



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-032-2021
- **Apelante / Denunciante:** CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE
- **Denunciados:** MAERSK DEL ECUADOR C.A., y HAMBURG SUD ECUADOR S.A

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 18 de febrero de 2022, a las 10h40.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal número SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el señor Santiago Mauricio Garzón Navas, en calidad de Presidente y Representante Legal del operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, en contra de la Resolución de 12 de noviembre de 2021 a las 14h30, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas [INICAPMPAR] de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021; en uso de mis facultades legales, dispongo:

**PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.-

**SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-**

El señor Santiago Mauricio Garzón Navas, en calidad de Presidente y Representante Legal del operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 10 de diciembre de 2021 a las 12h47 con número de trámite ID. 219007, presentó recurso de apelación, en contra de la Resolución de 12 de noviembre de 2021 a las 14h30, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021.



Mediante providencia de 30 de diciembre de 2021, a las 16h47, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación y su escrito de complementación (número de trámite ID. 221102), cumplieron con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-

### **TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-**

El acto administrativo impugnado por parte del operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, corresponde a la Resolución de 12 de noviembre de 2021 a las 14h30, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021, en la que se resolvió:

*“[...] **SEGUNDO:** Ordenar el **ARCHIVO** del Expediente signado con el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021, toda vez que no se han encontrado elementos que a priori ameriten la prosecución de la investigación por presuntas infracciones tipificadas en los numerales 7, 8 12 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, al determinar que los operadores económicos denunciados, no ostentarían poder de mercado en el mercado relevante de prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, para la movilización de carga hacia o desde el territorio nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 2019 hasta la actualidad [...]”*

### **CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-**

El operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, en su escrito de complementación identifica como pretensión, lo que sigue:

*“[...] **REVOCAR** la resolución impugnada y apelada y proceder a declarar la existencia de vulneración a nuestros derechos por parte de los denunciados, efecto que tiene que disponerse mediante una real y verdadera investigación y no la pantomima que se ha realizado en la intendencia de poder de mercado [...]”*

Pretensión que –para los fines de esta resolución- se guía como la solicitud de revocatoria del acto administrativo impugnado, a fin de que, dejando sin efecto la resolución de archivo, se prosiga con el procedimiento administrativo de investigación.

En la forma de exposición del recurso de apelación y su complementación, el recurrente estructura su impugnación con base en los siguientes presupuestos: **a)** Presunto error del órgano de investigación en la conclusión de inexistencia de poder de mercado de los denunciados; y, **b)** Errónea motivación de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder



de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas al descartar el cometimiento de las conductas contenidas en los numerales 7, 8, 12 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

Postulados principales que se transcriben en el siguiente texto:

*“[...]1. De la inexistencia de poder de mercado [...]”*

*No obstante, la sola incorporación de dos índices de concentración adicionales permite crear conclusiones diferentes a las adoptadas por la Intendencia que hubiere sustanciado el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021. Esto sin duda, lleva a establecer que la conclusión respecto de la inexistencia de concentración en el mercado bajo análisis por parte de la intendencia, ergo de poder de mercado del operador económico denunciado, es débil, y por tal razón los índices analizados no son una muestra exhaustiva para establecer una conclusión tan sólida y decisiva como la establecida en su informe de fecha 12 de noviembre de 2021, peor aún en una instancia de investigación preliminar de apenas 40 días [...]*

*En síntesis, los elementos que llevaron a la Intendencia a determinar la inexistencia de un mercado concentrado y de poder de mercado por parte del operador económico denunciado carecen del sustento suficiente ya que como posee un sesgo que privilegia el número de participantes y no la concentración de la participación de mercado dentro de este mercado, omite una perspectiva sustancial del análisis que lleva a conclusiones equivocadas, conclusiones que de no haber existido, no hubiere existido el archivo del proceso. De ahí que el archivo del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021, es improcedente al no haber agotado el análisis de índices de tipo Hannah-Kay o de concentración relativa, por ejemplo, que permiten mayor exhaustividad del análisis y generalización de sus conclusiones.*

*Complementariamente, en lo referente a la existencia de poder de mercado de conformidad con el artículo 7 de la LORCPM, la Intendencia determina que el mercado analizado (el de la Tabla 3) carece de barreras de entrada significativas y que impidan el ingreso de nuevos competidores. En este punto la Intendencia omite totalmente incorporar a su análisis las "Normas para la Correcta Aplicación del Capítulo XII del Reglamento de la Actividad Marítima - Agencias Navieras" emitidas por SUBSECRETARÍA DE PUERTOS Y TRANSPORTE MARÍTIMO Y FLUVIAL del MTOP mediante Resolución Nro. MTOP-SPTM- 2016-0126-R de fecha 06 de octubre de 2016, en donde se estipula claramente el procedimiento y requisitos para el otorgamiento de matrículas como agencias navieras, reflejando claramente que es un mercado de acceso regulado, lo cual se contrapone con lo aseverado por la Intendencia en el numeral V dentro de las "Conclusiones del análisis de poder de mercado".*

*[...]*

*Lo congruente sería en este escenario que el análisis de concentración y de existencia de poder de mercado por parte del operador económico denunciado se hubiera efectuado*



*sobre el mercado de agenciamiento multimodal y no solo del agenciamiento naviero como fuese efectuado. SUBSECRETARÍA DE PUERTOS Y TRANSPORTE MARÍTIMO Y FLUVIAL del MTOP mediante Resolución Nro. MTOP-SPTM- 2016-0126-R de fecha 06 de octubre de 2016, en donde se estipula claramente el procedimiento y requisitos para el otorgamiento de matrículas como agencias navieras, reflejando claramente que es un mercado de acceso regulado, lo cual se contrapone con lo aseverado por la Intendencia en el numeral V dentro de las "Conclusiones del análisis de poder de mercado".*

*[...]*

## *2. Del desvanecimiento de los numerales 7,8, 12 y 22 del artículo 9 de la LORCPM*

*El análisis de las conductas y del grado de concentración del mercado debe ser respecto de un mismo mercado definido por la Autoridad, pero en este informe se desvanece la existencia de poder de mercado y concentración dentro de este tomando en consideración un mercado (unimodal de agenciamiento naviero), pero para desvanecer las conductas (al menos de los numerales 7 y 8) se sustentan en el concepto de un mercado multimodal. Esta diferencia de mercados de referencia para valorar una parte y otra de un mismo análisis refleja claramente la objetividad y congruencia en este, por ende, al deber ambos ámbitos (lo conductual y lo estructural) ser evaluados bajo el mismo mercado y no haber las conclusiones del informe de fecha 12 de noviembre de 2021, son nulas, correspondiendo rever el archivo [...]*

*En lo referente a la conducta 8 jamás se analiza el enfoque del bundling como una venta atada, siendo para esto necesario haber consultado asimismo a los clientes de estos servicios, ya que sobre ellos recae la percepción de estar atados condicionados a contratar con quienes el operador económico denunciado direcciona o empaqueta.*

*[...]*

*En un entorno probabilístico siempre existe la posibilidad de que un siniestro ocurra, si esto es así, la existencia de una garantía permite cubrir esa contingencia, ese costo esperado, costo esperado que es sencillamente la resultante entre la probabilidad de ocurrencia de algún siniestro por el costo de este. Si no existe la garantía, la agencia decide asumir ese costo esperado sin compensación directa (la garantía), pero de alguna otra forma debe compensarlo ya que caso contrario no maximizaría sus ganancias, de ahí que lo compense por otro lado, cobrando un valor adicional en algún otro servicio.*

*Lo lógico aquí hubiera sido analizar la siniestralidad de todos, todas, sus movilizaciones con vehículos propios y de terceros como para poder valorar la probabilidad de ocurrencia, los costos asociados y si existe diferencias significativas entre vehículos propios y de terceros, pero nada de esto se hizo, no obstante, se concluye con una contundencia letal.*



*La conducta relacionada con el numeral 22 para la Intendencia es una sencilla generalización de las 3 conductas previas. Se centra en el término "aquellas" para determinar que el legislador no estipuló ninguna en particular, por lo que, al haberse desvanecido las otras tres conductas, no habría más que imputarle. Sin embargo, poco o nada se dice respecto de "impedir o dificultar la permanencia en el mercado", que es lo sustancial. Y para esto, de una u otra forma debió implicar un análisis de la estructura de costos del servicio de transporte de carga pesada, de su mercado, de la valoración de los clientes de la oferta de las agencias navieras de exonerar el pago de la garantía, y solo con esto poder dimensionar si esta práctica pudiera afectar la vida de los denunciantes en el mercado al que pertenecen. Por ende, aquí existe falta de motivación para desvanecer esta conducta. [...]"*

Con dicha fundamentación, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo y –en consecuencia- producirían un errado archivo de la denuncia.

