

INFORME EN DERECHO

# Grupo económico y acuerdos colusorios: Claves para su análisis en el derecho de competencia de Ecuador

*Single Economic Unit and Collusive Agreements: Keys for Its Analysis in the Competition Law of Ecuador*

Patricio Pozo Vintimilla 

*Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador*

Pablo Carrasco Torrontegui 

*Universidad de las Américas, Ecuador*

**RESUMEN** Para la configuración de un acuerdo colusorio en el régimen de competencia de la Unión Europea y Ecuador es necesaria la concurrencia de dos o más voluntades autónomas, situación que es puesta a prueba cuando existe un grupo económico. El artículo analiza, de manera transversal, la legislación ecuatoriana, veredictos paradigmáticos y algunas doctrinas del régimen de competencia de la Unión Europea con el propósito de exponer los supuestos en que, a pesar de existir operadores económicos que, en principio, son distintos, conforman una unidad económica única y, por tanto, están exentos de la prohibición de los acuerdos colusorios. El caso de estudio es la sentencia dictada en la acción protección 09332-2022-18255.

**PALABRAS CLAVE** Colusión, grupo económico, derecho de la competencia, concurrencia de voluntades, entidad económica única.

**ABSTRACT** For the configuration of a collusive agreement in the competition regime of the European Union and Ecuador, the concurrence of two or more autonomous wills is necessary, situation that is put to the test when there is an economic group. This article carries out a transversal analysis of Ecuadorian legislation, complemented with leading cases and doctrines of the European Union competition regime, with the purpose of exposing the cases which, despite the existence of undertakings that in principle are different, form a single economic unit and therefore are exempt from the prohibition of collusive agreements. As a case study, the sentence issued in judgment 09332-2022-18255 will be analyzed.

**KEYWORDS** Collusion, economic group, competition law, concurrence of wills, single economic entity.

## Sujetos regidos por el derecho de la competencia

### Aspectos introductorios

La definición de *operador económico* o *empresa* es esencial y transversal para el régimen de competencia, dado que establece los principales destinatarios de estas normas —en el caso particular de los acuerdos colusorios, la existencia de dos o más operadores económicos (Ezrachi, 2021: 1-34)— y constituye uno de los elementos que deben determinarse para que proceda la configuración de la infracción anticompetitiva.

El artículo está compuesto de cinco secciones: la primera explica los aspectos introductorios de los acuerdos colusorios en el derecho de la competencia; la segunda desarrolla la definición y el alcance de operador económico; la tercera analiza los escenarios en los que estamos frente a un grupo económico; la cuarta profundiza un pronunciamiento judicial en Ecuador sobre la forma de configurar un grupo económico; y la última refiere a las conclusiones.

En el desarrollo de los capítulos se analizará *a priori* la doctrina y jurisprudencia de defensa de la competencia de la Unión Europea, y luego las disposiciones y precedentes administrativos de Ecuador en los que se señalarán ciertos avances de la jurisprudencia *antitrust*.

### Acuerdos colusorios en el derecho de la competencia

Los operadores económicos son llamados a competir entre ellos con el propósito de obtener mayores ganancias y una cuota en el mercado con base en sus méritos empresariales. Por ello, no debe sorprender que las leyes de competencia a nivel internacional establezcan que los oferentes deben determinar, de forma autónoma, el comportamiento que pretenden adoptar en el mercado y no acordar entre ellos su conducta y distorsionar el proceso de la sana y libre competencia (Jones y otros, 2019: 141-194; Whish y Bailey, 2018: 520-596). La práctica de concertar entre competidores para afectar el mercado se conoce, en el derecho de defensa de la competencia, como *acuerdo colusorio*.

Tales acuerdos son entendidos por la doctrina especializada como

«todo concierto de voluntades, cualquiera que sea su forma de celebración, jurídicamente vinculante o no, concluido entre dos o más empresas u operadores económicos actuantes en el mercado, sea en el mismo o en distinto estadio del proceso de producción o distribución» (Galán Corona, 2017: 245-247).

Por su parte, la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha explicado que:<sup>1</sup>

Con respecto al término *acuerdo*, el Tribunal de Primera Instancia observa ante todo que no es sino otra forma de designar un comportamiento coordinado/colusorio y restrictivo de la competencia, o incluso un cartel en sentido amplio, en el que participan al menos dos empresas distintas que hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado. Además, para constituir un acuerdo en el sentido del artículo 81 [de la Comisión Europea], apartado 1, basta con que un acto o un comportamiento aparentemente unilateral sea la expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante *per se* la forma en que se manifiesta dicha concordancia.<sup>2</sup>

Más allá de las clásicas definiciones técnicas, no se debe olvidar que los acuerdos colusorios han sido catalogados como las infracciones más graves para el derecho de la competencia y, como se observa en la mayoría de las jurisdicciones a nivel internacional, son sancionados de forma rigurosa (Motta, 2018: 237-238), llegando en ciertos países a establecerse elevadas multas e incluso penas privativas de la libertad para los involucrados (Werden, 2009: 19-36).

En el régimen de defensa de la competencia de Ecuador, la prohibición de los acuerdos y las prácticas restrictivas está en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya cláusula general prescribe:

Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

La prohibición de los acuerdos colusorios contenida en la Ley de Competencia ecuatoriana establece tres requisitos para su configuración,<sup>3</sup> que deben cumplirse de forma acumulativa:

---

1. En la teoría económica, la «colusion es una situación en la que los precios de las empresas son más altos que algún índice de referencia competitiva (*competitive benchmark*)» (Motta, 2018: 178; Shapiro, 1989: 329; Harrington, 2017: 2-3).

2. Sentencia del caso *AC-Treuhand AG versus Comission*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, T-99/04, ECLI:EU:T:2008:256, apartado 118.

3. Superintendencia de Control del Poder de Mercado (2021: 15-17), disponible en <http://bitly.ws/J4DM>.

- Cuando se celebre un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más operadores económicos.<sup>4</sup>
- Que el acuerdo colusorio tenga *por objeto* o *por efecto*<sup>5</sup> el prevenir, restringir o distorsionar la competencia, así como otros bienes jurídicos protegidos por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (artículo 1).
- Que produzca un efecto apreciable<sup>6</sup>, sea actual o potencial en el mercado nacional.

Si se analiza de manera comparativa la redacción del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es fácil observar que su esquema normativo y redacción es similar al artículo 101.1 y 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,<sup>7</sup> tomando incluso instituciones jurídicas propias del régimen de competencia de la Unión Europea, como es la clasificación de acuerdos por objeto o por efecto,<sup>8</sup> por lo que la jurisprudencia y doctrina del derecho de la competencia de la Unión Europea pueden ser invocadas *mutatis mutandi* al régimen de competencia ecuatoriano.<sup>9</sup>

Al momento de examinar un acuerdo colusorio se debe considerar su carácter eminentemente objetivo, dado que los operadores son responsables del ilícito anti-competitivo, independientemente de su intención o motivación al momento de desarrollar la conducta (Díez Estella y Guerra Fernández, 2020: RL-1).

---

4. Si bien operadores económicos, agentes económicos y empresa (*undertaking*) corresponden a diferentes sistemas jurídicos con particularidades propias para facilidad del lector serán tratados como sinónimos, al hacer referencia a los sujetos a quienes les resultan aplicables las normas de competencia.

5. Para una definición, naturaleza jurídica y alcance de las conductas anticompetitivas por objeto y por efecto en el régimen de competencia de la Unión Europea, véase <https://bit.ly/3oW96U7>. Sentencia del caso *Société Techniqué Minière versus Maschinenbau Ulm*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 56/65, 30 de junio de 1966, ECLI:EU:C:1966:38.

6. La conducta colusoria debe ser apta para generar sobre el comercio nacional, sea a nivel local, regional o nacional, un efecto apreciable en el mercado que debe ser evaluado con base en una serie de factores objetivos, como son la naturaleza del acto anticompetitivo, las características de los bienes que se traten, la sustituibilidad de la oferta y demanda, y la posición que ocupan los operadores económicos en el mercado (Signes de Mesa y otros, 2013: 115-116).

