

NOTIFICACIÓN.-

**INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN DE ABUSO DE PODER DE MERCADO,
ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.**

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente CRPI:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-0017-2017
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-0017-2017-A-0001-2018-DS
- **Denunciante:** ECUARROCERA S.A.
- **Denunciada:** LABIZA S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 06 de marzo de 2018, a las 12h00.- **VISTOS:** Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado encargado, conforme se desprende de la acción de personal número SCPM-SGAF-DATH-360, de 6 de septiembre de 2017, cuya copia certificada consta agregada al expediente, en uso de mis facultades legales y estando el proceso en estado de resolver **SE CONSIDERA: PRIMERO: COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.- **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El señor Ab. Dario Xavier Villagómez Alomoto, abogado en libre ejercicio profesional en calidad de Procurador Judicial de la compañía ECUARROCERA S.A., mediante escrito de 03 de enero de 2018, ha presentado Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra de la providencia de 04 de diciembre de 2017, a las 16h30 dictada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR) dentro del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-0017-2017., cumpliendo así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en (LORCPM), en el artículo 67 que dispone: *"(...) Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. (...) El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. (...) El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario.(...) Contra el acto o resolución que concede o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa(...)"*. **CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.-** El acto impugnado por el operador económico

ECUARROCERA S.A es la providencia de 04 de diciembre de 2017 dictada por la IIAPMAPR dentro del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-0017-2017, por medio de la cual la IIAPMAPR, dispone el inicio de la investigación formal, sobre la conducta prevista en el numeral 2 del artículo 9 de la LORCPM. **QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** El Ab. Dario Xavier Villagómez Alomoto, en su calidad de Procurador Judicial de la compañía ECUARROCERA S.A., presentó el 03 de enero de 2018, un Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra de la providencia de la IIAPMAPR de 04 de diciembre de 2017 alegando lo siguiente: “(...) *Pese a que la denuncia presentada incluía acusaciones por abuso de poder de mercado y a la existencia de claros indicios del cometimiento de ese tipo de conductas, la SUCPM (sic) como institución no ha dado atención a las alegaciones realizadas por ECUARROCERA S.A., respecto de la existencia de una infracción al artículo 9 de la LORCPM. Adicionalmente esta situación también constituye una violación al derecho de petición de ECUARROCERA S.A., el cual en el numeral 23 del artículo 66 de la Constitución establece el “[...] derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas” En el presente caso ECUARROCERA S.A., no ha recibido una atención ni respuesta motivada a su denuncia. (...)*” (El énfasis fuera del texto original) **SEXTO.- PETICIÓN DEL RECURRENTE EN EL RECURSO INTERPUESTO.-** El operador económico ECUARROCERA solicita, “(...) *que su Autoridad declare la nulidad o ilegalidad parcial o revoque parcialmente la Resolución Impugnada y ordene motivadamente lo siguiente: a) Se disponga al órgano de sustanciación correspondiente que ordene la apertura de la etapa de investigación conforme lo solicitado por mi representada enmarcada en los artículos 7, inciso segundo; artículo 8, literales a, b, f y 9 de la LORCPM, específicamente los numerales 1, 2, 3, 18 y 22, además del artículo 11, numerales 5,6,7,9,15,20 de la ley ibídem ya que se ignoró las infracciones detallados en los numerales y artículos precedentes., por existir elementos suficientes que justifiquen la apertura de una etapa de investigación por los artículos detallados con anterioridad, sin que ello constituye (sic) acusación alguna por parte de la SUCPM (sic) ni la toma de posición respecto de algún tema en particular. Por el contrario la apertura de la etapa de investigación por los artículos enunciados permitirá a la SUCPM (sic) realizar un análisis adecuado y llegar al fondo del asunto. (...) b) Sin perjuicio de lo anterior que se disponga a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales que en la etapa de investigación realice lo siguiente b.1.) Realice un adecuado análisis del mercado relevante. b.2.) Profundice adecuadamente en el análisis de las conductas investigadas, específicamente en el estudio de los hechos denunciados, el análisis de las disposiciones legales invocadas y la relación existente entre ambos. c) Al final de todo lo que busco es una sanción legal para la contraparte ya que es lo que en Derecho corresponde, por ello me ratifico en la denuncia y en todo lo expuesto en este expediente (...).*” **SEPTIMO.- CONSTANCIAS PROCESALES:** Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-0017-2017, se verifican las siguientes constancias procesales: 7.1. Denuncia de 07 de julio de 2016 presentada por el Sr. MICHEL ANGELO OSPINA GUZMAN en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la compañía ECUARROCERA S.A en contra de LABIZA S.A. por el presunto cometimiento de conductas tipificadas en los artículos 9, 11 y 27 de la LORCPM. Se adjunta a la denuncia dieciséis (16) anexos. 7.2. Providencia de 24 de abril de 2017 emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de



Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas por la que se concede el término de tres (3) días para que el operador económico ECUARROCERA S.A. aclare y complete la denuncia con las siguientes puntualizaciones: a) Que identifique plenamente a los presuntos responsables. b) Que se realice una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el periodo aproximado de su duración o inminencia. 7.3. Escrito de Aclaración de la Denuncia presentada por ECUARROCERA S.A. de fecha 28 de abril de 2017 en el que solicita se califique la denuncia y se continúe con el procedimiento establecido en el artículo 55 y subsiguientes de la LORCPM. 7.4. Resolución de 04 de mayo de 2017 emitido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas por el cual se resuelve archivar sin más trámite el expediente signado con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP-0017-2017, al amparo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 60 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. 7.5. Escrito presentado por ECUARROCERA S.A., el 10 de mayo de 2017 en el cual el operador económico solicita señalar día y hora con el objeto de mantener una reunión de trabajo. 7.6. Escrito presentado por ECUARROCERA S.A., de fecha 11 de mayo de 2017 mediante el cual el operador económico solicita la revocatoria de la providencia de 4 de mayo de 2017 y que se califique la denuncia. 7.7. Resolución de 16 de mayo de 2017 emitido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas por la cual se resuelve negar la revocatoria solicitada y ratificar el estado de archivo del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-0017-2017 dispuesto mediante Resolución de 04 de mayo de 2017. 7.8. Escrito de 06 de junio de 2017 del señor MICHEL ANGELO OSPINA GUZMAN en su calidad de Gerente General y como tal, representante legal de la compañía ECUARROCERA S.A, por el cual interpone Recurso de Apelación en contra de las Resoluciones de 04 mayo de 2017 y 16 de mayo de 2017 emitidas por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas. 7.9. Providencia de 26 de octubre de 2017 emitida por la IIAPMAPR con la cual una vez aceptado el recurso de apelación por parte de la máxima autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado -SCPM- se corre traslado a la empresa denunciada LABIZA, a fin de que en el término de 15 días presente explicaciones. 7.10. Providencia de 06 de noviembre de 2017 emitida por la IIAPMAPR en la cual pone en conocimiento a la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI- la solicitud de medidas preventivas presentada por parte del señor Michel Ángel Ospina Guzmán en su calidad de Gerente General de la compañía ECUARROCERA S.A., a través de la denuncia ingresada a la Secretaría General de la SCPM el 07 de julio de 2016 para que se sustancien conforme el artículo 28 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo de la SCPM. 7.11. Escrito de la compañía la LABIZA de fecha 21 de noviembre de 2017 el cual contiene las explicaciones de la empresa denunciada y en la cual solicita se archive la denuncia presentada por ECUARROCERA S.A., 7.13. Informe No. SCPM-DNIAMP-052-2017 de valoración de explicaciones del operador económico LABIZA S.A. dentro del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-0017-2017 emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado de fecha 04 de diciembre de 2017, en la cual se recomienda "(...) *continuar con la investigación de presuntas infracciones anticompetitivas por parte del operador económico LABIZA S.A. en relación al numeral 2 del artículo 9 de la LORCPM(...)*". 7.14. Providencia de 04 de diciembre de 2017 a las 16h30 emitida por la IIAPMAPR en la cual resuelve acoger el informe número No. SCPM-DNIAMP-052-2017 de 04 de diciembre de 2017 y se dispone

