

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Regional 2
- **Expediente IR2:** SCPM-IZ8-0003-2017
- **Expediente Apelación:** SCPM-IZ8-0003-2017-A-0013-2018-DS
- **Denunciante:** RILOMAX S.A. EN LIQUIDACIÓN
FORZIBREM S.A.,
JORGE KELLY HUE
LUIS FELIPE ABBUD ROMERO
LOGÍSTICA DE ALIMENTOS LOGALISA S.A.
- **Denunciado:** UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 18 de enero de 2019, a las 17h10.- Doctor, Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, en conocimiento del expediente, en uso de mis facultades legales, encontrándose el proceso para resolver, **DISPONGO:**

PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.- Agréguese al expediente los siguientes documentos: **1.-** Acta de 20 de diciembre de 2018, a las 14h30, suscrita por la Abg. Rosa González, mediante la cual se realiza la entrega de copias simples de la documentación autorizada mediante providencia de 13 de diciembre de 2018, al operador económico Unilever Andina Ecuador S.A. **2.-** Escrito presentado por el señor Manuel Cartagena Proaño, en su calidad de Gerente General y como tal representante legal de RP&C-Law Representaciones Cía. Ltda., quien a su vez es Gerente General y Representante Legal del operador económico Unilever Andina Ecuador S.A., recibido en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 16 de enero de 2019, a las 10h27, con número de trámite ID 122822. **3.-** Acta de 16 de enero de 2019, a las 11h15, suscrita para la Abg. Rosa González, Secretaria Ad-hoc, mediante la cual se realiza la entrega de la copia del audio y vídeo en CD de la audiencia pública celebrada el 21 de diciembre de 2019 a las 10h00, al operador económico Unilever Andina Ecuador S.A., entrega dispuesta en providencia de 15 de enero de 2019, a las 16h00. **4.-** Escrito presentado por el señor Jaime Gandolfo Barahona, Jorge Kelly Hue, Luis Felipe Abbud Romero y Armando Baquerizo Barriga, denunciante en la causa, recibido en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 16 de enero de 2019 a las 14h33, con número de trámite ID 122860; en atención al mismo, respecto de la solicitud de una copia de la "transcripción y video de la Audiencia de Apelación" efectuada dentro del expediente No. SCPM-IZ8-003-2017-A-0013-2018-DS, se indica que, en virtud de que la grabación de la diligencia consta en medio magnético en el expediente, esta

V

autoridad no realiza transcripción alguna, motivo por el cual no es procedente conceder lo solicitado; sin embargo, se concede la copia del audio y vídeo de la audiencia pública celebrada el 21 de diciembre de 2018 a las 10h00, para lo cual, el peticionario deberá acercarse a las oficinas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ubicadas en la Av. Shyris y Río Coca, Edificio Ocaña, portando los documentos habilitantes en original y copia, así como, de ser el caso las autorizaciones a los abogados que realizarán dicha diligencia.

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.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- El operador económico Unilever Andina Ecuador S.A. (Unilever), interpuso Recurso de Apelación mediante escrito de 28 de septiembre de 2018, a las 14h47, impugnando la providencia de 27 de agosto de 2018, las 17h00 mediante la cual, el Intendente Zonal 8 formuló cargos al operador económico recurrente; en el mismo escrito de apelación, Unilever impugna la providencia de 24 de septiembre de 2018, las 09h00, la misma que aclara la providencia de formulación de cargos y también se dispuso la apertura el término probatorio. El Recurso de Apelación 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 –LORCPM-, 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.- Los actos impugnados fueron emitidos por el Intendente Zonal 8, y son: 1.- Providencia de 27 de agosto de 2018, las 17h00; mediante la cual, la Intendencia Zonal 8, formula cargos en contra

del operador económico Unilever Andina Ecuador S.A. 2.- Providencia de 24 de septiembre de 2018, las 09h00, acto que aclara la formulación de cargos y apertura el término probatorio.

SEXTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.- El operador económico Unilever Andina Ecuador S.A., dentro de su Recurso de Apelación solicita: "(...) se declare la nulidad de los actos administrativos impugnados. De manera subsidiaria, sobre la base de una valoración correcta de la evidencia contenida en el expediente, solicitamos se archive el expediente porque no existe mérito para su prosecución (...)" ; pretensión que la realiza fundamentado en las siguientes alegaciones: "(...) 4. **Antecedentes de hecho relevantes.-** Este proceso se inició hace más de 14 meses por la presentación de denuncias de ex distribuidores de la compañía. Por un lado, Jaime Gandolfo Barahona en representación de Rilomax S.A. en Liquidación y Forzibrem S.A. (**Forzibrem**) presentó su denuncia el 23 de junio de 2017, por otro lado, Luis Felipe Abbud Romero y la compañía Lisboacorp S.A. en Liquidación (**Felipe Abbud**), y un tercero, el Sr. Jorge Carlos Kelly Hue (**Kelly Hue**) presentaron sus denuncias seis días más tarde, el 29 de junio de 2017. El 3 de enero de 2018, Logística de Alimentos S.A. **Logalisa (Logalisa)** se sumó a los ex distribuidores de Unilever y también denunció a mi representada. (...) - Como se explorará con más detalle en adelante, es preciso empezar por señalar que el 7 y 13 de julio de 2017 dentro de los expedientes SCPM-IZB-0003-2017, SCPM-IZB- 0004-2017 y SCPM-IZS-0005-2017 la Intendencia ordenó que los denunciante completen las denuncias, sin embargo, lo que en realidad hizo la Intendencia fue guiar a los denunciante para que las reformen. (...) La Intendencia permitió, por ejemplo, que los denunciante reformen el tiempo de duración de las supuestas prácticas anticompetitivas para que no caigan en la evidente prescripción de sus escritos originales.(...) Es evidente que los denunciante aprovecharon la oportunidad conferida por la Intendencia para tratar de subsanar su aceptación que demostraba la prescripción.- (...) Con base en esas reformas, la Intendencia calificó las denuncias como si estas de verdad cumplieren lo prescrito en el artículo 54 de la LORCPM y las admitió a trámite.- (...) Dentro de las explicaciones, entre varias cosas, explicamos a la Intendencia que el derecho de acción de los denunciante había prescrito y que las denuncias habían sido reformadas ilegalmente. (...) La Intendencia en varias providencias, entre ellas las de 9 y 28 de febrero, 12 de marzo y 27 de agosto de 2018 agrega y declara de oficio confidencial información aportada al expediente de Forzibrem. Ante esto y sobre la base del derecho a la defensa garantizado por la Constitución, Unilever solicitó a la Intendencia justifique la declaratoria de confidencialidad y permita a Unilever acceder a la información no confidencial del expediente. A través de providencia de 29 de marzo de 2018 la Intendencia niega el acceso a los documentos solicitados, agrega al expediente de Forzibrem nueva información ingresada por los operadores económicos y, de oficio, vuelve a declarar la confidencialidad de toda la información

