



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2021

RESOLUCIÓN

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.- Quito D.M., 24 de junio de 2021. **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A, que rige desde el 20 de mayo de 2019, en conocimiento del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-005-2021 y en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes **ÓRDENES PROCESALES:**

PRIMERA.- COMPETENCIA: De conformidad con lo establecido en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con lo ordenado en los artículos 53 y 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), y lo dispuesto en los artículos 54 y 57 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM); y, artículo 8 literal b) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como el artículo 10, numeral 1.2.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (Resolución No. SCPM-DS-2019-62), se declara la competencia de esta Autoridad para dictar la presente Resolución.

SEGUNDA.- VALIDEZ PROCESAL: Una vez revisada la tramitación del presente expediente, esta Autoridad verifica que no existen vicios en el procedimiento que afecten su validez.

TERCERA.- ESCRITO QUE SE AGREGA AL EXPEDIENTE: Agréguese al expediente y tómese en cuenta el escrito presentado por el señor Paul Carrión Arévalo, en calidad de abogado autorizado del operador económico TEMPLAVID S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 21 de junio del 2021, a las 16h03, signado con el ID de trámite No. 197379, mediante el cual contesta la providencia dictada por esta Autoridad el 16 de junio de 2021, a las 12H55, en la que se dispuso que complete y aclare la denuncia presentada en contra de los operadores económicos: ORFA ISABEL GUALPA ÁVILA y KAISER ANTONIO LEGARDA URGILÉS.

CUARTA.- HECHOS QUE CONSTAN EN EL EXPEDIENTE: Dentro del presente expediente administrativo sustanciado por esta Autoridad, constan:

- 4.1. Escrito y anexo suscrito por el señor Andrés Fernando Monsalve Valdivieso, en calidad de representante legal del operador económico TEMPLAVID S.A., ingresados por la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 03 de junio de 2021, a las 16h32, identificados con el ID 195441, mediante el cual se presentó una denuncia en contra de los operadores económicos ORFA ISABEL GUALPA ÁVILA y KAISER ANTONIO



LEGARDA URGILÉS por supuestamente haber cometido conductas de abuso de poder de mercado, conforme lo prescrito en los numerales: 1, 2, 3 y 7 del artículo 9 de la LORCPM.

- 4.2. Providencia de 16 de junio de 2021, a las 12h55, mediante la cual esta Autoridad dispuso: “[...] *QUINTO.- [...] conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, se otorga al denunciante el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia para que aclare y complete la denuncia según lo indicado en el ordinal SEGUNDO de la presente providencia, literales: c) y, f).*”
- 4.3. Escrito presentado por el señor Paul Carrión Arévalo, en calidad de abogado autorizado del operador económico TEMPLAVID S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 21 de junio del 2021, a las 16h03, identificado con el ID de trámite No. 197379, con el que el operador económico presentó su escrito de compleción, dando contestación a lo requerido por esta Autoridad en providencia de 16 de junio de 2021, a las 12h55.

QUINTA.- VERIFICACIÓN DE FORMALIDADES EXIGIDAS POR LA LORCPM EN LA PRESENTACIÓN DE UNA DENUNCIA: En relación al escrito que se agrega en el ordinal primero, previo a calificar la denuncia, por cuanto en la providencia de 16 de junio de 2021, a las 12H55, esta Intendencia dispuso: “*QUINTO.- Del análisis realizado ut supra, esta Intendencia considera que la denuncia presentada por el operador económico TEMPLAVID S.A., no cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM. Por tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, se otorga al denunciante el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia para que aclare y complete la denuncia según lo indicado en el ordinal SEGUNDO de la presente providencia, literales: c) y, f).*”, a continuación se verifica si el denunciante cumplió con lo dispuesto:

- 5.1. **En cuanto al ordinal SEGUNDO Literal c):** “*Literal c) del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la denuncia deberá contener: “Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia”*”

Esta Autoridad al ser competente para conocer conductas de abuso de poder de mercado, ha solicitado al denunciante en un primer aspecto que proporcione información que permita identificar indicios respecto de los siguientes elementos: c.1. Respecto al elemento estructural; c.2. Respecto al elemento conductual; y c.3. Respecto de la duración de la conducta, conforme lo dispuesto en los artículos 7, 8 y 9 de la LORCPM.