la apertura del inicio de la investigación formal del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-0017-2017, a fin de confirmar o desestimar los hechos que puedan constituir abuso de poder de mercado en relación de dependencia económica. 7.15. Escrito de apelación presentado por ECUARROCERA S.A. de fecha 03 de enero de 2018. **OCTAVA.- NORMATIVA APLICABLE.**- Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la **Constitución de la República del Ecuador** que prevé: “Art. 75.- *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.(...)*”; “Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)* l) *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (...)*”; “Art. 284.- *La política económica tendrá los siguientes objetivos: (...)* 1. *Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...)* 8. *Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...).*”; “Art. 304.- *“La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...)* 6. *Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”*; “Art. 335.- *El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos (...)* El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; “Art. 336.- *El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad (...)* El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”. En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece “Art. 1.- *Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*”; “Art. 3.- *Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la*

autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos (...) La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.”, “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. (...)”; “Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado (...) La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”; “Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general (...) En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: (...) 2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor (...) 18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales(...) 22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica(...)”; “Art. 11.-Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general (...) 15. El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas (...) 20. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica (...)”; “Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras (...) Para

la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional(...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley (...) Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos (...) Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia (...) La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot.”; “Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes (...) 4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.”; “Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves (...) 3. Son infracciones muy graves: a. El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 de esta Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas u operadores económicos competidores entre sí, reales o potenciales. b. El abuso de poder de mercado tipificado en el artículo 9 de esta Ley cuando el mismo sea cometido por una o más empresas u operadores económicos que produzca efectos altamente nocivos para el mercado y los consumidores o que tengan una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.”

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-El recurrente interpone Recurso de Apelación a la providencia de 04 de diciembre de 2017 emitida por el Dr. Hans Ehmig Dillon Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-017-2017, en el escrito de apelación presentado por el recurrente en resumen se manifiestan los siguientes argumentos: a) Violación al derecho de petición de ECUARROCERA S.A., conforme al artículo 66, numeral 23 de la Constitución de la República del Ecuador por considerar el recurrente que la providencia impugnada fue dictada en inobservancia de las disposiciones de la LORCPM y la Constitución de la República; sin que se hayan analizado todos los argumentos presentados, consecuente ECUARROCERA S.A., alega falta de motivación en la providencia impugnada ya que considera que no ha recibido una

atención ni respuesta motivada a su denuncia sobre la existencia de abuso de poder de mercado o una infracción al artículo 9 de la LORCPM. De la revisión del expediente se ha podido constar que ECUARROCERA S.A., denunció a LABIZA por las siguientes infracciones: a) Conductas de Abuso de Poder Mercado conforme al artículo 9 numerales 2, 18 y 22; b) Conductas de Acuerdos y Prácticas Prohibidas conforme al artículo 11 numerales 15 y 20; y, c) Conducta de Prácticas Desleales conforme al artículo 27 numeral 4 literal a). Del auto de sustanciación impugnado se desprende que la IIAPMAPR resuelve acoger el INFORME No. SCPM-DNIAMP-052-2017 de 04 de diciembre de 2017 por cuando resuelve disponer la apertura del inicio de la investigación formal del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-0017-2017 por el numeral 2 del artículo 9 de la LORCPM sin considerar las otras causales por las que el recurrente denunció al operador económico LABIZA S.A. La Constitución de la República del Ecuador prevé en el artículo 75 que “(...) *Toda persona tiene derecho (...) a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses (...)*”; la disposición citada se traduce en la concreción del derecho a la tutela efectiva, por medio de un debido proceso legal. Este es un derecho fundamental que posee toda persona para acudir a los órganos administrativos o jurisdiccionales y obtener de ellos una adecuada respuesta jurídica, la misma que puede ser decisiva para determinar derechos o intereses del individuo. La tutela efectiva nace de una de las elementales obligaciones del Estado, que es la de atender al ciudadano a través de la prestación de un servicio público.¹⁰ Es así como el Estado en su afán de garantizar el derecho constitucional a la tutela efectiva permite la revisión de los actos no consentidos por las partes del proceso por medio del derecho a recurrir, que tiene su fundamento en la propia naturaleza humana de falibilidad. Así pues el derecho a recurrir la decisión, se viabiliza en la senda de los recursos, siendo estos una limitación al poder de los administradores de justicia quienes deben procurar justas resoluciones al estar éstas expuestas a permanente revisión de sus superiores. De ahí que los recursos constituyen una justificada excepción a los principios procesales de inmutabilidad o no modificación de las resoluciones.¹¹ Ahora bien, es importante destacar la diferencia que hace la doctrina respecto a los actos de administración, actos de simple administración o de mero trámite y el acto administrativo. Respecto a los primeros el Dr. Patricio Secaira Durango sostiene que los actos de administración son una expresión jurídica de la administración interna de los órganos públicos, esto es de aquella que no trasciende su esfera; se expiden únicamente para desarrollar su funcionamiento por lo que, no crean efectos jurídicos directos en terceros. Son actos de simple administración o de mero trámite, que se requieren para que la administración se mueva internamente; es decir, son todos aquellos actos que sirven de preparación para que la entidad pública se haga evidente. Por otro lado menciona el Dr. Patricio Secaira que; el acto administrativo tiene lugar cuando la Administración Pública en ejercicio de sus funciones específicas, decide, mediante resoluciones de carácter general o particular, sobre algún derecho o interés. El acto administrativo es, pues, un acto jurídico ya que se relaciona con la finalidad de que produzca efectos de esa naturaleza (jurídicos). En síntesis, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata. En este contexto, vale destacar

