134 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14h00)*, considerando séptimo (s.p.).

135 *Ibid.*

136 *Ibid.*

137 Giorgio Monti, *EC competition law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 246.

[E]l derecho de participación de los administrados [...] quedó expresamente establecido mediante la regla contemplada en el art. 10 de la Ley 1340 de 2009, que habilita a cualquier sujeto, participante o no del mercado, para presentar información y, en general, material que servirá de apoyo al estudio de la integración.¹³⁸

La autoridad también añadió que la ausencia de la figura de «tercero interesado» en la norma legal colombiana no constituía un vacío sino la voluntad del Legislador. Afirmó que esto era

una decisión normativa consciente orientada a regular la participación de terceros en el referido procedimiento de integraciones empresariales de manera diferente a la forma en que esa participación se reguló en el marco del procedimiento de prácticas restrictivas de la competencia económica.¹³⁹

Así, al menos en Colombia ha quedado claro que no procede para participación de terceros interesados en el control de concentraciones. No obstante, hay que señalar que para esta conclusión la autoridad colombiana partió de la improcedencia de aplicación de la normativa procesal administrativa general¹⁴⁰ porque procede únicamente ante inexistencia de previsión legal específica en el procedimiento especial.¹⁴¹ Esto es un supuesto distinto a aquel del que parte el presente trabajo —aplicación del COA—. Si se aplicara esta perspectiva al análisis actual, ignorando (o radicalizando) la posición de la SCPM y del Procurador General del Estado respecto de la supletoriedad del COA, toda la discusión aquí extendida se subsanaría con una simple conclusión (hipotética): el COA no aplica para los procedimientos especiales; solo la LORCPM y su normativa derivada rige procesalmente para el control de concentraciones; no existe previsión de terceros interesados como partes (o «personas interesadas») para los procedimientos de este subrégimen; *ergo*, no es procedente la incorporación de terceros en los procedimientos de concentraciones.

El caso de la Unión Europea es un tanto diferente, pues sí se prevé la participación de terceros en los procedimientos de resolución sobre una concentración, pero bajo un estándar distinto al ecuatoriano. El art. 18.4 del Reglamento de la Comunidad Europea 139/2004 determina que los terceros interesados en una operación de concentración pueden intervenir siempre y cuando acrediten «suficiente interés», bajo los siguientes términos:

Si la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros lo juzgaran necesario, también podrán oír a otras personas físicas o jurídicas. Las personas físicas o jurídicas que justifiquen un interés suficiente y, en particular, los miembros

138 Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “Resolución 90093”, 2018.

139 *Ibid.*

140 Que es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia. Colombia, *Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial de Colombia 47.956, 18 de enero de 2011.

141 *Ibid.*, artículo 2.

de los órganos de administración o de dirección de las empresas afectadas o los representantes reconocidos de los trabajadores de dichas empresas, tendrán derecho, si lo solicitan, a ser oídos.¹⁴²

Además, la Comisión Europea da noticia pública sobre la operación notificada e invita a terceros interesados a aportar información.¹⁴³

México ha adoptado una posición tajante respecto de los terceros en el procedimiento de resolución de concentraciones. Ni la Ley Federal de Competencia Económica de México¹⁴⁴ ni la Guía para la Notificación de Concentraciones de México¹⁴⁵, otorgan a los terceros prerrogativas distintas a la de presentar información. Ni los terceros tienen oportunidad de pretender ni la Comisión Federal de Competencia Económica de México (COFCE) puede constituir interesados como parte de este procedimiento y tampoco se les puede conferir facultades análogas a las del notificante.

España resulta un tanto más permisiva. Tiene un sistema bifásico de resolución sobre concentraciones, similar al ecuatoriano¹⁴⁶. Los terceros interesados son incluso invitados a participar en el procedimiento a través de publicaciones que realiza la CNMC sobre diferentes insumos resultado del procedimiento en cada etapa¹⁴⁷, pero exclusivamente para la segunda fase¹⁴⁸. Si bien se mantiene el estándar de interés legítimo y las prerrogativas de aporte de información, los terceros interesados reconocidos por la autoridad «tendrán intervención plena en los distintos trámites del procedimiento»¹⁴⁹.

Chile también goza de un sistema bifásico. Nuevamente, el tercero está imposibilitado de incorporación en la primera fase, y en la segunda únicamente se lo habilita para el aporte de información y colaboración con la Fiscalía Nacional Económica de Chile (en adelante, FNE).¹⁵⁰

Condensando el análisis realizado sobre la situación ecuatoriana y su sintonía con parte del derecho comparado, se concluye que resulta improcedente la incorporación de terceros interesados, como «persona interesada», al

142 Unión Europea, *Reglamento de la Comunidad Europea 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas* («Reglamento comunitario de concentraciones»), Diario Oficial de la Unión Europea, L24, 29.1.2004.