sin una motivación razonable. Unilever solicitó a la Intendencia que motive, como lo manda el artículo 76, número 7, literal l) de la Constitución, las razones por las que negó la información. En respuesta, la Intendencia resolvió “[...] toda vez que los actos procesales emitidos no constituyen actos administrativos, y la documentación e información solicitada ha sido calificada como confidencial conforme a la normativa vigente”. - Estas mismas actuaciones arbitrarias de la Intendencia fueron replicadas en los demás expedientes. De manera específica las providencias que niegan la información y resuelven que no es obligación de la Intendencia motivar las declaratorias de confidencialidad es del 29 de marzo de 2018 a las 16h50 para el expediente de Kelly Hue y el 29 de marzo de 2018 a las 16h55 para Felipe Abbud.- En el expediente de Logalisa, el 14 de febrero de 2018 a las 16h15 la Intendencia resolvió dar inicio a la fase de investigación formal. Debido a que no se pronunció sobre la excepción previa de prescripción, la falta de cumplimiento por parte de la denuncia de Logalisa en cumplir los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM, el incumplimiento de la prueba aportada por el denunciante para ser catalogada como tal y, en general, más vicios de la denuncia, Unilever solicitó a la Intendencia sobre la base del artículo 49 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (**IGPA o Instructivo**) que aclare y amplíe la providencia pues en ella da inicio a la fase de investigación formal sin resolver puntos claves de la denuncia presentada el 29 de enero de 2018. A través de providencia de 28 de febrero de 2018 a las 11h00, la Intendencia dice lo siguiente: “[...] este recurso horizontal acorde sus características es aplicable únicamente a una resolución emitida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esto es un acto administrativo”. (...) Adicionalmente, en el expediente de Forzibrem a través de providencia de 9 de febrero de 2018 a las 16h00 la Intendencia concedió al denunciante acceso al expediente. Para precautelar la información comercial sensible de mi representada a pesar de que sí solicitamos que se declare como confidencial y la Intendencia nos la concedió, el 16 de febrero de 2018 ingresamos otro escrito solicitando nuevamente que se declare la información confidencial para precautelar el know-how y, en general, información comercial de Unilever que puede otorgar una ventaja competitiva a otros operadores.- Los denunciantes tuvieron acceso al expediente el 20 de febrero de 2018 a las 10h00, Unilever también solicitó una revisión del expediente el 12 de marzo de 2018 que nos fue conferida para el 10 de abril de 2018 (casi un mes después de que la solicitamos).- Una vez que comparecimos a las oficinas de la Intendencia ratificamos que la información de mi representada constaba en el expediente principal disponible para todas las partes, a pesar de que ingresamos, con cada solicitud de declaratoria de confidencial, los extractos no confidenciales. (...) El 27 de agosto de 2018 a las 17h00 a través de oficio SCPM-IGT-IR2-130-2018-0 la Intendencia resolvió acoger el Informe de resultados No. SCPM-IGT-IR2-20-2018-I (informe económico-jurídico) y formular cargos en contra de mi representada. El 5 de septiembre de 2018 presentamos una solicitud de

revocatoria de la providencia en virtud de que el Informe económico-jurídico se dictó sobre la base de información de expedientes caducos y prescritos y, además, subsidiariamente, solicitamos que la Intendencia aclare y amplíe puntos específicos de la providencia de 27 de agosto de 2018 a las 17h00.- (...) **5. Excepciones de Derecho.-** Tal como se menciona en la sección preliminar, este es un caso que pone al Derecho de competencia de cabeza: presume la ilegalidad de prácticas eficientes, decide proteger individuos en lugar del bienestar general, funda su teoría de daño sobre testimonios y aseveraciones no contrastadas y sin sustento, define equivocadamente y anti técnicamente el mercado relevante, y llega incluso a sugerir sanciones contradiendo la poca evidencia económica que consta en el expediente. En 14 meses de investigación y pese a la plena cooperación de Unilever, la Intendencia no tiene una teoría de daño coherente e intenta construir su argumento sobre ideas que han sido universalmente rechazadas durante décadas. A esto debemos añadir que, a cada paso, la Intendencia ha permitido violaciones procesales por parte de los denunciante a la vez que impide, con argumentos ilegales o inconstitucionales, la defensa efectiva de Unilever.- (...) **6. Las violaciones procesales que justifican la nulidad del expediente.-** (...) En la siguiente sección demostraremos que (...) **6.1 La valoración de la prueba se hace contra de las reglas de la sana crítica.-** Iniciaremos apuntando que la Intendencia continúa impulsando este proceso pese a que no hay evidencia alguna del cometimiento de infracciones. (...) la Intendencia ha ignorado todas las alegaciones de Unilever y les ha dado importancia absoluta únicamente a las denuncias (reformadas y sin evidencia), y a las declaraciones testimoniales realizadas por los propios denunciante, todas coordinadas por un solo abogado (...).- **6.2 La resolución que decide la apertura de la fase de sustanciación es nula.-** En esta sección demostraremos que (6.2.1) el informe y resolución de formulación de cargos es nulo porque ha sido construido sobre la base de información de expedientes prescritos (6.2.2) y caducados.- **6.2.1 La resolución de formulación de cargos es nula porque la información utilizada forma parte de expedientes prescritos.-** El 18 de agosto de 2017, 5 de mayo, 11 de mayo y 5 de septiembre de 2018, mi representada de manera recurrente alegó la excepción previa de prescripción. (...) En este caso, la supuesta infracción acusada cesó el 2012 y el procedimiento administrativo inició el 2017, transcurrido el plazo de 4 años de prescripción.- (...) Por tanto, la omisión de la Intendencia ha permitido que se tramite un procedimiento pese a que la acción se encontraba prescrita, o cual deviene en la nulidad de la Resolución y Formulación de cargos por vulnerar un derecho constitucional para la Intendencia, (...) **6.2.2 La resolución de formulación de cargos es nula porque la información utilizada forma parte de un expediente caducado.-** Con relación al expediente SCPM-IZ8-0007-2017, a través de providencia de 14 de febrero de 2018 a las 16h15, la Intendencia resolvió concluir la fase de investigación preliminar e iniciar la fase de investigación formal. Para ello estableció que el plazo de duración de la etapa de investigación sería de 180 días. De conformidad con el artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal

Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, esta fase puede prorrogarse por una sola vez por 180 días adicionales.- En virtud de que la Intendencia inició la fase de investigación formal a través de providencia de 14 de febrero, el plazo de 180 días venció el 13 de agosto de 2018. A pesar de ello, la Intendencia, a través de providencia de 27 de agosto de 2018 a las 12h30 contenida en el oficio SCPM-IGT-IR-2-127-2018-0 de 30 de agosto de 2018, es decir 14 días después de vencido el término, resuelve en el punto 35 lo siguiente: "(...) prorroguese el plazo de duración de la fase de investigación dentro del presente procedimiento por noventa (90) días ..." (...) La extensión del plazo ocurrió por fuera del término legal original, es decir, la Intendencia hizo justamente lo que el COA prohíbe. (...) A pesar de que el acto que dio inicio a la fase de investigación se extinguía, el 27 de agosto de 2018 la Intendencia elaboró el Informe No. SCPM-IGT-IR2-18-2018-I y a través de providencia de la misma fecha con Oficio No. SCPM-IGT-IR2-128-2018-0 resolvió acumular los expedientes SCPM-IZ8-0004-2017, SCPM-IZ8-0005-2017, y SCPM-IZ8-0007-2017.- (...)- **6.3 la Intendencia ha permitido o facilitado repetidamente la violación del procedimiento.**- Iniciaremos mencionando que el único respaldo y base de la formulación de cargos es la afirmación que realizaron los denunciantes en sus denuncias:(...) La Intendencia no puede pretender violar el principio de presunción de inocencia contemplado en el artículo 76, número 2 de la Constitución y esperar que Unilever demuestre que es inocente sobre la base de una simple afirmación. (...) En una parte de la declaración, el denunciante afirma que tiene documentos de respaldo sobre el supuesto recorte de clientes que realizaba Unilever, así afirmó que tenía "de manera escrita" y "correo electrónico". Sobre la base de sus respuestas, la Intendencia en la pregunta 18 cuestiona al denunciado: "¿Están adjuntados al proceso? Y el denunciante en los minutos 00:14:49- 00:15:00 contesta: "No, eso no porque encontramos con el abogado que fue 2013, es extemporáneo si lo veo al tema de que estamos hablando al día de hoy, pero tengo los soportes necesarios".- De manera clara, el denunciante expresamente reconoce que la denuncia está basada sobre hechos extemporáneos y ratifica la prescripción de la acción. A través de providencia de 1 de septiembre de 2017 a las 16h45, en el punto 3.3.1 la Intendencia transcribe la declaración del denunciante, sin embargo, la transcripción que realiza tiene una diferencia sustancial frente a la respuesta que se desprende del audio. (...) **6.4 El derecho a la defensa de Unilever ha sido violado de manera repetida.**- La violación al derecho a la defensa de Unilever por la Intendencia es innegable. (6.4.1) la Intendencia negó ilegalmente el acceso a información de importancia material; (6.4.2) violó el derecho a la confidencialidad de la información de Unilever; (6.4.3) se negó a pronunciarse sobre recursos horizontales legítimamente interpuestos; (6.4.4) e imputó cargos sobre la base de una presunción de culpabilidad de mi representada información solicitada. (...) **6.4.2 La Intendencia regional violó el derecho a la confidencialidad de la información de Unilever.**- (...) La Intendencia no ha guardado la confidencialidad de la información que fue solicitada en reiteradas

