



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-001-2016
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-001-2016-A0037-2017-DS
- **Denunciante:** OFICIO
- **Denunciado:** HOLCIM ECUADOR S.A.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 18 de enero de 2018, a las 10H00. **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, estando el proceso para resolver dispongo: **PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente el escrito presentado por HOLCIM ECUADOR S.A., de 04 de enero de 2018, mediante el cual requiere, "(...) una copia integral del audio de la Audiencia mantenida el 03 de enero de 2018, (...) En vista que la información proporcionada en el Anexo No. 1, ha sido expuesta exclusivamente para la Audiencia celebrada ante su Autoridad, respetuosamente solicito que la misma sea declarada reservada y confidencial (...)"; atendiendo el mismo; **a)** respecto a la petición de la copia del audio de la audiencia celebrada el 3 de enero de 2018, en coordinación con la Secretaría General, concédase la copia del audio de la diligencia referida, para el efecto téngase en cuenta la autorización concedida a la Ab. Viviana Bonilla y señorita Paula Silva, para el retiro del medio magnético, quienes deberán acercarse con el original y copia de su identificación. **b)** respecto de la declaratoria de confidencialidad y reserva de la información, sin menoscabo del estado de causa y en fundamento a lo prescrito en el inciso primero del Art. 62 de la Resolución No. SCPM-DS-081-2015 de 23 de diciembre de 2015, que dice "*Declaratoria de información restringida derivada de la gestión administrativa.- Se delega al/la Intendente/a General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la facultad de declarar los documentos derivados de la gestión administrativa como información confidencial o reservada bajo resolución motivada (...)*", se dispone poner en conocimiento del anexo 1, adjunto al escrito que se provee a la Intendente General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (s), a fin de que se analice la pertinencia de la declaratoria de confidencialidad solicitada por el accionante y de ser el caso se proceda a emitir la resolución correspondiente. **SEGUNDO.-COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 44 numeral 2 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 interpuesto. **TERCERO.- 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 esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.-**

bes

no 2 X

**LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El operador económico HOLCIM ECUADOR S.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 13 de octubre de 2017, impugnando el informe de formulación de cargos efectuado en contra del apelante y la providencia de 13 de septiembre de 2017, mediante la cual la Intendencia de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR) corrió traslado con el documento referido, el Recurso ha sido presentado dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que dice: “(...) *Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del 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 conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa*”, **QUINTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto impugnado es el informe de formulación de cargos efectuado en contra del apelante y la providencia de 13 de septiembre de 2017, mediante la cual la IIAPMAPR corrió traslado con el documento referido. **SEXTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.-** El recurrente, operador económico HOLCIM ECUADOR S.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 13 de octubre de 2017, impugnando de la formulación de cargos efectuada en contra del apelante y la providencia de 13 de septiembre de 2017, mediante la cual la IIAPMAPR corrió traslado con el documento, y principalmente alega: “(...) *hay una flagrante vulneración y violación, y desconocimiento y falta de garantía y aplicación de derechos y garantías constitucionales de HOLCIM ECUADOR en la tramitación del Expediente, tales como el derecho a la defensa, debido proceso y seguridad jurídica; (ii) se inobservó el trámite previsto en la LORCPM y en su Reglamento de Aplicación (en adelante, "RLORCPM"); y, (iii) es inmotivada. A consecuencia de todo lo anterior, la Resolución Impugnada es nula de pleno derecho por razones de legitimidad. (...) Mediante escrito de 03 de agosto de 2017 a las 17h10, HOLCIM ECUADOR solicitó que se realicen una serie de actuaciones por parte de la Intendencia, por considerar que son relevantes para el presente procedimiento y permitan a HOLCIM ECUADOR ejercer su derecho a la defensa. (...) En vista que la Intendencia no realizó las actuaciones solicitadas, mediante escritos presentados el 24 de agosto de 2017 a las 11h12 y el 28 de agosto de 2017 a las 17h03, el 31 de agosto de 2017 a las 11h18, HOLCIM ECUADOR insistió, sin tener respuesta, en que se practiquen las actuaciones solicitadas el 03 de agosto de 2017 a las 17h07. (...) Mediante escritos de 4 de agosto de 2017, 24 de agosto de 2017 y 28 de agosto de 2017 y 31 de agosto de 2017 HOLCIM ECUADOR solicitó que la Intendencia*