143 Vincent Brophy y Scott McInnes Jones Day, «Competition and Cartel Leniency. European Union», en *Competition and Cartel Leniency multi-jurisdictional guide 2012* (Practical Law Company, 2021), s.p.

144 México, *Ley Federal de Competencia Económica*, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014.

145 México Comisión Federal de Competencia Económica, *GUIA-004/2015: Guía para la notificación de Concentraciones*, 9 de octubre de 2015.

146 Artículo 20.1, RLORCPM.

147 España, *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, BOE 159 de 4 de julio de 2007, 3 de julio de 2007, art. 58.

148 España, *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*, BOE 50, 27 de febrero de 2008, art. 66.

149 *Ibid.*

150 Chile, *Decreto Ley N° 211, que fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia*, Diario Oficial de la República de Chile, 22 de diciembre de 1973, arts. 39 y 55.

procedimiento de resolución sobre concentraciones económicas. Este subrégimen tiene como objetivo el bienestar general a través de la protección al mercado, cosa que se materializa en la evaluación a la concentración notificada. Lo resuelto no se dirige a intereses particulares de operadores determinados —cosa distinta es que puedan ser beneficiarios indirectos o colaterales de la vigorosa competencia preservada—. Y sus intereses (simples o particulares), aún sin ser objeto de tutela bajo este procedimiento, son considerados al permitirles colaborar con la autoridad al aportar información.

Ahora, con la etapa resolutive, la SCPM decide sobre la concentración notificada y puede autorizarla, denegarla o subordinarla (al cumplimiento de condiciones), dependiendo del grado de riesgo para la competencia y el mercado. Si se autoriza o se deniega, el operador notificante queda liberado de su relación procesal con la autoridad¹⁵¹. Pero si es autorizada con subordinación a condiciones, se continúa con un procedimiento de seguimiento, que será analizado en el siguiente acápite.

5. ANÁLISIS EN EL PROCEDIMIENTO DE SEGUIMIENTO A LA CONCENTRACIÓN SUBORDINADA

La concentración es subordinada cuando se ha concluido que la operación puede crear, modificar o reforzar el poder de mercado del adquirente y la autoridad permite que se lleve a cabo, pero la somete a condiciones (medidas o remedios).¹⁵² El proceso entonces continúa con un procedimiento de seguimiento dispuesto por CRPI a la INCCE.¹⁵³ El seguimiento está compuesto por dos «subprocedimientos». La CRPI mantiene la actividad resolutive sobre el cumplimiento/incumplimiento de las condiciones y continúa ejerciéndose dentro del expediente del procedimiento resolutive. La INCCE ejerce el monitoreo de la ejecución de las condiciones por parte del operador concentrado (antes, notificante) y que se realiza dentro de un expediente nuevo. La INCCE entonces investiga los actos de cumplimiento y pone esto en conocimiento de la CRPI para que los valore, pudiendo (i) declarar el cumplimiento de las condiciones o (ii) instar a la prosecución de un procedimiento de investigación y sanción (en caso de un posible incumplimiento). Constituyen un control *ex post* o régimen de vigilancia a una concentración.

151 Con excepción referente a nuevas relaciones procesales que se instauren con la autoridad, por ejemplo, al activar procedimientos de impugnación. También se podría establecer una nueva relación procesal —investigativa y sancionatoria— si el operador decide igualmente (habiéndosele denegado la autorización) llevar a cabo materialmente la concentración (ver: *prohibited merging*). En este último caso se incurriría en el incumplimiento de una resolución de la autoridad (conducta tipificada en el artículo 78 de la LORCPM) y paralelamente se podrían imponer conductas con naturaleza de remedios para las potenciales afectaciones al mercado (LORCPM, artículo 15). La intervención de un tercero en este escenario debería ser analizado en otro trabajo.

152 Artículo 15, LORCPM.

153 Artículo 41, IGPA.

En este procedimiento coexisten la autoridad y el operador obligado. Aunque se salvaguarda la facultad de la administración para requerir información a terceros, la relación jurídico-procesal se entabla entre la SCPM (que supervisa) y el operador (que ejecuta las condiciones). No obstante, aquí también un tercero podría pretender participar como interesado sosteniendo justificaciones tan generales como ser un competidor del operador supervisado, o tan específicas como argumentar que el incumplimiento de una condición le genera beneficios o perjuicios.