ocasiones por Unilever. La Intendencia tenía la obligación de, una vez declarada la confidencialidad de la información, extraer la información confidencial e incorporarla a otro expediente para su custodia y responsabilidad. A pesar de ello, toda la información comercialmente sensible de Unilever consta en el expediente principal a pesar de que hemos adjuntado a cada requerimiento de información los extractos no confidenciales.- (...) La información confidencial y comercialmente sensible que consta en el expediente principal de Unilever se refiere a políticas de descuento, planilla de liquidación de cobranzas, facturas, garantías reales y bancarias, informes económicos, detalle de parte de Unilever de cómo eran las relaciones comerciales con todos sus distribuidores, las compras que realizan los distribuidores a Unilever, ventas mensuales efectuadas por los distribuidores, datos de los trabajadores de Unilever, productos y precios de Unilever, entre otras.- Es evidente que la información que se encuentra en el expediente principal y que no ha sido extraída a pesar de ser confidencial supone riesgos comerciales y económicos importantes no solo para mi representada, pero para otros distribuidores de Unilever que no tienen nada que ver con el expediente de la referencia. Lamentablemente la Intendencia ha permitido que los denunciados obtengan una ventaja competitiva al haber divulgado datos personales, secretos comerciales, estrategias de mercado, en general, el know-how que permite la marcha del negocio.- (...) La formulación de cargos tiene 4 acusaciones específicas, sin embargo, ninguna está atada de manera clara a una violación de un artículo. Según la Intendencia, Unilever violó 9 incisos de dos artículos de la ley: los incisos 8, 11, 19, 20 y 22 del artículo nueve, además de los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 10. ¿Cuál de estas violaciones se relaciona específicamente a los cuatro párrafos de la Formulación de cargos? No es posible determinarlo. No hay forma en que se pueda conocer qué hechos supuestamente constituyen qué violación, lo que claramente impide un ejercicio efectivo del derecho a la defensa.- (...) **6.4.4 La Intendencia imputó cargos abusando de sus facultades de investigación.**- A nivel mundial, los reguladores de competencia y todas las instituciones públicas que ejercen facultades de investigación y sanción tienen expresamente prohibido, como una proyección de sus derechos fundamentales, realizar investigaciones genéricas e indeterminadas, expediciones sin rumbo en busca de cualquier infracción que pueda aparecer en el camino. A pesar de que la litis se trabó sobre la base de la denuncia ilegalmente reformada y las explicaciones presentadas por Unilever, durante la etapa de investigación formal, la Intendencia ha realizado acusaciones discordes por fuera del contexto cubierto por la investigación, y ha propuesto cargos sobre los que no se ha investigado, alegado ni aportado prueba.- Esto obedece a que, durante toda la fase de investigación formal, a pesar del tiempo y las facultades que tiene a su disposición, la Intendencia no ha encontrado elementos de convicción que demuestren que Unilever es responsable por abuso de poder de mercado absoluto o relativo. De esa manera, la Intendencia amplió sus fundamentos en todas las conductas que pueden constituir una forma de abuso para

sostener su teoría del caso.- (...) Concordantemente, la Intendencia debía respetar el principio de congruencia dentro del procedimiento administrativo para garantizar el derecho a la defensa de Unilever. Para ello, la Intendencia debía identificar en forma clara la conducta acusada y la infracción específica que sería objeto de investigación y posterior resolución, con la finalidad de que Unilever pueda conocer el objeto del proceso y ejercer adecuadamente su derecho a la defensa.- (...) **7.- El expediente debe archiversse porque no existe méritos para su prosecución.-** La Resolución y Formulación de cargos presentan una teoría de daño contradictoria. Es evidente que la Intendencia no busca proteger a la competencia sino competidores específicos, los estándares que utiliza contradicen a la LORCPM, y sus teorías de daño chocan con los postulados universalmente aceptados del Derecho de competencia. Después de más de un año de investigación, la Intendencia no ha logrado acopiar más evidencia que las declaraciones de los denunciantes, coordinadas por el mismo abogado, que coincidentalmente representa a las 4 denunciantes, sobre idénticos hechos y conductas denunciadas, pese a que involucran relaciones distintas en tiempos distintos. Después de docenas de irrazonables pedidos de información no hay más que una definición circular de mercado relevante desprovisto de rigurosidad metodológica y sentido común.- (...) **La definición de mercado relevante es circular.-** (...) La insensatez de la definición nos lleva a entender que todos los productos de cada una de las categorías son sustitutos, lo que a su vez nos conduce a consecuencia tan absurdas que son suficientes para rechazar todo el ejercicio de definición de mercado relevante de plano: para la Intendencia, todos los productos de la categoría de cuidado personal son sustitutos, lo que significa que los consumidores usualmente utilizan cremas de cara como sustitutos perfectos de desodorantes. También, según la Intendencia, como toda la categoría de cuidado del hogar es un mercado relevante, resultaría muy común que los consumidores, para satisfacer las mismas necesidades, usen un lavavajilla y un detergente de ropa. Las conclusiones del informe sugieren que en Ecuador un gran número de personas lavan su ropa con crema de platos (...) **7.2.2 La Intendencia no demuestra que Unilever sea dominante.-** (...) En la página 183 y siguientes del informe de resultados, bajo el título de mercado en los mercados relevantes, la Intendencia confirma que, después de definir erróneamente el mercado, identifica de manera inadecuada los síntomas económicos de la dominancia. Por ejemplo, en la sección 8.1.2 no hace más que transcribir las afirmaciones de los denunciados, sugiriendo que una declaración es suficiente para probar la existencia de poder de mercado sustancial.- (...) **7.5 No existe fijación de precios de reventa.-** (...) La formulación de cargos no explica qué conducta es la imputada, no es claro si se acusa a Unilever de una fijación injustificada de precios de reventa bajo el artículo 9.20, o bajo el artículo 10.4. (...) Para concluir que existe una práctica abusiva que se materializa en fijación de precios de reventa, la Intendencia debería aportar evidencia sobre precios, los supuestos mecanismos de coerción que se usaron para fijarlos, y que en última instancia ese daño se manifestó en perjuicio de los

consumidores. Nada de eso existe en este caso, y todo lo que hay son declaraciones que confirman que no existe la conducta.- 7.6 No existe dependencia económica ni abuso contra los distribuidores.- (...) acusa a Unilever de haber violado el artículo 10.3 de la LORCPM. (...) Así, el análisis no debe partir de qué porcentaje de la capacidad de un operador se destina para trabajar con un proveedor, sino evaluar si una empresa no puede sustituir su producción o empezar a proveer el servicio a un tercero sin incurrir en costos irrazonables. El estándar de costos irrazonables está íntimamente ligado a los costos hundidos del dependiente.- En este caso, la Intendencia utiliza únicamente la información de un solo distribuidor: Forzibrem. (...)."

SÉPTIMO.- CONSTANCIAS PROCESALES ANALIZADAS.- Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el recurrente se analizan las siguientes constancias procesales: **7.1. Expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017.- 8.1.1.** Denuncia de 23 de junio de 2017, a las 15h14, presentada por el señor Jaime Gandolfo Barahona por los derechos que representa de RILOMAX S.A. en liquidación y FORZIBREM S.A., en contra del operador económico UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., por presuntas conductas anticompetitivas establecidas en los numerales 8, 11, 19, 20 del artículo 9, y numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **7.1.2.** Providencia de 07 de julio de 2017, de 16h40, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la que dispone completar la denuncia; **7.1.3.** Escrito de 12 de julio de 2017, a las 12h54, presentado por el señor Jaime Gandolfo Barahona por los derechos que representa de RILOMAX S.A. en liquidación y FORZIBREM S.A., mediante el cual completa su denuncia; **7.1.4.** Providencia de 27 de julio de 2017, a las 16h55 emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la cual en lo principal califica y admite a trámite la denuncia presentada; **7.1.5.** Providencia de 01 de septiembre de 2017, a las 16h45, emitida por el señor Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la cual da por terminada la Investigación Preliminar e inicia la fase de Investigación; **7.1.6.** Providencia de 28 de febrero de 2018, a las 14h25, emitida por el señor Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual prorroga el plazo de la fase de Investigación por el plazo de 180 días; **7.1.7.** Informe No. SCPM-IGT-IR2-18-2018-I, de 27 de agosto de 2018, respecto de la pertinencia de la acumulación de expedientes números SCPM-IZ8-0003-2017 de nombre de fantasía UNILEVER, SCPM-IZ8-0004-2017 de nombre de fantasía PALETA, Expediente SCPM-IZ8-0005-2017 de nombre de fantasía CHUPETE y SCPM-IZ8-0007-2017 de nombre de fantasía CARAMELO; **7.1.8.** Providencia de 27 de agosto de 2018, a las 13h00, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual en lo pertinente, acumula al expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017, los expedientes No. SCPM-IZ8-0004-2017, No. SCPM-IZ8-0005-2017 y