En respuesta, el denunciante al referirse al apartado c) ha realizado una exposición general en la que no se discrimina cada elemento requerido de forma autónoma. No obstante de la exposición realizada por el denunciante se extraen los siguientes argumentos:



En cuanto al literal c.1) Respetto del elemento estructural:

Del texto constante del escrito en despacho no se dependen elementos aportados por el denunciante que permitan inferir a esta Autoridad la existencia del elemento estructural de una conducta de abuso de poder de mercado conforme lo dispuesto en los artículos: 7, 8, y 9 de la LORCPM y según lo dispuesto en providencia de 16 de junio de 2021 a las 12h55.

Es decir, esta Autoridad no cuenta con indicios que permitan inferir una posición de dominio de los operadores económicos denunciados en el mercado, que a su vez les permita actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes proveedores, consumidores, usuarios distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado como lo prescribe el artículo 7 de la LORCPM.

En este orden de ideas, para poder al menos considerar presumir que un operador económico está revestido de tal capacidad debe justificarse esta condición siguiendo al menos uno de los criterios inscritos en el artículo 8 de la LORCPM. Tales criterios no se encuentran expuestos, por lo que no es posible identificar indicios sobre la existencia de poder de mercado por parte de los presuntos infractores. Como ya fue señalado por esta Autoridad la apertura de una investigación por conductas de abuso de poder de mercado requiere del elemento estructural dado que de conformidad con lo expresado por la doctrina “[...] *este es el primer elemento que debe cumplirse para que un sujeto sea destinatario de la prohibición definida como abuso pues los comportamientos que son prohibidos bajo el régimen de competencia para el que ostenta posición dominante son permisivos para el que no la ostenta.*”¹

En cuanto al literal c.2) Respetto del elemento conductual:

En el escrito, que se agrega en la presente resolución, el operador económico TEMPLAVID S.A., manifiesta que los operadores económicos denunciados actúan comercialmente como personas naturales bajo el nombre comercial DEKORVID, haciendo uso de su calificación “[...] *como artesanos y no como empresa, lo que legalmente les genera beneficios [...]*”, entre los cuales consta un listado que refiere beneficios de carácter tributario, laboral y financiero que cualquier operador económico bajo este régimen mantiene. Estos hechos, a decir del denunciante, coloca a los competidores en una supuesta situación de desventaja, para el efecto describe su situación particular y expresa que al ser una empresa legalmente constituida debe asumir los siguientes rubros económicos: IVA mensual, XIII sueldo; XIV sueldo; fondo de reserva; utilidades.

De la información expuesta, esta Autoridad percibe que la disposición dada mediante providencia de 16 de junio de 2021, en la cual se dispuso al denunciante que “*explique detalladamente cómo los hechos se adecuan a un presunto cometimiento de abuso de poder de mercado*”, no ha sido cumplida, ya que no se expresa cómo dichos beneficios podrían constituir un abuso de poder de mercado, en particular respecto de las modalidades de abuso de poder de mercado denunciadas e inscritas en los numerales: 1, 2, 3, y 7 del artículo 9 de la LORCPM.

¹ Velandia, Mauricio y Universidad Externado de Colombia, *Derecho de la competencia y del consumo competencia desleal ; abuso de la posición de dominio ; carteles restrictivos ; actos restrictivos ; integraciones económicas y protección al consumidor* (Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia, 2011), 165.



En cuanto al literal c.3) Respeto de la duración de la conducta:

El denunciante expresa en el escrito, que se agrega en la presente resolución, la fecha de inicio de actividad comercial de los denunciados, determinada en el Servicio de Rentas Internas, de esta forma en relación a ORFA ISABEL GUALPA ÁVILA indica que la fecha de inicio de su actividad comercial fue el 27 de octubre del 2006; y, por su parte, la fecha de inicio de actividad comercial del señor KAISER ANTONIO LEGARDA URGILÉS sería el 01 de septiembre del 2008. Sin embargo, de la información remitida se observa que ésta expresa literalmente y únicamente el inicio de actividades de los operadores económicos denunciados, mas no, el período de duración de las presuntas conductas anticompetitivas denunciadas, como fue requerido por esta Autoridad en el literal c.3) del ordinal SEGUNDO de la Providencia dictada el 16 de junio de 2021 a las 15h55, relativo a la duración o inminencia de las presuntas conductas anticompetitivas en concordancia con la disposición inserta en el literal c) del artículo 54 de la LORCPM.

Por lo expuesto, esta Autoridad considera que este requisito **NO HA SIDO COMPLETADO**.

5.2. En cuanto al ordinal SEGUNDO Literal f): “Literal f) del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la denuncia deberá contener: “Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,”

En relación a este aspecto esta Autoridad solicitó al denunciante la “*especificación de las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como, de los bienes o servicios que se afectarían por las conductas denunciadas; [...]*”.