SOBRE la afectación potencial de un acuerdo colusorio en el mercado, el acto anticompetitivo debe tener el suficiente grado de probabilidad, con base a elementos objetivos de hecho y derecho de producirse y afectar de forma directa o indirecta el comercio en el mercado (Whish y Bailey, 2018: 152-153).

7. *Diario Oficial de la Unión Europea – Comunicaciones e informaciones* 83/47, 9 de mayo de 2008, disponible en <http://bitly.ws/J4E8>.

8. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Banco Interamericano de Desarrollo, 2021, disponible en <http://bitly.ws/J4En>.

9. Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021, disponible en <http://bitly.ws/J4DM>.

En el sistema de defensa de la competencia de la Unión Europea, al igual que en los principales sistemas jurídicos a nivel internacional, la nota distintiva de los acuerdos colusorios es la plurilateralidad, al ser necesaria la voluntad independiente pero conjunta de los operadores económicos de comportarse en el mercado de una manera específica y que exista una concurrencia de voluntades (*concurrence of wills*)<sup>10</sup> de, por lo menos, dos operadores económicos, sin tener en cuenta su forma de manifestación (Ezrachi, 2021: 64-78).<sup>11</sup>

Al respecto, el Tribunal General de la Unión Europea, en el caso *Bayer AG*,<sup>12</sup> desarrolló la definición clásica de acuerdo, en la que sostuvo que la concurrencia de voluntades entre agentes económicos es un requisito esencial para su existencia:

La prueba de la existencia de un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado debe basarse en la constatación directa o indirecta del elemento subjetivo que caracteriza el propio concepto de acuerdo, es decir, de una concordancia de voluntades entre operadores económicos sobre la aplicación de una política, la búsqueda de un objetivo o la adopción de un comportamiento determinado en el mercado, independientemente de la forma en que se expresa la voluntad de las partes de comportarse en el mercado conforme a los términos de dicho acuerdo.

Incluso el mero intento por parte de las empresas de llegar a un acuerdo sobre los precios u otras condiciones del mercado es suficiente para incurrir en la prohibición, dado que el comportamiento en el mercado del agente ya no corresponde al postulado de un comportamiento independiente o decidir de forma autónoma su marco de actuación en el mercado.<sup>13</sup>

La jurisprudencia de la Unión Europea ha señalado, en reiteradas ocasiones, que la cuestión clave a la hora de establecer un acuerdo en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, «se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma

---

10. En la jurisprudencia *antitrust* de Estados Unidos, un acuerdo colusorio se dará cuando las empresas alcancen un pacto en el cual se compruebe «unity of purpose or a common design and understanding, or a meeting of minds» (*American Tobacco Co. versus United States*, 328 U.S. 781; 1946) o un «conscious commitment to a common scheme designed to achieve an unlawful objective» (*Monsanto Co. versus Spray-Rite Serv.*, 465 U.S. 752; 1984).

11. Sentencia del caso *Volkswagen AG versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Primera Instancia, T-208/01, 3 de diciembre de 2003, ECLI:EU:T:2003:326, apartado 32.

12. Sentencia del caso *Bayer AG versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Primera Instancia, T-41/96, 26 de octubre de 2000, ECLI:EU:T:2000:242, apartado 173. En Estados Unidos, un caso relevante en este punto es *Copperweld versus Independence Tube*, 467 U.S. 752, 1984.

13. Sentencia del caso *Duravit AG and others versus European Commission*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-609/13 P, 26 de enero de 2017, ECLI:EU:C:2017:46, apartado 73. Para más información, véase Monopolkommission (2018), disponible en <http://bitly.ws/J4GY>.

de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades».<sup>14</sup>

Sobre este punto, el sistema de competencia ecuatoriano, a través de su agencia de control —la Superintendencia de Control del Poder de Mercado—, no ha desarrollado un criterio uniforme y claro sobre los requisitos de configuración de los acuerdos colusorios, dado que algunos precedentes administrativos solo se enfocan en ciertos elementos constitutivos de los acuerdos colusorios en contratación pública (expediente SCPM-CRPI-004-2022, resolución del 29 de junio de 2022; y expediente SCPM-CRPI-025-2021, resolución del 17 de diciembre de 2021), pero dichos precedentes no han profundizado en los elementos subjetivo, objetivo y competencial que deben existir en este tipo de conductas anticompetitivas.

En el expediente SCPM-CRPI-010-2022, que será nuestro caso de estudio, la Comisión de Resolución de Primera Instancia:

Debe resolver sobre si los acuerdos realizados por los operadores económicos investigados encajan en los supuestos de hecho establecidos normativamente, a saber: i) acuerdo entre oferentes para la presentación de ofertas en el marco de un proceso de contratación; ii) que por objeto o por efecto impidan, restrinjan, falseen o distorcionen la competencia; y iii) para asegurar un beneficio propio o de otro proveedor u oferente (resolución del 29 de julio de 2022).

Sobre la necesidad de comprobarse una concurrencia de voluntades por parte de dos o más operadores económicos, la resolución dictada en el último expediente mencionado aborda los efectos perniciosos de los acuerdos colusorios y, en particular, brinda una definición de colusión en contratación pública:

La colusión en compras públicas se refiere a los acuerdos o pactos previamente establecidos entre oferentes o proveedores del Estado, cuyo objeto es la coordinación de actuaciones en un proceso de contratación pública. Estas prácticas son nocivas para la competencia y los consumidores (siendo el Estado a través de las entidades contratantes), pues a través de estos pactos previos se genera un escenario favorable para que uno de los intervinientes resulta adjudicatario. Los actos colusorios son las prácticas prohibidas que más afectan a los mercados. Solo a través de procesos competidos se impide la realización de acuerdos colusorios que permiten a las empresas extraer ganancias ilícitas mediante relaciones entre supuestos competidores, en detrimento del presupuesto público y del bienestar de toda la sociedad.

Cabe señalar que los precedentes administrativos no han desarrollado de forma sistemática el concepto o alcance de lo que se entendería por un operador económico

---

14. Sentencia del caso *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eVERSUS and Commission of the European Communities versus Bayer AG*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, casos conjuntos C-2/01 P y C-3/01 P, 6 de enero de 2004, ECLI:EU:C:2004:2, apartado 97.

ni tampoco permiten dilucidar si se aplican los mismos parámetros de evaluación para un caso de acuerdos colusorios o concentración económica, por lo que corresponde recurrir a ciertos elementos del derecho comparado que nos permitan establecer con mayor claridad y rigor su alcance.

A continuación, nos centraremos en el primer requisito de configuración: celebrar un acuerdo anticompetitivo entre dos o más operadores económicos, y sobre este se abordará la arista subjetiva para establecer el concepto y alcance de operador económico.<sup>15</sup>

### Elemento subjetivo de los acuerdos colusorios

El derecho de la competencia de la Unión Europea establece que las disposiciones de competencia serán únicamente aplicadas a empresas (*undertakings*), concepto que debe ser entendido como toda entidad económica.<sup>16</sup> La primera cuestión que surge de esta delimitación es: ¿Por qué el régimen de competencia europeo no se aplica a entidades legales, sino que requiere un concepto de entidad económica?

La respuesta yace en que no todas las interacciones que puedan existir entre entidades legales son capaces de tener relevancia competitiva. Lo anterior permite que las agencias de competencia y los tribunales enfoquen su análisis en interacciones que realmente importan para el mercado y/o consumidores (Odudu y Bailey, 2014: 1721-1757).

En la Unión Europea, una amplia jurisprudencia ha señalado que se estará frente a una empresa<sup>17</sup> cuando se cumplan los siguientes presupuestos:

El concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de esa entidad y de su modo de financiación, y designa, así, una unidad económica, aunque desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas [...] Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de ele-

---

15. Para un mayor análisis sobre los tipos de acuerdos colusorios en Ecuador, véase Superintendencia de Control del Poder de Mercado (2021: 24-29), disponible en <http://bitly.ws/J4DM>.

16. Sentencia del caso *General Química versus Commission*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-90/09 P, 20 de enero de 2011, ECLI:EU:C:2011:21, apartados 34-36.

