

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia Zonal 8
- **Expediente IZ8:** SCPM-IZ8-0009-2016
- **Expediente Apelación:** SCPM-IZ8-0009-2016-A-0003-2018-DS
- **Denunciante:** MACARVA CIA. LTDA
- **Denunciado:** LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL CIA. LTDA

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 13 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.-** Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa de la compañía MACARVA CIA. LTDA mediante escrito de 12 de enero de 2018 a las 12h13 ha presentado Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra de la resolución de 13 de diciembre del 2017, a las 08h45 dictada por la Intendencia Zonal 8 (IZ8) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente No. SCPM-IZ8-0009-2016, cumpliendo así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en (LORCPM), que 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 MACARVA CIA. LTDA es la resolución de 13 de diciembre del 2017, a las 08h45 dictada por la Intendencia Zonal 8 (IZ8) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente No. SCPM-IZ8-0009-2016, por medio de la cual la IZ8 resuelve: *“(…) I) Acoger y agregar al Expediente el Memorando No. SCPM-IZ8-570-2017 M y el Informe No. SCPM-IZ8-78-2017 referente al Informe de Resultados de la Etapa de Investigación dentro del presente procedimiento, los cuales fueron presentados ante esta Autoridad el día 01 de diciembre*



de 2017.- 2) Terminar la etapa de investigación dentro del presente procedimiento administrativo y archivar la denuncia presentada el día 24 de noviembre de 2016 (...) toda vez que de la documentación e información contenida en el Expediente no se evidencia que el denunciado hubiera cometido las infracciones establecidas en el numeral 6 del artículo 9 de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado, y en los numerales 3 y 4 del artículo 10 de la misma norma legal; y por ende no existe mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento (...)"

QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-

Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa de la compañía MACARVA CIA. LTDA mediante escrito de 12 de enero de 2018 a las 12h13 presentó Recurso de Apelación dentro del término legal, en contra de la resolución de 13 de diciembre del 2017, a las 08h45 alegando lo siguiente:

a) "(...) La Resolución del economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 (...) ignoró las pautas que mi representado otorgó precisamente para que dicho proceso investigativo se celebre sin distorsiones lo cual, lamentablemente, no ocurrió (...). b) "(...) el informe preparado por el Eco. José Matías Sánchez y el abogado Carlos Muñoz Montesdeoca, en su parte medular, contiene una serie de cuadros estadísticos que se centran, casi exclusivamente, en el factor de dominio de mercado desde uno de los puntos de análisis establecidos en la Ley, cuando constaban claramente determinadas en mi denuncia otras situaciones de abuso también penadas por la ley, cometidas dentro de la redacción comercial mantenida entre las partes. (...)".

SEXTO.- PETICIÓN DEL RECURRENTE EN EL RECURSO INTERPUESTO.-

Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa de la compañía MACARVA CIA. LTDA solicita: "(...) En mérito a la apelación efectuada y a la fundamentación que ha quedado expuesta (sin perjuicio de su ampliación futura) solicito a usted que se sirva revocar la resolución dictada el día miércoles 13 de diciembre del 2017 a las 08h45 por parte del economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 dentro del expediente SCPM-IZ8-0009-2016, seguido por parte de la compañía Macarva Cía. Ltda en contra de las compañías Lubricantes y Tambores del Ecuador C.A. (Lyteca) y Lutexsa Industrial Comercial Cia. Ltda., para que, subsiguientemente, se sirva disponer que dicha autoridad reinicie el proceso investigativo a fin de analizar todos los aspectos que han sido materia de la denuncia planteada y se puedan obtener los elementos de juicio pertinentes a fin de que se pueda determinar la clara existencia de violaciones a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y se pueda proteger los intereses de mi representada que están seriamente lesionados."