Sin embargo, se debe señalar que las condiciones (estructurales o conductuales) no pueden ni deben ser diseñadas en torno a intereses de particulares de los competidores del mercado, sino con miras al bienestar general.¹⁵⁴ Buscan remediar las afectaciones a la competencia consecuencia de la concentración y son un intento de preservar el escenario previo a la operación.¹⁵⁵ Aunque alejadas de intereses particulares, las condiciones tampoco pueden diseñarse para otros objetivos demasiado generales o sociales extraños a la economía de mercado. Es conocido que la potestad de la autoridad de competencia no alcanza para imponer condiciones ajenas a la concentración notificada. Las medidas no deben usarse en ambición de crear un panorama ideal de competencia o en lograr una situación distinta a la preexistente a la concentración. Por ello, internacionalmente se desaconseja la aplicación de condiciones como herramienta de regulación del mercado o para conseguir objetivos sociales distintos de la libre competencia.¹⁵⁶

Las condiciones constituyen derecho público no solo por su naturaleza y finalidades sino también porque en esencia terminan siendo una proyección del resto de lineamientos de derecho público del régimen de competencia previamente plasmados en la norma legal de la materia y que no busca otra cosa que la salvaguarda de la competencia como bien de interés general.¹⁵⁷ Los otros operadores económicos (terceros) son parte de este titular general, pero todas las condiciones se balancean en un equilibrio entre el beneficio al mercado y la carga para el operador obligado.¹⁵⁸ Las medidas tienen naturaleza de obligaciones jurídicas única y exclusivamente para el operador concentrado. Esto, primero porque es él quien materialmente tiene control sobre sus actividades económicas. Y segundo, porque es la única parte procesal de los procedimientos de resolución y seguimiento. Las decisiones (resolución) de la autoridad

154 Michael L. Plemis y Aikaterina Oikonomou, "How effective are remedies in merger cases? A European and national assessment", *European Competition Journal* 14/2-3 (2018): 216.

155 International Competition Network, *Recommended practices for merger notification and review procedures*, mayo 2017, 37, https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRRecPractices2018.pdf.

156 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *OECD Competition Trends 2021, Volume II, Global Merger Control*, 2021, 31, <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>.

157 Markus Dertwinkel-Kalt y Christian Wey, "Evidence Production in Merger Control: The Role of Remedies", *Review of Industrial Organization* 59 (2021): 1.

158 Que participan como productores, comercializadores y distribuidores del mercado involucrado en la concentración (y al cual sirven estas medidas).

solo pueden alcanzar y afectar a este operador, no a terceros. Estos últimos no son los implicados ni en la notificación ni en la concentración.

El obligado por las condiciones resulta ser la única «persona interesada» del procedimiento de seguimiento. Es él el sujeto a quien se destinó la resolución de autorización subordinada y a quien se dirigen las condiciones. Es él quien activó el control sobre la concentración. Es él quien ostenta las obligaciones derivadas de las condiciones y los intereses legítimos de su cumplimiento (beneficios, al liberarse del seguimiento) e incumplimiento (perjuicios sancionatorios).

Pero hay que reconocer que, como sucede con casi toda resolución del régimen de competencia, las condiciones terminarán alcanzando de uno u otro modo a los demás sujetos del mercado (operadores y consumidores), pues esa es precisamente la finalidad de este régimen: proteger la natural interacción de competidores en el mercado. Cualquiera de los competidores podría argumentar un interés en participar en el seguimiento dado que el incumplimiento de las condiciones podría afectar al mercado relevante en el que concurren con el obligado. No obstante, esto constituiría en realidad un interés simple, no uno legítimo.

Hay que recordar que la afectación que justifica la participación de un tercero debe consistir en una consecuencia de las condiciones. Esto no es posible, pues las condiciones generan una afectación (i) personal y (ii) directa únicamente para el obligado. Las afectaciones a los otros competidores tienen nexo con las circunstancias del mercado que, aun creadas por las condiciones, se contrabalancean con el beneficio al bienestar general. Estos terceros no pueden esperar ser contrapartes del operador concentrado pues sus conductas —al menos el objeto del procedimiento— son solo consecuencias de su cumplimiento a las condiciones. Cualquier afectación que reciban de las condiciones, por sí mismas, generará que su contraparte deba ser la autoridad y en otro procedimiento, no en el seguimiento.

Como ha explicado la autoridad de competencia española —CNMC—, la legitimidad del interés

exige que la resolución que ponga fin al procedimiento “produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto [...] y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación”.¹⁵⁹

159 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expte. R/AJ/0056/14 LETRADO INTERESADO*, de mayo de 2014, 5.