¹⁰ Impugnación. Expediente 278, Registro Oficial 127, 16 de Julio del 2007.

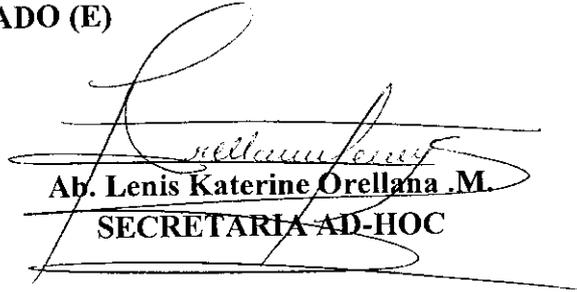
¹¹ Juan Muñoz Torres, *Recursos Jurisdiccionales*, (Santiago de Chile: Juritec S.A. Ediciones Jurídicas y Técnicas S.A., 2004), 5-7.

que el recurso de apelación previsto en el artículo 67 de la LORCPM procede contra actos administrativos; es decir sobre aquellos que crean efectos jurídicos directos e inmediatos en terceros.¹² En el caso que nos ocupa, la providencia de inicio de investigación no es un acto administrativo per se, en virtud de que, el mismo nace por una solicitud “denuncia” realizada por el operador económico ECUARROCERA S.A., por tanto, el acto que apertura la solicitud de investigación por parte del denunciante es la providencia de inicio de investigación; en tal sentido, dicho auto de sustanciación no puede ser considerado como un acto administrativo; sin embargo, cabe destacar que de la revisión al expediente administrativo se observa en el informe número No. SCPM-DNIAMP-052-2017 de 04 de diciembre de 2017 suscrito por la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en la etapa preliminar no se ha considerado las otras conductas que han sido denunciadas por el operador económico. Posteriormente, de la providencia impugnada, en el punto dos de la parte resolutive se desprende que: *“Por cuanto se presume presuntas (sic) infracciones anticompetitivas por parte del operador económico LABIZA S.A., en relación al numeral 2 del artículo 9 de la LORCPM., sobre ECUARROCERA S.A., se dispone la apertura del inicio de la investigación formal del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-0017-2017, a fin de confirmar o desestimar los hechos que puedan constituir abuso de poder de mercado en relación de dependencia económica. (...)”* de lo expuesto se colige que la IIAPMAPR expone una argumentación errada sobre las conductas denunciadas por ECUARROCERA S.A., pues, no se podría abrir una investigación por una práctica no relacionada con lo expuesto en la denuncia, donde se observa que ninguna conducta tienen relación con el artículo 10 de la LORCPM que se refieren a conductas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. Los procesos en el Ecuador se guían principalmente por el principio dispositivo, esto implica que corresponde a las partes la iniciativa del proceso y que son ellas quienes suministran los hechos y determinan los límites de la contienda, sin perjuicio de lo determinado en el artículo 48 de la LORCPM, referente a la carga de la prueba, que recae en la SCPM. De ahí que, el órgano de control debe pronunciarse única y exclusivamente sobre los hechos alegados por el denunciante, lo cual está ligado con el principio de congruencia que implica que el juzgador debe “pronunciar su fallo en congruencia con lo solicitado en la demanda”. Esto sin perjuicio de la atribución que tiene la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para actuar de oficio conforme el artículo 38 y 53 de la LORCPM. No obstante, vale recalcar que esta atribución no es amplia, en la medida en la que, para iniciar un proceso de oficio, o petición de parte conforme lo manda la Ley, los actos que deciden sobre tal actuación deben encontrarse perfectamente motivados conforme lo instituye la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76 numeral 7 literal 1, situación que no se evidencia en la providencia impugnada. Por otro lado, cabe destacar que entre las prácticas denunciadas por el operador económico se encuentran conductas de Abuso de Poder Mercado conforme al artículo 9 numerales 2, 18 y 22 y conductas de Acuerdos y Prácticas Prohibidas conforme al artículo 11 numerales 15 y 20 las mismas que deben ser analizadas a partir de la determinación del poder de mercado de la empresa denunciada dentro de un mercado relevante; el cual debe ser determinado para cada caso en concreto como lo señala el artículo 5 de la LORCPM dentro del proceso de investigación. Sin embargo, de las conclusiones que contienen el Informe No. SCPM-DNIAMP-051-2017