SÉPTIMO.- CONSTANCIAS PROCESALES: Una vez analizado el expediente No. SCPM-IZ8-0009-2016, se verifican las siguientes constancias procesales: **7.1.** Escrito presentado el 24 de noviembre de 2016 por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza en su calidad de representante legal de la compañía MACARVA C. LTDA por la cual denunció a la compañía LUTEXSA INDUSTRIAL COMERICAL COMPAÑÍA LIMITADA. **7.2.** Providencia de fecha 07 de diciembre del 2016 a las 14H30, por la cual el Econ. Alberto David Segovia Araujo en su calidad de Intendente Zonal 8 de la SCPM, califica y admite a trámite la denuncia presentada por MACARVA y dispone que se corra traslado con el texto de la denuncia y el contenido de la presente providencia al operador económico LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL COMPAÑÍA LIMITADA **7.3.** Con fecha 28 de diciembre del 2016, el señor Santiago Palacios Cisneros en su calidad de Procurador Judicial y representante legal de la compañía LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL

CÍA LTDA presentó el escrito de explicaciones pertinente a la denuncia presentada por el operador económico MACARVA C. LTDA.- **7.4.** Mediante providencia de fecha 05 de enero del 2017 a las 10H00, el economista Alberto David Segovia Araujo en su calidad de Intendente Zonal 8 de esta Institución, en lo principal dispuso lo siguiente: “(...) TERCERO: (...) con el fin de recabar información con respecto a los hechos suscitados en el marco del presente proceso se solicita al operador económico MACARVA C. LTDA comparezca a través de su representante legal o su delegado debidamente autorizado junto con su abogado patrocinador a la Intendencia Zonal 8 (...) con la finalidad de que rinda su declaración el día viernes 06 de enero (...).- CUARTO: (...) del presente proceso se solicita al operador económico LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL CIA. LTDA comparezca a través de su representante legal o su delegado debidamente autorizado junto a su abogado patrocinador a las instalaciones de la Intendencia Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...) el día viernes 06 de enero del 2017 a las 16H00 sobre los hechos expuestos en la denuncia presentada por MACARVA C. LTDA. **7.5.** Mediante providencia de fecha 12 de enero del 2017 a las 16H55, el economista Alberto David Segovia Araujo en su calidad de Intendente Zonal 8 de esta Institución, en lo principal dispuso lo siguiente: “(...) QUINTO: (...) Terminar la etapa de Investigación Preliminar e Iniciar la Etapa de Investigación en base a la denuncia presentada por el operador económico MACARVA en contra de la compañía LUTEXSA por existir presunciones de la existencia de Abuso de Poder de Mercado conforme a lo establecido en el numeral 6 del Artículo 9 de la LORCPM; y Abuso de Poder de Mercado en situación de dependencia económica de conformidad a lo estipulado en los numerales 3 y 4 del Artículo 10 de la misma norma legal. Esta fase de conformidad a lo establecido en el Artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en concordancia con el Artículo 62 del Reglamento a la misma norma y el literal a) del Artículo 5 del Instructivo de Gestión Procesal Administración emitido por esta Institución, tendrá un plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez en caso de considerarlo pertinente.- SEXTO.- Disponer al Analista de Investigación de esta Intendencia Zonal 8, la elaboración de un plan de trabajo en el término de diez (10) días, el cual será presentado ante esta Autoridad en el término citado (...)”.- **7.6.** Mediante providencia de fecha lunes 13 de marzo del 2017 a las 17H00, el economista Alberto David Segovia Araujo en su calidad de Intendente Zonal 8 de esta Institución, de conformidad con lo señalado en los Artículos 38 numeral 1, 48, 49 numeral 1 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en concordancia con lo establecido en el Artículo 9 del Instructivo de Sustanciación de Procedimientos de Investigación en Sede Administrativa de la SCPM solicita que la AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL HIDROCARBURÍFERO ARCH complete los campos detallados en la Plantilla No. 1 y No. 2 adjunta a la presente providencia referente al tipo de gasolina y volumen que las comercializadoras de gasolinas a nivel nacional venden a sus distribuidoras filiales (estaciones de servicio – gasolineras) desde enero del 2011 hasta diciembre del 2016 por establecimiento. De igual forma, se solicita que LUTEXA complete los campos detallados en la Plantilla No. 3 y 4. **7.7.** Con fecha 01 de diciembre de 2017 los servidores Econ. José Leonardo Matías Sánchez y Abg. Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca emitieron a la Intendente Zonal 8 Econ. Alberto David Segovia Araujo el Informe de Resultados de la Etapa de Investigación dentro del expediente No. SCPM-IZ8-0009-2016 por el cual se recomienda: (...) b) Terminar la fase de