En cuanto a este punto, el denunciante enumera los productos y servicios que éste y los denunciados ofertan. Pese a ser solo un listado, esta Autoridad, toma en consideración lo dicho en conjunto por el denunciante en el mismo acápite donde expone: “*Productos que se ven afectados en el servicio de ventas recalando que los denunciados están en la capacidad de abaratar sus costos al no cubrir los valores que están exentos por su calidad de artesanos [...]*”.

Por lo expuesto, esta Autoridad considera que el requisito **HA SIDO COMPLETADO**.

SEXTA.- BASE NORMATIVA: Con base en la descripción de los hechos contenidos en el presente procedimiento es pertinente enunciar las normas constitucionales y legales que guardan relación con lo descrito, es así que:

6.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

- El primer inciso del artículo 213 establece: “*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.”

Asimismo, el artículo 335 *in fine* ordena: “(...) El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

6.2. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO:

- El artículo 1 señala: *“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.”*

El primer inciso del artículo 2 dispone: *“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.”*

- El primer inciso del artículo 7 establece: *“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.”*
- El artículo 8 señala: *“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.”*

- El artículo 9 identifica las conductas susceptibles de configurar un abuso de poder de mercado, siendo las siguientes en relación al presente expediente:

“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. (...)

1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia.

2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor.

3.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, en condiciones en que debido a la concentración de los medios de producción o comercialización, dichas conductas afecten o puedan afectar, limitar o impedir la participación de sus competidores o perjudicar a los productores directos, los consumidores y/o usuarios. [...]

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.

- El artículo 53 respecto del inicio de procedimiento investigativo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado establece:



“Inicio.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo”.

- El artículo 55 respecto a la calificación de la denuncia establece:

“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.”

6.3. REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO:

- El artículo 54, en lo referente a las formas de inicio, señala: *“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”.*

El artículo 57 en lo referente al procedimiento por denuncia establece: “La denuncia podrá ser formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo”.

- El artículo 60 en lo referente a la calificación de la denuncia establece:

“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.

Si la denuncia no llegare a reunir los requisitos establecidos en el artículo anterior, se solicitará al denunciante que en el término de tres (3) días la aclare o complete, según lo señalado en el artículo 55 de la Ley. Si no lo hiciera dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo y se tendrá a la denuncia por desistida.

Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en la Ley, o si es aclarada o completada, el órgano de investigación abrirá un expediente y correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten sus explicaciones en el término de quince (15) días.”



6.4. INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SCPM:

- El artículo 8 señala:

*“[...] **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.**- La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quién mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, direcciona al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: [...]*

*b) Si la denuncia no cumple con los requisitos del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el órgano de investigación competente notificará al denunciante para que en el término de tres (3) días la aclare o complete, si no lo hiciera en dicho término, **el órgano de investigación respectivo ordenará el archivo de la denuncia sin más trámite y se la tendrá por desistida. (...)**” (Énfasis añadido).*

SÉPTIMA.- RESOLUCIÓN: Por los fundamentos de hecho, de derecho y el análisis realizado, esta Autoridad, **RESUELVE:**

PRIMERO.- Por considerar que el escrito presentado el 21 de junio de 2021, a las 16h03 signado con ID trámite 197379, presentado por el señor Paul Carrión Arévalo, en calidad de abogado autorizado del operador económico TEMPLAVID S.A., no completa y aclara la denuncia presentada en contra de los operadores económicos: ORFA ISABEL GUALPA ÁVILA y KAISER ANTONIO LEGARDA URGILÉS, según los requisitos mínimos exigibles por el artículo 54 de la LORCPM, dispuestos por esta Autoridad en providencia de 16 de junio de 2021 a las 12h55, al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, y 60 de su Reglamento para la Aplicación dispone el **ARCHIVO** de la denuncia.

SEGUNDO.- Se deja expresa constancia que esta Autoridad deja a salvo el derecho del denunciante a volver a presentar su denuncia una vez que disponga de la información y documentación que se encuentre razonablemente a su alcance.

TERCERO.- Notifíquese a la Intendencia General Técnica y al operador económico TEMPLAVID S.A. con la presente Resolución.

CUARTO.- Continúe actuando el abogado Joel Cruz como secretario de sustanciación dentro del presente expediente administrativo. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

MARIA
ALEJANDRA
EGUEZ VASQUEZ

Firmado digitalmente por
MARIA ALEJANDRA EGUEZ
VASQUEZ
Fecha: 2021.06.24 14:55:34
-05'00'

Econ. María Alejandra Egúez Vásquez

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER
DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS**