



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

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019

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., 05 de abril de 2022. **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 No. SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A, que rige desde el 20 de mayo de 2019, en conocimiento del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2019 y en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes **ORDENES 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 el artículo 53 y 56 de la LORCPM, y lo dispuesto en los artículos 54, 56 y 63 del RALORCPM; y, artículos 21, 23 y 25 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.- Revisado el presente expediente administrativo no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en esta fase administrativa, por lo que esta Autoridad declara su validez procesal.

TERCERA: IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE PROCESAL.- Conforme la Resolución de Inicio de Investigación dictada el 02 de marzo de 2021, a las 17h10, la parte procesal es:

3.1. INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA.- Con número de Registro Único de Contribuyentes (RUC) 0992151102001, domiciliado en la ciudad de Guayaquil, en la Av. José Rodríguez Bonín 20-6 y Av. Marginal del Salado. Operador económico representado legalmente por Cardineau Jerome con número de identificación 13AK55840, en calidad de Apoderado.

Mediante escrito ingresado el 03 de agosto de 2020 a las 14h50, con ID trámite 166238, el operador económico designó los correos [REDACTED] y [REDACTED] para notificaciones dentro del presente expediente.

Mediante escrito ingresado el 12 de febrero de 2021 a las 17h04, con ID trámite 185181, el operador económico designó los correos [REDACTED] y [REDACTED]



Mediante escrito de 10 de agosto de 2021, a las 13h48, con ID trámite 203707, el operador económico designó los correos electrónicos [REDACTED]

Mediante escrito de 21 de septiembre de 2021, a las 09h56, con ID trámite 207951, el operador económico designó los correos electrónicos: [REDACTED]

y,
[REDACTED]

CUARTA: ANTECEDENTES Y ACTUACIONES PROCESALES.- Dentro del presente expediente administrativo sustanciado por esta Autoridad, se han realizado las siguientes actuaciones procesales:

- 4.1. Mediante Informe SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-001 de 21 de enero de 2021, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado recomendó: *“Por haberse encontrado indicios de conductas de abuso de poder de mercado en mercados conexos al del agua potable, prohibidas y tipificadas en los numerales 1, 15, 18 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, conforme lo establece la normativa señalada, la DNICAPM recomienda a la INICAPMAPR disponer la notificación a INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA., para que con el informe que se emite presente sus explicaciones conforme el trámite correspondiente dispuesto en el marco legal vigente.”*
- 4.2. Mediante providencia de 22 de enero de 2021, las 10h00, la INICAPMAPR dispuso acoger en la totalidad el Informe SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-001 de 21 de enero de 2021 y continuar con el procedimiento; y, dispuso correr traslado con el mismo, al operador económico INTERAGUA, para que presente sus explicaciones en el término de quince (15) días.
- 4.3. Mediante escrito y anexos, el 12 de febrero de 2021 a las 17h04, identificado con el ID trámite 185181, suscrito por el Ing. Jerome Cardineau en calidad de apoderado general de la gerente general, y la Ab. Cecilia Feraud en calidad de abogada patrocinadora del operador económico INTERAGUA, presentan las explicaciones.
- 4.4. Mediante Informe SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-005 de 01 de marzo de 2021, referente a las explicaciones presentadas por el operador económico INTERAGUA, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, recomendó: *“[...] dentro del presente expediente administrativo no considerar como satisfactorias las explicaciones y dar apertura a la etapa de investigación de oficio. La investigación se llevará a cabo sobre el presunto cometimiento de las infracciones tipificadas en los numerales 1, 15, 18 y 22 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”*
- 4.5. Mediante Resolución de 02 de marzo de 2021, a las 17h10, esta Autoridad dispuso en su parte pertinente: *“Ordenar el inicio de la investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019, en contra del operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA., por el presunto cometimiento*



de actos de abuso del poder de mercado, de acuerdo a los numerales 1, 15, 18 y 22 del artículo 9 de la LORCPM”.