#### **QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-**

Conforme la fundamentación del libelo del recurso de apelación interpuesto por el operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, en los presupuestos expuestos en el ordinal que antecede, se aprecia que la línea argumentativa de la impugnación se dirige a atacar la motivación técnica para la definición del mercado relevante en la etapa correspondiente y el análisis efectuado en el aspecto conductual denunciado, aduciendo yerros de aproximación en ambos casos, conduciendo a un incorrecto archivo de la denuncia.

En este sentido, esta autoridad analizará –en ambos aspectos- el cumplimiento de los presupuestos normativos que rigen la definición del mercado relevante y los elementos conductuales y estructurales que permitan proseguir la investigación, conforme la verdad procesal del expediente administrativo con perspectiva a la fase en la que concluyó el procedimiento administrativo.

#### **SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL. –**

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales, las que se anotan:

##### **a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021:**

1. Denuncia y anexos presentados el 08 de septiembre de 2021, a las 11h28, con número de trámite ID 206617, en la cual, el operador económico CORPORACIÓN DE



OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, denuncia a los operadores económicos HSD y MAERSK por presuntas conductas tipificadas en los numerales 7, 8, 12 y 22 del artículo 9 de la LORCPM;

2. Providencia de 22 de septiembre de 2021, en la cual, la INICAPMAPR, dispone al denunciante: aclare y complete la denuncia presentada;
3. Escrito de 27 de septiembre de 2021 a las 12h28, con número de trámite ID 208570, con el cual, el operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, completa la denuncia, dando cumplimiento a lo dispuesto en providencia de 22 de septiembre del 2021;
4. Providencia de 30 de septiembre de 2021 a las 11h25, mediante la cual, la INICAPMAPR, califica la denuncia admitiéndola a trámite y dispone que se corra traslado a los operadores económicos denunciados a fin de que presenten sus explicaciones en el término de (15) quince días;
5. Escrito y anexos de 22 de octubre de 2021, a las 17h21, con número de trámite ID 211202, en el que, los operadores económicos HSD y MAERSK, presentan sus explicaciones con respecto de los hechos denunciados por el operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE ;
6. Resolución de 12 de noviembre de 2021, a las 14h30, en la cual la INICAPMAPR ordena el archivo de la investigación, por no encontrar mérito para su prosecución.

**b) Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-032-2021:**

1. Providencia de 21 de diciembre de 2021, a las 15h15, mediante la cual, esta autoridad dispone, al operador económico, CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, complete y aclare el recurso de apelación interpuesto, acorde lo establecido en los numerales 2 y 3 del artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM;
2. Escrito de 27 de diciembre de 2021 a las 15h53 con número de trámite ID. 221102, con el cual, el apelante completa y aclara su recurso de apelación;
3. Providencia de 30 de diciembre de 2021, a las 16h47, mediante la cual, esta autoridad admite a trámite el recurso de apelación y dispone la celebración de una audiencia pública, designado además, como especialista técnico al economista Carl Pfistermeister Mora;
4. Escrito de 05 de enero de 2022, a las 15h34 con número de trámite ID. 222011, con el cual, los operadores económicos MAERSK DEL ECUADOR C.A. y HAMBURG SÜD



ECUADOR S.A., presentan sus alegaciones respecto del recurso de apelación puesto en su conocimiento;

5. Razón de 18 de enero de 2022, sentada por la doctora Naraya Tobar, Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, mediante la cual se certifica la celebración, por medio telemático, de la audiencia dispuesta en providencia de 12 de enero de 2022, a las 08h55, con la comparecencia de los representantes de los operadores económicos CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, MAERSK DEL ECUADOR C.A., y HAMBURG SUD ECUADOR S.A., diligencia presidida por la abogada Elizabeth Landeta Tobar en calidad de delegada del Superintendente de Control del Poder de Mercado;
6. Informe No. SCPM-DS-006-2022, de 01 de febrero de 2022, suscrito por el economista Carl Pfistermeister, en calidad de especialista técnico, puesto en conocimiento de las partes procesales, mediante providencia de 07 de febrero de 2022.
7. Escrito de 09 de febrero de 2022 a las 15h26 ingresado a la SCPM con número de trámite ID 227249, mediante el cual los operadores económicos MAERSK DEL ECUADOR C.A. y HAMBURG SUD ECUADOR S.A., presentan sus alegaciones respecto al informe técnico puesto en su conocimiento.

#### **SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-**

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías:

*“[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **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: [...] **l)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]”**m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; **Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la*



*Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “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 [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.*

**La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:**

*“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.- [...]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, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.[...]”; “Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza*



*de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”; “Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”; “Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes*



*económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores. c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado. d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología. e. Su comportamiento reciente. f. La disputabilidad del mercado. g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y, h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.”; “**Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.-** Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: [...] 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. [...] 8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas. [...] 12.- El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo. [...] 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. 56.- Inicio de investigación.-** Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación [...]”; “**Art. 57.- Archivo de la denuncia.-** Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia.”; “**Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoría.-** Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación”; “**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 [...]”; “**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.”*

**Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:** *“Art 54.- [...] Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia”; “Art. 57.- [...] La denuncia podrá ser formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo”; “Art. 63.- “[...] Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia.”*

## **OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-**

Iniciaremos indicando que, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador<sup>1</sup> -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece como objeto del régimen de competencia ecuatoriano:

*“[...] 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.”<sup>2</sup>*

Es así que, por mandato expreso de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo

---

<sup>1</sup> CRE.- *“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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”*

<sup>2</sup> LORCPM.- *“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”*



técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos, tendientes a la investigación de comportamientos contrarios a la LORCPM, de los cuales se puede disponer el archivo, en caso de no existir elementos de presunción del cometimiento de conductas anticompetitivas, o en su defecto, pueden terminar con la imposición de sanciones y medidas de remedio.

Ahora bien, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación, el recurrente -como ha sido establecido- fundamenta su impugnación al acto administrativo, en las premisas siguientes: **a)** Presunto error del órgano de investigación en la conclusión de inexistencia de poder de mercado de los denunciados; y, **b)** Errónea motivación de la INICAPMAPR al descartar el cometimiento de las conductas contenidas en los numerales 7, 8, 12 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.

Previo al análisis de las proposiciones establecidas por el operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, -las cuales se atenderán particularmente- resulta imprescindible delimitar la decisión y voluntad administrativa marcada en la verdad procesal del expediente administrativo que atiende el procedimiento de investigación, conforme sigue:

### **8.1 Denuncia de 08 de septiembre de 2021 presentada por el operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE:**

*“[...] es imperante determinar los mercados relevantes involucrados [...]*

*“1.- Servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja.*

*2.- Comercialización de servicios de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados, en el cantón Guayaquil, incluido Posorja para ser embarcada.*

*3.- Servicios de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados en el Cantón Guayaquil, incluido Posorja, para ser embarcada.*



[...]

*Como es notorio Señor Superintendente, la parte denunciada no pertenece al mercado antes señalado, sino más bien a los otros dos indicados al inicio de esta denuncia. Sin embargo, es muy importante acotar que en las actividades de comercio exterior el cliente final siempre será el importador o el exportador. Ellos serán los que busquen como transportar vía terrestre y/o marítima las mercancías desde sus establecimientos hacia el resto del mundo, o desde el exterior hasta sus establecimientos. No obstante, dada la propia naturaleza y estructura del comercio internacional, el servicio de agenciamiento naviero es el que comúnmente se convierte en el primer eslabón de contacto por parte de importadores y exportadores locales para poder perfeccionar las operaciones de importación y exportación, incluso obteniendo cupos para la exportación de sus productos. En otras palabras, las agencias navieras generalmente serán el primer operador de comercio exterior con quienes los importadores y exportadores tengan el contacto previo dentro de todos posibles operadores de comercio exterior que forman parte de la cadena logística y de servicios, y en donde participan los transportistas de carga pesada.*

[...]

