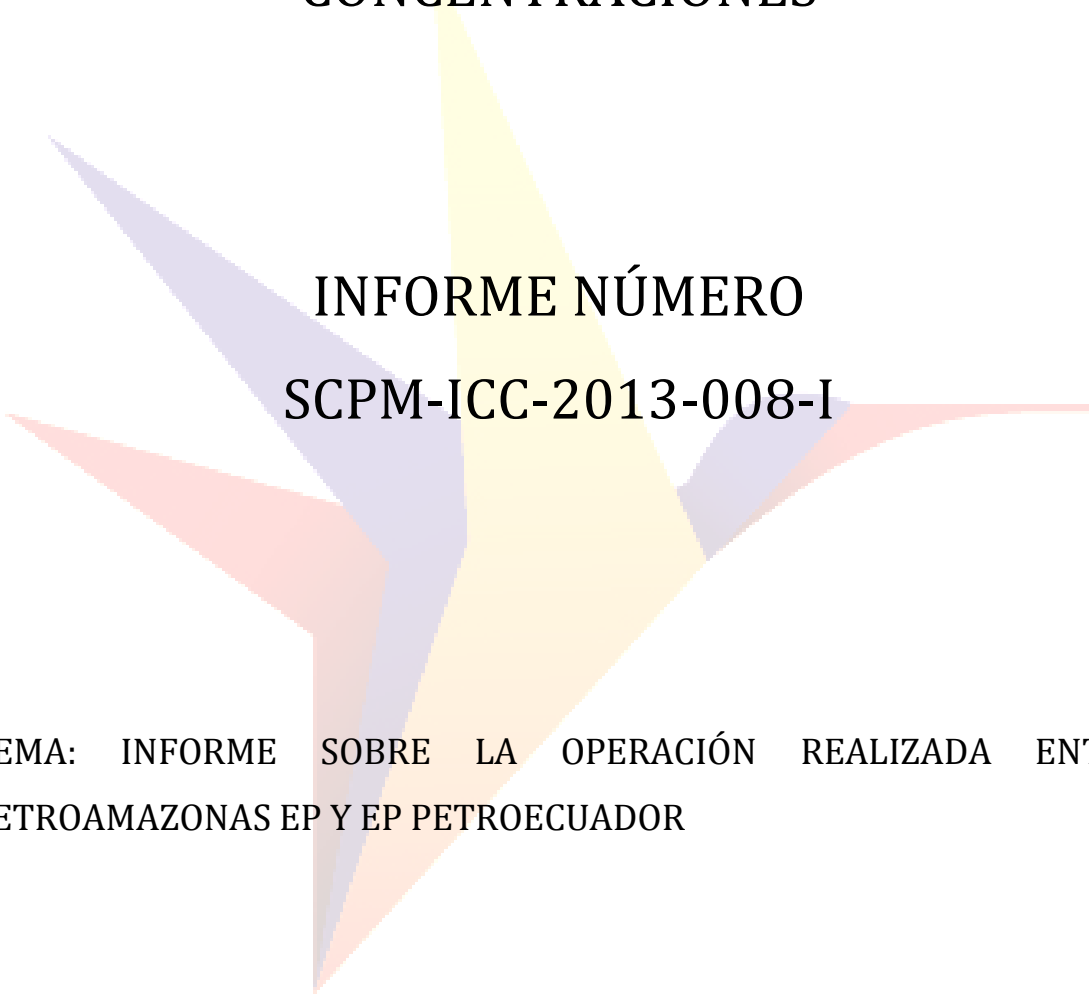


INTENDENCIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES



INFORME NÚMERO SCPM-ICC-2013-008-I

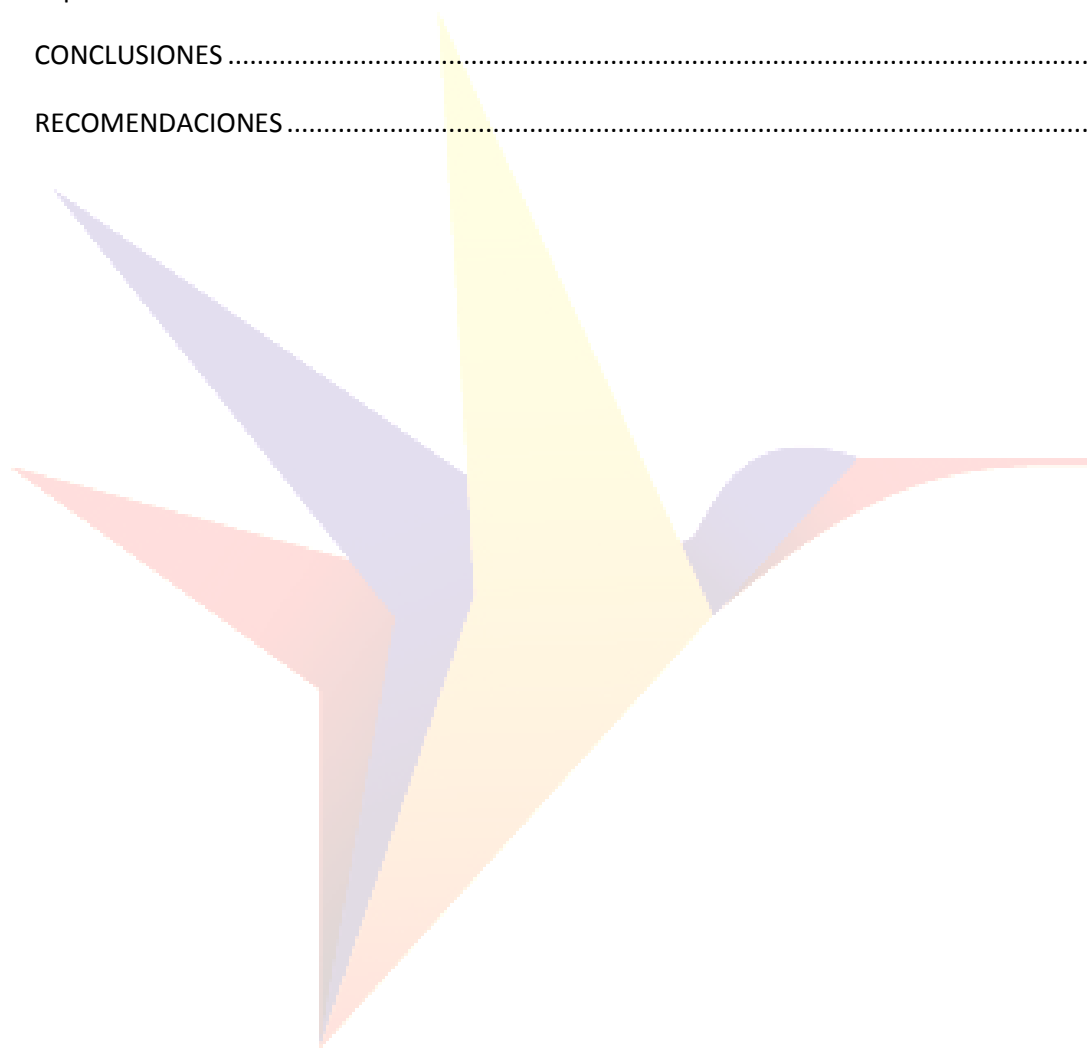
TEMA: INFORME SOBRE LA OPERACIÓN REALIZADA ENTRE
PETROAMAZONAS EP Y EP PETROECUADOR

JULIO DE 2013

Contenido

1.	ANTECEDENTES	4
a)	EP PETROECUADOR	4
b)	PETROAMAZONAS EP	6
c)	RIO NAPO COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA	7
2.	OPERACIÓN ENTRE EP PETROECUADOR Y PETROAMAZONAS EP	8
3.	MERCADO RELEVANTE	10
3.1.	Upstream de la industria petrolera	11
3.2.	Downstream de la industria petrolera	14
3.3.	Ámbito Geográfico	17
3.4.	Determinaciones económicas respecto al mercado relevante de la operación entre Petroamazonas EP y EP Petroecuador.	18
4.	MARCO LEGAL	19
4.1.	Conceptos Jurídicos importantes para el análisis de la operación	19
a)	Control	19
b)	Cambio o toma de control	25
c)	Grupo económico	26
d)	Tratamiento de operaciones intra – grupos en distintas Autoridades de Competencia.	28
4.2.	Base Legal	30
a)	Constitución de la República del Ecuador	30
b)	Ley de Hidrocarburos	31
c)	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	31
d)	Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado	34

4.3. Criterio Jurídico de la operación entre Petroamazonas EP a EP Petroecuador.....	35
5. Aspectos Adicionales.....	36
6. CONCLUSIONES	38
7. RECOMENDACIONES	39



1. ANTECEDENTES

El presente informe tiene por objeto analizar la operación referente al traspaso ordenado y auditado de las operaciones, los bienes, los inventarios y demás aspectos relacionados de la Gerencia de Exploración y Producción, de la Coordinación General de Aviación y de las áreas de exploración y producción de la Gerencia de Gas Natural de EP PETROECUADOR a PETROAMAZONAS EP.