Extrapolando esto a la situación ecuatoriana, para que un tercero se constituya como persona interesada y por ende sea parte del procedimiento, el COA requiere que sus derechos o interés legítimos puedan resultar afectados por la decisión que se adopte. Un tercero podría alegar la calidad de persona interesada por necesidad de proteger o ejercer su derecho a la defensa —accionar, contradecir, impugnar—. No obstante, el procedimiento de seguimiento implica un desenlace que no produce efectos sobre derechos, intereses u obligaciones de terceros ajenos y, por ende, no cabe defensa o contradicción alguna.

En el subprocedimiento de monitoreo no se adoptan decisiones (resoluciones) respecto a las condiciones, únicamente se generan insumos para que el órgano resolutorio los evalúe, verifique y decida sobre su cumplimiento (o no). Es imposible la determinación o afectación a derechos u obligaciones de terceros. En el subprocedimiento de resolución, se toma en consideración que las condiciones son obligaciones jurídicas impuestas exclusivamente al operador concentrado. No se resuelve sobre el cumplimiento o incumplimiento de estas obligaciones por parte de ningún tercero. No se ocupa de los efectos de la concentración autorizadas bajo subordinación, de discutir las condiciones previamente resueltas/impuestas, y tampoco consiste en una investigación sobre conducta anticompetitiva alguna. Una vez más, no existe necesidad de garantizar (derecho a) defensa alguna. Entonces, en ambos subprocedimientos resulta improcedente la incorporación de terceros por la imposibilidad de acreditar un legítimo interés.

A una meta similar ha llegado la autoridad de competencia colombiana —SIC— que ha concluido que el procedimiento de seguimiento es uno especial y simplificado, distinto a aquellos para investigar y sancionar prácticas restrictivas de la competencia.¹⁶⁰ En esto último no se establecen reglas expresas sobre la participación de terceros, pero esta ausencia no constituye un vacío normativo sino la expresión de la voluntad del Legislador de no permitir la intervención de terceros como partes.¹⁶¹ Así, la SIC no ha reconocido la participación de terceros en procedimientos de seguimiento desde esta conclusión.

En España, son «interesados» del procedimiento de seguimiento de condiciones, los notificantes de la concentración obligados a cumplir con los compromisos.¹⁶² Incluso, la CNMC ha sostenido que no es automáticamente interesado quien haya participado en el procedimiento resolutorio o quien alegue afectación abstracta por un potencial incumplimiento de una condición.¹⁶³

¹⁶⁰ En los cuales la intervención de terceros goza de otra regulación.

¹⁶¹ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “Resolución 75599”, 2012.

¹⁶² España, *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*, BOE 50, 27 de febrero de 2008, art. 71.

¹⁶³ Josep Massaguer Fuentes, José Manuel Sala Arquer, Jaime Folguera Crespo y Alfonso Gutiérrez, *Comentario a la ley de defensa de la competencia* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2015), 1004-5.

Por último, se ha mantenido firme que la calidad de competidor no otorga ni automática ni por sí sola un interés legítimo, así se concurra en el mercado relevante del obligado.¹⁶⁴

Del análisis antecedente, en el procedimiento de seguimiento ecuatoriano no es procedente la «persona interesada» en cabeza de un tercero ajeno al obligado. La calidad de competidor no otorga ni automática ni por sí sola la calidad de legítimo a su interés. No es posible la acreditación de una afectación personal y directa como consecuencia de las condiciones (o su incumplimiento) pues estas son únicamente obligatorias para el operador concentrado y su origen y destino es el bienestar general, la competencia, el mercado. No son destinatarios los competidores y mucho menos solo uno de ellos.

6. ANÁLISIS EN EL PROCEDIMIENTO DERIVADO DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO A CONDICIONES

El procedimiento de seguimiento tiene como fin: (i) resolver el cumplimiento de las condiciones; o (ii) el inicio de una investigación por un presunto incumplimiento y su sanción.¹⁶⁵ A respecto, el IGPA dispone que:

c) Concluido el seguimiento de las condiciones u obligaciones impuestas por la SCPM, el o los responsables designados para el efecto, según lo establecido en el literal a), entregarán un informe al Director Nacional de Control de Concentraciones Económicas, detallando sobre el cumplimiento o no de los condicionamientos, quien tendrá el término de cinco (5) días para su revisión y remisión al Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, quien en el mismo término lo aprobará y remitirá a la CRPI para su conocimiento.

d) La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de diez (10) días analizará el informe remitido conjuntamente con el expediente, y *resolverá respecto del cumplimiento*. En caso de que se *presuma el incumplimiento, solicitará a la Intendencia Nacional de Control de Contracciones Económicas el inicio del procedimiento establecido en el artículo 58 del presente Instructivo*.¹⁶⁶

El primer desenlace no genera mayor discusión pues está contenido en el mismo procedimiento de seguimiento, antes analizado. Con esto se cierra el procedimiento y con ello también la posibilidad a cualquier participación de terceros. Pero el segundo desenlace habilita la prosecución de un nuevo procedimiento derivado de investigación y sanción.