*Es decir, esto permite evidenciar que cuando la carga es transportada por sus relacionadas ya sea administrativa, societaria o comercialmente, la agencia naviera decide unilateral y discrecionalmente eximir a los importadores o exportadores de un costo asociado a sus unidades de almacenamiento (contenedores) que caso contrario -si la carga fuera transportada por otro transportista- se mantuviese. El cobro de esta garantía es algo que regularmente les atañe a las agencias navieras.*

*Esto permite consecuentemente, presumir en el mercado relevante de: Comercialización de servicios de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados, en el cantón Guayaquil, incluido Posorja para ser embarcada; el cometimiento de las conductas descritas en los numerales 7, 8, 12 y 22 del Art. 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) [...]"*

Del libelo del acto de proposición (denuncia) se puede establecer, la determinación de tres mercados relevantes, señalando como afectado el “*Servicios de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio*



*nacional hacia los terminales portuarios domiciliados en el Cantón Guayaquil, incluido Posorja, para ser embarcada”.*

Los presupuestos del cometimiento de las prácticas de abuso del poder de mercado –en grandes rasgos- consisten en que, los denunciados, operadores económicos MAERSK DEL ECUADOR C.A. y HAMBURG SÜD ECUADOR S.A., comercializan el servicio de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados, en el cantón Guayaquil, incluido Posorja para ser embarcada, condicionando a los usuarios a optar por su servicio a cambio de la exención de la garantía, que se debe cancelar, si no se contrata con un operador económico parte del grupo. Esto, es una modalidad conductual planteada por el denunciante, que debe ser analizada a la luz del mercado relevante definido, y las particularidades estructurales que sobre ambos exista.

## **8.2 Resolución de 12 de noviembre de 2021, a las 14h30, emitida por el Órgano de Investigación, respecto a los puntos marcados en el libelo de impugnación:**

***“[...] 9.3. MERCADO RELEVANTE PRELIMINAR IDENTIFICADO POR PARTE DE LA INTENDENCIA.- [...]”***

*En ese sentido conforme lo descrito por el denunciante así como por los denunciados, se observa que las presuntas conductas anticompetitivas materia de análisis, de manera amplia, girarían en torno al servicio de transporte internacional de mercancías contenerizadas desde y hacia el Ecuador. [...]*

### **9.3.1. Caracterización del sector.-**

*[...] En relación a los tipos de transporte de mercancías, pueden darse principalmente a través de tres modalidades:*

- ***Unimodal.-*** *Caracterizado porque se utilizan uno o varios medios de un sólo modo de transporte, ya sea para transporte de cargas o de personas. No obstante, pueden intervenir una o varias empresas de transporte (operadoras) del mismo modo que tengan responsabilidad sobre las personas o mercancías que se trasladan de un punto a otro, es decir que existen uno o varios documentos de transporte por cada empresa que se hace responsable, en resumen, existen varios organizadores de la operación.*

*A medida que se suman agentes que intervienen en el transporte de carga origen – destino, el riesgo de transportar los contenedores aumenta, y, se asume el riesgo total de lo trasladado, por cada tramo. [...]*



- **Multimodal.**- *El transporte de tipo multimodal opera al menos dos modos de transporte diferentes [...]*

*Bajo esta modalidad un solo operador es responsable de organizar y contratar los diferentes tipos de transporte para que la mercancía llegue a su destino final. Dado que la responsabilidad recae sobre un solo agente, el riesgo de transportar la carga es menor.*

*[...]*

*La carga contenerizada no petrolera se transporta marítimamente desde un punto de origen hasta un punto de destino de acuerdo a lo requerido por el importador o exportador, según sea el caso. Dentro del territorio nacional, la carga contenerizada es transportada vía terrestre. Durante toda la cadena de importación y exportación de carga contenerizada, el cliente es el importador o exportador.*

*La manera a través de la cual se transporta la carga no petrolera se da a través de contenedores. El contenedor es un vector de producción y distribución que se usa en el sistema logístico especialmente entre los modos marítimo, ferroviario y por carretera. [...]*

*Con base a lo expuesto en el presente apartado y conforme lo señalado tanto en el escrito de denuncia como en el escrito de explicaciones, se puede observar, preliminarmente, los mercados en donde se desarrollarían las presuntas conductas denunciadas corresponden a:*

*i) Prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, para la movilización de carga hacia o desde el territorio nacional (en adelante mercado A).*

*ii) Prestación del servicio de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados en el Cantón Guayaquil, incluido Posorja, para ser embarcada (en adelante mercado B).*

*[...]*

### **9.3.2. Mercado de producto o servicio.-**

*[...]*

- **Mercado A:** *De la prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera.*



[...]

*Por lo expuesto, para el presente caso en concreto, se determina preliminarmente como mercado de servicio, al agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior.*

- ***Mercado B: Prestación del servicio de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios.***

[...]

*Con base en lo expuesto y considerando las conductas anticompetitivas denunciadas las cuales están relacionadas con el presunto otorgamiento de exenciones de garantías por las navieras denunciadas a los usuarios que adquieran el transporte terrestre de sus empresas presuntamente vinculadas, de forma preliminar se considera el siguiente mercado de servicio a la prestación del servicio de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios.*

[...]

### **9.3.3. Mercado geográfico.-**

[...]

- ***Mercado A: De la prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera.***

[...]

*En ese sentido, y para el presente caso, a priori se podría presumir que cada puerto tiene características específicas que determinan el tipo de mercancía que es transportada a través de carga contenerizada. Por lo que, la definición del mercado geográfico estaría influenciado por los servicios que prestan las terminales portuarias, más que por la competencia entre los puertos. En ese sentido, el mercado geográfico estaría delimitado preliminarmente a las terminales portuarias domiciliadas en el cantón Guayaquil, incluido Posorja.*

- ***Mercado B: Prestación del servicio de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios.***



*En relación al mercado geográfico, considerando que el servicio de transporte terrestre de contenedores puede ser prestado por los operadores económicos que operan dentro de la actividad de transporte de carga pesada, los cuales se encuentran ubicados en todo el territorio nacional. De forma, preliminar, se puede determinar que éste constituye todo el territorio nacional.*

[...]

#### **9.3.4. Mercado Temporal**

[...]

*En relación al marco temporal, conforme lo señalado por el denunciante, las presuntas conductas anticompetitivas se habrían realizado desde el año 2019 hasta la actualidad.*

#### **9.4. Mercados relevantes preliminarmente definidos**

*Con base en las consideraciones anteriores, preliminarmente, existirían dos mercados relevantes determinados, a través de los cuales se transporta carga contenerizada no petrolera que requiere de garantía o se estaría otorgando la exención de la misma, donde los denunciantes habrían identificado supuestos abusos de poder de mercado, durante el periodo comprendido entre 01 de enero de 2019 hasta la actualidad:*

- 1. Prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, para la movilización de carga hacia o desde el territorio nacional.*
- 2. Prestación del servicio de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados en el Cantón Guayaquil, incluido Posorja, para ser embarcada.*

[...]

#### **DÉCIMA PRIMERA.- DEL PODER DE MERCADO: [...]**

#### **11.3. Análisis de la Intendencia sobre poder de mercado:**

[...]



*La existencia de una posición dominante en el mercado no constituye en sí una infracción de las normas de defensa de la competencia, lo que se considera contrario a las mismas es la explotación abusiva de dicha posición para determinar ciertas condiciones en el mercado.*

[...]

*Bajo este contexto, a continuación se analizará si los operadores denunciados, conforme lo detalla el denunciante, poseen o no poder de mercado en el mercado de la Prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, para la movilización de carga hacia o desde el territorio nacional.*

[...]

### **1) Participación en el mercado**

[...]

*De la revisión de la tabla anterior, se observa que en conjunto, los operadores económicos denunciados: MAERSK DEL ECUADOR C.A.; y, HAMBURG SÜD ECUADOR S.A., no presentan cuotas elevadas que permitan presumir la existencia de poder de mercado, dado que, al igual que lo señalado en líneas superiores, dentro del análisis individual de las cuotas de mercado:*

- i. Presentan cuotas variantes que han disminuido desde el 2017 hasta el 2020 en 7.12 puntos porcentuales.*
- ii. En promedio desde el año 2017 hasta el 2020 su participación ha sido del 26.41%. Se destaca que en la temporalidad de las conductas denunciadas, en los años 2019 y 2020, las cuotas ascendían al 24.83% y 23.14% respectivamente.*
- iii. La diferencia con las cuotas de su competidor inmediato (MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY) en el año 2020 es de 6.08 puntos porcentuales y del operador económico TRANSOCEANICA CIA.LTDA., es de 9.13 puntos porcentuales lo que da cuenta de la existencia de competidores que ejercen presión competitiva.*
- iv. Al no tener una cuota de participación elevada, se determina la existencia de presiones competitivas ejercidas por sus competidores más cercanos.*
- v. Al existir presiones competitivas por parte de sus competidores, resulta improbable que MAERSK DEL ECUADOR C.A., HAMBURG SÜD ECUADOR S.A., puedan actuar con presidencia de sus competidores o usuarios [...]*

### **2) Estructura del Mercado**



[...] El Índice HHI si bien únicamente en el año 2017 da muestra de un mercado moderadamente concentrado, se destaca que en los años posteriores: 2018, 2019 y 2020 el índice ha disminuido en un 20.86% lo que podría reflejar disputabilidad en el mercado, al haber una variabilidad en las cuotas de participación y la presencia de operadores económicos con cuotas que no superan el 28% en los tres años, lo que da cuenta de que se podría presumir que existe competencia en el mercado.