SCPM-IZ8-0007-2017; **7.1.9.** Informe de Resultados No. SCPM-IGT-IR2-20-2018-1, de 27 de agosto de 2018 correspondiente a la etapa de investigación formal, de los expedientes acumulados al expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017, informe en el cual el economista Alexander Rafael Pupiales Rodríguez, Director Regional de Investigación y Control encargado de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, recomienda se continúe con el procedimiento de investigación; **7.1.10.** Formulación de Cargos emitida dentro del expediente signado con el No. SCPM-IZ8-0003-2017, suscrita por el Director Regional 2, puesta en conocimiento de las partes procesales mediante providencia de 27 de agosto de 2018, a las 17h00; **7.1.11.** Providencia de 27 de agosto de 2018, a las 17h00, suscrita por el Intendente Regional 2, mediante la cual en lo principal resuelve acoger el Informe No. SCPM-IGT-IR2-20-2018-I referente a los Resultados de la Etapa de Investigación presentado el 27 de agosto de 2018, en el cual recomienda terminar la etapa de investigación e iniciar la fase de sustanciación; **7.1.12.-** Providencia de 24 de septiembre de 2018, a las 09h00, emitida por el Intendente Regional 2, mediante la cual aclaró la providencia de 27 de agosto de 2018, a las 17h00, conforme lo solicita por la parte accionada.- **7.2. Expediente No. SCPM-IZ8-0004-2017.- 7.2.1.** Denuncia presentada por el señor Jorge Kelly Hue, de 29 de junio de 2017, a las 12h17, en contra del operador económico UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., por presuntas conductas anticompetitivas establecidas en los numerales 8, 11, 19, 20 y 22 del artículo 9, y numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; **7.2.2.** Providencia de 13 de julio de 2017, a las 16h55, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual dispone completar la denuncia; **7.2.3.** Escrito presentado por el señor Jorge Kelly Hue, el 17 de julio de 2017, a las 15h19, mediante el cual completa la denuncia presentada; **7.2.4.** Providencia de 28 de julio de 2017, a las 13h20, emitida por el señor Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual en lo principal califica la denuncia y la admite a trámite; **7.2.5.** Providencia de 01 de septiembre de 2017, a las 16h55, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual da por terminada la Investigación Preliminar e inicia la Etapa de Investigación; **7.2.6.** Providencia de 28 de febrero de 2018, a las 14h40, emitida por el Intendente Zonal 8, mediante la cual en lo principal prorroga el plazo de duración de la etapa de investigación por 180 días; **7.2.7.** Providencia de 27 de agosto de 2018, a las 12h00, emitida por el Intendente Regional 2, mediante la cual en lo principal acumula el expediente No. SCPM-IZ8-0004-2017, al expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017.- **7.3. Expediente No. SCPM-IZ8-0005-2017.- 7.3.1.** Denuncia presentada por Luis Felipe Abbud Romero, el 29 de junio de 2017, a las 12h28 en contra del operador económico UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., por presuntas conductas anticompetitivas establecidas en los numerales 8, 11, 19, 20 y 22 del artículo 9, y numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;

7.3.2. Providencia de 15 de julio de 2017, a las 16h50, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual dispone completar la denuncia; **7.3.3.** Escrito de 17 de julio de 2017, a las 15h23, presentado por el señor Luis Felipe Abbud Romero, por sus propios derechos y la Compañía Lisboacorp S.A. en Liquidación (LBC), “representada por su liquidadora principal señora María Denise Salmon Baquerizo”, mediante el cual completa la denuncia; **7.3.4.** Providencia de 28 de julio de 2017, a las 12h50, emitida por el Intendente Zonal 8, mediante la cual en lo principal, califica la denuncia y la admite a trámite; **7.3.5.** Providencia de 01 de septiembre de 2017, a las 16h50, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual en lo principal resuelve terminar la Etapa de Investigación Preliminar y dar inicio a la Etapa de Investigación en base a la denuncia presentada; **7.3.6.** Providencia de 28 de febrero de 2018, a las 15h20, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual en lo principal prorrogó el plazo de duración de la etapa de investigación por 180 días; **7.3.7.** Providencia de 27 de agosto de 2018, a las 12h15, emitida por el Intendente Regional 2, mediante la cual en lo principal, se acumuló el expediente No. SCPM-IZ8-0005-2017, al expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017.- **7.4. Expediente No. SCPM-IZ8-0007-2017.- 7.4.1.** Denuncia presentada por el señor Armando Baquerizo Barriga, el 19 de diciembre de 2017, a las 12h36 en contra del operador económico UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., por presuntas conductas anticompetitivas establecidas en los numerales 8, 11, 19, 20 y 22 del artículo 9, y numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; **7.4.2.** Providencia de 28 de diciembre de 2017, a las 11h00, emitida por el Intendente Zonal 8 subrogante de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual dispuso completar la denuncia; **7.4.3.** Escrito de 03 de enero de 2018, a las 09h14, presentado por Armando Baquerizo Barriga, por los derechos que representa de LOGÍSTICA DE ALIMENTOS LOGALISA S.A., por el cual completa la denuncia; **7.4.4.** Providencia de 08 de enero de 2018, a las 12h40, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual califica la denuncia y la admite a trámite; **7.4.5.** Providencia de 14 de febrero de 2018, a las 16h15, emitida por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la cual en lo principal resuelve terminar la Etapa de Investigación Preliminar e iniciar la Etapa de Investigación en base a la denuncia presentada por el operador económico LOGISTICA DE ALIMENTOS LOGALISA S.A.; **7.4.6.** Providencia de 27 de agosto de 2018, a las 12h15, emitida por el Intendente Regional 2, por medio de la cual se prorrogó el plazo de la investigación por 90 días; así como, se dispuso acumular el expediente No. SCPM-IZ8-0007-2017, al expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017.

OCTAVO.- NORMATIVA APLICABLE. Con los antecedentes de hecho 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. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. 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. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas (...)"; "**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. 226.-** *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*"; "**Art. 227.-** *La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*"; "**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 (...)*". **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. 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 distorcionen 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: (...) 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; (...) 19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados; 20.- La fijación injustificada de precios de reventa; (...) 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. 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.-** Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.- El abuso consistirá, en particular, en: 1.- La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor; 2.- Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas; 3.- La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores,

tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares; 4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos (...); "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. 1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias. (...)"; "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 (...)"; "Art. 47.- Deber de secreto y reserva.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo. La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia. (...)"; "Art. 49.- Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos (...)"; "Art. 53.- Inicio.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo"; "Art. 67.- 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. (...)"; "Art. 70.- Prescripción de las facultades administrativas y de las sanciones.- La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio o a petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que día en que hayan cesado. (...)"; **Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RALRCPM).**- "Art. 62.- Resolución de inicio de investigación.-

Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez". El Código Orgánico Administrativo –COA– establece, "Art. 98.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo."; "Art. 120.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta".