fije día y hora en la primera semana del mes de septiembre a fin de que el Ec. Santiago Cavedes de la firma consultora independiente Humboldt Management presente un estudio económico realizado sobre el Sistema Disensa. Después de varios escritos y gestiones realizadas y después de dos ocasiones en las que se señaló la reunión antes de la fecha solicitada y con menos de 24 horas de antelación, la Intendencia accedió a fijar el día y hora solicitado para la práctica de dicha diligencia, y mediante providencia de 11 de septiembre de 2017 a las 17h00 fijó para el día 26 de septiembre de 2017 a las 11h00 la realización de una reunión de trabajo para que la Firma Humboldt Management presente el Estudio económico indicado. (...) Finalmente, y en forma totalmente sorpresiva, la Intendencia mediante la Providencia de la Referencia a la que se adjuntó la Formulación de Cargos, dio por concluida la Investigación Formal treinta (30) días antes del vencimiento del plazo máximo decretado para esta etapa, y la Intendencia corrió traslado a HOLCIM ECUADOR con: (i) el Informe de Resultados, que decidió acogerlo en su totalidad, y (ii) la Formulación de Cargos en contra de HOLCIM ECUADOR. (...) 5.1. NULIDAD DEL PROCESO.- OCASIONADO POR FALTA DE NOTIFICACIÓN A CONSTRUMERCADO S.A. 5.1.1. CONSTRUMERCADO S.A., fue y es considerada por la Intendencia como presunto responsable y que en el sistema de franquicias Disensa® se habrían cometido las supuestas prácticas anticompetitivas ahora acusadas: Al ser considerado CONSTRUMERCADO S.A., como presunto responsable dentro del presente Expediente es evidente que ésta debió poder pronunciarse sobre las conclusiones del Informe de Resultados; hecho que no ha podido ocurrir en vista que el mismo no le ha sido notificado. Al respecto, si bien HOLCIM ECUADOR es la accionista principal de CONSTRUMERCADO S.A., esta última es una persona jurídica con existencia legal y personalidad jurídica propia y distinta a las de su accionista principal. En ese sentido, es indispensable que CONSTRUMERCADO S.A., como presunta responsable dentro del presente Expediente, tenga la posibilidad de presentar por sí misma las explicaciones y argumentos de los que se crea asistida. (...) PETICIONES CONCRETAS.- En concordancia con lo señalado a lo largo del presente Recurso de Apelación, respecto a la Resolución Impugnada, respetuosamente solicito: 1. Solicito expresamente que declare la nulidad por razones de legitimidad de todo lo actuado desde antes de la notificación con el Informe de Investigación Preliminar, esto es, hasta antes del 12 de septiembre de 2016, principalmente por la vulneración y violación a los derechos constitucionales mencionadas (...), lo que ha generado y genera nulidades que no son susceptibles de subsanación. HOLCIM ECUADOR se reserva el derecho de formular todas las acciones que están previstas en la legislación ecuatoriana, incluso su derecho a solicitar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y que se le continúen ocasionando a HOLCIM ECUADOR, en especial de no declarar la nulidad indicada. 2. Subsidiariamente y sólo en el supuesto no consentido que resuelva no declarar la nulidad indicada en el acápite I inmediato anterior, solicito expresamente que declare la nulidad de la Resolución Impugnada, declarando la nulidad de todo lo actuado hasta antes del 12 de septiembre de 2017.