Por su parte el Índice de Dominancia (ID), el Índice Hall y Tideman Rosenbluth (RHT) presentan valores tendientes a un mercado desconcentrado y competitivo. El ID presenta valores inferiores al 0.37 en todos los años analizados, reflejando que no existe un operador económico que tenga capacidad de ejercer un poder de mercado sobre sus competidores. Esto es respaldado por el Índice RHT el cual refleja un número considerable de operadores económicos presentes en el mercado (44 operadores económicos han participado en el periodo 2017 al 2020) y el Índice CCI cuyos valores no superan el 0.44 reflejando competencia en el mercado, y que podrían haber operadores económicos que ejercen presión competitiva al operador con mayor cuota de participación.

**- Conclusiones del análisis de poder de mercado**

Conforme lo expuesto y considerando los siguientes elementos del análisis, referentes a:

- i. Las cuotas de participación, se evidencia claramente que los operadores económicos denunciados en conjunto presentan cuotas de mercado decrecientes, que en promedio oscilan desde el año 2017 hasta el 2020 son del 26.41%. Conviene señalar, que para fines comparativos y de análisis del comportamiento del mercado, se considera una periodicidad anual desde el 2017, a pesar de que las conductas denunciadas, se estarían cometiendo presuntamente desde el 2019.
- ii. Los índices de concentración con una tendencia decreciente reflejan un mercado desconcentrado, el cual da cuenta de la existencia de competencia en el mercado.
- iii. Las cuotas de participación de los operadores económicos y sus fluctuaciones, permiten identificar la existencia de presiones competitivas ejercidas por sus competidores más cercanos.
- iv. Al existir presiones competitivas, MAERSK DEL ECUADOR C.A. y HAMBURG SÜD ECUADOR S.A., no podrían actuar con presidencia de sus competidores y usuarios, requisito sine qua non para ser considerado como un operador con poder de mercado.
- v. Las barreras de entrada, determinándose que no se evidencia la presencia de dichas barreras significativas y que impidan el ingreso de nuevos competidores al mercado



*relevante, partiendo de la premisa, de aquellos operadores económicos que ya se encontrarían participando en mercados internacionales.*

*Conforme la información expuesta en la presente Resolución, se puede concluir que los operadores económicos: i) MAERSK DEL ECUADOR C.A.; y, ii) HAMBURG SÜD ECUADOR S.A., no ostentan poder de mercado en el mercado relevante de la prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, para la movilización de carga hacia o desde el territorio nacional, desde el año 2019 hasta la actualidad.*

[...]

### **12.3. Del razonamiento de la Intendencia**

*[...] Inicialmente, cabe señalar que el conflicto jurídico entre las partes procesales se desprende de la exigibilidad de garantías por la utilización de contenedores de mercancías por parte de las navieras a sus clientes, cuando el servicio de transporte terrestre elegido por sus clientes es distinto al prestado por sus empresas, supuestamente, vinculadas. Situación que a decir de CORPETRAPET, afecta a los prestadores de servicios de transporte terrestre que no se encuentran vinculados a agencias navieras.*

[...]

#### **12.3.1. De las supuestas conductas discriminatorias injustificadas como una violación al numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM**

*[...] De un análisis del tipo legal podemos observar que para la configuración de la conducta existen varios elementos cumulativos que deben concurrir, los cuales son los siguientes:*

- *La existencia de poder de mercado, toda vez que éste es elemento estructural transversal de cualquier conducta de abuso de poder de mercado;*
- *La existencia de prestaciones equivalentes;*
- *La aplicación de condiciones desiguales en prestaciones equivalentes;*
- *Que dichas condiciones desiguales –discriminación- coloquen a competidores en una situación de desventaja; y,*
- *Que las condiciones desiguales –discriminación- sea injustificada, es decir, que no exista una justificación objetiva.*

*[...] De esta forma para esta Autoridad ha quedado claro que lo que existe es un negocio jurídico distinto ya sea a la prestación de servicio de transporte marítimo o terrestre, y consiste en una caución con la cual las empresas denunciadas mitigan el riesgo al que se*



*ven expuestos los contenedores como activos inherentes a las actividades económicas en las que se desenvuelven. Dicha situación es objetiva y razonable cuando se comprende que la custodia de los contenedores sale de la protección de las navieras y se ve expuesta a la responsabilidad de terceros; asimismo, es objetiva y razonable cuando se explica que el valor de la garantía es devuelto a sus propietarios cuando se produce la entrega del activo garantizado que para el caso son los contenedores.*

[...]

### ***12.3.2. De la supuesta venta atada injustificada como una violación al numeral 8 del artículo 9 de la LORCPM***

[...]

- *Resulta claro que en esta modalidad de abuso en específico, existen los siguientes elementos cumulativos:*
- *El elemento estructural -existencia de poder de mercado- determinado en el artículo 7 de la LORCPM;*
- *La existencia de la venta condicionada o venta atada; y,*
- *Que éstas sean injustificadas.*

[...]

*Al respecto de lo analizado en el presente expediente se ha dejado por sentado que los clientes de las agencias navieras son libres de escoger el tipo de servicio de agenciamiento naviero que más se ajuste a sus intereses, siendo éstos: i) el multimodal ; o, ii) el unimodal.*

*Los clientes de las navieras bien pueden adquirir el servicio de puerta a puerta –multimodal- por el cual no tendrían que pagar una garantía; o, de ser el caso, pueden adquirir el servicio de la naviera y posteriormente el de un transportista –unimodal- con el que sí se debería pagar garantía. Es decir, en este caso sí se pueden adquirir los servicios por separado, de ser conveniente para los clientes. Asimismo, al no existir un tipo de coerción hacia los clientes de las navieras para que éstos escojan exclusivamente el servicio multimodal, no se puede hablar de la configuración de este elemento cumulativo.*

[...]

### ***12.3.3. De los supuestos subsidios cruzados injustificados como una violación al numeral 12 del artículo 9 de la LORCPM***

[...]



*En el caso de los subsidios cruzados el tipo legal prescribe los siguientes elementos cumulativos que se deben cumplir la configuración de la conducta:*

- *El elemento estructural –existencia de poder de mercado- determinado en el artículo 7 de la LORCPM;*
- *El establecimiento de subsidios cruzados;*
- *Que dichos subsidios sean injustificados.*

[...]

*Como podemos observar para la configuración de la conducta de subsidios cruzados se deben configurar dos supuestos adicionales: i) el cobro de precios excesivos; y, ii) el establecimiento de precios predatorios.*

[...]

*De estos párrafos se colige que los elementos para la configuración de precios excesivos son los siguientes: i) la existencia de un precio excesivo; y, ii) que dicho precio sea “injusto” en sí mismo, al momento de compararlo con productos similares.*

[...]

*Ahora, en cuanto al establecimiento de precios predatorios, esta conducta en sí misma también es considerada como un abuso de poder del mercado en la modalidad de exclusión. Existen distintos tests que han sido elaborados para determinar económicamente la configuración o no de esta modalidad de abuso, siendo el Test Akzo el más actual, conforme a este test existen los siguientes supuestos:*

- *Si un precio está por debajo del costo promedio variable es evidencia de precios predatorios;*
- *Si un precio está por encima del costo promedio variable pero por debajo del costo promedio total, existe una presunción de precios predatorios; y,*
- *Si los precios son superiores al costo variable total no existen precios predatorios*

[...]

***12.3.4. De las conductas que dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales como una violación al numeral 22 del artículo 9 de la LORCPM***

[...]