Mediante Decreto Ejecutivo 1351-A suscrito el 1 de noviembre de 2012, publicado en el Registro Oficial No. 860 de 2 de enero de 2013, en su disposición transitoria séptima establece que “a partir de la expedición del presente Decreto Ejecutivo, los intereses económicos de propiedad de EP PETROECUADOR en empresas subsidiarias u otros tipos de emprendimientos dedicados a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, pasarán a formar parte del patrimonio de PETROAMAZONAS EP, observando las disposiciones legales correspondientes”.

En función de estos antecedentes, a continuación se presenta una descripción de cada una de las empresas participantes, las características de la operación, la definición del mercado relevante y el marco legal referente que regula la actividad hidrocarburífera en el país, para finalizar con las conclusiones y recomendaciones sobre la operación descrita.

a) EP PETROECUADOR

Con la intención de mejorar la administración de los recursos petroleros estatales y dinamizar la industria hidrocarburífera en el país, se crea la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR), el 26 septiembre de 1989, mediante la Ley Especial No. 45, durante el gobierno del Dr. Rodrigo Borja Cevallos; la misma que es la continuación de la ex CEPE (Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana), creada el 23 de junio de 1972.

PETROECUADOR se crea bajo un sistema de empresas asociadas (holding) conformado por una matriz y seis filiales; tres de carácter permanente: Petroproducción, Petroindustrial y

Petrocomercial y tres transitorias: Petroamazonas, Transecuatoriana de Petróleos y Petropenínsula. A todo el conjunto se lo denominó Sistema Petroecuador, según el modelo internacional vigente, en esa época, para empresas petroleras.

Mediante la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica de Empresas Públicas publicada en el Registro Oficial suplemento 48 del 16 de octubre de 2009, se establece que las sociedades anónimas en las que el Estado, a través de sus entidades y organismos sea accionista único, se disolverán de manera forzosa sin liquidarse y transferirán su patrimonio a la empresa pública que se cree; y en consecuencia, las empresas públicas que se creen subrogan en los derechos y obligaciones de las sociedades extinguidas y, dispone que el Superintendente de Compañías sin más trámite, al momento de expedición de los decretos, ordene la cancelación de la inscripción de las sociedades anónimas extinguidas en el respectivo registro mercantil de su constitución.

En función de ello mediante Decreto Ejecutivo No. 315 de 6 de abril de 2010, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 171 de 14 de abril de 2010, se crea la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, como una persona de derecho público con personalidad jurídica, patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, con domicilio principal en el cantón Quito.

EP Petroecuador es una empresa cuyas acciones pertenecen 100% al Estado (según la información registrada en la página electrónica de la empresa estatal), siendo su objeto principal la gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables, para su aprovechamiento sustentable, conforme a la Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley de Hidrocarburos, para lo cual intervendrá en todas las fases de la actividad hidrocarburífera, bajo condiciones de preservación ambiental y de respeto de los derechos de los pueblos.

La Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP Petroecuador, para el cumplimiento de su objeto podrá, constituir filiales, subsidiarias, unidades de negocio, o celebrar convenios de asociación, uniones transitorias, alianzas estratégicas, consorcios, empresas de coordinación u otras de naturaleza similar, con alcance nacional e internacional, y en general, celebrar todo acto o

contrato permitido por las leyes ecuatorianas, que directa o indirectamente se relacionen con su objeto, con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas.

A partir de la expedición del Decreto Ejecutivo No. 315, se determina que la empresa Petroecuador *intervendrá en todas las fases de la actividad hidrocarburífera con excepción de las fases de exploración y explotación* ¹.

b) PETROAMAZONAS EP

Inicialmente se constituye como la Unidad de Administración Temporal del Bloque 15 que asumió las operaciones de la empresa Occidental al declararse la caducidad de su contrato en mayo de 2006, posteriormente, Petroamazonas se constituye como sociedad anónima (PETROAMAZONAS S.A) mediante escritura pública otorgada ante el Notario Vigésimo Sexto del Distrito Metropolitano de Quito, el 7 de abril del 2008, debidamente inscrita en el Registro Mercantil el 23 de abril del 2008, siendo sus únicos accionistas las empresas estatales EP Petroecuador y Petroproducción.

El 6 de abril de 2010 mediante Decreto Ejecutivo No. 314 se creó la Empresa Pública de exploración y explotación de hidrocarburos “Petroamazonas EP”, como una persona jurídica de derecho público con patrimonio propio, autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión, con el objeto de encargarse de la gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables.

El objeto de la empresa pública es la gestión de las actividades asumidas por el Estado en el sector estratégico de los hidrocarburos y sustancias que los acompañan².

¹ EMPRESA PÚBLICA PETROECUADOR, plan operativo anual de 2012, disponible en http://www.eppetroecuador.ec/idc/groups/public/documents/peh_normas_shi/000795.pdf, consultado en enero de 2013.

² SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, consulta de compañías, disponible en <http://www.supercias.gov.ec/consultas/inicio.html>, consultado en diciembre de 2012.

La operación de Petroamazonas EP se afinca en los bloques 7, 15, 18 y 31 ubicados en la provincia de Orellana y el bloque 21 ubicado en la provincia de Napo, específicamente en ocho campos petroleros como son Lago Agrio, Shushufindi, Auca, Cuyabeno, Libertador y Pucuna; y dos campos de producción de gas en el yacimiento Amistad (Bloque 6) en el Golfo de Guayaquil.

c) RIO NAPO COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA

Empresa creada por el Directorio de EP Petroecuador mediante Resolución No. 67-DIR-2008-07-15 de 15 de julio de 2008, que dispuso la constitución de OPERACIONES RÍO NAPO COMPAÑÍA DE ECONOMÍA MIXTA entre EP Petroecuador (70% de las acciones) y PDVSA Ecuador S.A. (30% de las acciones) de acuerdo a los lineamientos aprobados por el Directorio de dicha Empresa Estatal ecuatoriana.

De acuerdo a la disposición transitoria tercera del Decreto Ejecutivo 315 de fecha 14 de abril de 2010, se establece *que las sociedades de economía mixta de propiedad de la Empresa Estatal de Petróleo del Ecuador PETROECUADOR y sus empresas filiales, se transformaran en empresas subsidiarias de EP PETROECUADOR, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas.*

El objeto de la Compañía, de acuerdo a sus Estatutos, establece que se dedicará al desarrollo de las actividades en todas o cualquiera de las fases de la industria petrolera, orientadas a la óptima utilización de hidrocarburos que pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado. La operación de Río Napo se afinca en el bloque Sacha, en el cual su principal objetivo es incrementar la producción mediante la reevaluación del potencial de los yacimientos, así como de las reservas, con la incorporación de nuevas tecnologías³.

³ EMPRESA MIXTA RÍO NAPO, disponible en <http://rionapocem.com.ec/la-empresa.html>, consultado en abril de 2013.

2. OPERACIÓN ENTRE EP PETROECUADOR Y PETROAMAZONAS EP

En 2012 como parte del modelo de gestión implementado para las empresas públicas petroleras, se realizó el traspaso de todos los intereses económicos de propiedad de EP Petroecuador en empresas subsidiarias u otros tipos de emprendimientos dedicados a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos al patrimonio de Petroamazonas EP.

En este sentido, se destaca que la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador – EP Petroecuador- es de **propiedad total** del estado ecuatoriano; mientras que las acciones de Petroamazonas EP están distribuidas entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (EP Petroecuador) con un 80% y el restante 20% corresponde a una filial de la misma empresa (Petroproducción).

Así, mediante Decreto Ejecutivo 1351-A suscrito el 1 de noviembre de 2012, publicado en Registro Oficial No. 860 de 1 de enero de 2013, se establece que los intereses económicos de propiedad de EP PETROECUADOR en empresas subsidiarias u otros tipos de emprendimientos dedicados a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, pasarán a formar parte del patrimonio de PETROAMAZONAS EP, observando las disposiciones legales correspondientes.