principalmente por la vulneración y violación a los derechos constitucionales mencionadas en el acápite V de este escrito, lo que ha generado y genera nulidades que no son susceptibles de subsanación. (...)”. **SEPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el recurrente, se analizan las siguientes constancias procesales: Providencia de 11 de enero de 2016, mediante la cual se dispone el inicio de la fase de barrido. **a)** Informe No. SCPM-IIAPMPAPR-155-2015 de 07 de diciembre de 2015, suscrito por la Ab. Ruth Landeta Directora Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en el cual la Intendencia de Investigación en su parte pertinente recomienda, “(...) Se recomienda iniciar una investigación por parte de la Dirección de Abuso del Poder de Mercado, en virtud que el operador económico HOLCIM ECUADOR, ostenta poder de mercado, condiciones necesaria para la configuración de infracciones a la LORCPM, investigación que se basará en el campo de distribución del sector cementero, recomendándose por ello analizar al operador económico CONSTRUMERCADO S.A., en virtud del Contrato de distribución y franquiciado (estructura franquicias denominada DISENSA)”, (el subrayado me pertenece). **b)** Informe de Barrido No. SCPM-DNIAPM-012-2016 de 23 de febrero de 2016, suscrito por el Econ. Vicente Abril, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en el cual en su parte pertinente recomienda, “(...) iniciar un procedimiento de investigación preliminar de oficio, (...) por posibles prácticas anticompetitivas tipificadas en el artículo 9 de la LORCPM, por parte de HOLCIM ECUADOR S.A. y CONSTRUMERCADO S.A. (...)”, (el subrayado me pertenece) **c)** Resolución de 24 de febrero de 2016, expedida por el Ab. Eduardo Esparza, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual resuelve, “(...) Iniciar una investigación preliminar de oficio, por presuntas conductas susceptibles de infracción contenidas en el artículo 9, numerales 8 y 19 de la LORCPM, cuyo informe no podrá ser expedido en más de 180 días término de conformidad al artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)”. **d)** Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-DNIAPM-077-2016 de 12 de septiembre de 2016, suscrito por el Econ. Vicente Abril, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en el cual en su parte pertinente concluye, “(...) 1. El mercado relevante para la presente investigación corresponde a la fabricación y comercialización de cemento, distribuidos en sacos de 45 y 50kg., (...), en el territorio nacional, durante el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2011 hasta la actualidad. 2. En base a la información remitida por los operadores económicos se determinó que HOLCIM registra cuotas del 59%, 59%, 58%, 55%, 53% desde el año 2011 al 2015 respectivamente (...) y, que las barreras de entrada al mercado en cuestión sean altas (costos hundidos) y no puedan ser superadas en el corto plazo, se observa que el operador económico HOLCIM, cumple con estos requisitos, con lo cual se podría presumir que dicho operador ostenta poder de mercado, dentro del mercado relevante antes definido, lo que le permitiría estar actuando con independencia de los demás. 3. Según la información constante en el presente expediente se ha observado que cuando un operador está interesado en vender