¹⁶⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/ DTS*, 21 de mayo de 2020.

¹⁶⁵ Artículo 41, IGPA.

¹⁶⁶ Artículo 41, IGPA.

La LORCPM prescribe como una «infracción muy grave» al incumplimiento de las condiciones.¹⁶⁷ El procedimiento que se desencadena es uno genérico denominado «procedimiento general para la sustanciación y aplicación de sanciones no derivadas de conductas anticompetitivas».¹⁶⁸ Este parte de un presupuesto distinto a una conducta anticompetitiva es una contravención a una disposición administrativa «no legal»¹⁶⁹.

La «persona interesada» en este procedimiento sería exclusivamente el operador sujeto a las condiciones, quien presuntamente las ha incumplido. Es este quien será sujeto de la resolución desestimatoria o sancionatoria; quien ve en riesgo sus derechos subjetivos; quien discutirá sobre el cumplimiento de sus obligaciones (condiciones); y quien ve interés en el beneficio de que se lo encuentre no responsable o el perjuicio en que se lo determine infractor. Es este operador quien colma la gran mayoría de hipótesis del COA para ser parte y escuchado en el procedimiento administrativo.

No existe previsión legal expresa sobre el carácter reservado de este procedimiento. En principio, podría considerarse que es extensible la lógica pública de los otros dos procedimientos antes analizados. Con esto se acarrea la posibilidad de que terceros conozcan y pretendan ser parte. Sin embargo, también es argumentable que sí resulta reservado. La LORCPM prescribe que es reservado el procedimiento genérico de investigación y sanción, que comparte la naturaleza y objetivo del procedimiento en análisis. El de incumplimiento de condiciones constituye también una investigación de conductas infractoras a la ley y tiene miras a una sanción. Por analogía se entendería que la reserva le alcanza. Resulta entonces menos probable el conocimiento y participación de un tercero sobre este procedimiento, pero no imposible (aún).

El inicio de este procedimiento no está reglado a detalle. La ley no establece si puede proceder de oficio y por denuncia, como ocurre con el genérico de investigación y sanción.¹⁷⁰ Se entendería que procede, en principio, de oficio, pues resulta de una solicitud de la CRPI a la INCCE.¹⁷¹ Pero también podría precederle una denuncia dentro del procedimiento de seguimiento. Recordando el deber de colaboración de terceros para con la SCPM, una denuncia debe ser entendida como el «[a]cto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera

167 Como parte de un incumplimiento a lo establecido en una resolución de la SCPM en materia de control de concentraciones.

168 Artículo 58, IGPA.

169 Es sentido que la orden (las condiciones) no está contenida en la norma legal sino en la resolución administrativa.

170 Artículo 53, LORCPM.

171 Artículo 41, IGPA.

justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo».^{172, 173}

Un tercero que conoce sobre un potencial incumplimiento a las condiciones se ve en el deber de ponerlo en conocimiento de la SCPM. Esta denuncia, aún presentada en procedimiento de seguimiento, deberá cumplir con las formalidades y calificación prescritos por la LORCPM.¹⁷⁴ El estándar legal exige que el denunciante debe demostrar su «interés legítimo».¹⁷⁵ Se aplica una vez más el análisis de legitimidad en el interés que ha sido revisado transversalmente en este trabajo.

Ahora, independientemente del modo de inicio del procedimiento, no será procedente la participación de un tercero. Si inicia de oficio, aplicarían las mismas justificaciones analizadas para el procedimiento de seguimiento. En resumen, las condiciones (su incumplimiento) no alcanzan a derechos subjetivos, obligaciones u otros intereses personales de terceros ajenos al operador obligado o al colectivo (titular del interés general). Si inicia por denuncia, se debe tener presente que «el denunciante no adquiere calidad de parte al denunciar, no queda obligado a aportar pruebas ni contrae obligación alguna en relación con el procedimiento, salvo si fuere requerido como testigo, en referencia a los hechos que motivaron la denuncia».¹⁷⁶

En derecho comparado, la Ley de Defensa de la Competencia de España — norma extranjera en la que el sistema ecuatoriano de competencia está inspirado— también establece en su art. 39 el deber de colaboración por parte de terceros, pero precisa que «no implicará la condición de interesado en el correspondiente procedimiento».¹⁷⁷ Toda esta posición ha sido recientemente confirmada por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE), quien en Sentencia 48-14-IN/21 (de 5 de mayo de 2021) ha expuesto que

las partes [de un procedimiento administrativo sancionatorio] son: (i) la administración —como ente con competencia para conocer e imponer sanciones de acuerdo con la ley— y (ii) el administrado —persona natural o jurídica a la que se le imputa el cometimiento de la infracción (presunto infractor)—.¹⁷⁸

[...]