investigación y Archivar el presente expediente, toda vez que no existe mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento. **7.8.** Resolución emitida por el Intendente Zonal 8 de fecha 13 de diciembre de 2017 a las 08h45 por el cual resuelve: *Terminar la etapa de investigación dentro del presente procedimiento administrativo y archivar la denuncia presentada el día 24 de noviembre de 2016.* **7.9.** Escrito de apelación presentado por Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, por los derechos que representa de la compañía MACARVA CIA. LTDA mediante escrito de 12 de enero de 2018 a las 12h13, en contra de la resolución de 13 de diciembre del 2017, a las 08h45 dictada por la Intendencia Zonal 8 (IZ8) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente No. SCPM-IZ8-0009-201. **OCTAVO.- 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: (...) **4.-** La fijación de precios predatorios o explotativos. **6.-** La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios. **7.-** La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. **11.-** La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios. **13.-** La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos. **19.-** Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados. **23.-** La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor. El Código Civil establece que: “**Art. 1453.-** Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las



voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.” “Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” “Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.” **NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** El recurrente interpone Recurso de Apelación a la resolución de 13 de diciembre de 2017 a las 08h45 dictada por la Intendencia Zonal 8 (IZ8) de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente No. SCPM-IZ8-0009-2016, en el escrito de apelación presentado por el recurrente en resumen se manifiesta que la IZ8 en la resolución impugnada ha inobservado las pautas entregadas por MACARVA CIA LTDA., para iniciar el proceso investigativo. De la denuncia presentada por el recurrente con fecha 24 de noviembre de 2016 se desprende que MACARVA CIA. LTDA., argumentó que el operador económico LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL CIA. LTDA., realizó en lo principal los siguientes actos y hechos: **a)** no construyó el centro de distribución acordado inicialmente entre las partes, **b)** Adquirió todos los compromisos señalados en contratos anteriores por parte de LUBRICANTES Y TAMBORES DEL ECUADOR C.A. LYTECA (en adelante LYTECA) y se modificó el margen de ganancia (80% para MACARVA y 20% para LUTEXSA), **c)** Incumplió varias veces el suministro de combustible, **d)** Aprovechó la situación de endeudamiento y mantenimiento de MACARVA para hacerla suscribir un nuevo acuerdo de “*alargamiento de plazo*” **e)** Impuso cláusulas de exclusividad en todos los contratos suscritos con MACARVA. Por lo expuesto MACARVA CIA. LTDA., sostiene que LUTEXSA INDUSTRIAL COMERCIAL CIA. LTDA., debe ser sancionado por el supuesto cometimiento de prácticas de abuso de poder de mercado conforme lo tipificado en el artículo 9 de la LORCPM específicamente en lo relativo a los numerales 4, 6, 7, 11, 13, 19 y 23. Del análisis contenido en el informe No. SCPM-IZ8-78-2017 de 01 de diciembre de 2017 que contiene el informe de Resultados de la Etapa de Investigación dentro del Expediente No. SCPM-IZ8-0009-2016 se desprende los siguientes argumentos: El artículo 9 de la LORCPM determina que “(...) *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 (...)*” de lo expuesto se colige que para determinar si LUTEXSA CIA. LTDA., incurre en algunas de las conductas denunciadas es imperante determinar para el presente caso el mercado relevante en el que posiblemente LUTEXSA CIA. LTDA., estaría ejerciendo tal poder de mercado. En el numeral 2.1.2.4 del informe No. SCPM-IZ8-78-2017 respecto al mercado relevante la IZ8 ha determinado dentro del expediente SCPM-IZ8-0009-2016 dos mercados relevantes a saber “(...) **Mercado relevante A:** *los operadores económicos MASGAS, EXXONMOBIL, PETROLRIOS, TECPLUS, CLEAN SERVICIOS WORLD, PETROECUADOR, PRIMAX, LUTEXSA, quienes comercializaban combustibles para vehículos del sector automotriz (gasolina súper, extra o eco) al por mayor hacia los propietarios de estaciones de servicios (gasolineras)*