NOVENO. ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO.-

a) El artículo 22 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las autoridades administrativas que actúan en virtud de la potestad estatal solamente ejercerán las funciones y competencias que les estén establecidas en la constitución y la ley; el numeral 2 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha establecido como una de las atribuciones del Superintendente de Control del Poder de Mercado, el conocer y resolver los recursos sobre los actos y resoluciones que emane la entidad; el artículo 67 ibídem, establece la posibilidad de la interposición del recurso de apelación de los **actos administrativos** emitidos en virtud de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; de estas premisas se concluye que el Superintendente de Control del Poder de Mercado es competente para conocer y resolver los recursos de apelación que se interpongan en contra de los actos administrativos generados por este organismo técnico de control. El operador económico ha interpuesto su recurso de apelación en contra de la providencia de 27 de agosto de 2018, a las 17h00, y la providencia de 24 de septiembre de 2018, a las 09h00; mediante las cuales se dio inicio a la fase de sustanciación y formulación de cargos, y ampliación y aclaración, respectivamente; bajo este contexto, le corresponde a esta autoridad administrativa analizar, la procedencia y pertinencia del recurso interpuesto, en este sentido es necesario indicar que no todas las actuaciones de la administración pública se constituyen en actos administrativos propiamente dichos, la doctrina subdivide a las actuaciones de la administración 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

tampoco constituyen la voluntad final de la autoridad; y, *los actos administrativos propiamente dichos*, que instituyen 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 del acto impugnado se desprende que el informe que hoy se recurre, no es un acto administrativo en estricto sentido, por su naturaleza es un acto de simple administración o de mero trámite, puesto que, por sí mismo no genera un efecto legal directo sobre los intervinientes en el proceso, no resuelve el tema principal, no impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, aunque si las siguiera, este acto de simple administración se expide para la prosecución del trámite"*; elementos doctrinarios que se encuentran recogidos en los artículos 98 y 120 del Código Orgánico Administrativo respecto a la definición del acto administrativo y el acto de simple administración. Ahora bien, la providencia de 27 de agosto de 2018, a las 17h00, y la providencia de 24 de septiembre de 2018, a las 09h00, sobre las cuales interpuso el operador económico el presente recurso de apelación no producen efectos jurídicos directos ni establecen una obligación de hacer o no hacer, constituyéndolo consecuentemente como actos de mero trámite de naturaleza no impugnables, en tal razón, los actos impugnados corresponden a actuaciones interlocutorias simples, o conocidos como actos de simple administración, que para el caso que se analiza, los mismos fueron emitidos en la sustanciación del procedimiento de investigación, que en esencia, no es otra cosa que, una emanación de la voluntad de la potestad pública que conlleva a un cambio de fase dentro del procedimiento administrativo, sin resolver el fondo del asunto que se investiga. En este orden de ideas, la providencia de 27 de agosto de 2018, a las 17h00 y consecuentemente la de 24 de septiembre de 2018, a las 09h00, lejos de poner fin a la sustanciación del expediente, continúan el trámite pertinente de investigación, el cual se encuentra establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento de Aplicación, por tanto, lo que evidencia esta autoridad en los actos impugnados, es el reflejo del ejercicio de las facultades de investigación que fueron conferidas legalmente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado establecidas en los artículos 38 y 49 de la LORCPM; así como la aplicación de las atribuciones que ostenta el Intendente Zonal 8 de la ciudad de Guayaquil para la sustanciación de expedientes administrativos de investigación. En tal virtud, se determina que los actos impugnados no constituyen

actos administrativos sino que son actos de simple administración o de mero trámite, razón por la cual no son sujetos de impugnación.

b.- Empero de lo manifestado, amparado en el artículo 227 de la Norma Constitucional que determina la sujeción de la administración pública a los principios de eficiencia, calidad, eficacia e imparcialidad, en concordancia con lo establecido en los artículos 3, 4, 5 y 19 del Código Orgánico Administrativo, y conforme el derecho a la tutela efectiva, al haber conocido las actuaciones administrativas desarrolladas dentro del expediente investigativo signado con el No. SCPM-IZ8-0003-2017, se ha evidenciado:

Respecto del Mercado relevante: Se lo analiza en los siguientes términos: **1.-** Para la determinación del mercado relevante, tal como lo establece la LORCPM en su artículo 5, y a efecto de su aplicación, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante (Facultad exclusiva y excluyente de la SCPM), **para ello, considerará, al menos:** **a)** Mercado del producto o servicio, **b)** El mercado geográfico, **c)** Las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado, **d)** El mercado del producto o servicio, **e)** El bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. En ese contexto, es necesario determinar **para el análisis de sustitución**, lo siguiente: **1.-** La SCPM evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; **2.-** Las características, usos y precios de los posibles sustitutos; **3.-** Los costos de la sustitución; **4.-** Las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. En la determinación del mercado relevante, hay que destacar otros puntos como **el mercado geográfico**, que en contexto general comprende: El conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Y dentro de esta facultad exclusiva de la SCPM, **para determinar las alternativas de aprovisionamiento**, se evaluará: **I)** Los costos de transporte, **II)** Las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes, **III)** La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado, **IV)** Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables. Finalmente, es necesario establecer las **consideraciones para equiparar a los competidores de un mercado relevante**, observando para el efecto **i)** Las características de la superficie de venta, **ii)** El conjunto de bienes que se oferta, **iii)** El tipo de intermediación, **iv)** La diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto. Como se aprecia, para determinar en cada caso un mercado relevante se deben realizar varias acciones, pero lo más importante es reconocer el mercado de producto o servicio objeto de la conducta que se investiga. En este caso, se trata de "*productos de consumo masivo*", así sostiene la Intendencia en su Informe de Resultados en el numeral 4 "**Señalamiento del mercado o mercados relevantes analizados**", que en su parte pertinente dice: "*Las compañías DOMA B.V y MAVIBEL (MAATSCHAPPIJ VOOR*

INTERNACIONALE B) B.V de nacionalidad de (sic) holandesa son accionistas de la compañía de nacionalidad ecuatoriana UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A, quien produce varios productos denominados "productos de consumo masivo", el cual es demandado por diversos operadores económicos a través de diversos canales, de entre los cuales se destaca para este análisis el canal denominado "tradicional", cuya demanda se integran por personas denominada (sic) "distribuidores", quienes adquieren el producto a precios determinados, con la finalidad de revender el mismo hacia tiendas pequeñas, medianas, grandes u otros de mayor magnitud; demanda a la cual pertenecen o pertenecieron RILOMAX, FORZIBREM, JCK, LAR, LISBOACORP y LOGALISA. (...) se determinará el mercado de producto, analizando la sustituibilidad de la demanda y oferta; y posteriormente se determinará el mercado geográfico donde desarrollan sus actividades los diferentes operadores económicos, considerando las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado; todo esto según lo estipulado y dispuesto en los "Métodos de Determinación de Mercado Relevantes" aprobado por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado mediante la Resolución No. 11 (...)". Para poder determinar de manera adecuada las actuaciones de la Intendencia sobre el mercado relevante, es menester referir a que, la determinación del mismo no solo se encuentra normado en el artículo 5 de la LORCPM, sino que, el organismo facultado para ejercer la rectoría, política pública y aplicación de la norma, es la Junta de Regulación, así, el Art. 35¹ ibídem establece que la regulación de éste organismo se realizará exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución, cuyas atribuciones se encuentran concretadas en el Reglamento de Aplicación de la LORCPM. De este modo, legal y reglamentariamente la Junta de Regulación puede expedir actos normativos para la aplicación de la LORCPM respecto del control de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica; así como, está facultada para expedir² documentos de guía y lineamientos respecto a los métodos de análisis de

¹ LORCPM.- Art. 35.- Facultades de la Función Ejecutiva.- Corresponde a la Función Ejecutiva la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de esta Ley.

La regulación estará a cargo de la Junta de Regulación, cuyas atribuciones estarán establecidas en el Reglamento General de esta Ley, exclusivamente en el marco de los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución. La Junta de Regulación tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.

El Superintendente de Control del Poder de Mercado o su delegado participará en las sesiones de la Junta de Regulación en calidad de invitado con voz informativa pero sin voto.

La Junta de Regulación estará integrada por las máximas autoridades de las carteras de estado, o sus delegados, a cargo de la Producción, la Política Económica, los Sectores Estratégicos y el Desarrollo Social.