el cemento FUERTE TIPO GU fabricado y comercializado por HOLCIM debe convertirse en franquiciado DISENSA, para lo cual dicho operador deberá también adquirir los demás productos parte de la canasta ya que no se observa que efectivamente un franquiciado pueda solamente vender el cemento de HOLCIM y nada más. En ese sentido, se presume la existencia de indicios que el operador económico HOLCIM, a través de CONSTRUMERCADO, dentro de la distribución de productos a los franquiciados DISENSA, esté incurriendo en una conducta de venta atada injustificada, conforme lo señala el numeral 8 del artículo 9 de la LORCPM. 4. En vista de que un operador que desee comercializar cemento HOLCIM de 50kg deberá también abastecerse de otros productos parte de una canasta definida, dado que el único camino para hacerlo es pasando a formar parte del sistema de franquicias DISENSA, se presume la existencia de indicios que el operador económico HOLCIM, a través de CONSTRUMERCADO, dentro de la distribución de productos a los franquiciados DISENSA, esté incurriendo en una conducta de establecimiento injustificado de condiciones para la compra, conforme lo señala el numeral 11 del artículo 9 de la LORCPM. 5. Dado que el operador CONSTRUMERCADO señala que la exclusividad de venta del cemento Fuerte tipo GU con los franquiciados DISENSA se debe a la vinculación que esta mantiene con HOLCIM, lo cual no puede considerarse como un justificativo suficiente del porqué (sic) del establecimiento de una exclusividad para el cemento, de modo que no pueda ser comercializado si no es a través de un franquiciado DISENSA, se puede presumir de la existencia de indicios de posibles conductas anticompetitivas conforme lo estipulado en el numeral 19 del artículo 9 de la LORCPM por parte de HOLCIM, a través de CONSTRUMERCADO, dentro de la distribución de productos a los franquiciados DISENSA. 6. Considerando que el sistema de franquicias DISENSA está basado en el hecho de que el cemento FUERTE TIPO GU se consideraría como el producto estrella dentro del mercado relevante definido y que las ferreterías que no son parte de la franquicia tiendan a franquiciarse a fin de vender cemento HOLCIM y así no quedarse relegado, puede implicar también que el número de franquiciados DISENSA empiece a crecer a costa de la disminución de ferreterías independientes. Esta disminución, de la mano con la presunción de que las cláusulas de exclusividad impuestas podrían ser injustificadas, implicaría que tanto UCEM y UNACEM podrían verse afectados por una disminución de sus canales de venta causados por motivos que no guardarían relación con la eficiencia misma de HOLCIM o CONSTRUMERCADO, lo cual permite presumir la posible existencia de conductas susceptibles de incurrir en una infracción al numeral 3 del artículo 9 de la LORCPM, por parte de HOLCIM, junto con CONSTRUMERCADO, a través de las exclusividades existentes para la venta de cemento FUERTE TIPO GU mediante el sistema de franquicias DISENSA (...)" (el subrayado me pertenece). e) Providencia de 12 de septiembre de 2016, expedida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual se dispone, "(...) se corra traslado con el Informe SCPM-DNIAPM-077-2016, al operador económico HOLCIM ECUADOR S.A., a fin de que en el término de quince (15) días contados desde la notificación con la presente providencia

presente sus explicaciones al informe señalado, (...)” **f)** Informe de valoración de explicaciones No. SCPM-DNIAPM-086-2016 de 17 de octubre de 2016, suscrito por el Econ. Vicente Abril, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en el cual en su parte pertinente realiza entre otras las siguientes valoraciones, “(...) El informe de investigación preliminar, apartado 3.1.3., se realiza un análisis de vinculación tanto accionaria como administrativa, donde se determina que las dos empresas están efectivamente vinculadas. Adicionalmente, se considera el hecho de que el único sistema de distribución del cemento Fuerte Tipo GU fabricado por el operador HOLCIM es el sistema de franquicias DISENSA, el mismo que es manejado a través del operador CONSTRUMERCADO, por lo que se puede considerar que las dos empresas forman una entidad económica única. De este modo, conforme lo dispuesto en la providencia de 12 de septiembre de 2016 a las 13h08, se observa que el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas corrió traslado con el informe al operador económico HOLCIM ECUADOR S.A., entendiéndose que, dada la vinculación encontrada, este operador podrá y deberá responder a nombre de todas las empresas parte de su grupo, incluyendo particularmente a CONSTRUMERCADO. (...)”, **g)** Resolución de 17 de octubre de 2016, expedida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual se dispone, “(...) SEGUNDO.- Iniciar la investigación formal del expediente No. SCPM-ILAPMAPR -EXP-001-2016, por cuanto presume la existencia abuso de poder de mercado de acuerdo a lo dispuesto en los numerales 3, 8, 11 y 19 del artículo 9 de la LORCPM, por parte del operador económico HOLCIM ECUADOR S.A, (...)” **h)** Informe de Resultados No. SCPM-DNIAPM-042-2017 de 12 de septiembre de 2017, suscrito por el Dr. Mauricio Riofrio, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en el cual recomienda, “(...) De los hechos analizados y las conclusiones precedentes, se recomienda correr traslado con el informe y la correspondiente formulación de cargos al operador económico HOLCIM ECUADOR S.A que está vinculado a través del sistema de franquicias manejado por el operador económico CONSTRUMERCADO. S.A., para que presente sus excepciones conforme a lo estipulado en el artículo 58 de la LORCPM y el 68 del RLORCPM dentro del expediente administrativo signado con el número SCPM-ILAPMAPR-EXP-001-2016, en virtud a los elementos de prueba que obran del expediente, así como los elementos expuestos en el informe de resultados, como presunto responsable de las infracciones relacionadas con las conductas establecidas en los numerales 3, 8, 11 y 19 del artículo 9 de la LORCPM.” **i)** Formulación de Cargos de 12 de septiembre de 2017, expedido por el Dr. Hans W. Ehmiq Dillon, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante el cual resuelve, “(...) Emitir la presente formulación de cargos contra el operador económico, HOLCIM ECUADOR S.A., a través de su Abogado patrocinador Daniel Castelo, de conformidad con el informe de resultados de la investigación elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado de 12 de septiembre de 2017. El operador económico HOLCIM ECUADOR. Habría incurrido en el infracción tipificada en el artículo 9,



numerales 3, 8, 11 y 19 de la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado (LORCPM), (...). i) Providencia de 13 de septiembre de 2017, expedida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual se dispone, "(...) notificar al operador económico HOLCIM ECUADOR S.A., en calidad de presunto responsable con el Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-DNIAPM-042-2017- de 12 de septiembre de 2017; y, la Formulación de Cargos, a fin de que conteste y deduzca excepciones en el término de 15 días (...)". Con los antecedentes expuestos es menester considerar la normativa aplicable; al respecto la **Constitución de la República del Ecuador** 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. (...)"; **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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. (...) Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra (...)"; "**Art. 168.-** La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo."; "**Art. 169.-** (...), harán efectivas las garantías del debido proceso(...)"; "**Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. (...)"; "**Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalecerá sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)". En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)** 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. 2.-** *Ámbito.- 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, (...).*”; “**Art. 4.-** *Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley (...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso*”; “**Art. 7.-** *Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. (...) 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. (...)*”; “**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. (...)* 3.- *Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios. (...)* 8.- *La venta condicionada y la venta atada, injustificadas. (...)* 11.- *La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios. (...)*; “**Art. 38.-** *Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: (...)* 2. *Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley. (...)*”; “**Art. 44.-** *Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: (...)* 2. *Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento (...)*”; “**DISPOSICIONES GENERALES.-** *Primera.- Jerarquía.- (...)* En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”. El Código Civil prescribe, “**Art. 40.-** *Las personas son naturales o jurídicas (...)*”; “**Art. 564.-** *Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...)*”; El Código Orgánico General de Procesos (norma supletoria)