que pueden ser personas naturales o jurídicas que deben cumplir con todas las reglamentaciones y resoluciones emitidas por las autoridades competentes; actividad económica que se desarrolla en el cantón Guayaquil provincia del Guayas, y; b) **Mercado Relevante B:** Los operadores económicos PDV ECUADOR S.A., PETROLRIOS CLEAN SERVICES WORLD, PRIMAX Y LUTEXSA, quienes comercializan combustible para vehículos del sector automotriz (diésel) al por mayor hacia los propietarios de estaciones de servicios (gasolineras) que pueden ser personas naturales o jurídicas que deben cumplir con todas las reglamentaciones y resoluciones emitidas por las autoridades competentes; actividad económica que se desarrolla en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.” Posteriormente, en el mismo informe en el punto 4.2.1. del Análisis del Mercado relevante se determina conforme las tablas No. 10 y 11 del estudio del Mercado Relevante A que: “(...) en el año 2016 en el Mercado Relevante A, PRIMAX posee una participación del 50,73, seguido de EXXON MOBIL con un 20,80%; razón por lo cual conjuntamente poseen una participación del 71% aproximadamente, liderando ambos operadores económicos el citado mercado” Por otro lado, con respecto al Mercado Relevante B analizado en las tablas No. 12 y 13 se establece que: “(...) en el año 2016 en el Mercado Relevante A, PRIMAX posee una participación del 75,23%, seguido de LUTEXSA con un 17,67% razón por la cual conjuntamente poseen una participación del 92% aproximadamente, liderando ambos operadores económicos el citado mercado” De la sección 4.2.1.2. del informe en cuestión se detalla que: “(...) en el Mercado Relevante A, desde el año 2011 hasta el año 2016 se ha incrementado el nivel de concentración en el mencionado mercado relevante aplicando el índice HHI, y paso de 2797 a 3231 en sólo seis años, lo cual permite incluir que este mercado actualmente se encuentra altamente concentrado razón por la cual aplicando el inverso del índice HHI (HHI*) se tuvo como resultado que los operadores económicos que concentraron el citado mercado en el año 2011 eran (2) los cuales eran PRIMAX y LUTEXSA; y en el año 2016 el único operador económico que concentró dicho mercado era PRIMAX; situación ante lo cual es menester mencionar que PRIMAX pasó de tener una participación en el mercado en 2011 de 43,56% a 50,73% en el 2016, es decir, incrementó su participación en el citado mercado relevante en 7,17% en un periodo de seis años, EXXON MOBIL, pasó de tener una participación en el mercado en el 2011 de 26,34% a 20,80% en el 2016, es decir, disminuyó su participación en el citado mercado relevante en 5,54% en un periodo de seis años, y LUTEXSA pasó de tener una participación en el mercado en el 2011 de 10,95% a 11,36% en el 2016, es decir, incrementó su participación en el citado mercado relevante 0,41% en un periodo de seis años; por el contrario en el Mercado Relevante B, desde el año 2011 hasta el año 2016 se ha incrementado el nivel de concentración en el mencionado mercado relevante aplicando el índice HHI y paso de 4732 a 5993 en sólo seis años, lo cual permite concluir que este mercado actualmente se encuentra altamente concentrado, razón por la cual aplicando el inverso del índice HHI (HHI*) tenemos como resultado que los operadores económicos que concentraron el citado mercado en el año 2016 son tres (3), los cuales son PRIMAX, EXXON MOBIL y LUTEXA, situación ante lo cual es menester mencionar que PRIMAX pasó de tener una participación en el mercado en el 2011 de 63,50% a 75,23% en el 2016, es decir, incrementó su participación en el citado mercado relevante en 11,73% en una periodo de seis años, y LUTEXSA pasó de tener una participación en el mercado en el 2011 de 25,23% a 17,67% en el 2016, es decir, disminuyó su participación en el citado mercado relevante en 7,56% en un periodo seis años; razón