² RLORCPM.- Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.-

mercados y mercados relevantes. En esta línea de argumentación, la Junta de Regulación emitió la Resolución No. 11 publicada el 23 de septiembre de 2016, que resuelve, expedir los métodos de determinación de mercados relevantes; norma que debía haber observado minuciosamente el Intendente, sin embargo, al analizar el producto bajo el Art. 2^o de la Resolución 11, se observa que la investigación se ciñe al mercado de la distribución de productos de consumo masivo, pero no solo del expediente que se analiza, sino este mercado relevante habría sido igual en los expedientes que ahora forman parte de esta causa por efectos de su acumulación, tal como se detalla en los documentos que acreditan la apertura y prosecución de los expedientes No. SCPM-IZ8-0007-2017; No. SCPM-IZ8-0004-2017, y, No. SCPM-IZ8-0005-2017, donde lo único que se evidencia es que los denunciados son distribuidores de productos de consumo masivo y que el operador económico Unilever Andina Ecuador S.A. es la parte denunciada. Por otro lado, el objeto de la investigación está dentro del mercado de productos de consumo masivo, donde se evidencia el detalle de los productos denunciados en contra de Unilever, en el cual se observa el catálogo de productos que distribuye este operador económico, así tenemos:

Productos detallados por los denunciados contra Unilever

CATEGORÍA	MARCA 1	MARCA 2	MARCA 3	MARCA 4
-----------	---------	---------	---------	---------

La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

- e) Expedir actos normativos para la aplicación de la Ley respecto del control de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica, sin que dichos actos normativos puedan alterar o innovar las disposiciones legales o el presente Reglamento;
- f) Expedir documentos de guía y lineamientos respecto a los métodos de análisis de mercados y mercados relevantes;
- g) Expedir criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la Ley;
- h) Autorizar, mediante resolución motivada, el establecimiento de restricciones a la competencia, de conformidad con el artículo 28 de la Ley;
- i) Determinar los criterios para la aplicación de la regla de mínimos en materia de acuerdos y prácticas restrictivas;
- j) Fijar el monto del volumen de negocios total en el Ecuador, del conjunto de los participantes en una operación de concentración económica, a partir del cual se debe cumplir con el procedimiento de notificación previa de conformidad con el literal a) del artículo 16 de la Ley;
- k) Fijar el monto mínimo de las ayudas públicas a partir del cual se aplicarán las condiciones y procedimientos establecidos en los artículos 29 y 31 de la Ley y los artículos 35 a 38 de este Reglamento;
- l) Promover, coordinar e impulsar la suscripción de instrumentos internacionales de cooperación en las materias regladas por la Ley;
- m) Emitir recomendaciones para el establecimiento de políticas de precios necesarias para beneficio del consumo popular, así como para la protección de la producción nacional y la sostenibilidad de la misma;
- n) Celebrar acuerdos de cooperación y entendimiento con las agencias de regulación y control o los órganos del poder público competentes para emitir regulación sectorial de conformidad con la ley, a fin de establecer la relación que existirá entre ellos respecto de las creaciones que exigen medidas conjuntas; y,
- o) Las demás que le atribuyan la Ley y la normativa reglamentaria.

3 (Resolución 11-2016- Junta de Regulación) Art. 2. Mercado del producto o servicio. - De conformidad con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el mercado del producto o servicio comprende, al menos, el producto o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos.

Detergentes:	Deja	Orma	Surf	
Suavizantes:	Mimosin			
Limpieza y cuidado del hogar:	Estrella			
Cuidado de cabello:	Sedal	Dove		
Desodorantes:	Dove	Axe	Rexona	
Cuidado de la piel:	Dove	Axe	Rexona	Lux
Cuidado del rostro:	Ponds			
Cuidado de manos y cuerpo:	Dove	Vasenol		
Cuidado oral:	Close-up			
Otros:	Ponds			
Productos para untar:	Bonella	Dorina		
Plataforma de nueva vitalidad:	Ades			
Saborizantes:	Knorr			
Bebidas basadas en té:	Lipton			

De la información solicitada al operador económico Unilever y analizada por el equipo de investigación de la entonces Intendencia Zonal 8, se determinó la existencia de 562 productos, de acuerdo a las siguientes categorías:

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Categoría	Nro. Productos por categoría	Nro. Productos por categoría	Nro. Productos por categoría	Nro. Productos por categoría	Nro. Productos por categoría	Nro. Productos por categoría	Nro. Productos por categoría
FOODS RETAIL	538	468	26	22	19	17	19
HOME CARE	539	455	99	96	101	103	137
PERSONAL CARE	537	456	404	369	279	295	398
Total general	1.614	1.379	529	487	399	415	554

Sin embargo, estas categorías al ser analizadas frente al resto de los competidores, diferían sustancialmente, razón por la cual, el equipo de investigación optó por crear categorías que homologuen esos criterios de acuerdo a todos los competidores. Las categorías que finalmente el equipo de investigación creó para el análisis son:

Cuadro. Categorías para el análisis de Unilever (tomado del Informe de Resultados de Unilver, pág. 86)

NRO.	CATEGORIA	NRO. DE PRODUCTOS POR CADA CATEGORIA	PORCENTAJE
1	ACEITES.GRASAS	19	3.38%
2	CUIDADO.HOGAR	3	0.53%
3	CUIDADO.PERSONAL	398	71.35%
4	CUIDADO.ROPA	134	24.73%
TOTAL		562	100.00%

Los competidores que entraron dentro del análisis son los siguientes: La Fabril, Jabonería Wilson, Industrias Ales, Industria Danec (excluido por no tener canal de distribución). El principal problema del análisis en el caso Unilever, es que las categorías encierran varios productos, cuya naturaleza es distinta de acuerdo a su uso y finalidad, por ejemplo: **Cuidado personal contiene:** desodorantes, shampoo, cremas, jabón, entre otros; **Cuidado para la ropa contiene:** detergente en polvo, detergente líquido, quitamanchas, etc. Probablemente en la categoría "cuidado para la ropa" estos productos podrían ser sustitutos; sin embargo, ese cuestionamiento debió haber sido analizado, contrarrestado y respondido por la misma correlación de precios⁴ estipulada en la Resolución 11. El problema en este aspecto se materializa en el análisis de la Intendencia, donde, dichas categorías encierran varios productos cuya naturaleza es distinta y que al ser desarrollada no explica el comportamiento de las demás de acuerdo a su uso y finalidad. De ello se desprende que los productos escogidos no concuerdan con la naturaleza de los métodos establecidos en la Resolución 11, ya que, la forma como se aplique las pruebas detalladas en la referida Resolución determina su validez. En el caso Unilever para cada categoría se asignó un producto que representaba a toda la categoría, estableciendo para el efecto el producto más vendido (USD.) y a ese producto (precio promedio) se aplicó la prueba de correlación de precios, de igual manera, y conjuntamente se empleó el mismo procedimiento y metodología de manera equivalente al resto de los competidores. Para mejor

⁴ (Resolución 11-2016- Junta de Regulación) Art. 10. Prueba de correlación de precios.- Esta prueba se fundamenta en el hecho de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado, sus precios tienden a variar en el mismo sentido a través del tiempo.

Para una adecuada implementación de esta prueba se sugiere la utilización de medidas tales como la correlación de precios, la correlación de logaritmo de precios, y/o la correlación de primeras diferencias de logaritmo de precios. Si el valor de estas medidas es estadísticamente igual o superior a 0,8, se tiene evidencia a favor de un grado de sustitución entre los bienes; en sentido opuesto, si el valor de estas medidas es inferior estadísticamente a 0,8, se tiene evidencia en contra de dicha hipótesis.

En cualquier caso, se debe tomar en cuenta en primer lugar, que la elección de la frecuencia temporal de los datos puede influenciar los resultados, derivando en diferentes definiciones de mercados de productos o servicios; y en segundo lugar, que la prueba puede ser influenciada por correlaciones espurias, arrojando como resultado que dos o más bienes están correlacionados aun cuando éstos pertenecieran a mercados diferentes.

comprensión de lo antedicho, el cuadro que prosigue identifica con mayor claridad lo sucedido.

Cuadro. Productos seleccionados

1. Producto categoría aceites y grasas					
PRODUCTO	TIPO	CATEGORÍA	VALOR	PRECIO	PRECIO UNITARIO
BONELLA MARG VIDAL 36X250G	DISTRIBUIDOR	ACEITES,GRASAS	7.201.676,89		35,65%

2. Producto categoría cuidado del hogar					
PRODUCTO	TIPO	CATEGORÍA	VALOR	PRECIO	PRECIO UNITARIO
DEA CAVA PLATOS FLORAL 30X250G	DISTRIBUIDOR	CUIDADO,HOGAR	567.218,87		75,31%

3. Producto categoría cuidado personal -jabón de 125g-					
PRODUCTO	TIPO	CATEGORÍA	VALOR	PRECIO	PRECIO UNITARIO

4. Producto cuidado para la ropa -detergente de 350g-					
PRODUCTO	TIPO	CATEGORÍA	VALOR	PRECIO	PRECIO UNITARIO

Los productos escogidos representaban a la categoría completa

Los productos escogidos para cada una de las categorías no muestra ser estadísticamente significativa, la valoración realizada desde el punto de vista metodológico no fue aplicada de forma correcta. Si la idea era plantear categorías, éstas deberían haber sido de acuerdo a cada producto analizado, e individualizado según su uso; es decir, categorías tales como: detergente en polvo, detergente líquido, jabón de tocador, jabón para lavar la ropa, margarina, shampoo, desodorante corporal, crema de peinar, entre otras; de tal forma que dentro de la misma categoría no exista algún producto que contraponga su naturaleza.