dispone, "Art. 33.- Representación de personas jurídicas en el proceso. Cuando la parte sea una persona jurídica, deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial"; "Art. 53.- Citación. La citación es el acto por el cual se le hace conocer a la o al demandado el contenido de la demanda o de la petición de una diligencia preparatoria y de las providencias recaídas en ellas (...)"; "Art. 65.- Notificación.- Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales. (...)"; "Art. 107.- Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: (...)3. Legitimidad de personería, 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. (...)"; "Art. 108.- Nulidad por falta de citación. Para que se declare la nulidad por falta de citación con la demanda, es necesario que esta omisión haya impedido que la o el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y reclame por tal omisión "Art. 109.- Efecto de la nulidad. La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo."; "Art. 110.- Declaración de nulidad y convalidación. La nulidad del proceso deberá ser declarada: 1. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial. 2. A petición de parte, en las audiencias respectivas cuando la nulidad haya sido invocada como causa de apelación o casación."; "Art. 111.- Nulidad y apelación. El tribunal que deba pronunciarse sobre el recurso de apelación examinará si en el escrito de interposición se ha reclamado la nulidad procesal. Solamente en caso de que el tribunal encuentre que el proceso es válido, se pronunciará sobre los argumentos expresados por la o el apelante. Si encuentra que hay nulidad procesal y que la misma ha sido determinante porque la violación ha influido o ha podido influir en la decisión del proceso, la declarará a partir del acto viciado y remitirá el proceso a la o al juzgador de primer nivel (...)"; **"DISPOSICIONES REFORMATARIAS. PRIMERA.-** En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. "Código de Procedimiento Civil"; "Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" y "Ley de Casación", por "Código Orgánico General de Procesos". **La Ley de Compañías** establece, "Art. 1.- Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades (...)"; "Art. 136.- La compañía se constituirá mediante escritura pública que será inscrita en el Registro Mercantil del cantón en el que tenga su domicilio principal la compañía. La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción (...)"; **El Reglamento de Aplicación a la LORCPM** dispone, "Art. 55.- Inicio del procedimiento de oficio.- El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley. El órgano de

*sustanciación abrirá un expediente y conducirá una investigación preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término, de haber resuelto el inicio de la investigación. Dentro del término de tres (3) días de haber concluido el informe, se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción. El presunto o presuntos responsables podrán presentar explicaciones en el término de quince (15) días de notificado el inicio de la investigación preliminar. (...)*"; Es menester establecer que en Derecho Administrativo y específicamente, dentro de las manifestaciones de la autoridad, en la doctrina se ha señalado diversas clasificaciones del actuar jurídico; así tenemos, actos administrativos, reglamentos administrativos, contratos administrativos, finalmente actos y resoluciones administrativas; respecto del acto administrativo, este se subdivide en actos de simple administración o de mero trámite, que son aquellos que se ejecutan a fin de proseguir con la tramitación de una causa, es decir, los que no generan efecto directo sobre el administrado; y, los actos administrativos propiamente dichos, que constituyen la expresión jurídica de la voluntad de la administración, resuelven el tema principal, o incidental, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándolo de este; al respecto el tratadista Patricio Secaira Durango en su obra "Curso Breve de Derecho Administrativo" dice, "(...) *Es entonces siempre una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos a terceros (...)*"; de igual forma el tratadista Andrés Serra Rojas, en su obra "Derecho Administrativo, T.I. 9ª Ed.", manifiesta; "(...), *una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto; La Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva (...)*"; de lo expuesto y de la revisión de los actos impugnados, se desprende que la formulación de cargos y providencia que hoy se recurren, no son actos administrativos en estricto sentido, por su naturaleza son actos de simple administración o de mero trámite, puesto que, por sí mismo no generan un efecto legal directo sobre los intervinientes en el proceso, no resuelven el tema principal, no establecen responsabilidades, ni imponen medidas preventivas, correctivas o sancionatorias o liberan de responsabilidad al investigado. Sin perjuicio de lo manifestado y una vez establecidos los elementos de hecho y derecho y en respeto de la tutela administrativa, es procedente analizar, que de la revisión del expediente investigativo se ha podido establecer que en el desarrollo del proceso de investigación, la Intendencia encontró indicios del cometimiento de las conductas anticompetitivas enmarcadas en el artículo 9, numerales 3, 8, 11 y 19 de la LORCPM, infracciones que presuntamente se habrían cometido por el operador económico HOLCIM ECUADOR S.A., por intermedio de CONSTRUMERCADO S.A., compañías que se encuentran vinculadas a través del sistema de franquicias DISENSA; dentro del marco de la investigación, se estableció como mercado relevante, "la fabricación y comercialización del cemento distribuidos en sacos, dentro del territorio nacional, durante el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2016", en este sentido, el órgano de investigación en el informe de resultados, ha analizado el