Esto se complementa con lo establecido en la disposición general del Decreto Ejecutivo 315⁴ que menciona lo siguiente: “dispóngase a la Secretaría de Hidrocarburos y a la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, en las áreas de su competencia, la coordinación del traspaso ordenado y auditado de las operaciones, los bienes, los inventarios y demás aspectos relacionados de la Gerencia de Exploración y Producción, de la Coordinación General de Aviación y de las áreas de exploración y producción de la Gerencia de Gas Natural de EP PETROECUADOR a PETROAMAZONAS EP”.

Asimismo, el Decreto 315 en su disposición transitoria séptima indica que *“los intereses económicos de propiedad de EP PETROECUADOR en empresas subsidiarias u otros tipos de*

⁴ Publicado en el Registro Oficial Suplemento 171 de fecha 14 de abril de 2010

emprendimientos dedicados a las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos pasarán a formar parte del patrimonio de PETROAMAZONAS EP...”

Por su parte el Decreto Ejecutivo 3145 establece que los campos en los cuales Petroamazonas EP *“asumirá la gestión de exploración y explotación de las áreas y campos son: Bloque 15, Edén - Yuturi y Limoncocha, Pacay, Quilla, Aguajal, Pañacocha, Paka Norte, Paka Sur, así como de los bloques, áreas o campos que le sean asignados por el Ministerio del ramo”.*

Cabe indicar que como parte de la operación, el 18 de enero de 2013, la empresa pública ecuatoriana Petroamazonas EP asumió el 70% de las acciones que EP Petroecuador mantenía en la empresa Río Napo. La transferencia forma parte del mismo proceso establecido mediante Decreto Ejecutivo No. 1351-A⁵.

De esta forma la definición de actividades, segmenta a las empresas estatales en dos líneas de negocio cuyas actividades se definen de la siguiente forma:

- Petroamazonas EP encargada de la exploración y producción de crudo a nivel nacional y,
- EP Petroecuador a cargo de las actividades de transporte, refinación y distribución de hidrocarburos.

En esta misma línea, en el mes de marzo de 2012 EP Petroecuador a través de la Gerencia de Gas Natural descubrió alrededor de 1,7 billones de reservas de Gas Natural en el Golfo de Guayaquil; las cuales se registraban dentro de las actividades de exploración a cargo de EP Petroecuador y que fueron traspasadas a Petroamazonas EP con el Campo Amistad en la división de actividades de cada una de las empresas.

⁵ Publicado en el Registro Oficial Suplemento 171 de fecha 14 de abril de 2010

⁶ Petroamazonas EP asume todas las labores de producción y exploración, mientras que EP Petroecuador conserva las de refinación, transporte, almacenamiento y comercialización interna y externa de crudo, gas natural y derivados.

3. MERCADO RELEVANTE

Para definir el mercado relevante, en primer lugar es necesario conocer como está estructurada la industria del petróleo y del gas. Así, esta industria se divide en tres componentes principales: Upstream, Downstream y Midstream.

El término upstream se refiere al sector de la extracción de petróleo y es utilizado comúnmente para referirse a la búsqueda, recuperación y producción de petróleo crudo y gas natural, considerándose para el presente caso lo correspondiente a la producción y extracción de crudo (a cargo de Petroamazonas EP). Por su parte, el midstream se lo define como las actividades relacionadas con el transporte, los procesos y almacenamiento de crudo, de tal forma que esta fase le correspondería a la Gerencia de Transporte y Almacenamiento de EP PETROECUADOR, finalizando con el downstream que acapara las actividades de transporte, refinación, distribución y venta de la industria de petróleo y gas⁷ a cargo de las Gerencias de Refinación, de Comercialización y de Comercio Internacional de EP PETROECUADOR.

Las compañías encargadas del upstream están expuestas a riesgos de cambio en el mercado del crudo, riesgo que va en dos direcciones, por un lado, el aumento de los beneficios económicos por el aumento del precio del crudo; asimismo el beneficio caerá si los precios bajan. Por otro lado, las compañías encargadas de las actividades de downstream generalmente tienen menor riesgo puesto que los cambios de precio son asumidos directamente por los consumidores, por lo tanto sus beneficios se ven menos afectados por los cambios en los precios del petróleo⁸. Por ello y con la finalidad de mitigar el riesgo que supone el upstream, las compañías grandes como British Petroleum, Shell o Repsol suelen tener las dos actividades, lo que se conoce como compañías integradas⁹.

⁷ <http://201.251.124.26:8080/Adinsa/index.php/es/servicios/petroleo-y-gas>

⁸ VIRTUALPRO, Revista de procesos industriales, disponible en <http://www.revistavirtualpro.com/revista/index.php?ed=2012-10-01&pag=11>, consultado en abril de 2013.

⁹ Idem

La situación de las compañías como las que se mencionan (compañías integradas), representa para las empresas de hidrocarburos estatales un competidor directo en el mercado de la explotación de crudo, ya que al contar con la capacidad para dedicarse tanto al downstream como al upstream poseen un plus para ser más eficientes en el mercado de explotación de crudo.

3.1. Upstream de la industria petrolera

A nivel nacional se ha establecido que las actividades relacionadas con la etapa del upstream son: producción de crudo, perforación de pozos petroleros, la operación en pozos petroleros y la fase de exploración de crudo a nivel nacional.

Producción de crudo: Durante el año 2012 en el Ecuador se obtuvo un volumen aproximado de 184,3 millones de barriles de crudo, de los cuales el 73% de esta producción está a cargo de las empresas públicas EP Petroecuador, Petroamazonas EP y Río Napo, es decir 133,6 millones de barriles; el restante 27% del total de crudo producido, está a cargo de las compañías privadas, con un aporte de 50,6 millones de barriles de crudo¹⁰.

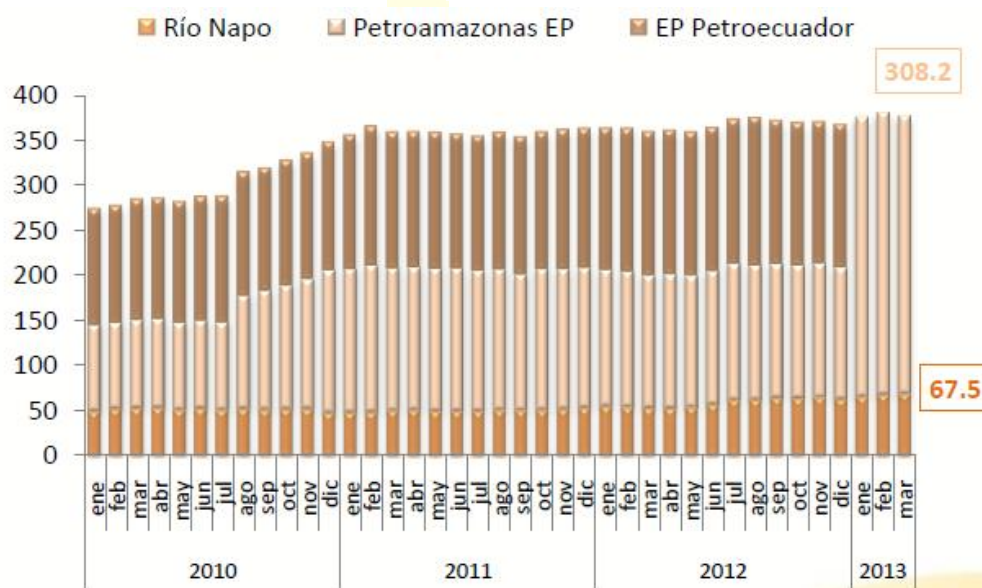
Al analizar las empresas que se encuentran inmersas en la operación, se destaca que Petroamazonas EP y EP Petroecuador en el año 2010 participaron en la producción de crudo¹¹ con el 28% cada una de la producción total, aumentando al 30% en el primer semestre de 2012. A estas estadísticas se las debe sumar el 10% que aproximadamente aporta la empresa mixta Río Napo mediante la operación del campo Sacha.

La producción diaria de barriles de petróleo desde el año 2010 hasta el primer trimestre de 2013 se muestra en el **Gráfico No.1, resaltando que, a partir del año 2013, fecha en que se dio la distribución de funciones a través de la operación entre las dos empresas estatales, la totalidad de la producción está a cargo de Petroamazonas EP.**

¹⁰ Esto en función de la información publicada por parte del Banco Central de Ecuador en lo correspondiente al cuadro 4.1.1 de producción nacional de petróleo crudo y sus derivados, en este cuadro la información presentada solo se desagrega entre producción pública y privada, lo que no permite establecer el aporte particular de cada una de las empresas.

¹¹ Cuando se haga referencia a este informe a producción de campo, los datos analizados con los correspondientes a la producción de crudo en campo, que tienen una diferencia de alrededor del 4% en relación a la producción de crudo fiscalizada.

Gráfico No. 1
Producción diaria de petróleo de las empresas estatales
Miles de barriles
Periodo 2010-2013



Fuente y elaboración: Banco Central del Ecuador

Por otro lado, la participación de las empresas del estado junto con las productoras privadas se muestra en el Gráfico No. 2. Aquí se establece que la participación estatal ha bordeado el 60% durante el período 2010-2013 (marzo)¹².

Perforación de pozos: Durante el primer semestre de 2012, en el país se perforaron 152 pozos, de ellos 145 corresponden a pozos de desarrollo¹³, 6 pozos exploratorios¹⁴ y 1 pozo de avanzada¹⁵.

¹² Para establecer este porcentaje de mercado se ha utilizado la información publicada por la Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador.

¹³ **Pozos de Desarrollo:** son aquellos pozos perforados con la finalidad de explotar, extraer y drenar las reservas de un yacimiento.

¹⁴ **Pozos Exploratorios:** son aquellos que se perforan como investigación de una nueva acumulación de hidrocarburos, es decir, que se perforan en zonas donde no se había encontrado antes petróleo ni gas.

¹⁵ **Pozos de Avanzada:** después de la perforación de un pozo exploratorio en un área inexplorada que resulta productora, se perforan los pozos de avanzada con el objetivo principal de establecer los límites del yacimiento.

Del total de pozos perforados, 123 de ellos, es decir el 81% fueron perforados por el estado; descomponiéndose de la siguiente manera: 49 pozos correspondiente a EP Petroecuador (32,2%), 45 pozos correspondientes a Petroamazonas EP (28,9%) y 29 pozos perforados por Río Napo (18,4%).

Tabla No. 1
Participación de compañías en la perforación de pozos
Primer Semestre 2012

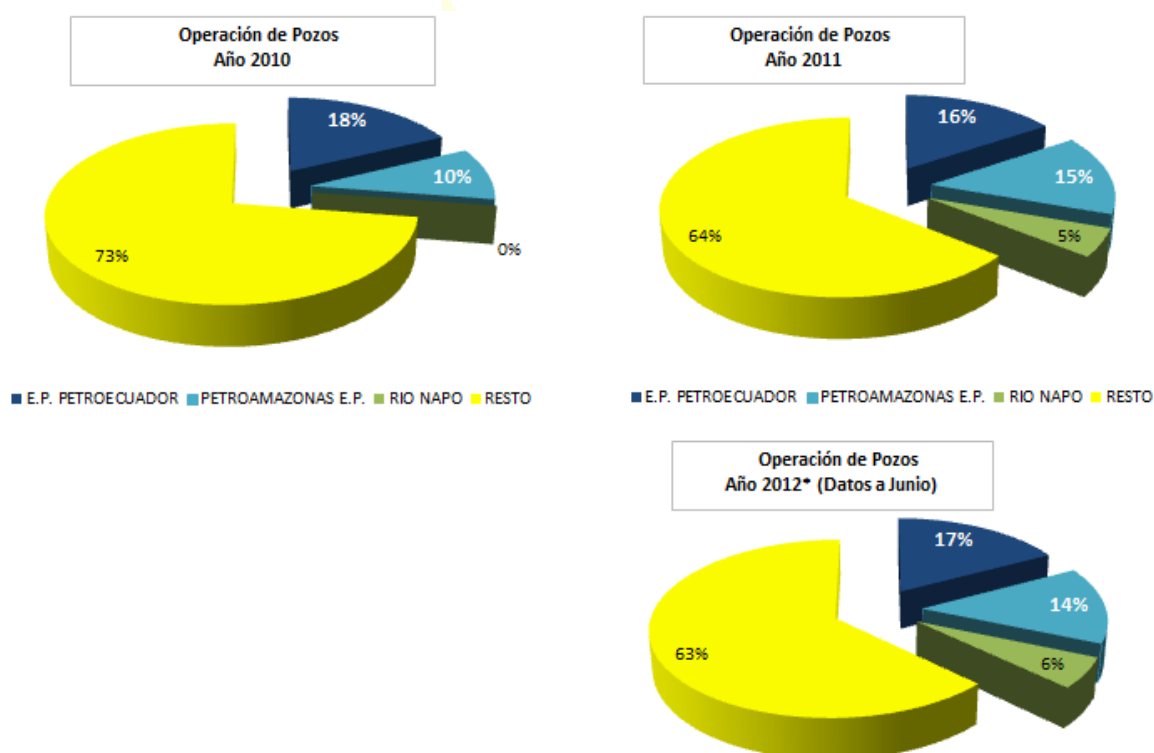
Nombre de la Compañía	Número de Pozos	Porcentaje de Participación
Total Empresas Estatales	123	81%
Petroecuador	49	32%
Petroamazonas	45	30%
Río Napo	29	19%
Total Empresas Privadas	29	19%
Andes Petroleum	16	11%
Repsol	5	3%
Petrooriental	5	3%
Otras Privadas	3	2%
Total Pozos	152	100%

Fuente: Secretaría de Hidrocarburos

Elaboración: Superintendencia de Control del Poder de Mercado

Operación de pozos: Durante el 2010, la participación de Petroamazonas E.P. en esta actividad fue del 10% y la de EP Petroecuador fue del 18%, mientras que para el segundo semestre de 2013 la participación cambió, llegando al 17% de Petroamazonas EP y disminuyendo al 14% la de EP Petroecuador. A esta participación se la debe adicionar el 6% que tiene la empresa mixta Río Napo, resultando la participación pública en la operación de pozos al primer semestre de 2012 en un total de 37%. Los pozos de la península de Santa Elena están incluidas en las actividades de Petroamazonas.

Gráfico No. 2
Participación de las empresas que forman parte de la operación.
Operación de pozos de crudo (2010-2012)



Fuente: Secretaría de Hidrocarburos del Ecuador

Elaboración: Intendencia de Control de Concentraciones

3.2. Downstream de la industria petrolera

A nivel nacional las actividades que conforman la explotación (downstream) de hidrocarburos son: transporte, refinación de petróleo y comercialización de crudo.

Transporte: El transporte de crudo se lo realiza a través de dos sistemas: el Sistema de Oleoducto Transecuatoriano –SOTE- (administrado y perteneciente a EP Petroecuador) y el Oleoducto de Crudos Pesados – OCP S.A. que es una sociedad anónima. En esta fase del downstream la participación estatal está dada por la participación que posee EP Petroecuador a través del SOTE.

El volumen neto total de petróleo crudo transportado por los oleoductos se situó alrededor de los 177,3 millones de barriles netos durante el año 2012. De este volumen, el SOTE transporta 129 millones de barriles, es decir, tiene a su cargo el 73% del total transportado. Por su parte, el OCP transporta 48,3 millones de barriles, lo cual significa el 27% del total¹⁶.

Cabe recalcar que adicional a los oleoductos mencionados, existe también el Oleoducto Transandino (OTA), el cual según las cifras registradas en el periodo enero-junio de 2012 no fue utilizado para transportar crudo.

Producción de derivados de petróleo (refinación): Durante el año 2012 en las distintas refinerías a nivel nacional la producción de derivados ascendió a aproximadamente 71,5 millones de barriles de crudo.

La participación que cada una de las refinerías tiene en la producción de derivados de petróleo viene dada por la entrega de crudo que EP Petroecuador realiza a las 4 refinerías, siendo la Refinería de Esmeraldas, con un 63,1%, el principal destino del crudo nacional para la producción de derivados de crudo.

La producción de derivados nacional (30 millones de barriles) es insuficiente para satisfacer la demanda interna que asciende a 50 millones, es por ello que se recurre a la importación de los mismos. El total de importaciones de derivados al primer semestre de 2012, fue de aproximadamente 20 millones de barriles, volumen que fue importado exclusivamente por EP Petroecuador.

En función del análisis realizado del downstream de la actividad hidrocarburífera, se establece que sólo opera una de las tres empresas públicas, siendo EP Petroecuador la institución encargada tanto del transporte de crudo, comercialización de crudo, producción de derivados de crudo, importación de derivados de crudo y comercialización de derivados de crudo.

¹⁶ BANCO CENTRAL DEL ECUADOR, boletín informativo correspondiente al mes de abril de 2013, estadísticas petroleras, producción nacional de crudo y derivados de crudo.