[...] el **denunciante** —como sujeto que pone en conocimiento de la autoridad una conducta presuntamente vulneradora de la ley para dar inicio al procedimiento sancionador— **no figura como parte dentro del procedimiento administrativo**; por lo que, no ostenta los derechos de contenido procesal propios de las

172 Artículo 50, LORCPM.

173 Real Academia Española. “denuncia”, en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020. <https://dpej.rae.es/lemal/denuncia1>.

174 Artículos 54 y 55, LORCPM.

175 *Ibid.*, artículo 53.

176 Julio Hernández Pliego, “Denuncia, delación y pesquisa”, en *El derecho mexicano contemporáneo. Retos y dilemas*, ed. David Cienfuegos Salgado y Jesús Boanerges Guinto López (Ciudad de México: Fundación Académica Guerrerense, 2012), 284.

177 España, *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, BOE 159 de 4 de julio de 2007, 3 de julio de 2007.

178 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 48-14-IN/21”, en *Caso No. 48-14-IN*, 5 de mayo de 2021, 31.

partes que actúan en el mismo, pues sus pretensiones y derechos no son objeto de discusión. Es por esto que rebatir, contradecir y objetar pruebas y argumentos le corresponde exclusivamente al presunto infractor, que es contra quien se tramita el procedimiento y quien recibe directamente los efectos de la resolución que se emita (énfasis agregado).¹⁷⁹

Según la CCE, de esta conclusión se desprende que no es posible alegar el derecho a la defensa o sus garantías para justificar la participación del denunciante en un procedimiento administrativo sancionatorio pues

[l]a posibilidad de defenderse ha sido definida como el derecho que tiene todo aquel cuyos derechos e intereses sean objeto de discusión dentro de un procedimiento, ya sea judicial, administrativo o de cualquier índole, para acceder al sistema y hacer valer sus derechos respecto de este; en aquel sentido, supone iguales condiciones y oportunidades de las partes involucradas en el proceso para ser debidamente escuchadas en actuaciones tales como presentar y analizar pruebas y alegatos e interponer recursos dentro de plazos o términos.^{180, 181}

Dado que las pretensiones y derechos del denunciante no son objeto de discusión del procedimiento administrativo, no procede ejercicio a defensa alguna. Además, en el caso que nos ocupa —investigación y sanción de incumplimiento a condiciones—, esto es extensible a cualquier otro tercero —ajeno al operador obligado— porque el objeto de discusión del procedimiento es exclusivamente las obligaciones del sujeto sometido a las condiciones.

La propia SCPM también se ha pronunciado recientemente sobre la calidad del denunciante dentro del procedimiento de investigación y sanción previsto en la LORCPM y en el RLORCPM. A través del criterio jurídico SCPM-DS-INJ-2022-006 del 22 junio de 2022, emitido por Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM, la agencia ecuatoriana de competencia ha razonado que

la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), busca garantizar el cumplimiento del objeto de la LORCPM, esto es, la sanción del abuso de operadores económicos con poder de mercado; la sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control de las operaciones de concentración económica; y, la sanción de las prácticas desleales. Esto, con el fin de buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Asimismo, la potestad y actividad sancionadora de la SCPM, hace uso de un cúmulo de medidas de carácter coercitivo previstas en la LORCPM, a fin de ajustar la

179 *Ibíd.*, 34.

180 La CCE también analiza y concluye que no es posible argumentar vulneración al principio de igualdad pues, dado que el presunto infractor es parte del procedimiento administrativo sancionatorio y el denunciante no (ni sus derechos son objeto de discusión en aquel), no existe el elemento de comparabilidad.

181 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 48-14-IN/21”, 27.

actividad de los operadores económicos a los fines contemplados en dicha ley. En consecuencia, a través de la potestad sancionadora se busca garantizar y proteger el orden social colectivo, así como la organización y funcionamiento de las diferentes actividades sociales, conforme los mandatos constitucionales y legales.

