

SC-015-S/CE/R-2019 / Res.:17/07/19

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA: Antiguo Cuscatlán, a las quince horas y treinta minutos del día diecisiete de julio de dos mil diecinueve.

1. El 10 de julio de 2019, el señor José Antonio Vega Castañeda, mayor de edad, auditor, del domicilio de San Salvador, actuando en representación de “Química Agrícola Internacional, Sociedad Anónima de Capital Variable” (QUIMAGRO), presentó un escrito donde manifiesta tener interés y contar con el derecho a intervenir en el procedimiento de autorización económica que esta Superintendencia sigue sobre una compraventa de acciones, mediante la cual Imperia Intercontinental Inc. e Inversiones Imperia El Salvador, S.A. de C.V., adquirirían la participación accionaria que The Bank of Nova Scotia posee en Scotiabank El Salvador, S.A. (ScotiaBank) e Inversiones Financieras Scotiabank El Salvador, S.A. (Inversiones Financieras Scotiabank)¹.
2. A efectos de una mejor comprensión de la presente resolución, se establece el siguiente orden de análisis: primero se presentarán los aspectos esenciales expuestos por el señor Vega Castañeda y, segundo, se procederá al análisis de la cuestión planteada para así emitir la conclusión que corresponda.

I. Antecedentes

A. Sobre el escrito de oposición

3. El señor Vega Castañeda señala que QUIMAGRO promueve un proceso común declarativo de daños y perjuicios en contra de ScotiaBank, reclamándole una cantidad superior a 49,331,000.00 dólares de los Estados Unidos de América (\$). El proceso se ventila ante el

¹ “Scotiabank [...] llegó a un acuerdo mediante el cual venderá sus operaciones de banca y seguros en El Salvador, incluyendo Scotiabank El Salvador, sus subsidiarias y Scotia Seguros, a Imperia Intercontinental Inc. (“Imperia”), sujeto a la aprobación regulatoria...”; comunicado de prensa institucional; Toronto/San Salvador, 8 de febrero de 2019/CNW; Scotiabank El Salvador, [en línea], <https://cdn.agilitycms.com/scotiabank-el-salvador/2019/comunciado08022019/COMUNICADO%20SCOTIABANK%20FEB2019.pdf?t=1554391378219>; [consulta: 28 de mayo de 2019].

Juzgado 5° de lo Civil y Mercantil. Aunque no se menciona una razón justificativa, en el escrito se advierte que el proceso se encuentra pendiente de un pronunciamiento de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

4. En todo caso, en el escrito se afirma que el Juez A Quo adoptó las medidas cautelares siguientes:
 - a) Inhibición de disponer de inversiones financieras hasta \$38,107,000.00, el cual recae en certificados de inversión del “Fondo Nacional para la Vivienda” (FSV) ² y certificados fiduciarios de FICAFE
 - b) Embargo hasta por la cantidad de \$11,223,000.00 (ó \$14,804,000.00, no existe claridad en el escrito), el cual recae en las participaciones accionarias que ScotiaBank posee en (i) Scotia Servcredit, S.A. de C.V., (ii) Scotia Soluciones Financieras, S.A. de C.V., (iii) Scotia Inversiones, S.A. de C.V. y (iv) Scotia Leasing, S.A. de C.V.
5. El señor Vega Castañeda señala que “al venderse ScotiaBank están vendiendo todos sus activos”, lo cual, en sus palabras, incluye las participaciones accionarias que posee dicha entidad en sus sociedades filiales, advirtiendo que entre estas se encuentran aquellas cuyas acciones están embargadas. También se incluirían los certificados de inversión del FSV y los certificados fiduciarios del FICAFE.
6. Agrega el señor Vega Castañeda que, aunque la personalidad jurídica de ScotiaBank subsista, existe una fuerte racionalidad para suponer que, por tratarse de una concentración horizontal, una eventual autorización llevaría a la fusión de las sociedades del grupo adquirente con las sociedades del grupo adquirido que operan en los mismos mercados, que, de realizarse, provocaría un daño a su representada, pues estaría involucrado el traspaso de los activos que se encuentran embargados a favor de QUIMAGRO.
7. En el escrito también se advierte que el análisis de competencia conlleva, entre otros elementos relevantes, la valoración de la eficiencia económica derivada de la operación. Al respecto, señala que las ganancias en eficiencias que pudiesen ser alegadas por los interesados (ahorros en recursos, menores costos por unidad producida, mayor cantidad de servicios al mismo costo,