Comercialización de crudo: EP Petroecuador durante el 2012 exportó de manera directa alrededor de 91 millones de barriles de crudo a un precio promedio de USD 98,36 por barril. Tanto la exportación de crudo como la comercialización de derivados están a cargo de EP Petroecuador, lo que implica que Petroamazonas EP no ha tenido participación alguna en estas actividades.

Los ingresos petroleros fruto de la exportación de crudo pasaron de USD 3.730 millones en el año 2006 a USD 11.063 millones en el año 2012; este incremento se debe al aumento en el volumen exportado que pasó de 71,9 millones de barriles en el año 2006 a 112,3 millones de barriles en 2012¹⁷.

Tabla No. 2
Ingresos por exportación de crudo
Período 2000 -2012

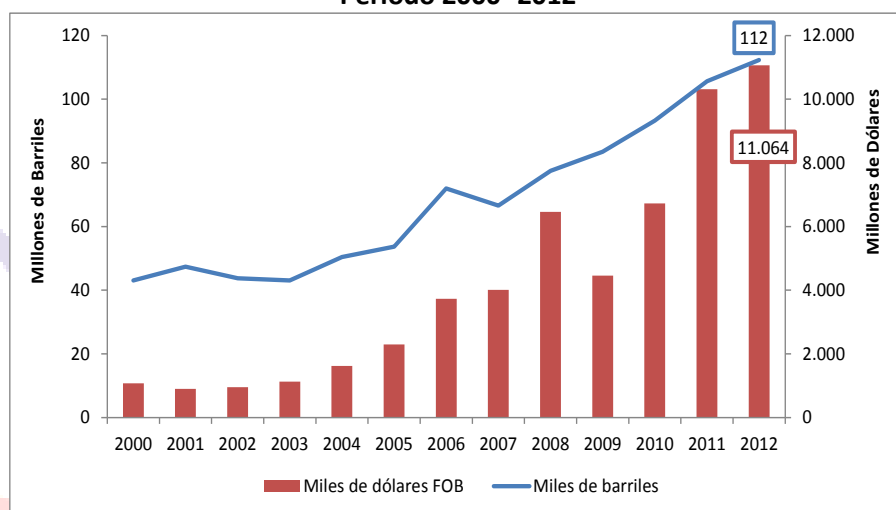
TOTAL CRUDO EXPORTADO				
Período	Miles de barriles	Miles de dólares FOB	Valor unitario dólares/barril	Grado API ponderado
2000	43.085	1.073.752	24,92	23,95
2001	47.379	899.866	18,99	23,95
2002	43.728	955.240	21,85	23,93
2003	43.038	1.130.012	26,26	23,94
2004	50.420	1.622.032	32,17	23,96
2005	53.697	2.300.128	42,84	23,86
2006	71.965	3.730.443	51,84	22,54
2007	66.607	4.011.901	60,23	21,78
2008	77.480	6.460.674	83,38	22,03
2009	83.470	4.459.741	53,43	22,25
2010	93.242	6.728.578	72,16	22,51
2011	105.599	10.311.632	97,65	22,44
2012	112.321	11.063.936	98,50	22,56

Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaboración: Intendencia de Control de Concentraciones

¹⁷ Idem.

Gráfico No. 3
Ingresos por exportación de crudo vs Volumen de crudo exportado
Período 2000 -2012



Fuente: Banco Central del Ecuador

Elaboración: Intendencia de Control de Concentraciones

3.3. Ámbito Geográfico

Si bien la actividad hidrocarburífera se encuentra asentada en la región amazónica y parte de la región costa del Ecuador, los ingresos fruto de dicha actividad se los contabiliza como ingresos de capital dentro del Presupuesto General del Estado. Estos ingresos de capital cuya característica principal es que provienen de recursos naturales no renovables, deben ser orientados a asegurar una inversión que aumente las capacidades productivas del país, por ello, el manejo de los ingresos de capital tiene una relación directa con el patrimonio del país¹⁸. Por ende, su administración se considera como un tema de interés público para la ciudadanía en general.

Por los fundamentos expuestos, se ha establecido que el mercado geográfico para el presente caso sea considerado de ámbito nacional.

¹⁸ MINISTERIO DE FINANZAS, Relatos fiscales, ¿Qué son las finanzas 2?, disponible en <http://www.finanzas.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Relatos-Fiscales-Ingresos.pdf>, consultado en mayo de 2013

3.4. Determinaciones económicas respecto al mercado relevante de la operación entre Petroamazonas EP y EP Petroecuador.

En virtud del análisis desarrollado, se establece que los operadores económicos participantes en la operación son competidores **exclusivamente en la etapa del upstream de la industria petrolera**, compitiendo en la perforación de pozos petroleros, operaciones de pozos petroleros y las operaciones de producción de crudo.

Por otra parte, la operación no genera ningún cambio en el downstream de la industria petrolera, siendo la consecuencia final de la operación, el mantenimiento de las participaciones actuales de mercado por parte del Estado en cada una de las fases del downstream de la actividad hidrocarburífera a nivel nacional.

En función de lo mencionado, a continuación se muestra los porcentajes de participación en las etapas anotadas por parte de las empresas petroleras involucradas en la operación.

Tabla No. 3

Porcentaje de participación de las empresas públicas en las fases de producción de crudo

Nombre de la Compañía	Número de Pozos Perforados Primer semestre 2012	Porcentaje de Participación
Total Empresas Estatales	123	81%
Petroecuador	49	32%
Petroamazonas	45	30%
Rio Napo	29	19%
Total Empresas Privadas	29	19%
TOTAL	152	100%

EMPRESAS	Número de Pozos operados Primer Semestre 2012	Porcentaje de Participación
Petroecuador	526	17%
Petroamazonas	431	14%
Rio Napo	173	6%
OPERADORES PÚBLICOS	1.130	37%
OPERADORES PRIVADOS	1.923	63%
TOTAL	3.053	100%

EMPRESAS	Producción de crudo Primer Semestre 2012	Porcentaje
Petroecuador	28.922.138	32%
Petroamazonas	26.999.463	30%
Rio Napo	9.689.273	11%
OPERADORES PÚBLICOS	65.610.874	72%
OPERADORES PRIVADOS	25.579.802	28%
TOTAL	91.190.675	100%

Fuente: Secretaría de Hidrocarburos-SHE-.

(*) Es el dato correspondiente al mes de junio de 2012

La producción de crudo corresponde a la producción en campo de petróleo, no son cifras de crudo fiscalizado

En conclusión, dado que las dos empresas estatales que participan de forma directa en la operación entre Petroamazonas EP y EP Petroecuador, así como la empresa partícipe de forma indirecta (Empresa Mixta Río Napo¹⁹) pertenecen al Estado, es decir, tienen un solo dueño, el objetivo de la operación es lograr una clara división de actividades dentro de la industria hidrocarburífera, en el sentido de que una empresa se dedique a toda la etapa del upstream (Petroamazonas EP) y otra empresa se dedique al downstream (EP Petroecuador), lo cual se trata de una reestructura intragrupo. Esto no tiene efectos negativos sobre la competencia ni establece un cambio en la estructura del mercado dentro de la actividad hidrocarburífera del país, dado que el Estado (principal actor de la actividad hidrocarburífera) mantendrá los mismos porcentajes de participación.

4. MARCO LEGAL

4.1. Conceptos Jurídicos importantes para el análisis de la operación

a) Control

El estudio realizado por el Dr. Carlos Molina Sandoval sobre “El control de concentraciones económicas y fusiones en el régimen competitivo Argentino” en el año 2010, establece que para que haya “concentración económica” es menester que haya control. Es así que, en dicho estudio se presentan algunos conceptos sobre lo que se entiende por “control”, entre los que se tiene:

- Para la esfera Societaria, control es “el poder efectivo de dirección de los negocios sociales”, “derecho de disponer de los bienes de otro como propietario”. Se especifica también que “controlar una empresa es tener el control de los bienes que están afectados a ella (derecho de disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño de dirigir su actividad económica”, o sea que “controlar una sociedad es tener el control de los bienes sociales (derecho a disponer de ellos como propietario) de tal suerte de ser dueño

¹⁹ 70% del Estado y 30% de PDVSA

de la actividad económica de la empresa social” (Champaud,1962, p 107 y 161 citado en Alegría,1978, p 303).

- Este mismo autor, en otro importante aporte (Champaud,1969, p 121) señala que el control patrimonial es “a la vez el resultado de la unidad de decisión y el mejor medio si no el único de asegurar la solidez, la constancia y la duración de esta unidad. Puede definirse como un señorío organizado por medios del derecho, que transfieren a los detenedores del control prerrogativas sobre los bienes del patrimonio controlado que, por su naturaleza, son poderes del propietario” y agrega: “por lo que el control es un medio de realizar o conservar la unidad de decisión”.