17. El concepto de *empresa* (*undertaking*) no se enfoca únicamente en evaluar si la empresa presenta o no un ánimo de lucro, es un organismo privado o público, o si ostenta o no personalidad jurídica, al aplicarse una evaluación funcional (*functional approach*) para catalogarlo como sujeto o no a las normas de competencia (Odudu, 2006b: 45-47). Sentencia del caso *VIHO Europe BVERSUS versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Primera Instancia, T-102/92, 12 de enero de 1995, ECLI:EU:T:1995:3, apartado 47. Sentencia del caso *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» and others versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, casos conjuntos 40 al 48, 50, 54 al 56, 111, 113 y 114-73, 16 de diciembre de 1975, ECLI:EU:C:1975:174, apartado 173.

mentos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización que puede participar en la comisión de una infracción de las que contempla el artículo 101 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea], apartado 1.<sup>18</sup>

En este sentido, para que exista una empresa que sea regulada bajo las normas de competencia de la Unión Europea, deben comprobarse dos elementos: i) que la entidad realice una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación; y ii) que la actividad sea llevada a cabo de forma autónoma.<sup>19</sup>

Existe actividad económica, para los efectos del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, cuando una entidad ofrece bienes o servicios para satisfacer la demanda de un cliente o consumidor.<sup>20</sup> Esta actividad implica la interacción de la oferta y la demanda de una manera que permite al productor beneficiarse de la interacción (Odudu, 2006a: 211-241).

En el caso *Skanska*,<sup>21</sup> el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que el concepto de *empresa*, en el derecho europeo, es utilizado para designar a una persona física o jurídica que realiza una actividad económica en el mercado de forma autónoma, y varias de estas personas pueden integrar una sola unidad económica:

En ese contexto, debe entenderse que dicho concepto designa una unidad económica, aunque desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del caso *Akzo Nobel y otros/ Comisión*, C-516/15 P, 27 de abril de 2017, EU:C:2017:314, apartado 48 y jurisprudencia citada).

Los elementos para establecer la existencia de una unidad económica única (*single economic entity*) serán desarrollados en el tercer capítulo del artículo.

Finalmente, el Tratado en su artículo 299, apartado 1, establece que las decisiones (*inter alia*) que pueda adoptar la comisión o los tribunales en los que se imponga una

---

18. Sentencia del caso *Sumal, S. L. versus Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-882/19, 6 de octubre de 2021, ECLI:EU:C:2021:800, apartado 41.

19. Sentencia del caso *Klaus Hofner y Fritz Elser c. Macroton GmbH*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-41/90, 23 de abril de 1991, ECLI:EU:C:1991:161, apartado 21. Sentencia del caso *Pavloversus versus Stichting Bedrijfspensioenfonds Medische Specialisten*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-180-184/98, 12 de septiembre de 2000, ECLI:EU:C:2000:428, apartado 75.

20. Sentencia del caso *Pavloversus versus Stichting Bedrijfspensioenfonds Medische Specialisten*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-180-184/98, 12 de septiembre de 2000, ECLI:EU:C:2000:428, apartado 75.

21. Sentencia del caso *Vantaan kaupunki versus Skanska Industrial Solutions Oy and others*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala segunda), C-724/17, 14 de marzo de 2019, ECLI:EU:C:2019:204, apartado 37.

sanción por cometer una infracción anticompetitiva deberán estar dirigidas a una o más personas físicas o jurídicas para que la decisión pueda ser ejecutada (Odudu, 2006a: 211-241).

### Operador económico en el régimen de competencia ecuatoriano

En Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su artículo 2, contiene una amplia definición sobre operador económico al determinar que serán sujetos de control por parte de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, tanto las personas naturales como jurídicas, sin importar la naturaleza jurídica de dicha entidad o si se orienta a la obtención de lucro, siempre que realicen actividades económicas en el territorio ecuatoriano sin que tampoco tenga relevancia, de igual forma, su alcance geográfico:

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.

Corresponde ahora abordar qué se entiende por empresa y actividad económica, a fin de determinar si resulta *a simili* a los parámetros del régimen de competencia europeo mencionados. Una primera aproximación está en el artículo 14 del Código de Comercio del Ecuador,<sup>22</sup> que define *empresa* como:

La unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada. El establecimiento de comercio, como parte integrante de la empresa, comprende el conjunto de bienes organizados por el comerciante o empresario, en un lugar determinado, para realizar los fines de la empresa.

La definición que otorga el Código de Comercio, en su primer inciso, es parecida a la definición referida en los casos *Mannesman* y *Klöckner-Werke*<sup>23</sup> al enfatizar la existencia de una organización de elementos materiales e inmateriales para cumplir una *actividad mercantil*.

---

22. *Suplemento del Registro Oficial* 497, 29 de mayo de 2019, disponible en <http://bitly.ws/J4IU>.

23. Sentencia del caso *Mannesman AG versus High Authority of the ECSC*, Corte, 19/61, 13 de julio de 1962, ECLI:EU:C:1962:31, apartado 371. Sentencia del caso *Klöckner-Werke AG and Hoesch AG versus High Authority of the European Coal and Steel Community*, Corte, casos conjuntos 17/61, 13 de julio de 1962, ECLI:EU:C:1962:30, apartado 341.

Al revisar el concepto de actividad mercantil, el propio Código, en el artículo 7, indica que se entiende por tal a todo acto u operación que implique:

Necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico [...], así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico.

Las definiciones contenidas en el Código resultan, sin embargo, restrictivas en cuanto al concepto de operador económico: en primer lugar, al referirse a actividades que tengan como objetivo generar un beneficio económico, cuando la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala que puede ser aplicado a actividades sin fines de lucro; en segundo lugar, este cuerpo normativo se refiere a las actividades que desarrollan los comerciantes y empresarios, dejando por fuera a los agentes económicos que ejercen una profesión liberal (artículo 11), artesanos e incluso agentes de la economía popular y solidaria, que la Ley mencionada sí los regula.

Con base en los argumentos desarrollados, podemos señalar que el concepto de *operador* económico, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es más amplio que el concepto de *empresa* contenido en la legislación mercantil, al contemplar tanto a la persona física o jurídica, privada o pública, o agrupación de tales personas o entidades, que intercambian bienes y/o servicios en el mercado nacional.

Ahora que hemos establecido cuándo estaremos frente a un operador económico, corresponde explicar en qué situaciones se configura un grupo económico.

### **Unidad económica única en el derecho de la competencia de la Unión Europea**

En primer lugar, es necesario referirnos al desarrollo del concepto de *unidad económica única* (*single economic entity*), que cobra relevancia en el caso *Shell*, en el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifestó que una unidad económica «consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado, organización capaz de participar en la comisión de una infracción de las que contempla dicha norma»,<sup>24</sup> que es independiente de encontrarse o no conformada por diferentes sujetos con personalidad jurídica propia, mientras existan vínculos comerciales o personales entre esas entidades.

---

24. Sentencia del caso *Shell International Chemical Company Ltd versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Primera Instancia, T-11/89, 10 de marzo de 1992, ECLI:EU:T:1992:33, apartado 311.

En esencia, la figura de unidad económica única parte del principio de que para que dos o más empresas mediante un acuerdo colusorio puedan restringir la competencia deben poder competir en el mercado, por lo que la real imposibilidad de competencia entre empresas es el criterio clave para determinar cuándo entidades separadas deben ser tratadas como una sola entidad económica (Odudu y Bailey, 2014: 1721-1722).

Ahora bien, existen distintos criterios económicos, estructurales, contractuales, entre otros, que permiten a diferentes operadores o personas ser consideradas como una unidad económica única, y que serán revisados a continuación.

### La propiedad entre empresas

Con respecto a la propiedad entre empresas, es posible identificar dos escenarios: el primero es cuando existe una relación de propiedad directa, como es el caso de las relaciones existentes entre una compañía matriz y su filial o subsidiaria, en el que la matriz determina y controla completamente la conducta de la filial en el mercado.<sup>25</sup> Es decir, concurre un doble elemento: por una parte, entre ambas empresas existe una identidad de intereses; y, por otra parte, hay una falta de autonomía de la entidad controlada en sus actuaciones en el mercado (Van Cleynenbreugel, 2011: 30), lo que impide la existencia de una competencia efectiva entre ambas.