por la cual se puede inferir que en el Mercado Relevante A, LUTEXSA incrementó su participación únicamente en 0,41% en un periodo de seis años; y en el Mercado Relevante B disminuyó su participación en 7,56% en un periodo de seis años, lo cual implicaría que LUTEXSA difícilmente hubiera tenido la capacidad de influir significativamente en los dos mercados relevante mencionados (...)" (el énfasis me pertenece) Del informe realizado por la IZ8 en el punto 5 de las conclusiones objetivas y vinculadas directas en el literal c) se determina en base al estudio realizado que: "(...) el operador económico LUTEXSA no reúne los requisitos establecidos en el Artículo 8 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y por ende difícilmente el citado operador económico podría haber tenido poder de mercado en los mercados relevantes determinados (...)" . De lo expuesto se colige que el requisito formal que permite determinar la existencia de poder de mercado, fue analizado por parte de la IZ8, logrando determinar que LUTEXSA no posee poder de mercado dentro de los mercados relevantes estudiados. Por tanto, el operador económico denunciado no puede abusar de un poder de mercado que no posee por cuanto no tiene la capacidad de influenciar de forma determinante en el mercado. Por otro lado respecto a la existencia de alternativas equivalentes la IZ8 determina que "(...) los dos mercados relevantes determinados en este procedimiento se observa la existencia de alternativas equivalentes para el ejercicio de la actividad económica de MACARVA, como son en el Mercado Relevante A los operadores económicos MASGAS, EXXONMOBIL, PETROLRIOS, TECPLUS, CLEAN SERVICIOS WORLD, PETROECUADOR, PRIMAX; y en el Mercado Relevante B los operadores económicos PDV ECUADOR S.A., PETROLRIOS, CLEAN SERVICES WORLD y PRIMAX; quienes podían ofrecer los productos demandados por MACARVA, una vez que venciera el plazo del contrato de distribución suscrito entre LUTEXSA y MACARVA, sin implicar costos o tiempo significativos (...)" El citado informe en el literal g) de las conclusiones determina que: "(...) el operador económico LUTEXSA, al no tener poder de mercado, no hubiera podido utilizar el mismo para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores económicos, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares en virtud de que el denunciado aplicaba el mismo modelo de negocio implementado con MACARVA con el resto de sus distribuidoras filiales (gasolineras o estaciones de servicio) ya sea con otorgando préstamos, realizando inversiones, negociando márgenes de ganancia, etc. Sin imponer, de forma directa o indirecta, precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; sin embargo es necesario recalcar que el operador económico MACARVA dependía económicamente en su totalidad del operador económico LUTEXSA, en virtud de la exclusividad temporal justificada establecida en la Ley de Hidrocarburos, la cual es concordante con la Sentencia No. 038-12-SEP-CC dentro del Caso No. 0826-09-EP emitida por la Corte Constitucional del Ecuador y con los contratos de distribución suscritos entre LUTEXSA y MACARVA". Respecto a las otras conductas denunciadas por el operador económico MACARVA esto es; lo relativo al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos celebrados entre LUTEXSA y MACARVA es importante establecer que no es competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado sancionar tales actos por cuanto el código civil en el artículo 1505 determina que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado" en este contexto, es el juez; quién, por medio de la interposición de una acción civil por parte de alguna de las partes contratantes,


determinará si efectivamente hubo un incumplimiento del convenio y por ende aplicará las sanciones pertinentes derivadas del contrato celebrado por las partes. **DÉCIMO.- 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, ésta Autoridad. **RESUELVE: PRIMERO.-** NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el señor Segundo Manuel Carvajal Herdoiza, representante de MACARVA CIA. LTDA con fecha 12 de enero de 2018, en consecuencia ratificar el archivo del expediente, ya que esta Autoridad considera que luego del estudio realizado por parte de la IZ8 no existen méritos para continuar con la investigación. **SEGUNDO.-** Notifíquese al órgano de resolución como a las partes procesales.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA



SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (e)



Ab. Lenis Katherine Orellana Maroto
SECRETARIA AD-HOC