*Dicho esto, de un análisis del tipo legal se puede colegir que los elementos cumulativos para la configuración de este tipo de conductas son los siguientes:*



- *El elemento estructural -existencia de poder de mercado- determinado en el artículo 7 de la LORCPM;*
- *La existencia de conductas que dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales; y,*
- *Que dichas conductas sean establecidas por razones diferentes a la eficiencia económica. [...]”*

La extensa cita que antecede, se la ha efectuado con fines de contexto; en el sentido de, atender con la base de la línea de fundamentación de la administración, lo recurrido por el administrado. Teniéndose presente que –del marco normativo- existen parámetros normativos mínimos obligatorios que debe cumplir la formación de voluntad administrativa en la definición del mercado relevante, referida cita busca ceñir el análisis en la verdad procesal expuesta en el acto administrativo. De lo transcrito, esta autoridad observa que, respecto de la labor de definición del mercado relevante conforme lo ordenado en el artículo 5 de la LORCPM, en concordancia con la Resolución No. 011 de 23 de septiembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, referente a la “*Guía respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes*” (en adelante Resolución No. 011), en la etapa procedimental de análisis de denuncia y explicaciones para la determinación de la existencia de presunciones de las infracciones denunciadas, la INICAPMAPR ha determinado preliminarmente el mercado relevante, señalando:

**“[...] 9.4. Mercados relevantes preliminarmente definidos:**

*Con base en las consideraciones anteriores, preliminarmente, existirían dos mercados relevantes determinados, a través de los cuales se transporta carga contenerizada no petrolera que requiere de garantía o se estaría otorgando la exención de la misma, donde los denunciantes habrían identificado supuestos abusos de poder de mercado, durante el periodo comprendido entre 01 de enero de 2019 hasta la actualidad:*

- 1. Prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, para la movilización de carga hacia o desde el territorio nacional.*
- 2. Prestación del servicio de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados en el Cantón Guayaquil, incluido Posorja, para ser embarcada [...]”*



Previo a observar a fondo lo concluido por la INICAPMAPR, esto, a fin de verificar si realizó un correcto análisis de los elementos que forman parte del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021, esta autoridad parte por señalar, que el expediente inició por la denuncia presentada por el operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE.

Teniendo presente que, los procedimientos de investigación que se sustancian en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –SCPM-, de conformidad con el artículo 53 de la LORCPM, pueden iniciar: **a)** de oficio; **b)** a solicitud de otro órgano de la Administración Pública; o, **c)** por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo; resulta oportuno, para los fines de atender la materia de impugnación, esclarecer que, cuando el expediente administrativo inicia por denuncia, conforme lo mandado en el artículo 55 de la LORCPM:

*“[...] Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior. Si la denuncia no cumpliera los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciera dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo.*

*Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días.*

*Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley [...]*”

Empero, el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), en su artículo 60, establece:

*“[...] Art. 60.- Calificación de la denuncia.- Una vez recibida la denuncia, el órgano de investigación, **en el término de diez (10) días desde la fecha de su recepción**, verificará que la misma cumpla con los requisitos señalados en el presente Reglamento y la Ley. [...]*” (negrillas fuera de texto)

Por su parte, para la continuación del procedimiento administrativo, la Ley Orgánica ibídem, manda en el artículo 56<sup>3</sup>, que una vez fenecido el término de 15 días señalado en el artículo 55,

---

<sup>3</sup> LORCPM.- “Art. 56.- Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario. [...]”.



el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Señalando, conforme lo permitido por el artículo 57<sup>4</sup> del mismo cuerpo legal, que si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia.

En la especie, conforme manda el artículo 56 de la LORCPM en concordancia a lo establecido en el artículo 60 del RLORCPM, la INICAPMAPR, estando obligada a pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez (10) días, a fin de no caer en caducidad de la potestad investigativa, emitió el acto administrativo que hoy es objeto de apelación.

Con lo expuesto, la naturaleza del proceso de investigación durante la etapa de denuncia, calificación y explicaciones, gira específicamente en la búsqueda de indicios del cometimiento de las prácticas anticompetitivas denunciadas, que pudieren afectar el normal desenvolvimiento del mercado. Así, la etapa en la que se encontraba el procedimiento de investigación, constituye la recolección de elementos para el análisis de aspectos que considere necesarios para complementar los datos proporcionados en la denuncia; teniendo que destacar que, en este tipo de procedimientos administrativos de investigación, la administración, por mandato legal, basa su análisis sobre los elementos indiciarios en la denuncia; es decir, la denuncia y los hechos aportados por el denunciante determinan la línea de análisis inicial de la administración, es así que la norma determina que para la presentación de las explicaciones por parte de los denunciados, la SCPM debe correr traslado de la denuncia.

La circunscripción de lo denunciado y las explicaciones de los denunciados, forma un criterio administrativo valorado con el espectro de las fuentes de información disponibles (y utilizables) con que cuenta la administración en el tiempo procedimental legal. Se deja por sentado que, en la especie y naturaleza de forma de inicio del procedimiento administrativo en análisis (denuncia), la actuación de inicio del procedimiento de investigación (cambio de etapa) difiere enormemente de las dos modalidades adicionales que maneja la SCPM conforme la LORCPM (solicitud de otro órgano de la administración; y, de oficio); pues siendo que la formación de la voluntad administrativa depende de los tiempos procesales con los que cuenta vía práctica de diligencias y/o actuaciones administrativas en general, los elementos indiciarios y presunciones que requiere compilar la administración en vía denuncia, difiere de ambas modalidades de inicio en razón del tiempo, y la circunscribe a una actuación procedimental –en el género- de fuentes públicas; particular que no sucede durante la etapa de investigación preliminar, sobre los cuales los operadores económicos presuntamente involucrados presentarán sus explicaciones, más las diligencias que requiera la administración en el desarrollo investigativo para nutrir –en razón del tiempo con que se cuenta- de mayores fuentes la voluntad administrativa.

En ese contexto procedimental, la INICAPMAPR analizó la información que obraba dentro del expediente administrativo, en el cual, conforme los artículos 48 y 55 inciso tercero de la

---

<sup>4</sup> LORCPM.- “Art. 57.- Archivo de la denuncia.- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia.”



LORCPM, requirió información o documentos necesarios a efectos de –en el tiempo procedimental con el que contaba- realizar su investigación y lograr la formación de criterio sobre la existencia de indicios que hagan premunir la existencia de los presupuestos normativos para la concepción de la conducta anticompetitiva denunciada. El aspecto temporal de la etapa procedimental hará notar que, la administración se ata a las fuentes con las que cuenta previo a la emisión del acto administrativo que analiza la continuación o el archivo de la denuncia, debiendo observar el acatamiento de los estándares normativos que se exigen para el referido tiempo.

Conforme podrá observar el recurrente, las actuaciones y el pronunciamiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, responden a la etapa del propio expediente administrativo. Si bien existe el mandato contenido en el artículo 5 de la LORCPM en torno a la determinación del mercado relevante, conforme ha sido analizado en los párrafos anteriores, esa definición ha tenido efectivo lugar con los elementos procesales con los que contaba el órgano sustanciador, haciendo que, para efectos de la impugnación, esta autoridad considera -sobre este punto- no existe una inobservancia a esa obligación (estándares normativos que no han sido rebatidos por el recurrente, poniendo a consideración de la administración el incumplimiento de los mismos).

Con ello, existiendo claridad en el ámbito temporal procedimental y la exigencia que sobre aquel recae para la administración, el ejercicio de valoración tendiente a referida definición de mercado relevante ha sido plasmado a través de un análisis de: la caracterización del sector (puertos marítimos); los actores que ejercen la secuencia de actividades que demanda el sector; las modalidades en relación a las tipos de transporte de mercancías; los tipos de carga; los servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera y de transporte de carga pesada para la movilización<sup>5</sup>. Aterrizando en el análisis de mercado de producto o servicio; mercado geográfico; y, mercado temporal. Por tal ejercicio de análisis, esta autoridad encuentra congruencia en la exposición de motivos del acto administrativo en revisión, señalándose al respecto:

La administración ha analizado las características del sector, concluyendo: **i)** la existencia de siete (7) actividades principales en el movimiento de mercancías: carga y transporte interior (terrestre en punto de origen), despacho aduanero de exportación, estiba en vehículo internacional, transporte internacional marítimo, desestiba en destino, despacho aduanero de importación e impuestos interiores; y, transporte interior (terrestre) y descarga en destino; **ii)** identificando los cuatro actores que principalmente operan en el sector: expedidor, transportista,

---

<sup>5</sup> Prestación de servicios de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior, desembarcada o embarcada desde los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, para la movilización de carga hacia o desde el territorio nacional (mercado A); y, Prestación del servicio de transporte de carga pesada para la movilización hacia el territorio nacional de carga contenerizada no petrolera desembarcada en los terminales portuarios domiciliados en el cantón Guayaquil, incluido Posorja, y para la movilización de carga contenerizada no petrolera con destino al exterior, desde el territorio nacional hacia los terminales portuarios domiciliados en el Cantón Guayaquil, incluido Posorja, para ser embarcada (mercado B).

intermediario y destinatario; **iii**) Resume las modalidades (unimodal, intermodal y multimodal) en que se ejecutan las actividades a través de los actores del sector; **iv**) identifica dos mercados: mercado A: servicio de agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera; y, mercado B: servicio de transporte de carga pesada para la movilización; en los cuales, para el mercado A no encuentra sustitutos y fija el servicio únicamente en el agenciamiento naviero de carga contenerizada no petrolera con destino Ecuador o al exterior (distinguiéndolo del transporte de carga general, del transporte a granel y de todo tipo de transporte aéreo) y, para el mercado B, no existiría sustitución, el transporte aéreo puede no ser un sustituto.