En este sentido, en el caso *Sterling Drug*<sup>26</sup> el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que no puede existir competencia «entre empresas que pertenezcan al mismo grupo en concepto de sociedad matriz y filial, cuando las empresas constituyen una unidad económica dentro de la cual la filial no goza de autonomía real en la determinación de su línea de actuación en el mercado».

La cuestión por dilucidar es, por tanto, la acreditación en cada caso concreto de dicha voluntad única, que se puede manifestar en los supuestos que una empresa posea la totalidad o la mayoría de acciones de otra, posea un porcentaje minoritario del capital social de la empresa —que, por ejemplo, puede ser suficiente para controlar la entidad si el resto del capital está repartido entre muchos pequeños accionistas— o en otras hipótesis a través de la facultad para designar a los miembros del órgano de administración —o la mayoría de los mismos— (Galán Corona, 2017: 249-250).

En el caso *Mercedes Benz Trucks España*,<sup>27</sup> el Tribunal se refirió a la relación entre

---

25. Sentencia del caso *VIHO Europe BVERSUS versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-73/95 P, 24 de octubre de 1996, ECLI:EU:C:1996:405, apartado 16.

26. Sentencia del caso *Centrafarm BVERSUS and Adriaan de Peijper versus Sterling Drug Inc*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 31 de octubre de 1974, ECLI:EU:C:1974:114, apartado 41. Petición de decisión prejudicial: Hoge Raad (Países Bajos), asunto 15-74.

27. Sentencia del caso *Sumal, S. L. versus Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, apartado 43.

matriz y filial para establecer el control de la primera en las decisiones y actuaciones de la segunda:

El comportamiento de una sociedad filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica distinta, esa sociedad filial no determine de manera autónoma, en el momento de la comisión de la infracción, su comportamiento en el mercado, sino que aplique, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas, de modo que, en una situación como la descrita, estas forman parte de una misma unidad económica y constituyen, por tanto, una sola y misma empresa autora del comportamiento infractor.

La jurisprudencia de la Unión Europea destaca la necesidad de una aplicación efectiva del derecho de la competencia y de disuadir a las empresas de cometer infracciones, ya que existen varios tipos de prohibiciones incluso para los grupos económicos (Odudu y Bailey, 2014: 1735),<sup>28</sup> y se admite la posibilidad que pueda ser objeto de sanción no solo una empresa filial en el mercado, sino también su principal.

Ahora bien, en relación con el derecho de propiedad, la jurisprudencia europea ha analizado otro escenario posible, que tiene lugar cuando dos o más empresas comparten un propietario o dueño en común, como el caso de *Hydrotherm Gerätebau*,<sup>29</sup> en que el Tribunal europeo consideró que Andreoli —quien actuaba como fabricante de radiadores y cuyas ventas se realizaban mediante dos empresas de su propiedad que eran distribuidoras— ejercía un control total sobre las empresas distribuidoras, por lo que tenía lugar una unidad económica única.

El planteamiento referido ha sido ratificado recientemente por el Tribunal en el caso *Goldman Sachs*<sup>30</sup> al señalar que el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz —aunque tenga personalidad jurídica separada— cuando esa filial no determine de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplique las directrices que le imparte la sociedad matriz.<sup>31</sup>

---

28. Opinión del abogado general Kokott en el caso *AGCM versus Ente tabacchi italiani*, apartado 72. Sentencia del caso *Inspecteur van de Belastingdienst versus X BV*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-429/07, 11 de junio de 2009, ECLI:EU:C:2009:359, apartados 33-39.

29. Sentencia del caso *Hydrotherm Gerätebau GmbH versus Compact del Dott. Ing. Mario Andreoli & C. Sas*, Corte (cuarta cámara), 170/83, 12 de julio de 1984, ECLI:EU:C:1984:271.

30. Sentencia del caso *The Goldman Sachs Group Inc. versus European Commission*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-595/18 P, 27 de enero de 2021, ECLI:EU:C:2021:73, apartados 31-33. El Tribunal rechazó incluso la defensa de simple inversor financiero.

31. Sentencia del caso *Fresh Del Monte Produce Inc. versus European Commission and European Commission versus Fresh Del Monte Produce Inc.*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados C-293/13 P y C-294/13 P, 24 de junio de 2015, ECLI:EU:C:2015:416, apartado 75.

Una sociedad matriz sea titular de la totalidad o de la cuasitotalidad del capital de una filial que ha infringido las normas en materia de competencia, por un lado, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en el comportamiento de la filial en cuestión y, por otro, existe la presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia.

En conclusión, el parámetro clave para determinar la existencia de una entidad económica única entre matriz y filial es establecer si existe un grado de control suficiente que le permita a la matriz ejercer una influencia decisiva sobre la conducta de la filial.

Sin embargo, en casos posteriores, el Tribunal<sup>32</sup> ha considerado que el hecho de que dos o más empresas pertenezcan a un solo propietario en común, si bien permite presumir que no compiten entre sí, no las excluye necesariamente de la aplicación de normas relativas a los acuerdos colusorios, especialmente en aquellos supuestos en que estas se presentan como competidoras (Odudu y Bailey, 2014: 1731-1732). En el mercado, en tal virtud, lo relevante en cada caso es constatar si «junto a la autonomía jurídica formal de las partes en el acuerdo hay materialmente voluntades autónomas y diferenciadas (y, por tanto, cabe hablar de acuerdo) o si en realidad solo hay una única voluntad» (Galán Corona, 2017: 249-250).

### El contrato de agencia

El contrato de agencia consiste en que una persona denominada *agente* tiene la facultad de realizar actividades económicas a nombre de otra, denominada *principal*, en cuyo caso se ven impedidos de competir y, por tanto, no le son aplicables las normas relativas a la regulación de acuerdos colusorios, en los supuestos en que el agente se entienda como un órgano auxiliar (Van Cleynenbreugel, 2011: 30) del principal, que está únicamente sujeto al cumplimiento de las instrucciones previamente impartidas.

En este sentido, la jurisprudencia europea ha establecido que la vinculación entre dos o más empresas, mediante un contrato de agencia, debe entenderse como una unidad económica única cuando se cumplen dos condiciones: cuando es el principal quien asume los riesgos comerciales y financieros relacionados con la actividad de comercialización por parte del agente; y cuando el agente se vea impedido o sea incapaz de actuar como comerciante independiente o por cuenta propia en el mercado.<sup>33</sup>

---

32. Véase *Kiefer-Stewart versus Joseph E. Seagram & Sons*, 340 U. S. 215 (1951).

33. Sentencia del caso *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA and others versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asuntos acumulados 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 y 114-73, 16 de diciembre de 1975, ECLI:EU:C:1975:174, apartados 539-542.

En un reciente fallo,<sup>34</sup> el Tribunal ha señalado que si el agente (intermediario) asume los riesgos financieros y comerciales de la operación, se considera un agente independiente y se podría configurar un acuerdo colusorio:

Cuando los contratos celebrados entre el comitente y sus intermediarios atribuyen o dejan a estos funciones que económicamente se asemejan a las de un operador económico independiente, por contemplar la asunción, por estos intermediarios, de los riesgos financieros y comerciales vinculados a la venta o a la ejecución de los contratos celebrados con terceros, dichos intermediarios no pueden considerarse órganos auxiliares integrados en la empresa del comitente, de manera que una cláusula restrictiva de la competencia convenida entre estas partes puede constituir un acuerdo entre empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado.

Como reflexión de esta sección, el cumplimiento de dichas condiciones en el ámbito de un contrato de agencia entiende que el agente no tiene una presencia en el mercado, independiente del principal (Odudu y Bailey, 2014: 1735), y, por tanto, no pueden constituir una competencia entre sí.

### *Trabajadores*

Finalmente, la doctrina y jurisprudencia europea han discutido si las normas relativas a los acuerdos colusorios pueden o no resultar aplicables a trabajadores y otros colaboradores de una misma empresa.