En el análisis de sustitución de la demanda, la finalidad de realizar la prueba de correlación de precios es determinar que productos muestran comportamientos similares en la distribución de los precios promedios mensuales y verificar si estos son sustituibles entre sí, lo cual sirve de base para determinar si los operadores económicos que proveen o fabrican esos productos ostentan poder de mercado. Lo inconsistente de la metodología aplicada en el caso Unilever, radica en el hecho que al escoger un solo producto que represente a la categoría, indirectamente se asume que el resto de productos no escogidos dentro de esa categoría son sustitutos perfectos del producto escogido, eliminando tácitamente al resto de productos que pudieron ser sustitutos, de esta manera se resta significancia al análisis, todo lo cual genera una indebida apreciación del mercado relevante respecto al producto que se investiga, pues, al eliminar indebidamente el resto de productos que forman parte de la categoría escogida por la intendencia, no se puede establecer si los mismos corresponden a la misma categoría o tienen otra naturaleza u otro uso. Por ejemplo, se puede verificar en el cuadro de "Categorías para el análisis de Unilever (tomado del Informe de resultados, pág. 86) que ha sido plasmado en esta resolución, que la categoría que representa el

71,35% del total de productos "CUIDADO.PERSONAL", tiene 398 productos, los mismos que tienen diferente naturaleza. Comparando estas evidencias con el cálculo de las cuotas de participación del mercado establecida en los artículos 27⁵ y 28⁶ de la Resolución 11, se hace hincapié que a través de la prueba de cuota de mercado y de concentración de mercado se determina que Unilever tiene posición de dominio en las siguientes categorías: cuidado del hogar, cuidado personal y cuidado de la ropa, argumento por demás cuestionable, dado que tan solo un producto fue el que presentó una correlación positiva. Por otra parte, con fundamento en lo establecido en el artículo 6 de la LORCPM y el artículo 28 de la Resolución 11, que hacen relación al volumen de negocios, se entiende que uno de los parámetros para determinar esta prueba es la cuantía resultante de las ventas del último ejercicio económico. En el caso de Unilever el único producto que presentó correlación positiva mayor o igual a 0,8 fue el jabón Lux de 125gr. (Unilever), es decir que, se debió haber calculado la cuota de mercado en referencia a este producto en específico; o, dicho de otra forma, se debió cuantificar las ventas del producto que presentó correlación positiva mayor o igual a 0,8, en este caso: el jabón Lux de 125gr. (Unilever), resultado obtenido de la relación con el producto jabón Duet de 125gr. (La Fabril); más no al resto de categorías, en vista que no presentaron esta relación inicialmente calculada. Al no realizarla de ese modo, se creó una sobrevaloración de la cuota de mercado, ampliándolo a las demás categorías, por ende, debieron ser excluidas de ese análisis y por tanto, excluidas de la formulación de cargos. Cabe añadir que la determinación del mercado relevante es de suma importancia dentro de los expedientes de investigación que se aperturan para decretar si existe una práctica anticompetitiva que afecte al mercado o al interés general; al no estar definido de manera adecuada, se viciaría todo el procedimiento y podría generarse una violación a los derechos garantizados en la Constitución de la República

5 (Resolución 11-2016- Junta de Regulación) Art. 27. Información necesaria.- Para el cálculo de las cuotas de mercado se debe partir de la determinación del mercado relevante y de la información del volumen de negocios de los productos o servicios materia de análisis en dicho mercado relevante.

En los casos en los que no sea posible determinar esta información, a partir de fuentes oficiales, se puede también tomar en cuenta fuentes secundarias tales como estimaciones de los operadores económicos o estudios encargados a consultores especializados

6 (Resolución 11-2016- Junta de Regulación) Art. 28. Base de cálculo para cuotas de mercado.- Para calcular las cuotas de mercado se deberá utilizar datos relativos a una o más de las siguientes variables:

- a) Volumen de negocios de conformidad con el artículo 5 del Reglamento para la Aplicación de la ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado;
- b) Capacidad instalada;
- c) Capacidad utilizada;
- d) Unidades comercializadas;
- e) Número de oferentes del producto o servicio investigado en procesos de contratación pública;
- f) Unidades de flota en caso de los sectores de transporte aéreo, marítimo o terrestre;
- g) Reservas existentes en caso del sector minero y extractivo; y,
- h) Otras que se consideren pertinentes y sean justificadas, atendiendo a la realidad del mercado relevante objeto de análisis.

del Ecuador. Una de las dificultades para definición del mercado relevante fue esgrimida dentro del Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado la Fundación Rafael del Pino Madrid, en el cual se habla del papel de la definición de mercado así: “(...) Normalmente, cuando se valora si una determinada conducta es abusiva se comienza definiendo el mercado relevante y evaluando la posición de la empresa en dicho mercado. Dicho de otra manera, el análisis de una conducta restrictiva de la competencia requiere previamente determinar cuál es el contexto competitivo al que se enfrenta la empresa objeto de investigación. Esto supone identificar el conjunto de productos (bienes o servicios) que rivalizan entre sí en la satisfacción de las necesidades de los consumidores, el conjunto de empresas que pueden ofrecer dichos productos en un plazo relativamente reducido de tiempo, y el área geográfica en la que las condiciones de competencia para el suministro de dichos productos son suficientemente homogéneas y diferentes de las de otras áreas geográficas próximas. Las implicaciones potenciales de la definición de mercado son significativas. Una vez definido el mercado, se lleva a cabo un análisis estructural que puede llegar a condicionar el resto de la apreciación desde la perspectiva de la competencia. Concretamente, el mercado relevante se utiliza como marco de referencia para cuantificar las cuotas de mercado de la empresa objeto de investigación y de sus competidores que, en ocasiones, son utilizadas como base para establecer fuertes presunciones sobre la existencia de dominio. De esta forma, cuanto más restrictiva sea la definición del mercado, mayor será la cuota de la empresa y más fuerte la presunción de dominio.”⁷ Este análisis es concordante con lo establecido en la Resolución No. 11, que en su artículo 5 dice: “Para la determinación del mercado del producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda, un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial”; en consecuencia, a esta autoridad le resulta difícil comprobar la existencia de pruebas irrefutables sobre los cargos imputados al operador económico recurrente, dado que la base para los cuestionamientos se encuentra mal planteada, situación que limita establecer una definición real que sustente el Informe Final tal como fue concebido, peor aún confirmar una formulación de cargos, todo lo cual atañe a los errores encontrados en la definición del mercado relevante.

Adicionalmente, se ha verificado que dentro de cada uno de los expedientes acumulados se habría inobservado la aplicación de preceptos legales, principalmente: i) En el expediente No. SCPM-IZ8-0004-2017, el Intendente a cargo de la Investigación dispuso completar las denuncias presentadas en contra del operador económico UNILEVER, particular del cual el denunciante habría aprovechado para

⁷ Dificultades para la definición del mercado relevante.- Preparado para el Segundo Seminario de Derecho y Economía de la Competencia organizado por la Fundación Rafael del Pino Madrid, 18 de octubre de 2005. Pág. 2 (<https://www.uv.es/~freguena/estructura/NERA.pdf>).