El control de *pura relación*, vincula a dos partícipes. Es una institución que, ejercida por un sujeto sobre otro, debe canalizarse -y así se hace- mediante diversas maneras, algunas típicamente societarias, otras de corte contractual (Junyent Bas & Molina, 2009, p 295).

Por otra parte, al analizar lo que diferentes Leyes de Competencia definen como “control”, se tienen lo siguiente:

- La Ley de Competencia de El Salvador define al control como “la capacidad de un agente económico de influenciar a otro a través del ejercicio de los derechos de propiedad o el derecho de uso, de la totalidad o parte de los activos del agente económico o mediante los acuerdos que confieren influencia sustancial en la composición, votación o decisiones de los organismos directivos, administrativos o representantes legales del agente económico.”
- La legislación Colombiana define el control societario en el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, estableciendo que una sociedad es subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentra sometido a la voluntad de otra u otras personas. Por otra parte, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, define el control como “la posibilidad de influir directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la

actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.”

- La Ley Federal de Competencia Económica de México en su Capítulo III referente a las Concentraciones, en artículo 16 establece que “para los efectos de esta ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se concentren sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. La Comisión impugnará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.”
- La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia de España de 3 de julio de 2007 en su capítulo II que menciona las Concentraciones Económicas, en su artículo 7 establece:

“Definición de concentración económica.

1. A los efectos previstos en esta Ley se entenderá que se produce una concentración económica cuando tenga lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, o
- b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas.
- c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

2. A los efectos anteriores, el control resultará de los contratos, derechos o cualquier otro medio que, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa y, en particular, mediante:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de una empresa,

b) contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

En todo caso, se considerará que ese control existe cuando se den los supuestos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

3. No tendrán la consideración de concentración:

a) La mera redistribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo.

b) La tenencia con carácter temporal de participaciones que hayan adquirido en una empresa para su reventa por parte de una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición. Con carácter excepcional, la Comisión Nacional de la Competencia podrá ampliar ese plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido.

c) Las operaciones realizadas por sociedades de participación financiera en el sentido del apartado 3 del artículo 5 de la cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, que adquieran con carácter temporal participaciones en otras empresas, siempre que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo sean ejercidos para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar el comportamiento competitivo de dichas empresas.

d) La adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal.”

- La Ley 25.156 de Defensa de la Competencia de Argentina, Capítulo III De las Concentraciones y Fusiones en su artículo 6 dice: “a los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización de los siguientes actos:

- a) La fusión entre empresas;
- b) La transferencia de fondos de comercio;
- c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma;
- d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.”

Al analizar el Control Societario y atendiendo a una caracterización “clásica”, se entiende por control al *“poder efectivo de dirección de los negocios sociales, mediante la posibilidad de formación de la voluntad social”*, puede ser interno (societario) o externo (contractual), el que puede ejercerse de una manera ‘directa’ o también ‘indirecta’. (Rivera J.C.,1997, p 279. *Instituciones de Derecho Concursal*. Tomo 2. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni)

Control interno.- Se presenta, por regla general, cuando una persona natural o jurídica adquiere un porcentaje significativo del capital de una sociedad, logrando de esta manera formar el poder legítimo de deliberación y voto en las asambleas de accionistas o juntas de socios. Sin embargo, es perfectamente posible tener el control de los votos, sin tener un porcentaje significativo del capital.

Existe Control interno cuando quien lo ejerce tiene la mayoría de los votos, calculado sobre la totalidad de los votos posibles según la clase de la sociedad y su contrato o estatuto, Es decir, se trata de una mayoría absoluta y de derecho, que se computa *in abstracto* y sobre la totalidad de los votos posibles (Héctor Alegría,1978, p 305).

Control externo.- Este tipo de control se configura cuando, “por vínculos contractuales o relaciones económicas determinadas, una persona física o jurídica tiene una posición dominante sobre la sociedad”.

Es decir, el control externo se ejerce por quien tiene la posibilidad de influir en las decisiones sociales, no solamente mediante su voto sino en virtud del poder que ha obtenido a través de los derechos adquiridos al relacionarse contractualmente con la compañía, como en el caso de acreedores o de proveedores monopolísticos de los factores de producción. De manera que este control no depende de vínculos accionarios exclusivamente, sino que se deriva de otras relaciones contractuales que facultan al controlante a influir en el proceso de toma de decisiones de la sociedad controlada.

El control externo, también nominado *contractual*, tiene como fuente principal -aunque no exclusiva los ligámenes contractuales, pues, si bien en la gran mayoría de los casos el control se ejercerá mediante vínculos contractuales, también puede configurarse mediante otro tipo de relaciones. El control externo se diferencia notablemente del “interno”, ya que la participación accionaria no juega ningún papel preponderante y es más difícil determinar la existencia de control (Junyent Bas & Molina, 2009, 298).

Asimismo, el Control se puede ejercer de manera exclusiva o colectiva, definiéndose cada uno de estos como:

Control Exclusivo.- Será cuando un sujeto adquiere la mayoría del capital social y los derechos de voto de una empresa.

Biaggini y Asplindh (2002, p 2) señalan que el control exclusivo será en tal caso jurídico cuando existan derechos específicos inherentes a la participación minoritaria. Dichos derechos pueden consistir en acciones preferentes que confieran la mayoría de los derechos de voto u otros derechos que posibiliten al accionista minoritario decidir sobre la estrategia competitiva de la empresa afectada, por ejemplo la prerrogativa de nombrar a más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección de la empresa. Un accionista puede también ejercer el control exclusivo por circunstancias de hecho, como por ejemplo, cuando éste obtenga mayoría en las asambleas de accionistas debido a que las restantes acciones se encuentran dispersas (cotizan en Bolsa), siendo

altamente improbable que todos los pequeños accionistas estén presentes o representados en dicha asamblea.

Control Conjunto.- Será cuando ese control sea ejercido por dos o más personas que están de acuerdo en el ejercicio del mismo, La modalidad de ejercicio de este control es a través de un holding o de un convenio de voto.

También se ha dicho que “existe control conjunto cuando los accionistas deben llegar a un acuerdo sobre las decisiones importantes que afectan a la empresa controlada. (Martínez 2002, p 151).

También se verifica cuando dos o más empresas o personas tiene la posibilidad de ejercer influencia decisiva sobre otras empresa”. Biaggini y Asplindh (2002, p 2).

b) Cambio o toma de control

Se entenderá que se produce este cambio de control como consecuencia de la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, la adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, o la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma. (Artículo 7.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, España)

La Ley de Derecho a la Competencia de Argentina incorpora una noción especial de concentración económica en su artículo 6, básicamente lo conceptualiza como: “*la toma de control de una o varias empresas*” a través de una serie abierta de actos siempre que importen transferencia de los activos o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración de una empresa. Todo acuerdo o acto de transferencia de activos u otorgamiento de influencia determinante en la dirección administrativa de la empresa.

En la Legislación de Competencia de El Salvador se considera que una concentración es todo acto que implica la adquisición o toma de control de una parte o del todo de un agente económico por parte de otro, mediante contratos, acuerdos o convenios que tengan por objeto la fusión,

adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios, tales como la compraventa de acciones o activos, la co-inversión, las alianzas estratégicas para optimizar los recursos, el otorgamiento de concesiones, entre otros.

La Legislación Colombiana en su Ley 1340 de 24 de julio de 2009 que Dicta Normas en Materia de Protección de la Competencia, en su Título II habla sobre las integraciones empresariales, estableciendo en su artículo 9 lo siguiente:

“Control de Integraciones Empresariales.- Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada...”

c) Grupo económico

Los grupos económicos son todas aquellas instituciones locales "que participan haciendo negocios en diferentes mercados, bajo control administrativo o financiero común, cuyos miembros están vinculados por relaciones de confianza interpersonales, sobre la base de un trasfondo personal, étnico o comercial similar" (Leff, 1978, p 749)

Lagos (1960, p 62 a 65) manifiesta que lo clave de los grupos económicos es la existencia de directorios entrelazados. Argumenta que la misma persona o familiares de esa persona en diferentes directorios dan lugar a un grupo económico. Sin embargo dice que otros tipos de relaciones (amistad, dependencia, etc.) pueden dar lugar a un vínculo similar. En todo caso se centra en la importancia de los lazos personales para definir un grupo.