En este contexto, es importante señalar que se entiende como trabajador o colaborador a toda persona natural que presta sus servicios a una empresa bajo su dirección, manteniendo una relación empleadora-empleado.<sup>35</sup> En estos casos, los tribunales comunitarios europeos han interpretado que el trabajador no ejerce una fuerza económica en el mercado distinta a aquella de la organización empleadora.<sup>36</sup> Una de las principales razones que justifican esta posición es que difícilmente se puede entender al empleado como una empresa propia o independiente del empleador, al ser parte integrante de su organización.

---

34. Sentencia del caso *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio versus Compañía Española de Petróleos SA.*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-217/05, 14 de diciembre de 2006, ECLI:EU:C:2006:784, apartado 45. El artículo 85 del Tratado mencionado es el actual artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

35. Sentencia del caso *Deborah Lawrie-Blum versus Land Baden-Württemberg*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 66/85, 3 de julio de 1986, ECLI:EU:C:1986:284, apartado 17.

36. Sentencia del caso *Jean Claude Becu, Annie Verweire, Smeg NVERSUS and Adia Interim NV.*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-22/98, 16 de septiembre de 1999, ECLI:EU:C:1999:419, apartado 26.

## Conformación de un grupo económico en Ecuador

A continuación, analizaremos la regulación ecuatoriana con respecto a una posible aplicación de la figura de una unidad económica *única* como exención a la prohibición de los acuerdos colusorios.

### La propiedad entre empresas

*A priori*, la legislación ecuatoriana establece que las actuaciones de un operador económico serán imputables a este y al operador que lo controla cuando se haya determinado que el comportamiento del primero es dirigido por el segundo, conforme los artículos 2 y 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En relación con el derecho de propiedad como elemento de vinculación, es importante anotar que la definición de grupo económico en la legislación ecuatoriana consta del artículo 7 de la Ley mencionada, una derivación normativa al Código Orgánico Monetario y Financiero, la Ley de Mercado de Valores<sup>37</sup> y la normativa de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, que contiene la definición y los criterios de dos categorías: vinculación empresarial y grupo económico.

La primera categoría apunta a los criterios de vinculación empresarial previstos en el artículo 191 de la Ley de Mercado de Valores y los artículos 2 al 5 de la Codificación de Resoluciones.<sup>38</sup> Estas disposiciones establecen los escenarios de propiedad (más de un 10% de los derechos de voto), gestión y presunción que, en definitiva, son los diferentes vínculos económicos que puede presentar un conjunto de operadores. Sin embargo, no toda vinculación empresarial otorga un derecho de propiedad y voto que permita una toma de control de un operador frente otro. Los criterios de vinculación referidos sirven como indicios para probar la colusión, mas no como un elemento para probar la existencia de una voluntad única.

La segunda categoría está en el artículo 193 de la Ley de Mercado de Valores, que define como matriz a la persona jurídica que tiene el control de un grupo de empresas y como sociedad subsidiaria a aquella en la que la matriz tiene una participación directa<sup>39</sup> o indirecta<sup>40</sup> superior a un 50% de su capital social.

---

37. *Segundo suplemento del Registro Oficial* 332, 12 de septiembre de 2014, disponible en <http://bitly.ws/J4Jq>.

38. Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (2022), disponible en <http://bitly.ws/J4Jq>.

39. La participación representativa existe en una persona jurídica cuando la propiedad de acciones y/o participaciones de una persona jurídica o natural, más la de todos sus parientes con derecho a voto, representen un porcentaje igual o superior a un 10% de su capital social.

40. Estamos ante participación indirecta cuando se ejerce un cargo en el órgano de gobierno de otra persona jurídica, a través de, por lo menos, un pariente o persona jurídica.

Por su parte, la codificación de resoluciones en su artículo 2, numeral 7, define al grupo económico como

«el conjunto de personas jurídicas, cualquiera que sea su actividad u objeto social, en el que alguna de ellas, denominada sociedad matriz, ejerce el control de las demás, o en el que el control de las personas jurídicas que lo conforman es ejercido, por lo menos, por una persona natural».<sup>41</sup>

En este sentido, el artículo 6 de la Codificación de Resoluciones establece que existe control del grupo económico: al ostentar la propiedad directa<sup>42</sup> o indirecta de más de la mitad de las acciones o participaciones con derecho a voto en una persona jurídica; y en aquellos casos en que no cuenta con un 50% de propiedad de las acciones o participaciones pero, no obstante, ejerce una influencia significativa, directa o indirectamente, tanto en la gestión como en las decisiones para designar o remover a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno.

Por las consideraciones anotadas, un grupo económico en el marco del ordenamiento jurídico vigente tiene lugar cuando un operador económico puede efectivamente controlar a otro, ya sea mediante el ejercicio del derecho de propiedad y voto o a través de la facultad de dirección y control de las decisiones empresariales.

En estos casos podemos concluir que existe una única voluntad que abarca a las respectivas unidades de negocio (operadores) que forman parte de un grupo económico y, por tanto, sus actuaciones en el mercado estarían exentas de la aplicación de la normativa de prohibición de acuerdos colusorios (artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado), por lo que, en este contexto, la figura de unidad económica *única*, desarrollada en la jurisprudencia europea, resulta compatible *mutatis mutandis* con el derecho de la competencia ecuatoriano.

## El contrato de agencia

Como fue señalado, para que en la jurisprudencia europea el contrato de agencia genere una unidad económica única es necesario que se cumplan dos condiciones, esto es que el principal asuma los riesgos comerciales y financieros, y que exista una limitación o incapacidad del agente para actuar por cuenta propia en el mercado.

Solamente mediante la conjunción de dichos elementos es posible considerar que las actuaciones del agente en el mercado son el resultado exclusivamente de la expresión de la voluntad del principal.

---

41. Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (2022), disponible en <http://bitly.ws/J4Jq>.

42. Existirá propiedad directa cuando la persona natural o jurídica en cuestión es propietaria de las acciones y/o participaciones; e indirecta cuando sus familiares en el cuarto grado de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; incluyéndose, además, al cónyuge o miembros de una unión libre reconocida legalmente sean propietarios del capital social.

Ahora bien, en Ecuador el contrato de agencia está regulado en el Código de Comercio y conforme a dicha norma en este tipo de contrato, el agente —comerciante/empresario— debe realizar actividades comerciales a nombre de un principal, siendo una obligación esencial del primero el cumplir con las instrucciones impartidas por el segundo en la realización de actividad comercial (artículo 487).

Entre las características principales de este contrato está que el agente, por regla general, asume el encargo de negocios comerciales por cuenta y riesgo, económico y financiero del principal (salvo pacto en contrario; artículo 481 del Código), lo que nos permite identificar el cumplimiento de la primera condición exigida en la jurisprudencia europea.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 485 del Código, en el contrato de agencia es posible incorporar una cláusula que prohíba al agente promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores; y aunque la norma como tal no lo expresa, por aplicación del principio de la libertad contractual en el ámbito de derecho privado, sería posible incorporar una limitación al agente para que no pueda realizar por cuenta propia actuaciones comerciales distintas a las ejecutadas por el principal en el mercado.

De lo indicado hemos de advertir que, de conformidad con lo dispuesto en el Código, la simple suscripción de un contrato de agencia entre operadores económicos no constituye por sí misma una excepción a la aplicación del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Por el contrario, consideramos que para que dicha excepción sea posible en el marco del contrato de agencia debe necesariamente mediar la existencia de las condiciones esenciales contenidas en cláusulas que impidan una efectiva competencia, esto es, que el principal asuma el riesgo de las actividades realizadas por el agente y la existencia de una cláusula que limite la competencia entre las partes contractuales, como puede ser una cláusula de no competencia.

Finalmente, desde una perspectiva formal en la legislación ecuatoriana, el contrato de agencia es un contrato de naturaleza solemne que para su perfeccionamiento requiere ser celebrado por escrito y para su publicidad debe ser inscrito en el Registro Mercantil (artículo 490 del Código). De este modo, para que dicho contrato se perfeccione es necesario el cumplimiento de los requisitos legales para su suscripción.

## El contrato de comisión

Existen otros contratos en la legislación ecuatoriana como el contrato de comisión que, producto de su diseño legal, tiene elementos que también permiten discutir si su utilización por operadores económicos permite crear una unidad económica *única*.