Con ese contexto, la SCPM argumenta que, si bien es posible que un procedimiento de investigación y sanción inicie por denuncia, se mantiene el interés público jurídicamente tutelado¹⁸². Por lo tanto, la situación procesal del denunciante no es la misma que el sujeto sometido al procedimiento administrativo de la SCPM. Así, la autoridad ha resuelto que:

En conclusión, denunciante y denunciado no tienen los mismos derechos y obligaciones, pues ejercen roles distintos dentro del procedimiento sancionatorio previsto en la LORCPM, siendo el denunciante quien da aviso a la Administración del presunto cometimiento de una infracción, y participa en el procedimiento en la medida en que la ley se lo permite; mientras que, el denunciado es en contra quien se instaura el procedimiento, y quien recibirá directamente los efectos de la resolución que se emita, y por lo tanto, quien ejerce el derecho a la defensa y por consiguiente, a la contradicción de las pruebas recabadas por la Administración en su contra.

La autoridad de competencia española —CNMC— ha concluido algo similar:

debe señalarse que el mero hecho de haber puesto en conocimiento de la CNMC estas actuaciones susceptibles de infringir la normativa de competencia [...] no es algo que otorgue de forma automática al denunciante la condición de interesado, sino que para ello deberán cumplirse determinados requisitos [...] que, a fin de cuentas, son más restringidos que los necesarios para interponer una denuncia [...]. Hay que tener presente, como se ha anticipado supra, que la potestad sancionadora se encamina a la defensa de los intereses generales, no a la defensa de intereses particulares ni a la resolución de posibles controversias entre los mismos. Es por ello que la ley distingue entre mero denunciante e interesado en un procedimiento, reservando sólo al titular de un interés legítimo las facultades y derechos de participación plena en el procedimiento, para salvaguardar además el interés público en la tramitación eficaz de los procedimientos.¹⁸³

Incluso en el extraño caso de justificar que el incumplimiento de una condición alcanza a derechos u obligaciones de un tercero y, por ende, sería «víctima» de las conductas infractoras, la CCE ha concluido que «aquello no corresponde ventilarlo dentro del procedimiento administrativo sancionatorio pues su propósito no es determinar si se han vulnerado derechos subjetivos

182 «[L]a eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general» (criterio jurídico SCPM-DS-INJ-2022-006, p. 4).

183 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expediente R/AJ/005/15 Hamburguesa Crujiente*, 7 de mayo de 2015, 9.

ni dictar medidas de reparación a víctimas en caso de haberse producido daños». ¹⁸⁴ La LORCPM prevé únicamente sanciones ajenas a una reparación. La CCE señala que las sanciones administrativas «no pueden ser consideradas como reparación porque la sanción tiene relación directa con el infractor y no con el daño producido a la víctima». ¹⁸⁵ También ha agregado que:

37. Es por esto que, quien se considere víctima producto de una infracción a la LOS, [el tercero] no podría satisfacer sus intereses ni garantizar los derechos mencionados, a través del procedimiento administrativo sancionatorio. El denunciante-víctima cuenta con las vías establecidas constitucional y legalmente para reclamar vulneraciones de derechos o perjuicios ocasionados por la conducta del presunto infractor, sin que el procedimiento administrativo sancionador sea la vía idónea para ello. ¹⁸⁶

En este sentido, la LORCPM deja a salvo las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios de las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta ley, pero siempre en un foro de derecho común (civil). ¹⁸⁷ Lo propio hace respecto de las potenciales responsabilidades penales. ¹⁸⁸

La autoridad de competencia colombiana —SIC— ha incluido en sintonía:

A esta altura, no puede perderse de vista que la [SIC], como autoridad administrativa encargada legalmente de tutelar el mercado en sus diferentes aristas (libre juego de la oferta y la demanda y la protección de los consumidores), protege el interés general y público de la libre competencia y no las tensiones que en sí mismas se generen entre los competidores a raíz de una operación de integración empresarial. En otras palabras, el análisis que efectúa la Entidad como desarrollo de la política de intervención estatal va más allá y está claramente enfocado a la protección del interés general y no a los intereses particulares e individuales de los competidores. ¹⁸⁹

En esta jurisdicción la lógica es extensible al procedimiento derivado del incumplimiento de condiciones pues no se puede admitir a un tercero porque sus intereses no pueden ser legítimos en comparación con los fines públicos y colectivos tutelados por el control de concentraciones y proyectados en la supervisión (investigación y sanción) al cumplimiento de condiciones. Por su naturaleza, se buscan el interés general en el mercado y en la competencia. En el procedimiento mexicano de incumplimiento de condiciones, no se ofrecen

¹⁸⁴ Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 48-14-IN/21", 35.

¹⁸⁵ *Ibid.*, nota a pie de página 9 del párrafo 35.