En la línea planteada, se procede a valorar los dos puntos recursivos trazados:

### 8.3 Análisis:

Respecto de los puntos que sustentan la impugnación se realiza la siguiente apreciación:

- **Sobre, el presunto error del órgano de investigación en la conclusión de inexistencia de poder de mercado de los denunciados.-**

Conforme lo establecido en el artículo 7 de la LORCPM, el poder de mercado constituye la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado; siendo capaces de actuar de modo independiente a los actores que participen en el mercado.

Por su parte, el artículo 8 de la LORCPM prescribe los criterios que se deben utilizar para determinar si un operador económico ostenta o no posición de dominio, a saber: **i**) Participación o cuotas de mercado; **ii**) Barreras a la entrada y salida; **iii**) Existencia de terceros con capacidad de ejercer poder de mercado; **iv**) Posibilidades de acceso a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología; **v**) Comportamiento de los agentes; **vi**) Disputabilidad del mercado; **vii**) Características de la oferta y la demanda; y, **viii**) Sustituibilidad de bien o servicio. Los mismos que pueden ser empleados a discreción de la administración, conforme permite la norma: “uno o varios”.

De la revisión del acto administrativo impugnado se observa que, la INICAPMAPR efectuó una valoración de: **a**) Participación o cuotas de mercado; **b**) Estructura del mercado; y, **c**) Barreras de entrada. Con ello, al identificar a los principales actores, enumerar las principales actividades que realizan, definir las modalidades que toman esas actividades, identificar dos mercados relevantes (agenciamiento naviero y transporte pesado de carga contenerizada); analizar las cuotas de mercado en la referida estructura señalando la ausencia de barreras de entrada en un mercado (A y B) no concentrado.

Es decir, en el acatamiento de lo previsto y lo permitido por los presupuestos normativos del artículo 8 de la LORCPM, y en la estructura de evaluación para fines de motivación, la administración cubre con la definición del mercado relevante, por lo que se considera que –en atención y rigiéndose a la fase procedimental por denuncia- la verdad procesal refleja una



correcta determinación del mercado preliminar de referencia. Ahora bien, dado que dentro de esta alegación se ha planteado el yerro en esa determinación –por cambio que representaría en las conclusiones- en dos formas: **i)** uso de índice Hannah-Kay e índice de concentración relativa; y, **ii)** analizando los requisitos regulatorios de entrada al mercado; se procede a evaluarlo.

En términos generales, el acto administrativo contiene una apreciación de: Índice Hirshman-Herfindhal (HHI), el Índice de Dominancia (ID), el Índice Hall y Tideman Rosenbluth (RHT), con los cuales se aproxima a la concentración; mismos que le han permitido a la INICAPMAPR concluir que los mercados no son concentrados<sup>6</sup>. Frente a este análisis, el recurrente no plantea un escenario que refute sus resultados, sino que, pide la suma de nuevos índices, lo cual –por ausencia de una proposición completa que evalúe la necesidad metodológica- torna en improcedente la valoración de la alegación, pues frente al grado de participación en el mercado plasmado en el acto administrativo, que indica ausencia de dominancia por las cuotas de mercado de los denunciados, el uso de nuevos índices no encuentra justificación normativa (artículo 8 LORCPM); pero, para poder fundamentar esta pre-conclusión, atendiendo el Informe No. SCPM-DS-006-2022, se encuentra:

*“[...] Las consecuencias de la inclusión de dos índices adicionales podría enseñarnos que estuviéramos ante un mercado concentrado o pudiera indicarnos que se comprobara el criterio de la Intendencia en cuanto a las conclusiones sobre la presencia de un mercado desconcentrado.*

*Independientemente de los resultados de la inclusión de nuevos índices de concentración de mercado, las conclusiones alcanzadas por la Intendencia en cuanto a la ausencia de poder de mercado se mantendrían en firme. La concentración de mercado es una condición necesaria para alcanzar poder de mercado, sin embargo, no es una condición suficiente para concluir tal estado.*

*Como ejemplo de este concepto podemos imaginar un mercado oligopólico, en el que hay un número reducido de operadores económicos independientes, en el que ninguno de ellos ostenta una cuota de mercado elevada; los índices de concentración serían indefectiblemente altos o medio altos, sin embargo, no habría registros de poder de mercado. En este mismo sentido, el organo (sic) legislador incluyó un listado no*

---

<sup>6</sup> Las cuotas de participación de los operadores económicos denunciados, en conjunto presentan cuotas de mercado decrecientes, que en promedio oscilan desde el año 2017 hasta el 2020 al 26.41%. Los índices de concentración reflejan un mercado desconcentrado, ergo, existencia de competencia en el mercado. Las cuotas de participación de los operadores económicos y sus fluctuaciones, permiten identificar la existencia de presiones competitivas ejercidas por sus competidores más cercanos. Por ello, al existir presiones competitivas, MAERSK DEL ECUADOR C.A. y HAMBURG SÜD ECUADOR S.A., no podrían actuar con prescindencia de sus competidores y usuarios, requisito *sine qua non* para ser considerado como un operador con poder de mercado.



*exhaustivo de criterios de evaluación de poder de mercado en el artículo 8 de la LORCPM, y ninguno de ellos hace referencia a la concentración de mercado.*

*La evaluación de poder de mercado es un ejercicio ecléctico, no puede concluirse su existencia contemplando un único criterio como la concentración de un mercado [...]"*

En consonancia con lo tratado previamente, se puede ratificar que el alegato de evaluación del poder de mercado a través de la evaluación por criterios de concentración no tiene sustento técnico (que conforme la primera conclusión del informe de marras: “[...] *La inclusión de los índices de concentración contenidos en el Recurso no son informativos acerca de la reversión del criterio de ausencia de poder de mercado alcanzado por la Intendencia, pese a que sus resultados reportaran la presencia de un mercado concentrado [...]"*); y, en ausencia de una fundamentación metodológica de la exposición de motivos de esta alegación, esta resulta improcedente para los fines de nulidad pretendidos.

- **Sobre, la presunta errónea motivación de la INICAPMAPR al descartar el cometimiento de las conductas contenidas en los numerales 7, 8, 12 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.-**

Una vez que se ha establecido que la motivación en la definición del mercado relevante preliminar es la adecuada, y de cuyo análisis estructural se ha determinado que los agentes económicos denunciados no ostentan poder de mercado, el análisis de los elementos conductuales carece de utilidad (no es necesario); sin embargo, la INICAPMAPR, en el acto administrativo en estudio, dedica una evaluación particular al respecto, señalando:

*“[...] Sin perjuicio de la posición manifestada por esta Autoridad respecto de la inexistencia de poder de mercado, para el presente caso, como el elemento estructural de este tipo de conductas, se realizará a continuación una exposición de la postura de la Intendencia con respecto a la existencia o no de los elementos tipo requeridos para la configuración de las conductas denunciadas, que será guiada por las disposiciones correspondientes en el ordenamiento jurídico nacional y en precedentes internacionales*

*[...] se desvanece la teoría del denunciante, dado que no se cumplen los requisitos mínimos de tipicidad exigidos por el numeral 7 del artículo 9 de la LORCPM, ni los parámetros exigidos por la jurisprudencia, sobre todo si se toma en cuenta que aquellos son de exigibilidad concurrente*

*[...] Los clientes de las navieras bien pueden adquirir el servicio de puerta a puerta – multimodal- por el cual no tendrían que pagar una garantía; o, de ser el caso, pueden adquirir el servicio de la naviera y posteriormente el de un transportista –unimodal- con el que sí se debería pagar garantía. Es decir, en este caso **sí se pueden adquirir los servicios por separado**, de ser conveniente para los clientes. Asimismo, al no existir un tipo de coerción hacia los clientes de las navieras para que éstos escojan exclusivamente*