¹² Patricio Secaira Durango, *Curso breve de Derecho Administrativo*, (Ecuador: Quito, 2004).

emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en el primer punto se lee: “(...) *Es necesario que se realice un estudio más detallado para la definición de mercado relevante, consecuentemente para la determinación de cuotas de mercado; mismas que definirán o no la existencia de poder de mercado correspondiente al operador económico LABIZA S.A (...).*” Por lo cual, es necesario verificar este punto en la fase respectiva. Cabe destacar que, el mercado relevante busca determinar los límites de un mercado específico, con el fin de poder analizar el grado de competencia que concurre en él, estableciendo parámetros diferenciados entre el análisis de una conducta y otra; en este caso, existen varias conductas denunciadas, las cuales no pueden partir de un mercado relevante único o general, ya que, la naturaleza de las conductas difieren entre sí; por ejemplo, las infracciones de abuso de poder de mercado versan sobre una posición dominante, y las infracciones señaladas como restrictivas tienen otra connotación. Por otro lado, refiriéndome a las conductas tipificadas en los numerales 18 y 22 del artículo 9 de la LORCPM el requisito sine qua non para que proceda una infracción a la LORCPM en base a los numerales citados, es la determinación de poder de mercado, razón por la cual resulta imperante determinar si la empresa denunciada posee o no poder de mercado y si abusa o no de dicho poder de mercado, de tal manera que, como lo señala el artículo 9 de la LORCPM dichas acciones deben estar vinculadas a impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia o afectar negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general. Respecto a la violación al derecho de petición alegado por ECUARROCERA S.A., en su escrito de apelación por falta de motivación en la providencia impugnada de 04 de diciembre se evidencia, como se ha mencionado en líneas precedentes, que la IIAPMAPR no se ha pronunciado respecto de todas las conductas denunciadas por el operador económico ECUARROCERA S.A. En este sentido, es imperante aclarar que las conductas denunciadas establecidas en el artículo 11 debe ser conocida y analizada por la Dirección de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la IIAPMAPR conforme lo determina el Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que en su parte pertinente dispone: “2.2.3 *GESTIÓN GENERAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS: a) Definir las líneas de investigación a fin de recabar indicios o hechos razonables de la existencia de conductas contrarias a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el ámbito de su competencia (...)*” **NOVENO.- RESOLUCIÓN.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones del artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad. **RESUELVE: PRIMERO.-** NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el operador económico ECUARROCERA S.A, presentado en la SCPM con fecha 04 de diciembre de 2017, a las 16h30 ya que el acto impugnado no constituye un acto administrativo. **SEGUNDO.-** Se revoca de oficio la providencia de inicio de investigación de 04 de diciembre de 2017 a las 16h30, y consecuentemente se dispone: Se investigue al operador económico LABIZA S.A., por las conductas establecidas en los numerales 2, 18 y 22 del artículo 9 y artículo 11 numerales 15 y 20 de la LORCPM, conforme lo denunciado por el operador económico ECUARROCERA S.A., proceso que deberá seguir el trámite previsto en la LORCPM. **TERCERO.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y a los órganos de

sustanciación e investigación respectivamente.- **CÚMPLASE Y NOTIFIQUESE.-**
Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA., SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL
PODER DE MERCADO (E)



Ab. Lenis Katherine Orellana .M.
SECRETARIA AD-HOC