¹⁸⁶ *Ibid.*, 36-37.

¹⁸⁷ Artículo 71, LORCPM.

¹⁸⁸ *Ibid.*, artículo 72.

¹⁸⁹ Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, "Resolución 90093".

prerrogativas para que los terceros que participen en incidentes, más allá de la facultad de aportar información y pruebas.^{190, 191}

En resumen, no es procedente la incorporación de un tercero en el procedimiento derivado de investigación y sanción por incumplimiento a condiciones, porque su interés no es personal y directo. La resolución solo resuelve sobre los derechos subjetivos y obligaciones del operador sometido a las condiciones, sus decisiones —*i.e.*, sanción— solo lo alcanzan a él. Cualquier afectación que pueda haber sufrido el tercero con motivo del incumplimiento de una condición, no puede ser tutelada en un procedimiento destinado a proteger la prevalencia de la ley, de las disposiciones administrativas de la autoridad de competencia, y, sobre todo, del mercado como interés general.

7. CONCLUSIONES

El control de concentraciones se enfoca en supervisar de manera anticipada las integraciones empresariales que podrían conllevar riesgos para la estructura del mercado y la competencia. Para esto, se conforma por al menos tres procedimientos administrativos concatenados e interrelacionados: (i) la resolución sobre una concentración notificada; (ii) el seguimiento a una concentración subordinada a condiciones; y (iii) la investigación y sanción por incumplimiento a las condiciones.

En principio, por la naturaleza, objeto y fines del derecho de competencia en general y del control de concentraciones, en este proceso involucra únicamente a la administración pública —SCPM, como agencia de competencia, y sus órganos— y al administrado —el operador económico notificante y concentrado—. No obstante, terceros podrían pretender ser incorporados al proceso. Pero esto no resulta procedente.

En cuanto al primer procedimiento —de resolución sobre la concentración— el obligado legal a notificar y someter su operación económica de integración al control de la autoridad es el operador adquirente, que se sujeta a una relación con la autoridad pública. Es este sujeto la «persona interesada» del procedimiento, es la parte. Un tercero no puede ser quien inicia el procedimiento ni el destinatario de su resolución. En cuanto a los derechos subjetivos

190 Comisión Federal de Competencia Económica de México, “Resolución”, en *G500, S.A.P.I. de C. V. y otros*, 4 de julio de 2019, s.p.

191 La Ley Federal de Competencia Económica (para presentación de información) y el Código Federal de Procedimientos Civiles (para el aporte de pruebas). México Comisión Federal de Competencia Económica, “Resolución”, en *G500, S.A.P.I. de C. V. y otros*, 4 de julio de 2019, s.p.

e intereses legítimos que pueda alegar, estos son inverosímiles ante este subrégimen de competencia pues sus objetivos y fines, así como su resolución, se restringen al bienestar general —la protección al mercado por preservación de la competencia—.

Incluso si la concentración procede al segundo procedimiento —seguimiento de condiciones— el tercero no encuentra asidero. Las obligaciones jurídicas supervisadas (*i.e.*, condiciones) solo implican derechos subjetivos e intereses personales y directos para el operador concentrado; cualquier afectación a terceros es un efecto colateral que no puede ser objeto de tutela dentro de este procedimiento.¹⁹²

Por último, si el obligado incurre en un incumplimiento a sus obligaciones y se arremete mediante el tercer procedimiento —derivado de investigación y sanción— es solo este sujeto la «persona interesada» pues, nuevamente, tanto los efectos del procedimiento —sanción— como la conducta —incumplimiento a la orden administrativa— son exclusivamente de interés general. A pesar de esta improcedencia de terceros ajenos al operador notificante en todo este *iter* de control de concentraciones, hay que señalar que el tercero goza de otros espacios para combatir la impunidad de los efectos particulares de los que pueda sufrir.

Si bien la conclusión guarda armonía y preserva los fines generales del régimen de competencia —*i.e.*, protección al mercado, competencia y bienestar general—, con este primer paso se abre la puerta a una futura investigación con relación a las implicaciones de este escenario para el derecho constitucional al debido proceso (y otros derechos) tanto del operador que es «persona interesada» del proceso de control de concentraciones como del tercero que no puede ser incorporado como parte de aquel. Sin embargo, las limitaciones que conlleva esta realidad normativa y su vía administrativa han sido anticipadas por el legislador y deben ser comprendidas en el contexto del origen, naturaleza y fin del derecho de competencia.

192 Esto no significa que el tercero quede desamparado por el derecho, pero, como se ha analizado en este trabajo, existen otros espacios pertinentes y oportunos de justiciabilidad.