² Se advierte que el señor Vega Castañeda menciona al Fondo Nacional para la Vivienda, sin embargo, se infiere que se trata del Fondo Social para la Vivienda (FSV).

reducción de gastos administrativos, disminución del costo de comercialización, etcétera) no deberían aceptarse porque los embargos impedirán la fusión de las diferentes empresas que componen cada uno de los conglomerados y, en consecuencia, tendrían que continuar actuando separadamente. De ahí que, eficiencias como las apuntadas no podrían llegar a materializarse.

8. Además, se alega que la evaluación de competencia exigiría definir los mercados relevantes donde operan las sociedades integrantes de los grupos involucrados en la operación. Como la propiedad de las acciones se encuentra sujeta a los resultados del proceso y de los embargos, si eventualmente existiese un traspaso de dichas participaciones accionarias, cualquier análisis que haya hecho la Superintendencia, por ejemplo, sobre cuotas de mercado, índices de concentración y otros, sería inválido. En consecuencia, advierte que no sería prudente analizar la concentración mientras no se esclarezca el tema de la propiedad de las acciones de algunas de las sociedades integrantes del grupo adquirido.
9. Finalmente, el señor Vega Castañeda señala que existe una conexión entre el particular interés de QUIMAGRO y el deterioro o reducción de la competencia, aseverando que la Superintendencia “...tiene una habilitación legal positiva para asumir la función de garante del interés de mi representada y una relación clara entre la pretensión [...] y el objeto del procedimiento de concentración económica [el subrayado es propio]”. Advierte que la autorización de la operación, estando aún embargadas las acciones de algunas de las sociedades integrantes del grupo adquirido, causaría un grave daño al mercado y, en especial, a QUIMAGRO, perjudicando los resultados del juicio que se encuentra aún pendiente de resolver seguido contra ScotiaBank, pues diluiría la afectación sobre los bienes embargados y con los cuales podría satisfacerse la pretensión alegada por el demandante.
10. En atención de los argumentos expuestos, entre otras cosas se pide:
 - a) Abrir incidente de oposición
 - b) Requerir informe al juzgado 5° de lo Civil y Mercantil
 - c) Tener derecho de vista del expediente y aportar pruebas
 - d) Declarar confidencial la información del escrito
 - e) Decretar las medidas cautelares que considere apropiadas
 - f) Practicar la exhibición de documentos que considere necesarios
 - g) Citar a declarar a los agentes económicos

- h) Correr traslado a los agentes económicos para alegar sobre la oposición
- i) Abrir a pruebas
- j) No admitir la solicitud o, en su caso, condicionarla

B. Marco procesal aplicable

11. La regulación de las cuestiones incidentales, planteadas por terceros, y que surjan en el procedimiento de autorización de concentraciones económicas no tienen una regulación especial en la Ley de Competencia (LC). Aunque las cuestiones incidentales sí aparecen en la Ley de Procedimientos Administrativos (LPA), ésta las aborda de forma exigua, limitándose a establecer que no suspenderán el procedimiento, excepto en el caso de la recusación y la abstención (art. 77 LPA). Este contexto normativo ³ plantea la necesidad de considerar la aplicación del Derecho Común, que en materia procesal lo constituye el Código Procesal Civil y Mercantil (PrCM).
12. Al respecto, el art. 263 del PrCM determina que las cuestiones incidentales distintas del asunto principal del proceso, pero que tuvieren relación inmediata con él, se tramitarán en pieza separada. Luego, el art. 267 del PrCM ordena que las cuestiones incidentales deberán sustentarse fáctica y jurídicamente, y agrega que si el incidente fuere manifiestamente “improponible” se rechazará *in limine*. Entre otros supuestos generales de la improponibilidad, el art. 277 del PrCM relaciona los defectos en la pretensión (como objeto ilícito, imposible o absurdo) o que la autoridad que tramita el incidente carezca de competencia objetiva o de atinencia al objeto procesal.