De conformidad con el Código de Comercio ecuatoriano, el contrato de comisión consiste en una especie de mandato mercantil (artículo 441) por el que una persona

denominada *comitente* encomienda a otra, denominada *comisionista*, la ejecución de uno o varios actos mercantiles por un tiempo determinado, a cambio de una retribución económica.

Una característica de este contrato es que puede tener dos modalidades: la primera consiste en que el comisionista actúa a nombre del comitente (artículo 446), en cuyo caso estamos ante un contrato de mandato pleno en el sentido de que las obligaciones que se produzcan entre el comisionista con terceros y en el mercado son por cuenta y riesgo del comitente.<sup>43</sup>

En estos casos nos encontraríamos, *a priori*, con una unidad económica *única*, ya que las actuaciones del comisionista se enmarcarían únicamente con respecto a la voluntad del comitente, quien deviene en responsable de cualquier riesgo, sin que el comisionista tenga la facultad legal de alejarse de ella, salvo circunstancias excepcionales (artículo 454 del Código).<sup>44</sup>

Sin embargo, para la adecuación de este contrato al desarrollo jurisprudencial europeo resultaría necesaria, además, una cláusula que limite o evite una eventual competencia entre el comitente y el comisionista en el mercado.

La segunda modalidad contractual radica en que las actuaciones que tengan lugar producto del contrato de comisión sean de riesgo y cuenta del comisionista, salvo con respecto a vicios de calidad en la cosa o producto. En esta modalidad de comisión mercantil el Código determina que el comisionista no está obligado a declarar a la persona o personas con quienes contrata el nombre de su comitente; adicionalmente, el comitente no tiene acción contra la persona con quien ha tratado el comisionista y, recíprocamente, esta no la tiene contra el comitente (artículo 444 y 445).

En tal virtud, en esta segunda modalidad del contrato de comisión no es posible hallar una unidad económica *única* y, por tanto, no constituye una excepción en la aplicación del régimen de represión de acuerdos colusorios.

## Empleados y trabajadores

En el ámbito de la legislación laboral ecuatoriana, uno de los elementos esenciales del contrato individual de trabajo es la figura de dependencia y subordinación (artículo 8 del Código de Trabajo), que faculta al empleador a dar instrucciones y dirigir a sus trabajadores (Urquiza Guevara, 2015: 123).

En este contexto, resulta evidente que empleadores y trabajadores son parte de una misma organización empresarial; en tal virtud, sus actuaciones en el desarrollo de sus actividades en el mercado inherentemente son de responsabilidad y riesgo del

---

43. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 2020 del Código Civil.

44. Como es el caso de que el comisionista creyere que cumpliendo las instrucciones impartidas pudiera provocarse un daño grave al comitente.

primero, razón por la que una relación laboral permite identificar la existencia de una unidad económica *única*.

## **Análisis del expediente SCPM-CRPI-010-2022 y subsecuentes acciones de protección**

### Antecedentes del caso

En esta sección abordaremos el expediente SCPM-CRPI-010-2022, sustanciado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, relativo a una colusión horizontal en contratación pública y cómo la justicia constitucional se ha pronunciado sobre la configuración de un grupo económico en nuestro ordenamiento.

Conforme se desprende de la resolución del 29 de julio de 2022, dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el caso se originó a raíz de un pedido del Servicio Nacional de Contratación Pública sobre el comportamiento de los operadores económicos Laboratorios Asociados Zumba S. A., Clínica del Médico Diagmed S. A., Medical Diagnóstica Medicalab S. A., Medicalstore S. A. e Inversiones y Mandato Inversariato S. A. en múltiples procesos de contratación pública.

En lo principal, el expediente de investigación determinó como mercado relevante 63 procesos de contratación pública ejecutados en el marco temporal de ocho años, ocurridos entre 2012 y 2020, con un monto adjudicado de 2.269.054 de dólares.

En tal virtud, la Superintendencia, en primera instancia, imputó a los operadores la presunta infracción del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que prohíbe de forma expresa el intercambio de información (numeral 1) y colusión en la contratación pública (numeral 6), e impuso una multa de 176.017,45 de dólares a los cinco operadores. Finalmente, la sanción fue ratificada en apelación por el superintendente, mediante la resolución del 21 de octubre de 2022 (expediente de apelación SCPM-INJ-13-2022).

La defensa de uno de los operadores económicos sancionados consistía en que no era factible la configuración de un acuerdo colusorio, dado que las cinco compañías formaban parte del Grupo Zumba, es decir, alegaban que eran un grupo económico y, por tanto, no podían ser considerados como dos o más operadores económicos.

Con estos breves antecedentes, a continuación, se abordará como aspecto principal el establecer si los operadores constituían o no un grupo económico a la luz de la normativa ecuatoriana y, de forma complementaria, en la jurisprudencia y doctrina internacional sobre derecho de defensa de la competencia.

### Composición accionarial

Al revisar la composición accionarial de los operadores económicos sancionados, se desprende que Jorge Antonio Zumba Córdova ostenta un 99% del paquete acciona-

rio de las compañías Inversariato y Laboratorios Asociados Zumba, mientras que su sobrino Moisés Reinaldo Franco Zumba tiene un 70% del paquete accionario en Medicalstore S. A. De este modo, gozan con más de un 50% de acciones con derecho a voto establecido en la Ley de Mercado de Valores y normas conexas para determinar control directo entre estas tres compañías, como se observa en la **tabla 1**.

**Tabla 1.** Composición accionarial de Laboratorios Asociados Zumba, Medicalstore e Inversariato, 2018 a 2021<sup>1</sup> (capital en dólares y porcentaje accionarial)

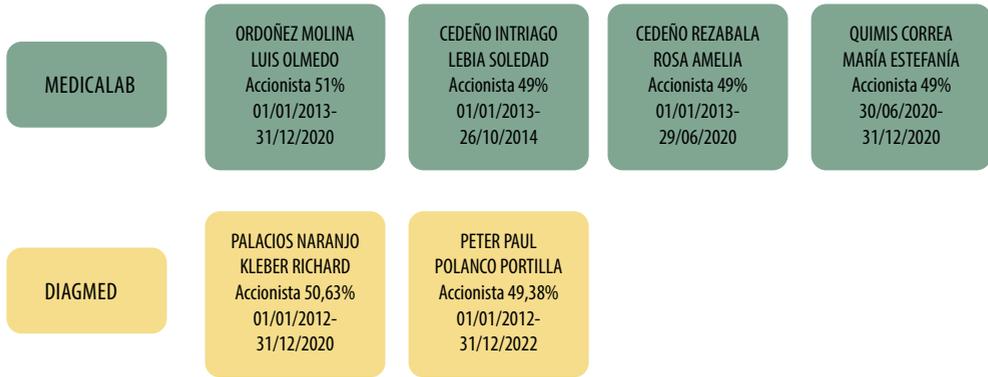
Razón social operadores económicos			
Persona natural	Laboratorios Asociados Zumba S. A.	Medicalstore S. A.	Inversariato S. A.
Karen Stefanny Zumba Cobeña			2,00 / 1%
Jorge Antonio Zumba Córdova	799,00 / 99%		1.598,00 / 99%
Rita Marcela Zambrano Cedeño	1,00 / 1%		
Moisés Reinaldo Franco Zumba		560,00 / 70%	
Mónica de las Mercedes Naranjo Nevarez		240,00 / 30%	
Total	800,00 / 100%	800,00 / 100%	1.600,00 / 100%

Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

Con respecto a Medicalab y Diagmed, su composición accionaria durante el período mercado temporal (14 de noviembre de 2012 hasta 12 de junio de 2020) se describe en la **figura 1**.

De la **figura 1** se constata que Medicalab y Diagmed no cuentan con ninguna relación societaria directa o indirecta con las otras compañías que conforman el grupo económico, dado que no comparten accionistas ni representantes legales. Por ello, no cumplen los parámetros establecidos en la Ley de Mercado de Valores y normas conexas para establecer que forman parte del Grupo Zumba. De igual forma, el criterio de matriz y subsidiaria que fue explicado en el anterior capítulo no podría ser aplicado por la simple composición accionarial.