procedimiento para la comercialización del cemento FUERTE TIPO GU en sacos de 50Kg, el cual se desarrolla de la siguiente manera, "1. *HOLCIM vende cemento FUERTE TIPO GU en sacos de 50kg únicamente a su empresa vinculada CONSTRUMERCADO S.A.* 2. *CONSTRUMERCADO S.A. distribuye este producto únicamente a través de su sistema de franquicias DISENSA. (...) En este sentido, se entiende que HOLCIM cumple el rol de productor y suministrador del producto en cuestión a CONSTRUMERCADO S.A., al cual le corresponde el rol de suministrador de cemento Fuerte Tipo GU a los franquiciados DISENSA, quienes se encargan de comercializar el producto directamente con los consumidores finales (...)*"; En este ámbito es claro que el proceso de investigación ha arrojado resultados mediante el cual se presume cierto grado de responsabilidad de CONSTRUMERCADO S.A., en las conductas imputadas a HOLCIM ECUADOR S.A., puesto que se establece que si bien es cierto el apelante en la causa es parte de la cadena productiva investigada no es el integrante único, puesto que CONSTRUMERCADO S.A., es el encargado de la comercialización por intermedio de sus franquiciadas, por tanto HOLCIM ECUADOR actuaría en el eslabón de la producción y distribución CONSTRUMERCADO S.A., interviene en la distribución y comercialización, parte del mercado relevante determinado en la presente investigación. Sin embargo de que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, ha considerado que las empresas referidas se encuentran vinculadas, no ha notificado en ninguna fase del proceso a CONSTRUMERCADO S.A., a fin de que este pueda ejercer su derecho a la defensa, inclusive se ha formulado cargos sólo al apelante, a pesar de que se ha concluido en la ya mencionada vinculación; entonces es necesario analizar que, el Código Civil en el artículo 40, claramente expone la clasificación de las personas, así "*Las personas son naturales o jurídicas (...)*", artículo que se encuentra en armonía con el artículo 564 del mismo cuerpo legal, quien nos muestra una definición de lo que es la persona jurídica y dice, "*Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente (...)*"; realizando una concatenación con el artículo 136 de la Ley de Compañías que en su parte pertinente manifiesta, "*(...) La compañía existirá y adquirirá personalidad jurídica desde el momento de dicha inscripción (...)*", y la normativa expuesta en la segunda parte de este considerando, podemos señalar que la persona jurídica, es aquel ente ficticio con capacidad legal de actuar, el cual tiene una representación determinada por sus propios estatutos y que tiene personalidad y personería jurídica propia, por lo que no se puede pretender que una compañía responda por actuaciones de otra. En consecuencia se ha detectado por parte de esta autoridad una inobservancia a lo establecido en la Constitución de la República del Ecuador, en sus artículos 75, 76 numerales 1, 3 y 7 literales a), b), c) y h), en lo que respecta al derecho a la defensa y principio de contradicción conforme el artículo 168 de la norma suprema. La Constitución de la República consagra el derecho a la legítima defensa, es decir la posibilidad de desvirtuar lo imputado en su contra; derecho que va ligado íntimamente con el debido proceso que toda causa debe observar; una de las garantías básicas que conforman el debido proceso como derecho fundamental es la citación y notificación de