II. Análisis de la cuestión planteada

13. Una vez determinados los alegatos expresados por el representante legal de QUIMAGRO, de forma preliminar conviene advertir que la pretensión procesal de la oposición es impedir la autorización de la concentración económica o, en su caso, que ésta se condicione a que se resuelva la situación de las medidas cautelares que penden sobre acciones y valores de

³ Se trata de un caso de laguna jurídica, debido a la oscura, ausente o insuficiente regulación expresa sobre una materia específica o concreta. Para suplir esta omisión o falta de previsión normativa debe recurrirse a la interpretación sistemática del derecho, aplicando supletoriamente el Derecho Común, en tanto no se contravenga el espíritu de la Ley de Competencia y La Ley de Procedimientos Administrativos.

ScotiaBank, siendo que, la causa última de la oposición se sustenta en una disputa patrimonial pendiente entre QUIMAGRO y ScotiaBank. A partir de la pretensión y los alegatos expuestos en el escrito, se realizan las siguientes consideraciones.

A. Sobre la transmisión de acciones

14. El señor Vega Castañeda señala que la operación objeto del procedimiento de autorización de concentración económica consiste en el traspaso del capital accionario que The Bank of Nova Scotia posee en Scotiabank e Inversiones Financieras Scotiabank, a favor de Imperia Intercontinental, Inc. e Inversiones Imperia El Salvador, S.A. de C.V.
15. Al respecto, debe señalarse que la compraventa de acciones es un acto mercantil que posee una regulación y una naturaleza jurídica específica (identificada con el régimen de los títulos valores, su transmisión y los endosos), que le permite diferenciarse de otras figuras del Derecho Mercantil. Entre las formas de transmisión de las acciones se encuentran los contratos de compraventa entre un vendedor (que es el accionista de una sociedad) y un adquirente o comprador. En cualesquiera de los casos de transmisión de acciones, la personalidad jurídica de la sociedad subsiste, por lo cual, los derechos, obligaciones y gravámenes que penden sobre esta permanecen inalterados.
16. Ahora bien, la compra hipotética del capital accionario de una sociedad controladora local implicaría la sustitución del accionista controlador de última instancia, lo cual no interfiere en la continuidad jurídica de dicha sociedad matriz ni la de sus filiales domiciliadas en la plaza local. En consecuencia, los derechos, obligaciones y gravámenes patrimoniales frente a terceros, de esta sociedad o sus filiales, permanecerían inalterados, sin solución de continuidad, puesto que estos recaen sobre las sociedades y no sobre los accionistas que invierten en ellas.
17. De ahí que las cargas patrimoniales a favor de terceros y que penden sobre ellas, *prima facie*, no serían alterados. De igual manera, en este tipo de casos, los mecanismos de protección y garantía que provee el sistema jurídico a terceros para reclamar la reparación de los daños y perjuicios que se pretendan, tanto por las vías judicial o administrativa, seguirían estando disponibles.

18. Tomando de referencia los argumentos antes expuestos, en situaciones como la que expone el señor Vega Castañeda, QUIMAGRO podría invocar sus derechos, deducir las responsabilidades que considere oportunas y resolver los conflictos de la forma que considere pertinente, tanto en los tribunales como ante las instancias administrativas “idóneas”, sin que ello dependa o sea alterado por el resultado que adopte la Superintendencia de Competencia, en un hipotético caso en el que autorizase el cambio de un accionista controlador de última instancia a través del procedimiento de autorización de concentración económica.