1. Se señala esta temporalidad, ya que Medicalstore fue constituida el 21 de noviembre de 2018.



**Figura 1.** Composición accionarial de Medicalab y Diagmed (porcentaje accionarial y temporalidad del cargo). Fuente: Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

### Acciones de protección

Frente a la sanción impuesta por la Superintendencia, los operadores sancionados presentaron dos acciones de protección: 09285-2022-02727 y 09332-2022-18255 con medidas cautelares, por los mismos hechos y contra la misma entidad demandada ante la Unidad Judicial Civil y la Unidad Judicial Penal Norte 1, ambas con jurisdicción en la ciudad de Guayaquil, como se observa en la **tabla 2**.

**Tabla 2.** Resumen de acciones de protección

Proceso judicial	Presentación	Unidad judicial	Desistimiento de la acción	Calificación de la solicitud / demanda	Providencia general	Sentencia
09285-2022-02727	8/11/2022	Unidad Judicial Penal Norte 1 con sede en Guayaquil	22/11/2022	30/11/2022 - Acepta la medida cautelar y convoca a audiencia para la acción de protección	5/12/2022 - Difiriendo la audiencia porque el accionante padece de covid-19	23/12/2022 Se archiva la acción porque existe otra acción de protección
09332-2022-18255	23/11/2022	Unidad Judicial Civil con sede en Guayaquil		29/11/2022 - Niega la medida cautelar y convoca a audiencia para la acción de protección		22/12/2022 Acepta la acción de protección

Fuente: Consejo de la Judicatura - Sistema Automático de Trámite Judicial.

En la primera acción de protección presentada, el accionante argumentó que retiró la demanda al amparo del artículo 236 del Código Orgánico General de Procesos. Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia 10-19-CN/19 estableció como precedente obligatorio que el artículo mencionado no es aplicable para el retiro de acciones de protección, ya que para ello existe la norma expresa establecida en el artículo 8, numeral 6, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Es decir, presentar otra acción de protección sobre los mismos hechos, personas y con la misma pretensión está prohibido.

### *Resultados para establecer la inexistencia de un grupo económico*

Como una primera aproximación, se debe resaltar que en el caso de estudio el supuesto acuerdo colusorio de la competencia investigado tuvo lugar dentro de procesos de contratación pública, que se rigen por normativa especial de la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública,<sup>45</sup> que en su artículo 64.2 establece, de forma taxativa, que los participantes en los procedimientos de contratación pública deben presentar sus ofertas de manera independiente y sin conexión o vinculación con otras ofertas, personas, compañías o grupos participantes en dicho procedimiento, ya sea de forma explícita o en forma oculta.

En este contexto, el artículo 6, numeral 9.4, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>46</sup> considera como vinculación al nexo existente, sea de carácter económico, tecnológico, societario, de negocios, parentesco de consanguinidad o afinidad, asociativo, laboral, personal o social, entre los diversos actores que concurren en la contratación pública. La vinculación está prohibida sea de forma explícita o en forma oculta, existiendo un amplio espectro de situaciones que la normativa de contratación recoge.

En otros términos, dentro de las reglas para realizar ofertas y finalmente participar y competir en el ámbito de contratación pública, la normativa vigente exige necesariamente la independencia y la inexistencia de vinculación de los oferentes,<sup>47</sup> lo que no fue analizado por el juzgador, pese a ser un aspecto fundamental del caso.

La sentencia dictada dentro de la acción protección 09332-2022-18255 fija su análisis en tres aspectos principales: el primero, con respecto a los errores en la motivación en las actuaciones de la autoridad de competencia; el segundo, en relación con la existencia de un grupo empresarial entre Laboratorios Asociados Zumba, Inversaria-t y Medicalstore con Medicalab y Diagmed; y, finalmente, la falta de independencia

---

45. Edición especial del Registro Oficial 245, 29 de enero de 2018, disponible en <http://bitly.ws/J4KN>.

46. Suplemento del Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, disponible en <http://bitly.ws/J4Jq>.

47. Si bien esta conclusión se extrae perfectamente de la normativa vigente, a la fecha de la conducta anticompetitiva existían disposiciones similares en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

empresarial producto de la existencia de un contrato de comisionista suscrito entre Laboratorios Asociados Zumba y Diagmed.

Sobre el tema de la motivación existen varios puntos a ser analizados, sin embargo, nos limitaremos a exponer un error lógico del juzgador, que en la parte pertinente del fallo indica que:

En efecto, la Superintendencia de Control de Poder y Mercado tipifica la conducta de las legitimadas Medical Diagnóstica Medicalab S. A., Clínica del Médico Inversiones y Mandato Zumba, Laboratorios Diagmed S. A., Inversariato S. A. y Medicalstore S. A., a la infracción compuesta de los siguientes elementos: Intercambio de información entre Medical Diagnóstica Medicalab S. A., Clínica del Médico Diagmed S. A., Laboratorios Zumba, Inversiones y Mandato Inversariato S. A., y Medicalstore S. A. que se encuentra prohibida por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado artículo 1 y 6, alegando además que de esta práctica o acuerdo se produjeron efectos negativos al mercado ya que de este intercambio de información que se dio entre empresas vinculadas y con falta de independencia, intercambio de información que según la [Superintendencia] son resultado de un acuerdo colusorio [...] Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia invocada exige que los llamados acuerdos colusorios sean llevados a cabo por operadores económicos independientes y que de ser estos operadores económicos parte de un grupo y/o tener la condición de comisionista, el artículo 11 no les será imputado en razón precisamente de la falta de independencia de la que gozan los operadores económicos que se encuentran en esas condiciones y que en este caso ha sido reconocido por la propia [Superintendencia].

De la revisión de la sentencia es posible identificar que el juzgador incurrió en un error consistente en señalar una falta de independencia de los operadores económicos sin determinar si realmente existía una sola unidad económica entre ellos. En este sentido, el juez confunde un aspecto esencial al indicar que si existe una falta de independencia no serían aplicables las normas de represión de acuerdos colusorios contenidos en el artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuando el análisis correcto consiste en determinar si en el caso en cuestión existía o no entre los operadores económicos (vinculados) un cierto grado de control que permitiera establecer una sola voluntad.

Como conclusión de este punto, afirmamos que la falta de independencia entre operadores al concurrir en procesos de contratación pública —elemento conductual u objetivo— no es lo mismo que constatar que existe una unidad económica única (voluntad única) —elemento subjetivo— (Signes de Mesa y otros, 2013: 105-116). Sobre el asunto de la falta de independencia entre operadores, múltiples fallos internacionales justamente expresan que cuando los operadores no se comportan de forma independiente o autónomamente en el mercado se configuran los diversos tipos de acuerdos colusorios. Con respecto a este punto el fallo *Suiker Unie* señala que:

Los criterios de coordinación y cooperación aceptados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, lejos de exigir la elaboración de un verdadero plan, deben entenderse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado común.<sup>48</sup>

Por último, con respecto al contrato de comisión suscrito por Laboratorios Asociados Zumba y Diagmed, es importante anotar que la sentencia no contiene análisis alguno con respecto a qué modalidad de contrato de comisión se trataría ni del contenido de sus cláusulas, situación que genera dudas sobre la *ratio decidendi* del fallo, ya que, como ha sido anotado, la simple existencia de un contrato de comisión no genera, por sí mismo, una unidad económica *única*.

En este sentido, y sin que lo diga expresamente la sentencia, se entiende que el contrato de comisión fue suscrito por cuenta y riesgo del comisionista, ya que un escenario contrario no podría otorgar el aparente halo de legalidad de cara a los procesos de contratación pública en el que la entidad contratante exigiría que cada participante actúe de manera independiente y sin vinculación alguna.

De esta manera, estimamos que la sentencia no desarrolla los conceptos nucleares para la determinación de una unidad económica única y, por el contrario, el juez con su fallo se aleja de criterios internacionales para la aplicación de dicha figura.

En tal virtud, el fallo del juzgador resulta contrario a normas legales expresas para el acceso de los oferentes en procesos de contratación pública, lo que genera inseguridad jurídica para las entidades contratantes y abre una ilegal excepción a la regulación de los acuerdos colusorios; ello origina, a su vez, un precedente negativo para el derecho de defensa de la competencia en Ecuador.