*el servicio multimodal, no se puede hablar de la configuración de este elemento acumulativo.*

*Ahora, incluso en el supuesto no consentido, de que éste fuese el caso, tampoco se puede hablar de que la, supuesta, atadura del servicio de agenciamiento multimodal para la exoneración de las garantías sea injustificado. Toda vez que como se ha expuesto, dicho cobro es una caución justificada, objetiva y razonable, con la cual mitigan el riesgo que se ven expuestos los contenedores de propiedad de las navieras o de terceros.*

*Por tanto, los hechos denunciados no se adecuarían al tipo legal ni requisitos mínimos exigidos en el numeral 8 del artículo 9 de la LORCPM.*

*[...] En el presente caso como se ha expuesto, en varias ocasiones, el problema radicaría en el cobro de una garantía en los servicios de agenciamiento navieros en la modalidad “unimodal”, así como la exención de dicho cobro en los servicios de agenciamiento navieros en la modalidad “multimodal”. Asimismo, ya nos hemos expresado en cuanto a que una garantía es un negocio jurídico distinto al servicio de agenciamiento naviero y que ésta consiste en una caución con la cual se mitigan los riesgos de los contenedores propiedad de las navieras y que éste no es parte de la estructura de costos de las empresas, toda vez que es devuelto.*

*Dicho esto y con base en lo analizado se puede colegir que:*

- *El cobro de una garantía no constituye el establecimiento de precios excesivos;*
- *El cobro de una garantía no se la realiza en un mercado en el que las navieras sean dominantes;*
- *La exención de una garantía no constituye el establecimiento de precios predatorios, toda vez que como tal no es un precio sobre el servicio que se estaría proveyendo.*

*Concluyendo que la existencia de los subsidios cruzados alegados no se puede configurar en el presente caso. Por tanto, los hechos denunciados no se adecuarían al tipo legal del numeral 12 del artículo 9 de la LORCPM.*

*[...] En el presente caso el elemento estructural ya fue analizado en el acápite de PODER DE MERCADO y, pese a que el mismo no existiría, para exponer a mayor detalle al administrado el cómo se configuran estas conductas, se ha realizado todo el análisis del presente ordinal. En cuanto a la existencia en sí de conductas abusivas, esta Intendencia ha expuesto, a profundidad, el por qué en el presente caso no existen: i) conductas discriminatorias; ii) ventas atadas; o, iii) subsidios cruzados.*

*Por tanto, toda vez que no existe la configuración de “aquellas [conductas]” que dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales, resulta claro que no se existiría uno de los elementos acumulativos para la configuración del tipo legal*

*establecido en el numeral 22 del artículo 9 de la LORCPM de la conducta denunciada [...]”*

Para fines del pronunciamiento de que se trata, se expone:

- **Numeral 7;** *“De la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros”;*

Como se nota, del resaltado de las líneas anteriores, la conducta invocada se refiere de manera expresa condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que, dicho de otra forma, estima que el negocio ofertado debe ser semejante al que produce la condición de desigualdad; en el presente caso y como ha estudiado la INICAPMAR, nos encontramos frente a la exoneración de una garantía en el servicio de agenciamiento multimodal con el cobro de una garantía en el servicio de agenciamiento unimodal, por tanto el elemento de equivalencia no estaría presente.

En doctrina, respecto al tema en análisis se ha señalado:

*“[...] La discriminación solo puede predicarse del tratamiento desigual a situaciones equivalentes y no a la diferencia de trato objetivamente justificada, equivalencia que se obtiene de la comparación del producto o servicio objeto de la prestación, considerando el contexto de las mencionadas prestaciones (esto es utilizando parámetros tales como el tiempo, lugar y características del consumidor), por ser indispensable para determinar que, en un determinado supuesto, dos productos o servicios distintos son equivalentes [...]”<sup>7</sup>*

En línea a lo razonado y lo analizado por el órgano de investigación, no se puede referir la existencia de condiciones desiguales en servicios no equivalentes, mucho menos una prevalencia en el mercado de un operador que no participa en el mismo sector que los aparentes responsables.

- **Numeral 8:** *“La venta condicionada y la venta atada, injustificadas”:*

Las fuentes teóricas y doctrinarias, destacan como definición de venta atada, de manera sencilla pero clara que:

*“[...] la venta atada consiste en una práctica por la cual se subordina la venta de un producto o servicio (denominado vinculante) a la condición de comprar un segundo producto (llamado vinculado), de ello que la prohibición de esta figura radica en que la empresa obliga a la compra de un producto adicional al deseado por el comprador,*

---

<sup>7</sup> Bustos Romero Michel Federico, “El abuso de posición de dominio en el régimen jurídico español”; Revista CES Derecho Volumen 6 No.1 Enero-Junio / 2015



*con lo cual aumenta su gasto y reduce su capacidad adquisitiva, es decir, se produce un desequilibrio en el excedente social porque el excedente del productor se maximiza sin justa causa. [...]*<sup>8</sup>

En ese sentido, los presupuestos establecidos en el numeral citado, precisan que para incurrir en esta práctica prohibida, hace falta que, con la condición de proveer de un producto o servicio se obliga a la compra de otro, circunstancia que debe ser provocada en razón de su poder en el mercado y además no debe tener justificación.

En la especie se ha determinado que los usuarios pueden acceder al servicio unimodal o multimodal, sin estar condicionados a optar por una u otra modalidad y que, la exención de la garantía responde a acuerdos de los proveedores del transporte, sea marítimo, terrestre o fluvial, cuyos riesgos son asumidos y considerados dentro de las negociaciones de los transportistas en cualquiera de sus formas.

- **Numeral 12:** *“El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo”:*

Respecto a los subsidios cruzados, la doctrina impone:

*“[...] subsidio cruzado es aquel que consiste, en primer lugar, en aumentar el precio de uno de los bienes (tangibles o intangibles) que la empresa comercializa. Esto, en un mercado donde la firma ostenta una posición de dominio.*

*Con esos mayores ingresos obtenidos, la entidad es capaz de bajar la tarifa de otro de sus productos o servicios. Así, entrará con precios más competitivos a un mercado en el que busca ganar participación [...]”*<sup>9</sup>

De la revisión del libelo de denuncia, así como la documentación constante en el expediente administrativo, no se evidencia que los operadores económicos denunciados incurran en este tipo de práctica, a fin de ofertar precios más baratos a los de la competencia, aumentando costos en otro frente de intervención; más aún no se establece que exista un costo injustificado.

- **Numeral 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”:*

---

<sup>8</sup> Cárdenas Garzón Viviana Carolina, “Análisis de las condiciones bajo las cuales se produce un abuso de posición de dominio por ventas atadas y sus posibles justificaciones”, Revista de Derecho, No. 26, ISSN 1390-2466 • UASB-E / CEN • Quito, 2016  
<sup>9</sup> <https://economipedia.com/definiciones/subsidio-cruzado.html>



Con todo el conglomerado de argumentación realizada, se establece que no existen los elementos que dificulten la permanencia de sus competidores en el sector en el que participan, puesto que, el denunciante no participa en el mismo sector de los denunciados. Por tanto, no es probable que los operadores económicos MAERSK DEL ECUADOR C.A y HAMBURG SÜD ECUADOR S.A., tengan capacidad de interrumpir o mermar la participación de la CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE en el mercado.

Destacando que, a través de las actuaciones administrativas el órgano de investigación ha determinado que los denunciados no ostentan poder de mercado; en este sentido, se enfatiza que –tratándose de una denuncia por las conductas tipificadas en el artículo 9 de la LORCPM- la existencia de una posición dominante en el mercado no constituye en sí una infracción, lo que se considera contrario a las normas de defensa de la competencia la explotación abusiva de dicha posición para determinar ciertas condiciones en el mercado; por ende, toda vez que la capacidad de los operadores económicos ni puede influir significativamente en el mercado relevante, no puede analizarse la capacidad que si dispone los agentes económicos pues esta no podría impedir la competencia efectiva en un mercado para otros competidores, o lo que es lo mismo, no tendría posibilidad de ejecutar un comportamiento de independencia frente a sus competidores, clientes y los consumidores.

### **De la motivación:**

Respecto de la errónea motivación alegada por el recurrente, debemos partir por enunciar que, a su criterio, existe vaguedad respecto de las características particulares de vendedores y compradores que participan el mercado relevante, lo cual conllevaría que la exposición analítica del mismo no tenga sustento.