B. Sobre la fusión de integrantes del sistema financiero

19. El señor Vega Castañeda reconoce que existe una fuerte racionalidad económica que hace suponer que las sociedades integrantes de los grupos involucrados en la operación objeto del procedimiento de autorización y, según el caso, que compiten en los mismos mercados relevantes, posteriormente se fusionarán, de acuerdo con el art. 315 del Código de Comercio y siguientes.
20. Al respecto, debe señalarse que la fusión de sociedades habitualmente posee una regulación propia dentro de la normativa mercantil. El art. 315 del Código de Comercio (CCom) indica que la nueva sociedad o la absorbente sucedería de pleno derecho a las fusionadas en sus derechos y obligaciones, de forma que la absorbida pasa a formar parte de la absorbente, tanto en sus elementos personales como patrimoniales (derechos y obligaciones). De tal forma, la fusión presenta dos supuestos: (i) que las sociedades fusionadas desaparecen, constituyéndose una nueva sociedad y (ii) que una o varias sociedades desaparecen, pero sus activos pasan a la absorbente. En cualesquiera de estos casos, la nueva sociedad o la incorporante adquiere los derechos y contrae todas las obligaciones de las sociedades fusionadas o incorporadas.
21. En el supuesto que esta Superintendencia autorizase una operación consistente en el cambio de control por adquisición de acciones y, en este caso, la concentración presente además efectos horizontales, de forma que los agentes económicos involucrados en la operación sean competidores reales en los mismos mercados relevantes, ciertamente existiría cierta racionalidad e incentivos para que el adquirente posteriormente llevase a cabo la fusión entre las sociedades que controle. Sin embargo, en el caso de bancos e instituciones financieras, la fusión requeriría de autorización de la Superintendencia del Sistema Financiero (SSF), arts. 4, literal

d), de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF) y 21 de la Ley de Bancos (LB).

22. Esto implica que después de haber recibido la autorización para llevar a cabo la adquisición del capital accionario por parte de la Superintendencia de Competencia, los agentes económicos tendrían que someterse posteriormente a la autorización de la SSF si pretendiesen llevar a cabo una fusión. En ese momento habrían de valorarse los aspectos regulatorios propios, siguiendo los procedimientos dispuestos en la normativa sectorial⁴.
23. En esta ocasión resulta de obligada referencia las prescripciones del art. 21 de la LB, donde se indica que los bancos requieren autorización de la SSF “...para fusionarse con otras sociedades y transferir la totalidad o la mayoría de sus activos [el subrayado es propio]”, y agrega que, luego de la publicación del acuerdo de fusión y del último balance de los bancos por una sola vez, “la fusión se ejecutará después de treinta días [...] siempre que no hubiere oposición [el subrayado es propio]”.
24. Así, luego de las aprobaciones que pudiese otorgar esta Superintendencia en casos de concentración económica entre miembros del sistema financiero, la SSF también debería conocer de las fusiones posteriores, en ocasión de las cuales ventilará las oposiciones que le sean alegadas. Por tanto, adviértase que dicha institución dispone de atributos de idoneidad y competencia especializada, desde una “perspectiva sectorial”, para conocer y autorizar la fusión de los integrantes del sistema financiero y de conocer de las oposiciones correspondientes, sin perjuicio de que las instancias judiciales pertinentes también conozcan de las responsabilidades mercantiles alegadas.

⁴ El art. 36 de la LC establece que “cuando se trate de concentraciones que son llevadas a cabo por agentes económicos sujetos a la fiscalización de cualquiera otra entidad fiscalizadora: Superintendencia del Sistema Financiero, Superintendencia de Pensiones, Superintendencia de Valores, Superintendencia General de Electricidad y Telecomunicaciones; Autoridad de Aviación Civil, Autoridad Marítima Portuaria, la Superintendencia, deberá emitir opinión sobre su procedencia de conformidad a esta Ley. Esta opinión tendrá carácter vinculante para el ente fiscalizador”.