Dahse (1979, p 19) habla de que un grupo económico existe cuando hay control sobre un número de empresas por parte de un propietario o propietarios, de tal forma que ellos controlan las decisiones sobre el destino del excedente económico.

El libro *Estrategias del Poder: Grupos Económicos en el Perú* (Vásquez Huamán, 2000) define a los grupos económicos como *el conjunto de firmas relacionadas por lazos de propiedad y gestión corporativa común*; mientras que Ricardo Anaya en su libro *Los Grupos de Poder Económico: Un Análisis de la Oligarquía Financiera* los define como “un conjunto de empresas de naturaleza y especialidades diversas, dirigidas de acuerdo a una política común y al servicio de un interés financiero predominante, manteniendo éstas, al interior del grupo su autonomía jurídica” (Anaya. *Los Grupos de Poder Económico: Un Análisis de la Oligarquía Financiera*, 1990, p 43).

Por su parte, según María Carolina Forero Enao (2001), un grupo económico se refiere a una agrupación o reunión de empresas, o de un conjunto de sociedades que mantienen su independencia y autonomía. Este conjunto de empresas o sociedades forma un ente que no constituye una persona jurídica distinta de los miembros que la integran. Dicho ente se establece como una organización común o como una unidad económica.

Esta organización busca una finalidad común tal como: facilitar o desarrollar determinada fase de la actividad empresarial (producción, distribución y comercialización) de sus miembros; o perfeccionar o aumentar el resultado de tales actividades; desarrollar o ejecutar una obra, servicio o suministro concreto; mejorar, facilitar, acrecentar o desarrollar conjuntamente una actividad económica análoga o complementaria.

La dirección y el control económico de la organización común serán únicos cuando las sociedades o empresas estén agrupadas bajo el vínculo de la subordinación, y serán compartidos cuando la vinculación sea por colaboración.

A pesar de que al interior de los Grupos Económicos existe una diversidad de miembros que interactúan entre sí, generalmente los terceros los perciben como un solo ente debido a las siguientes razones:

- (a) por tener unidad de criterio;
- (b) por tener una finalidad común;
- (c) por celebrar contratos de outsourcing;
- (d) porque comparten una misma marca y

(e) porque comparten sinergias, entre otros

Es preciso indicar que el grupo en sí mismo carece de personalidad jurídica, por lo que no puede tomar parte en una conducta colusoria prohibida, sino que son las sociedades que lo integran las que asumen dicho papel, al menos, formalmente.

d) Tratamiento de operaciones intra – grupos en distintas Autoridades de Competencia.

La Ley Federal de Competencia Económica de México en su artículo 21 dispone que “no se requerirá la notificación de concentraciones a que se refiere el artículo 20 de esta Ley en los casos siguientes:

I. Cuando la transacción implique una reestructuración corporativa, en la cual los agentes económicos pertenezcan a un mismo grupo económico de control y ningún tercero participe en la concentración...”

Asimismo, el artículo 24 del Reglamento de la Ley Federal de Competencia Económica de México indica que *“la Comisión podrá considerar que es notorio que una concentración no tendrá como objeto o efecto disminuir, dañar, o impedir la competencia y libre concurrencia cuando:*
I. La transacción implique una reestructuración corporativa en la que los agentes económicos involucrados pertenezcan a un mismo grupo económico de control y en la que no participe un tercero en la concentración...”

Por su parte, la Comisión Europea en el artículo 7.3.a de la Ley 15/2007 excluye del ámbito objetivo de aplicación del procedimiento de control de concentraciones a las operaciones corporativas intragrupo, estableciendo que no tendrá la consideración de concentración, la mera distribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo.

En el ámbito comunitario, el punto de referencia jurisprudencial —importado del Derecho *antitrust* norteamericano—, por su claridad, lo representa la sentencia del TJCE de 31 de octubre de 1974 en el caso *Centrafarm*, conforme a la cual se reconoce que el reparto de funciones dentro del grupo entre sus miembros implica la ausencia de autonomía decisoria de cada uno de ellos

para determinar su actuación en el mercado. Dos son los requisitos exigidos para tal «inaplicación»: la ausencia de autonomía de las empresas afectadas, de un lado, y que los acuerdos alcanzados se correspondan con un reparto interno de competencias, de otro. Esta doctrina, de origen norteamericano e importada por el ordenamiento comunitario, se ha asumido por los órganos competentes tanto comunitarios como en Argentina (Pablo Girgado Perandones, 2007).

Dentro de esta perspectiva, cabe destacar el planteamiento de otros autores como Bellamy, Child y Fikentscher (C. W. BELLAMY; G. D. CHILD, *Common Market Law of Competition*, 4.^a ed., London, 1993, marg. 2-053 y W. FIKENTSCHER, *Wirtschaftsrecht*, vol. I, München, 1983, p 588) que fundamentan la exclusión de la aplicación de las normas anti colusorias a las relaciones entre empresas de un mismo grupo sobre la base del concepto de empresa. Incluso algunos autores llegan a negar la condición de «empresa» a las sociedades integradas en un grupo (C. POTRAFKE, *Kartellrechtswidrigkeit konzerninterner Vereinbarungen*, cit., p 209. y K. MARKERT, «Anmerkung zu Beguelin Import Co. gegen S.A.G.L. Import Export», *EuR*, 1972, p. 166.).

Pablo Girgado Perandones señala que son tres las características que se suelen emplear para entender inaplicable la prohibición de colusión entre los grupos de empresas:

- 1.º) La existencia de un acuerdo o práctica colusoria.
- 2.º) La condición de empresa.
- 3.º) El resultado lesivo para el mercado por la restricción, limitación o falseamiento de la libre competencia.

Las diversas posturas doctrinales favorables a la aplicación del privilegio del grupo recurren a uno o a varios de estos criterios para fundamentar su posición. Más bien, se podría afirmar que estos criterios son empleados *a posteriori* de las decisiones adoptadas por los órganos comunitarios correspondientes, sin haber hecho un análisis a fondo del fundamento de cada uno de ellos.

En virtud del análisis realizado a la normativa de competencia de otros países y las definiciones de autores, se concluye que las operaciones intragrupo no son consideradas operaciones de

concentración económica puesto que comportan distribución de valores o activos entre empresas de un mismo grupo y no existe un tercero que intervenga en la operación, es decir, no existe un cambio o toma de control como se establece en las normativa y en la teoría.

4.2. Base Legal

a) Constitución de la República del Ecuador

Es importante citar lo que nos dice la Constitución respecto a los sectores estratégicos en su Capítulo V:

“Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley”.

De igual manera en el artículo 315 nos habla sobre las empresas públicas constituidas para la gestión de sectores estratégicos:

“Art. 315.- El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Las empresas públicas estarán bajo la regulación y el control específico de los organismos pertinentes, de acuerdo con la ley; funcionarán como sociedades de derecho público, con personalidad jurídica, autonomía financiera, económica, administrativa y de gestión, con altos parámetros de calidad y criterios empresariales, económicos, sociales y ambientales.

Los excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo. Los excedentes que no fueran invertidos o reinvertidos se transferirán al Presupuesto General del Estado.

La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos”.

b) Ley de Hidrocarburos

En el artículo 1-A hace referencia a la libre competencia, prohibiéndose las prácticas que impidan o distorsionen a este sector.

“Art. 1-A.- En todas las actividades de hidrocarburos, prohíbanse prácticas o regulaciones que impidan o distorsionen la libre competencia, por parte del sector privado o público. Prohíbanse también prácticas o acciones que pretendan el desabastecimiento deliberado del mercado interno de hidrocarburos”.

En este sentido la operación establecida entre Petroamazonas EP y EP Petroecuador no distorsiona la libre competencia, no establece ninguna práctica anticompetitiva.

c) Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

El ámbito de aplicación de la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** nos señala el artículo 2, este dice que 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.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.

Para poder determinar el mercado relevante es necesario citar lo que nos dice la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo número 5:

“Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas

de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto”.

“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como:

- a) La fusión entre empresas u operadores económicos.
- b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante.
- c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma.
- d) La vinculación mediante administración común.
- e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico”. (el subrayado me pertenece).

En el presente caso no se produjo un cambio o toma de control conforme lo requiere para que sea considerada una operación de concentración económica el artículo 14 primer inciso, ya que quien tenía el control de las dos empresas antes de realizarse la operación era el Estado y después de producirse la operación lo sigue teniendo. Para que los operadores económicos tengan la

obligación de notificar una operación de concentración deben estar dentro de uno de los umbrales establecidos en el artículo 16 de la Ley, el cual nos señala que:

“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones:

- a) 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 que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación.
- b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo”.

d) Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

El artículo 7 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado estipula lo siguiente

“Art 7: Personas vinculadas.- Para efectos de lo previsto en la Ley, y en particular en el literal a) del artículo 8, se estará a la definición y criterios de vinculación establecidos en la Ley de Mercado de Valores y la correspondiente normativa del Consejo Nacional de Valores. En lo atinente a la pertenencia a un grupo económico, se aplicará lo establecido en el artículo 11 de este reglamento”.