Sobre esta alegación, y dado que en el informe No. SCPM-DS-006-2022 de 1 de febrero de 2022, emitido por el economista Carl Pfistermeister, se concluye: “[...] La definición del mercado relevante no es robusta respecto a las características particulares de los vendedores y compradores que participan en el mercado afectado [...]”; esta autoridad resalta que, por sí misma la alegación recursiva resulta ajena al desarrollo técnico planteado en el acto administrativo que se revisa, pues –conforme ha sido expuesto en esta actuación- la definición del mercado relevante ha cubierto los tres parámetros que demanda la norma (Art. 5 LORCPM), a saber: i) mercado del producto o servicio; ii) el mercado geográfico; y, iii) las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

Se hace notar que, la norma manda a la administración considerar la relevancia de las características de vendedores y compradores del mercado; retomando –en general- a lo



contenido en el acto administrativo que se analiza, la INICAPMAPR efectuó – observando la base de cuotas de mercado, estructura del mercado y las barreras de entrada- la identificación de los principales actores del mercado relevante, enumerando las principales actividades que realizan, definiendo las modalidades que toman esas actividades, identificando los dos mercados relevantes (agenciamiento naviero y transporte pesado de carga contenerizada); y – finalmente- analizando las cuotas de mercado en la referida estructura señalando la ausencia de barreras de entrada en un mercado (A y B) no concentrado; por lo que “las características relevantes” se encuentran inmersas en el estudio de la definición misma del mercado relevante; en resultado, la alegación no se sostiene por la amplitud con que se presenta, siendo que la verdad procesal demuestra pronunciamiento respecto de las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

Ahora bien, en lo general, respecto de la motivación en sí misma, es necesario establecer que, conforme lo determinado en el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador, la motivación radica en la exposición de los hechos y normas de derecho contenidos en el acto administrativo y la evidencia de la congruencia entre estos y la decisión adoptada, aspectos que concuerdan plenamente con el acto impugnado.

El Profesor Raúl Bocanegra Sierra, al hablar sobre las condiciones formales del acto administrativo, señala:

*“De entre todos estos aspectos destaca, sin duda, la motivación de los actos administrativos en cuanto con ella no se trata sólo de cubrir una mera formalidad, sino que, a su través, se asegura la formación de la voluntad de la Administración y la garantía de los derechos de los ciudadanos porque la motivación posibilita el ejercicio de las potestades de control en vía de recurso, sea este administrativo o judicial, de la resolución dictada (...)”<sup>10</sup>*

Esta autoridad debe velar por la aplicación irrestricta de los principios, garantías y derechos constitucionales con el fin de que las resoluciones emanadas por quienes ostentan la calidad de autoridades de esta institución, guarden relación con la norma vigente en el Ecuador. En ese sentido y, en aplicación de la norma constitucional, esta autoridad señala que el acto administrativo impugnado goza de los principios de legalidad y legitimidad conforme lo prescribe el artículo 65 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, toda vez que, se ha cumplido con todos los preceptos constitucionales y legales que rigen las actuaciones de la administración y de este organismo técnico de control, pues de la lectura se

---

<sup>10</sup>Profesor Raúl Bocanegra Sierra, “Lecciones sobre el Acto Administrativo”

evidencia una exposición clara de elementos de hecho y derecho los cuales son pertinentes y congruentes con la decisión adoptada.

La Corte Constitucional ha señalado:

*“(...) para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”<sup>11</sup>.*

Siendo que se está tratando de la motivación, que sobre la misma el informe No. SCPM-DS-006-2022 de 1 de febrero de 2022 hace una valoración por quien lo emite; esta autoridad considera oportuno resaltar la línea planteada a lo largo de esta resolución, recapitulando: que, en cuanto al cumplimiento de los parámetros/estándares normativas para la definición del mercado relevante, la administración los ha cumplido a cabalidad; que, por demanda de temporalidad procedimental en expedientes por denuncia, la administración se ata a la verdad con la que cuenta a la fecha de expedición del acto administrativo, lo cual –frente a la exigencia de la LORCPM de determinar indicios- debe pronunciarse sobre los elementos procedimentales de los que dispone en etapa y exigencia normativa; y, que extendiendo atención y cumplimiento de los estándares normativos, sin una exposición de motivos impugnatorios que los puedan rebatir técnicamente, deben mantenerse. En consecuencia:

Revisado el informe No. SCPM-DS-006-2022 de 1 de febrero de 2022, emitido por el economista Carl Pfistermeister, esta autoridad resalta entre las conclusiones:

- *La inclusión de los índices de concentración contenidos en el Recurso no son informativos acerca de la reversión del criterio de ausencia de poder de mercado alcanzado por la Intendencia, pese a que sus resultados reportaran la presencia de un mercado concentrado.*

Lo cual nos permite establecer que, con independencia de la inclusión de nuevos índices de concentración de mercado, las conclusiones respecto de la ausencia de poder de mercado de los

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia N.º 227-12-SEP-CC, caso N.º 1212-11-EP



denunciados no varían, por tanto no se alteraría la conclusión de falta del elemento estructural para la configuración de la infracción.

Referencia que nos permite observar que la alegación del recurrente, en cuanto a que la orden de archivo carecería de sustento dado que dos nuevos índices mermarían el sesgo planteado, cambiando –en resultado- las conclusiones de la administración, no guarda fondo técnico. Se recalca, habiéndose demostrado la ausencia de poder de mercado de los operadores económicos denunciados, elemento trascendental para la configuración de la conducta de abuso de poder de mercado (no detectarse la posición de dominio), no existe capacidad de influir negativamente en el mismo siendo innecesario evaluar los aspectos estructurales conductuales; tanto más que la INICAPMAPR efectuó el referido análisis revisadas las actuaciones administrativas del órgano de investigación, se encuentra que –conforme lo expuesto en esta actuación- las mismas son suficientes en mérito a la fase en la que se desarrolló el proceso de investigación y la demanda normativa que le era exigida; y, siendo que la inclusión de nuevos índices de concentración de mercado no afecta las conclusiones respecto de la ausencia de poder de mercado de los denunciados, el elemento estructural para la configuración de la infracción –con miras a los parámetros denunciados y la postura de la Intendencia- no se cumple; por lo que se evidencia motivación del acto administrativo con los parámetros normativos, no teniendo que ampliarse sobre el particular.

#### **NOVENO.- CONSIDERACIÓN ADICIONAL.-**

Es preciso establecer, que conforme el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, es un mandato constitucional la aplicación de leyes previas, claras y públicas, lo que se traduce en el derecho a la seguridad jurídica:

*“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*

A este respecto la Corte Constitucional en sus decisiones, ha señalado:

*“[...] Del texto constitucional se desprende que el individuo debe contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad [...]”<sup>12</sup>*

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional del Ecuador Sentencia N°. 989-11-EP/19, párr. 20.



Por lo expuesto, se encuentra vedada la posibilidad que, la administración no brinde certeza de sus actuaciones o al menos previsibilidad de las mismas al sometido a control.

En armonía a lo determinado por la CRE, el Código Orgánico Administrativo –COA-, garantiza a los administrados:

*“Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad.*

*La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.*

*Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.”*

En base a los elementos de derecho expuestos, es obligación de la entidad de control evitar dudas a los administrados, o el sometimiento de incertidumbres de la forma en la que procederá la administración.-

#### **DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el señor Santiago Mauricio Garzón Navas, en calidad de Presidente y Representante Legal del operador económico CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE, en contra de la Resolución de 12 de noviembre de 2021 a las 14h30, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021. **DOS.- RATIFICAR** la Resolución de 12 de noviembre de 2021 a las 14h30, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-015-2021.

#### **DÉCIMO PRIMERO.- NOTIFICACIONES.-**

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la



Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “*Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones*”; además que, mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 se resolvió: “*(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)*”; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** El operador económico **CORPORACIÓN DE OPERADORAS DE TRANSPORTE PESADO TERRESTRE**, en los correos electrónicos: dianita\_735@hotmail.com, sgarzon@galagans.com; **b)** El operador económico **MAERSK DEL ECUADOR C.A.**, en los correos electrónicos: carlos.moncayo@maersk.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, gvillacreces@pbplaw.com; **c)** El operador económico **HAMBURG SUD ECUADOR S.A.**, en los correos electrónicos: carlos.moncayo@maersk.com, dperez@pbplaw.com, mnavarrete@pbplaw.com, arubio@pbplaw.com, gvillacreces@pbplaw.com; y **d)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la doctora Naraya Tobar Mier.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

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

**Dra. Naraya Tobar Mier**  
**SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**