C. Sobre la evaluación de competencia

25. El señor Vega Castañeda señala que la operación a la que se opone es de tipo horizontal, lo que conllevaría a que los agentes involucrados eventualmente integren sus negocios en parte, con la probabilidad de que se produzcan efectos unilaterales o coordinados. Agrega que podrían alegarse ganancias en eficiencia, sin embargo, al existir bienes embargados, se impediría la integración de los negocios y no podrían generarse tales eficiencias. Así, mientras no se resuelva el juicio pendiente, cualquier análisis de la Superintendencia podría quedar invalidado. De forma relacionada, se apunta que la Superintendencia está habilitada legalmente para garantizar el interés de QUIMAGRO, aseverándose que existe una relación entre la pretensión de ésta y el objeto del procedimiento de concentración económica.
26. Al respecto, corresponde practicar una valoración sobre las alegaciones expresadas por el opositor, en relación con el rol y el desempeño de esta Superintendencia.

i. El objetivo del control de concentraciones

27. De acuerdo con los artículos 1, 4 y 14 de la LC, esta Superintendencia tiene como función principal garantizar la rivalidad empresarial, para lo cual, entre otras atribuciones, dispone de facultades para llevar a cabo el control de concentraciones económicas⁵. Este es un mecanismo de política pública destinado a evitar que estas operaciones debiliten la estructura y dinámica competitiva en los mercados en los que los agentes económicos participan, para lo cual se evalúa si, a raíz de estas operaciones, se produce, o no, una limitación significativa de la competencia (art. 34 de la LC).
28. Así, el procedimiento de concentraciones económicas se encuentra dispuesto para que los agentes interesados en llevar a cabo una operación que debe someterse a conocimiento de la

⁵ De acuerdo con la Ley de Competencia, una concentración económica se presenta cuando agentes que han sido independientes entre sí, acuerdan la fusión, adquisición, consolidación, integración o combinación de sus negocios. Estos actos deberán conllevar un cambio de control, en todo o en parte, de otro u otros agentes económicos, lo cual puede alcanzarse mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio. Además, la Ley establece que deberán solicitar autorización previa a la Superintendencia todas las concentraciones que impliquen la combinación de activos totales que excedan los cincuenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria o que los ingresos totales excedan los sesenta mil salarios mínimos anuales urbanos en la industria.

Superintendencia, antes de su perfeccionamiento, incoen el correspondiente procedimiento de autorización⁶. En este caso, los agentes que tienen un interés directo en la operación formulan su pretensión y ponen en juego el ejercicio de sus derechos para llevar a cabo la concentración. Queda en manos de la Superintendencia el resguardo de los “intereses públicos”, con el objeto de evitar que la operación debilite la estructura y dinámica competitiva en los mercados donde los agentes participan.

29. En ese sentido, es importante señalar que la tutela del Estado recae sobre la protección de la competencia, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores, entendidos estos últimos como un colectivo que podría verse afectado con una operación perjudicial para el mercado. La defensa de los intereses particulares de los agentes económicos no corresponde a los objetivos de la defensa de la competencia, lo cual incluye el mecanismo de control de concentraciones económicas.

ii. El vínculo aparente entre el gravamen y el control de concentraciones

30. En relación con la situación expuesta por el señor Vega Castañeda, y sin menoscabo de los intereses ostentados por QUIMAGRO y de su relevancia en otros contextos (regulatorio, judicial, etcétera), no puede considerarse que el caso tenga una vinculación suficiente con las dinámicas competitivas que debe ponderar esta Superintendencia, puesto que, tal como lo ha explicado el mismo señor Vega Castañeda, la controversia entre QUIMAGRO y ScotiaBank aún se encuentra pendiente de resolver.
31. Como se desprende del párrafo anterior, al tratarse de un proceso pendiente, existen múltiples escenarios que podrían llegar a presentarse en la decisión judicial final del caso. Un análisis acotado en el que se obviase las actividades operadas por aquellas sociedades cuyo capital accionario se encuentra embargado, oscurecería un examen de competencia sobre los efectos de la concentración en los mercados, haciendo susceptible de error la ponderación de los daños potenciales y afectando la decisión que debería tomar esta Superintendencia.