ms

los actos emitidos dentro de cualquier procedimiento en contra de una persona natural o jurídica. El derecho a la defensa comprende la posibilidad formal y empírica que tiene una persona para responder ante la iniciativa de otro sujeto, que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses, durante un procedimiento ya iniciado. El tratadista Zavala Egas en su obra "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica" señala que, "(...) es un derecho que la Constitución impone, inherente y propio de la dignidad de la persona y que, garantizándose, impide su degradación por efecto de un pronunciamiento de autoridad pública, judicial o administrativa, autoritario y el que no haya participado el supuesto afectado en forma activa, sino que haya sido mero objeto o instrumento para ejercer un poder de decisión jurídicamente conferido. Por ello es un derecho fundamental y, como tal, inalienable, irrenunciable e indivisible (Art.11.6CPR)". En el mismo sentido el Dr. Rodrigo Pesantes, en su publicación "Como cambia la citación en el COGEP" manifiesta, "El acto procesal por el cual se le hace conocer al demandado el contenido de la demanda es la citación, que representa el inicio y la más clara expresión de la garantía del derecho a la defensa, pues permite al demandado preparar su estrategia de defensa, que comienza con la contestación a la demanda. Para que surta efectos jurídicos, es necesario que la citación cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley; de lo contrario, si se ha incurrido en una omisión que ha impedido el adecuado ejercicio del derecho a la defensa y contradicción, el proceso debe ser declarado nulo (...)". En la misma línea, la Corte Constitucional en sentencia No 012-09-SEP-CC, dictada el 4 de julio de 2009 en el caso 004S-OS-EP ha profundizado sobre la relevancia constitucional de la notificación y claramente ha señalado, "(...) la notificación comprende el acto de informar a las partes la actuación jurisdiccional determinándose, en esencia, la publicidad y transparencia de los procesos, los mismos que solo estarán garantizados si las partes intervinientes en el mismo se hallan informados debidamente de todas las actuaciones que se realizan en un proceso. (...)". Es obligación de la autoridad velar por el respeto de las normas del debido proceso y, en la especie, por precautelar el derecho a que se efectivicen las garantías que ampara la norma, es decir conocer el proceso en base al cual se le están formulando cargos (con las excepciones previstas en la misma ley), el cual trasciende el hecho de una simple formalidad para transformarse en un derecho adquirido por parte de quienes intervienen o deberían intervenir en un procedimiento de investigación, del cual podría eventualmente derivarse una sanción, en el caso de que irrefutablemente se establezca el cometimiento de una infracción. La única forma de brindar las garantías constitucionales, es solo si la autoridad pone en conocimiento de las partes sus actuaciones, evitándose de este modo, que uno o varios sujetos procesales queden en indefensión por falta de información respecto a los acontecimientos suscitados dentro del procedimiento. Constituye un deber fundamental de la autoridad administrativa ajustar sus actuaciones a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública, ya que estos preceptos demarcan su competencia eficaz, siempre con el fin de garantizar el cumplimiento del derecho primordial al debido proceso, derecho a la defensa y principio de contradicción, solo así se puede presumir que el actuar de la administración es legalmente válido. En virtud de



la nulidad procesal detectada dentro del proceso y en fundamento a lo previsto en el artículo 111 del COGEP (norma supletoria a la LORCPM), inciso segundo, esta autoridad no se pronuncia respecto de los demás argumentos expuestos en el recurso de apelación que se resuelve. **SEPTIMO.-** Por todas las consideraciones fácticas y legales, amparado en las disposiciones del artículo 44, numeral 2, artículo 65 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE:** **Primero.-** ACEPTAR el Recurso de Apelación presentado HOLCIM ECUADOR S.A., mediante escrito de 13 de octubre de 2017, impugnando la formulación de cargos efectuada en contra del apelante y la providencia de 13 de septiembre de 2017, mediante la cual la IIAPMAPR corrió traslado con el documento, sin menoscabo de que estas actuaciones procesales no constituye actos administrativos, sino son actos de simple administración para el avance de fase del proceso de investigación y sustanciación; en consecuencia, se declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-001-2016, a partir de la providencia de 12 de septiembre de 2016, las 13h08 (inclusive), hasta la presente fecha, por lo que las actuaciones del órgano de investigación, deberán retrotraerse al momento anterior a la generación del vicio, tal como lo determina el artículo 109 del Código Orgánico General de Procesos, disponiéndose expresamente se cuente en el proceso de investigación con el operador económico CONSTRUMERCADO S.A. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado al operador económico apelante, al órgano de sustanciación e investigación y en virtud de la solicitud de confidencialidad del anexo uno del escrito de 04 de enero de 2018, a la Intendenta General de la SCPM.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.  
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (e)

Ab. Lenis Orrellana  
SECRETARIA AD-HOC