La Sección 2 del Reglamento citado anteriormente habla de la concentración económica en su artículo 11 y dispone que:

“Art. 11: Grupo económico.- Para fines de aplicación del literal e) del artículo 14 de la Ley, artículo 7 de este reglamento y de esta sección, se entenderá que pertenecen a un grupo económico el conjunto de empresas u operadores económicos cuyo volumen de negocios debe sumarse en virtud del artículo 17 de la Ley. La Junta de Regulación podrá considerar otros factores de relación entre las partes que conforman los grupos económicos, respecto a la dirección, administración y relación comercial. Para el efecto emitirá la normativa que establezca el mecanismo de aplicación de estos criterios”.

En función de lo descrito anteriormente y destacando que la LORCPM hace un señalamiento respecto a lo que se entiende por grupo económico indicando que es el conjunto de empresas u operadores económicos cuyo volumen de negocios debe sumarse en virtud del artículo 17 de la Ley, se destaca que para el caso que nos atañe, el Estado Ecuatoriano es el dueño de las 2 empresas analizadas, por lo expuesto no existiría cambio o toma de control sino una reorganización.

4.3. Criterio Jurídico de la operación entre Petroamazonas EP a EP Petroecuador.

Se debe tener en cuenta que la operación realizada entre EP Petroecuador y Petroamazonas EP se refiere a un sector estratégico que como dispone la Constitución de la República del Ecuador por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, en el país, por lo cual deberá orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Es así que la operación cumple con lo dispuesto en la Carta Magna que tiene como objetivo que el Estado constituya empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas.

Esta operación debe ser analizada también utilizando el marco establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que establece entre sus objetivos un control de las concentraciones económicas. Sin embargo, es importante establecer que **si no hay una situación**

de cambio o toma de control, la operación se considera como cualquier tipo de operación societaria mas no una de concentración económica en el sentido establecido en la LORCPM, pues para que se cumpla con este requisito debe existir, como estipula la Ley, un cambio o toma de control.

Resulta evidente en la presente operación entre EP Petroecuador y Petroamazonas EP que no se elimina una alternativa efectiva para el consumidor, peor aún tiene como objeto el desplazamiento indebido de algún competidor con lo que no se está afectando la libre competencia.

En conclusión dado que ambas empresas pertenecen a un mismo dueño, que para este caso particular es el Estado, la operación realizada no implica un cambio en la estructura dentro de la actividad hidrocarburífera del país, pues la esencia de la absorción es la división de funciones, es decir, la especialización de cada una de las empresas en distintas actividades del sector hidrocarburífero, por ende, esta operación no implica una eliminación de un competidor del mercado ya que el Estado mantendrá su participación en la actividad hidrocarburífera.

5. Aspectos Adicionales

Según lo establecido por el actual Gerente General de Petroamazonas EP, Oswaldo Madrid, en la declaración de prensa del 15 de Noviembre de 2012 respecto a la absorción por parte de EP Petroamazonas EP de las actividades de exploración y producción de crudo de EP Petroecuador argumentó que: ***“las operaciones continuarán con el propósito de mejorarlas e incrementar la producción para beneficio del país”***, además destacó que se ha cumplido ***“el 100% del traspaso de acciones en las áreas de Finanzas, Recursos Humanos y Planificación Estratégica, desde Petroamazonas EP, lo cual permite viabilizar la operación con la Gerencia de Exploración y***

Producción, la Coordinación General de Aviación y las áreas de exploración y producción de la Gerencia de Gas Natural de EP Petroecuador²⁰”.

Adicionalmente esta operación se la realiza para segmentar las líneas de negocio y tener dos empresas cuyas actividades estén bien definidas: una de exploración y producción, a cargo de Petroamazonas EP y otra de la explotación de crudo, a cargo de EP Petroecuador, lo cual conlleva actividades de transporte, refinación y distribución de hidrocarburos.

Por su parte, el entonces Ministro de Recursos Naturales No Renovables (E), Ramiro Cazar manifestó que con la finalización de este proceso iniciado hace dos años, se cumple un hito importante en la industria hidrocarburífera estatal, establecido en la política petrolera del Gobierno Nacional, porque se está aportando desarrollo y modernización al sector petrolero. Cazar señaló que a partir de 2014 el país estima registrar una producción de 546.000 barriles diarios de crudo²¹.

Por su parte, el actual Gerente General de EP Petroecuador, Marco Calvopiña, confirmó²² que los activos que se transfieren a Petroamazonas EP corresponden a 1.518 millones de barriles de crudo en reservas remanentes²³ correspondientes a los ocho campos transferidos y 1,7 billones de pies cúbicos en producción de gas natural, extraídos en el Bloque 6 (campo Amistad). Adicionalmente, la operación contempla el traspaso de las actividades de la Empresa de Economía Mixta Río Napo hacia Petroamazonas EP, que con su operación en el campo Sacha, aporta a la producción nacional de crudo con un promedio de 65.000 barriles diarios.

²⁰ Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, disponible en <http://www.recursosnaturales.gob.ec/petroamazonas-ep-asume-la-operacion-de-ocho-campos-de-ep-petroecuador-y-de-la-produccion-de-gas-natural/>, consultado el 22 de diciembre de 2012

²¹ Idem

²² Idem

²³ Reservas remanentes corresponden a las reservas probadas, o reservas 1P, que se definen como el volumen de hidrocarburos o sustancias asociadas evaluados a condiciones atmosféricas y bajo condiciones económicas actuales, que se estima serán comercialmente recuperables en una fecha específica, con una certidumbre razonable, derivada del análisis de información geológica y de ingeniería.

6. CONCLUSIONES

- Según lo que dispone el inciso primero del artículo 14 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que señala: “Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos...”. Dado que la operación se trata de una reestructura intragrupo, y el dueño sigue siendo el mismo, en este caso particular el estado, la presente operación NO SE CONSIDERA UNA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA según lo dispuesto en la Ley.
- El objetivo principal de la operación establecida entre las empresas estatales (Petroamazonas EP y EP Petroecuador) es lograr una clara división de actividades, una empresa que se dedique a todo lo correspondiente al upstream de la actividad petrolera (Petroamazonas EP) y otra empresa dedicada al downstream (EP Petroecuador), sin que se pueda evidenciar efectos negativos sobre la competencia ni establecer un cambio en la estructura del mercado dentro de la actividad hidrocarburífera del país, ya que esta operación no implica una eliminación de un competidor del mercado, dado que el Estado (principal actor de la actividad hidrocarburífera) mantendrá sus porcentajes de participación.
- La operación significó la implementación del Modelo de Gestión, con contenidos y prácticas de una operación hidrocarburífera con altos estándares y responsabilidad ambiental y social, que aplica Petroamazonas E.P. en la ex Gerencia de Exploración y Producción de E.P. PETROECUADOR.
- Este proceso está amparado en la vigencia del Decreto Ejecutivo 1351-A, que además dispone a PETROAMAZONAS EP el control del 70% del paquete accionario de Operación Río Napo, Compañía de Economía Mixta. Así como el control contractual en la operación de campos maduros, licitados bajo la modalidad de Contratos de Prestación de Servicios Integrales.

- La consecuencia final de la operación dentro de la industria hidrocarburífera es el mantenimiento de las cuotas del mercado que poseen actualmente los operadores económicos en cada una de las fases de la industria petrolera nacional, siendo de especial relevancia el análisis del upstream de la industria petrolera, en la cual el Estado mantendrá el 72% de la producción de crudo, el 81% de la perforación de pozos petroleros y el 37% en lo correspondiente en la operación de pozos.
- ***Si no hay una situación de cambio o toma de control***, esta se considera como cualquier tipo de operación societaria, y por ende no implica una afectación directa al mercado, pues para que se cumpla con este requisito debe existir, como estipula la Ley, un cambio o toma de control.

7. RECOMENDACIONES

- Se recomienda tomar en cuenta la conclusión que posee el presente informe respecto de la operación que se ha realizado entre Petroamazonas EP y EP Petroecuador, en la cual se establece que no existe un cambio o toma de control. Del mismo modo se recomienda poner en conocimiento del Señor Superintendente y de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el presente informe.