## Conclusiones

El aspecto clave para determinar la existencia o no de una unidad económica única entre matriz y filial es establecer si existe un grado de control suficiente que le permita a la matriz ejercer una influencia decisiva sobre la conducta de la filial.

También es posible encontrar una unidad económica única en el ámbito laboral, producto de que el trabajador es parte integrante de la organización del empleador. En consecuencia, las actuaciones de los trabajadores en el mercado tienen lugar en

---

48. Sentencia del caso *Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA and others versus Commission of the European Communities*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 16 de diciembre de 1975, apartado 173. En su versión en inglés, el Tribunal utiliza la palabra «independently». Sentencia del caso *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NVERSUS and Vodafone Libertel NVERSUS versus Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-8/08, 4 de junio de 2009, ECLI:EU:C:2009:343, apartado 32.

cumplimiento de las instrucciones realizadas por este último.

Por otra parte, los contratos de agencia y comisión pueden generar una unidad económica única en los casos que de forma conjunta se cumplan dos condiciones: la primera consiste en que el principal sea quien asuma los riesgos relacionados con la actividad de comercialización realizada por el agente o comisionista; y la segunda radica en que el contrato prevea una cláusula que impida al agente o comisionista actuar por cuenta propia en el mercado.

En la legislación ecuatoriana, por regla general, para la conformación de un grupo económico se debe determinar que el grupo de empresas, sean controladas por una o varias personas naturales o jurídicas, ostente la propiedad de más de un 50% de las acciones con derecho a voto o tenga una real facultad de influir en las decisiones empresariales. Este concepto de vinculación por propiedad incluye también a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; y abarca, además, al cónyuge o a los miembros de una unión libre reconocida legalmente.

Del análisis integral de la sentencia dictada por la Unidad Judicial Civil, con sede en Guayaquil en el proceso judicial 09332-2022-18255, resulta evidente que el juzgador inobservó: i) los parámetros de configuración de un grupo económico recogidos en la Ley de Mercado de Valores y normas conexas; ii) la prohibición expresa de participar en procedimientos de contratación pública cuando exista vinculación con otras ofertas u oferentes; y iii) la amplia jurisprudencia y doctrina internacional en materia de defensa de competencia sobre los criterios de comprobación de control entre distintas empresas.

Finalmente, en un caso de colusión en contratación pública, el alegar la existencia de un grupo económico entre oferentes como una exención a la prohibición de acuerdos colusorios tiene implicaciones negativas para el régimen de contratación pública, así como el derecho de la competencia ecuatoriano.

## Referencias

- DÍEZ ESTELLA, Fernando y Antonio Guerra Fernández (2020). «Artículo 1». En José Massaguer, José Manuel Sala Arquer, Jaime Folguera Crespo y Alfonso Gutiérrez (directores), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. España: Thomson Reuters-Civitas.
- EZRACHI, Ariel (2021). *EU competition law: An analytical guide to the leading cases*. 7.<sup>a</sup> ed. Oxford: Hart Publishing.
- GALÁN CORONA, Eduardo (2017). «Prohibición de prácticas colusorias (I): Visión general». En José María Beneyto y Jerónimo Maillo (directores), *Tratado de derecho de competencia: Unión Europea y España*. 2.<sup>a</sup> ed. España: Bosch.

- HARRINGTON, E. Joseph (2017). «A theory of collusion with partial mutual understanding». *Research in Economics*, 71 (1): 140-158. Disponible en <http://bitly.ws/J4TD>.
- JONES, Alison, Brenda Sufrin y Niamh Dunne (2019). *EU competition law: Text, cases and materials*. 7.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press.
- MOTTA, Massimo (2018). *Política de competencia: Teoría y práctica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ODUDU, Okeoghene (2006a). *The boundaries of EC competition law: The scope of article 81*. Oxford: Oxford University Press.
- . (2006b). «The meaning of undertaking within article 81 EC». *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 7: 211-241.
- ODUDU, Okeoghene y David Bailey (2014). «The single economic entity doctrine in EU competition law». *Common Market Law Review*, 51 (6): 1721-1757. Disponible en <http://bitly.ws/J4Un>.
- SHAPIRO, Carl (1989). «Theories of oligopoly behavior». En Richard Schmalensee y Robert Willig (editores), *Handbook of industrial organization. Volumen 1*. Holanda: Elsevier Science Publishers.
- SIGNES DE MESA, Juan Ignacio, Isabel Fernández Torres y Mónica Fuentes Naharro (2013). *Derecho de la competencia*. Pamplona: Civitas.
- URQUIZO GUEVARA, Medardo (2015). «Análisis de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia. Juicio laboral No. 902-2011 sobre recurso de casación (Jurisprudencia)». *Foro*, 24: 121-127. Disponible en <http://bitly.ws/J4Uu>.
- VAN CLEYNENBREUGEL, Pieter (2011), «Single entity tests in U.S. antitrust and EU competition law». DOI: 10.2139/ssrn.1889232.
- WERDEN, J. Gregory (2009). «Sanctioning cartel activity: Let the punishment fit the crime». *European Competition Journal*, 5 (1): 19-36. DOI: 10.5235/ecj.v5n1.19.
- WHISH, Richard y Bailey David (2018). *Competition law*. 9.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press.

## Nota

Los hallazgos y comentarios del artículo son de responsabilidad exclusiva de sus autores y no representan la visión o un pronunciamiento de sus instituciones afiliadas. Los autores participaron en ciertas fases del expediente SCPM-CRPI-010-2022, pero no en las actuaciones de apelación en sede administrativa o judicial.

## Agradecimientos

Los autores agradecen los comentarios y las sugerencias de Galo Verdesoto (Universidad Internacional del Ecuador), Miren Torrontegui (Universidad de las Américas) y Bernardo Maya (Estudio Jurídico Maya).

## Sobre los autores

PATRICIO POZO VINTIMILLA es máster en Advanced Laws in Legal Science por la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, profesor de Derecho de la Competencia por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), director nacional de acuerdos y prácticas restrictivas (Superintendencia de Competencia Económica) y miembro de la Associazione Antitrust Italiana y Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia. Su correo electrónico es [patricio.pozo@uasb.edu.ec](mailto:patricio.pozo@uasb.edu.ec).  <https://orcid.org/0000-0001-7698-2889>.

PABLO CARRASCO TORRONTAGUI es doctor en Derecho, Ciencia Política y Criminología por la Universidad de Valencia, docente de Derecho de la Universidad de las Américas (Ecuador) y comisionado de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (Superintendencia de Competencia Económica). Su correo electrónico es [pablo.carrasco@udla.edu.ec](mailto:pablo.carrasco@udla.edu.ec).  <https://orcid.org/0000-0002-8396-6681>.

La *Revista de Derecho Económico* es un esfuerzo editorial de profesores del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile y de juristas externos que presentan ideas y reflexiones surgidas de sus investigaciones. La revista publica artículos sobre aspectos jurídicos relacionados con microeconomía, macroeconomía, políticas económicas, orden público económico, libre competencia, regulación de servicios públicos, derecho del consumidor, derecho bancario, derecho del mercado de valores, derecho tributario, contabilidad, comercio y finanzas internacionales, derecho del medioambiente y recursos naturales, derecho minero, derecho de aguas, derecho de la energía, derecho internacional económico, análisis económico del derecho y otras temáticas afines.

### DIRECTOR

Rafael Plaza Reveco

### EDITOR GENERAL

Jaime Gallegos Zúñiga

### COMITÉ EDITORIAL

José Manuel Almudí Cid, Universidad Complutense, España  
Luciane Klein Vieira, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil  
Rodrigo Polanco Lazo, Universidad de Berna, Suiza

### COLABORADORES

Elías Alcántar Martínez, José Ignacio Muñoz Pereira, Daniela Jana Ergas,  
Luciano Godoy Henseleit, Javiera Astudillo López

### SITIO WEB

[revistaderechoeconomico.uchile.cl](http://revistaderechoeconomico.uchile.cl)

### CORREO ELECTRÓNICO

[jgallegos@derecho.uchile.cl](mailto:jgallegos@derecho.uchile.cl)

### LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía  
([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io)).