reformular ciertas partes de su escrito inicial, concretamente, el espacio temporal de duración de la conducta. Al respecto cabe mencionar que, de la revisión íntegra de los expedientes se ha constatado que en el escrito de denuncia presentado por el señor Jorge Kelly Hue, el 29 de junio de 2017, a las 12h17, se hace constar que el operador económico denunciado habría incurrido en prácticas anticompetitivas a partir del 09 de septiembre de 2008 hasta el año 2012, particular que fue modificado mediante escrito de 17 de julio de 2017, a las 15h19, en el cual se hace constar que las prácticas anticompetitivas fueron cometidas hasta el año 2013; en este sentido es preciso establecer que, de conformidad a lo dispuesto en artículo 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM- la forma en la que la autoridad inicia los procedimientos de investigación pueden tener su origen de tres maneras; por denuncia, de oficio y a petición de otro órgano de la administración pública, de acuerdo al precepto legal aludido, esta Superintendencia debe observar los requisitos de admisibilidad según el caso, e iniciar una investigación en cumplimiento del objeto de la ley, que, indistintamente de la forma que se inicie el procedimiento administrativo, la SCPM cumple con el deber primordial garantizado en la Constitución de la República del Ecuador y en los Tratados Internacionales, que consiste en proteger las relaciones comerciales, optando por una interacción comercial leal, y previniendo la posible afectación que se pueda generar a los consumidores o usuarios dentro de un mercado que pueda estar afectado por prácticas anticompetitivas; sin embargo, es facultad y obligación de los órganos investigativos de esta Superintendencia, verificar si los asertos plasmados en una denuncia son elementos reales o simples especulaciones, para aquello, la responsabilidad de comprobación sobre los hechos denunciados recae en la Superintendencia, tal como lo establece el artículo 48 de la LORCPM, relativo a la carga de la prueba; que, en este caso el Intendente Zonal 8, debía probar específicamente el ámbito de temporalidad del presunto cometimiento de una práctica perniciosa al mercado y/o al bienestar general y que además la misma pueda atentar con la eficacia y eficiencia de otros operadores económicos que realicen la misma actividad, indiscutiblemente por efecto del uso de estas prácticas dañinas. En virtud de ello, es evidente que el Intendente Zonal 8 debió observar si la conducta denunciada se enmarcaba dentro del espacio temporal en el cual opera la facultad administrativa de este organismo técnico de control, determinando a su vez, si en el tiempo donde presuntamente se cometieron prácticas anticompetitivas, se encuentra cubierta la facultad administrativa que permita el control de esa conducta, caso contrario se provocaría una nulidad insubsanable de prescripción conforme lo establecido en el artículo 70 de la LORCPM. ii) En el expediente No. SCPM-IZ8-0007-2017, se emitió la providencia de apertura de la investigación "formal" el 14 de febrero de 2018, a las 16h15, por el plazo de 180 días, mismo que habría concluido el 13 de agosto de 2018, no obstante, el Intendente de Investigación emite la providencia de 27 de agosto de 2018, las 12h30, en la cual dispone una prórroga de la investigación por el plazo de 90 días, y en el mismo acto,

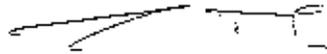
acumula el expediente No. SCPM-IZ8-0007-2017 al expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017. Al conjugar estas evidencias con la naturaleza de los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente el derecho al debido proceso, es incuestionable que la potestad del Intendente Zonal 8 precluyó el 13 de agosto de 2018 y que, a la emisión de la providencia de 27 de agosto de 2018, se encontraba ya extinta la facultad investigativa del Intendente, pues, se había consumado la oportunidad procesal de pronunciarse o realizar un acto dentro de ese expediente. El debido proceso es un principio que se funda en el hecho de que las diversas etapas o fases de un procedimiento de investigación, necesariamente deben desarrollarse en forma sucesiva, puesto que, así también se protege el derecho a la defensa en cada una de ellas; aquello impide a la administración pública la regresión a momentos procesales anteriores y que se encuentran ya extinguidos y ejecutados, consecuentemente, se protege el derecho a la seguridad jurídica, en virtud de lo cual, la autoridad tiene facultad para emitir actos dentro de cada fase, y al consumarse la misma, esta facultad no se hace extensiva a la fase siguiente, pues el acto emitido en una etapa procesal que determina un tiempo de acción, no podrá ejecutarse nuevamente en otra, como ocurre en este caso, si el Intendente tenía 180 días para emitir el acto procedimental de prórroga de investigación, debió hacerlo en ese lapso y no en otro. En la especie, doctrinariamente, la preclusión se define en términos sumamente generales como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal, que resulta normalmente, de tres situaciones: "a) de no haber observado el orden u oportunidad dada por la ley para la realización de un acto; b) de haber cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; y c) de haber ejercitado ya una vez, válidamente, esa facultad (consumación propiamente dicha)"⁸. De este modo queda demostrado que el acto procesal por el cual el Intendente proroga la investigación era improcedente. Para más profundidad en el punto que se analiza respecto de este tema, la Corte Constitucional en Sentencia No. 031-14-SEP-CC de 30 de junio de 2017, emitida dentro del caso No. 0868-10-EP ha señalado: "(...) La preclusión procesal tiene por finalidad posibilitar el progreso de los procesos judiciales mediante la prohibición de retrotraer el procedimiento y con ello consolidar los momentos cumplidos. De este modo, se garantiza el derecho a la seguridad jurídica de las partes procesales y el acceso a una tutela judicial efectiva, puesto que con ello las partes procesales tienen la certeza de que el proceso judicial avanzará de modo continuo y que no pueden revisarse o retrotraerse tramos que ya han culminado y que se han consolidado. Tanto así que la preclusión procesal, no solo asegura el respeto a las etapas existentes en un proceso, ocasionando que el cierre sucesivo de estas no hagan posible volver a revisarlas nuevamente, sino que además garantiza la

⁸ 187149. 1a./I. 21/2002. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XV, Abril de 2002, Pág. 314. (<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tarifs/1871/187149.pdf>)

observancia de las normas jurídicas aplicables a cada una de las fases, lo cual genera certeza que el ordenamiento jurídico será aplicado correctamente, otorgando en definitiva, seguridad jurídica en la tramitación de un proceso (...). **iii)** Por otra parte, en el expediente acumulado SCPM-IZ8-0003-2017, se observa una presunta falta de custodia de la información, pues se habría permitido el acceso a los operadores económicos a documentación sensible, al respecto esta autoridad estima pertinente poner en conocimiento la presente Resolución a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –DNA1H, sobre estos hechos para que, de ser el caso se sigan las acciones disciplinarias pertinentes. De esta manera, se identifica la vulneración del derecho al debido proceso y por ende la seguridad jurídica dentro de la sustanciación del expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017, que contiene acumulado los expedientes No. SCPM-IZ8-0004-2017, No. SCPM-IZ8-0005-2017 y SCPM-IZ8-0007-2017.

DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.- Por todas las consideraciones fácticas y legales, amparado en las disposiciones de los artículos 75, 76, 82 y 227 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 44, numeral 2, artículos 65 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE:** 1) **RECHAZAR** el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico **UNILEVER ANBINA ECUADOR S.A.**, en virtud de que conforme se ha fundamentado y motivado las actuaciones administrativas sobre las cuales ha interpuesto el recurso de apelación no son actos administrativos, razón por la cual no se cumplen los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 67 de la LORCPM. 2) **ARCHIVAR** el expediente signado con el No. SCPM-IZ8-0003-2017, que contiene acumulado los expedientes No. SCPM-IZ8-0004-2017, No. SCPM-IZ8-0005-2017 y SCPM-IZ8-0007-2017, en virtud de que las investigaciones han inobservado lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM, esto es la correcta y debida determinación y delimitación del mercado relevante, fundamento esencial del proceso investigativo, así como por las violaciones legales de las que adolecen cada una de las investigaciones y que en su conjunto constituyeron los elementos sobre los cuales se basa y fundamenta el Informe de Resultados No. SCPM-IGT-IR2-20-2018-I de 27 de agosto de 2018 correspondiente a la etapa de investigación formal de los expedientes acumulados al expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017. 3) Se dispone a la Secretaria Ad-hoc que sustancia este recurso, quien ha dado fe procesal de la revisión del expediente de investigación, realice un informe pormenorizado señalando las inconsistencias y nulidades insubsanables evidenciadas en el Expediente No. SCPM-IZ8-0003-2017, considerando las acumulaciones dispuestas al mismo. Adicionalmente se debe establecer una línea de tiempo de la investigación y el nombre de los servidores que actuaron en cada fase. 4) En virtud que se ha verificado que existe violación al debido proceso en el expediente signado con el número SCPM-IZ8-0007-2017, procedimiento que ha sido acumulado al principal que se analiza, se dispone al

Intendente Regional 2, antes Intendente Zonal 8, que realice una línea de tiempo de la investigación del referido procedimiento en el cual se haga constar el nombre del o los servidores que actuaron en cada fase hasta el cometimiento del vicio, esto es hasta la disposición de prórroga y acumulación al expediente que se analizó en este recurso. 5) Remítase la presente Resolución a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como el informe dispuesto en el considerando anterior, a fin de que en el ámbito de sus competencias inicie el trámite disciplinario pertinente. 6) Remítase la presente Resolución a la Intendencia General Técnica para la supervisión correspondiente. 7) Notifíquese a las partes procesales, al órgano de investigación, a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano y a la Intendencia General Técnica. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Ab. Rosa González
SECRETARIA AD-HOC