⁶ Una autorización administrativa supone que la Administración Pública aprueba una concreta actividad privada, levantando un impedimento que inhibe su ejecución, luego de valorar su adecuación al ordenamiento y valoración del interés público afectado. Normalmente se le considera una técnica o mecanismo de control público sobre la actividad de los particulares. Al respecto, véase a Miguel Sánchez Morón, Derecho Administrativo, parte general; Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pág. 631 y siguientes.

32. La incertidumbre sobre los resultados del proceso pendiente no debe traducirse en un óbice para que la Superintendencia soslaye evaluar los posibles efectos de la concentración cuya autorización fue solicitada. La forma más prudente para proceder, asegurando un análisis apropiado y exhaustivo de la concentración, sería que esta Superintendencia examine plenamente los daños potenciales que la operación podría provocar a los consumidores en todos los mercados relevantes que sean identificados, independientemente del embargo que pende sobre los valores de ScotiaBank.
33. Consideramos que esta forma de proceder resulta congruente con el deber de tutela de la competencia que le corresponde a la Superintendencia, evitando así trasmutar su rol al de un garante de intereses particulares (que no le corresponden *per se*). Además, esta actuación no debería provocar un daño a los resultados del proceso pendiente, pues tal cual ha sido expuesto, la personalidad jurídica de las sociedades sobre las que recaen los gravámenes subsistiría y, por tanto, seguirían surtiendo efectos.
34. Tampoco existe un daño al proceso pendiente porque, hipotéticamente, si llegase el caso en que se solicite a la SSF que autorice la fusión de sociedades filiales del grupo adquirente, QUIMAGRO aún podría oponerse ante la autoridad que sí dispone de los atributos de idoneidad y competencia especializada correspondientes. Esta postura asegura a QUIMAGRO la posibilidad de hacer valer sus derechos e intereses y, a la vez, evita la utilización del ámbito administrativo de la Superintendencia de Competencia para conocer de hechos que estarían mejor atendidos si se decidieran en otras instancias.

POR TANTO, como resultado de las consideraciones anteriores y con base en los artículos 315, 325 del Código de comercio; 4, literal d), de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; 21 y 42 de la Ley de Bancos; 54 de la Ley de Competencia; 3, numerales 4 y 6; 77 y 112, inciso 2º, de la Ley de Procedimientos Administrativos; 263, 267, inciso 2º, y 277 del Código Procesal Civil y Mercantil; y, 1, 4, 14 y 31 y siguientes de la Ley de Competencia; el suscrito Superintendente de Competencia **RESUELVE**:

- A. Habida cuenta que no existe una vinculación directa con el objeto del control de las concentraciones económicas, declarase improponible la oposición interpuesta por el

señor José Antonio Vega Castañeda, en su calidad de representante legal de “Química Agrícola Internacional, Sociedad Anónima de Capital Variable”, por los motivos expuestos en el romano II de la presente resolución.

- B. De acuerdo con el art. 263 del Código Procesal Civil y Mercantil, manténgase las presentes actuaciones en pieza separada.
- C. Conforme las indicaciones del art. 104 de la Ley de Procedimientos Administrativos, en relación con el art. 277, inciso 2º, del Código Procesal Civil y Mercantil, se advierte que la presente resolución admite apelación.
- D. Notifíquese.



Gerardo Daniel Henríquez Angulo
Superintendente de Competencia