- 4.6. Mediante providencia de 22 de abril de 2021, a las 10h40, esta Intendencia analizó y dispuso la ampliación y aclaración de la información remitida por los operadores económicos respecto del Cuestionario D; y, concedió a la parte procesal, la entrega de una copia certificada física de la parte reservada y administrativa del presente expediente, de igual manera, se autorizó la revisión del presente expediente.
- 4.7. Mediante providencia de 23 de abril de 2021, a las 11h46, esta Autoridad dispuso suspender el cómputo de los términos y plazos del presente expediente, con base en lo establecido en la Resolución No. SCPM-DS-2021-14 de 22 de abril de 2021.
- 4.8. Mediante providencia de 21 de mayo de 2021, a las 10h35, esta Autoridad dispuso reanudar el cómputo de los términos y plazos del presente expediente, con base en lo dispuesto en la Resolución SCPM-DS-2021-14 de 22 de abril de 2021; y, se dispuso a los operadores económicos: 1) BALORU S.A.; 2) CORPORACION AZENDE S.A.; 3) CURTIGUAL CURTIEMBRE GUAYAQUIL S.A., 4) IDEAL ALAMBREC S.A.; 5) INMOBILIARIA LAVIE; 6) JORGE EDUARDO AMBROSI ABAD; 7) THE TESALIA SPRINGS COMPANY S.A.; y, 8) TROPIFRUTAS S.A., que remitan la información contenida en el Cuestionario D. De igual forma se fijó nueva hora y fecha para la entrega de copias y acceso al expediente concedido a INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA.
- 4.9. Mediante providencia de 12 de julio de 2021, a las 10h20, esta Autoridad agregó, analizó y dispuso la ampliación y aclaración de la información remitida por los operadores económicos respecto del Cuestionario D. Asimismo solicitó al Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica que remita un listado actualizado de las autorizaciones de uso y aprovechamiento productivo de agua, otorgadas en la provincia del Guayas, por parte de la Autoridad Única del Agua.
- 4.10. Mediante providencia de 04 de agosto de 2021, a las 09h31, esta Autoridad agregó escritos, analizó y dispuso la ampliación y aclaración de la información remitida por los operadores económicos respecto del Cuestionario D.
- 4.11. Mediante providencia de 23 de agosto de 2021, a las 15h46, esta Autoridad, agregó analizó y dispuso la ampliación y aclaración de la información remitida por los operadores económicos respecto del Cuestionario D; dispuso la entrega de una copia certificada digital al operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES CIA. LTDA; y, dispuso a los operadores económicos: 1) MORALES CHIRIBOGA MARCO VINICIO; 2) NADER BUCARAM NAZEM; 3) FABRICA ECUATORIANA DE DISCOS S.A. FEDISCOS; 4) INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA; 5) NESTLE ECUADOR S.A.; 6) TECNOVA S.A.; 7) EMPACADORA GRUPO GRANMAR S.A. EMPAGRAN; 8) ELEMENTOS PESQUEROS ECUATORIANOS C.A. EPESCA; 9) EXOFRUT S.A.; 10) AGUA CRISTAL ACRISTAL C.A.; 11) GAMBAS DEL PACIFICO S.A.; 12) INDUSTRIA ECUAMARMOL S.A.; 13) OTELO Y FABELL S.A.; 14) MABE ECUADOR S.A.; 15) INDUSTRIA METAL MECANICA CONSTRUCTORA IMETECO S.A. 16) BIELA Y BEBIDAS DEL ECUADOR S.A. BIELESA; 17) FERTISA,



FERTILIZANTES, TERMINALES Y SERVICIOS S.A.; 18) INDUSTRIAL SURINDU S.A.; 19) ALPINA BEVERAGE S.A. ALPINAGUA; 20) HIELO EN BLOQUE HIEBLOSA S.A.; 21) KINTELS S.A.; 22) COMPAÑIA ECUATORIANA PRODUCTORA DE DERIVADOS DE COCOA C.A. ECUACOCOA; 23) CIA. ANON. INCEDCRE S.A.; 24) PDV ECUADOR S.A.; 25) AMCOR RIGID PLASTICS ECUADOR S.A.; 26) LIFE FOOD PRODUCT ECUADOR LIFPRODEC S.A.; 27) UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES S.A.; 28) TREKA S.A.; 29) PROEXPO, PROCESADORA Y EXPORTADORA DE MARISCOS S.A.; 30) NAMAFAIMEX S.A.; 31) EMPACADORA CRUSTAMAR S.A. EMPACRUSA; 32) AROMALI S.A.; 33) COMPAÑIA DE ELABORADOS DE CAFE ELCAFE C.A.; 34) COMPANIA NACIONAL DE GAS CONGAS C.A.; y, 35) ZAVATO S.A., remitan la información solicitada en el Cuestionario D. De igual forma dispuso al Ministerio del Ambiente, Agua y Transición Ecológica, remita un listado de todos los pozos de agua, pozos privados de agua; y, demás fuentes de agua, que su Autoridad tenga conocimiento existan en la ciudad de Guayaquil y las parroquias rurales: Juan Gómez Rendón (Progreso), El Morro, Posorja, Puná y Tenguel; y, asimismo solicitó a la Dirección de Control Procesal del Consejo de la Judicatura, remitir un listado, y copias simples, de todos los procesos judiciales en materias: constitucionales; y, contencioso administrativas, en las que el operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA., con RUC: 0992153563001, conste como parte procesal, ya sea como actor o demandado a nivel nacional.

- 4.12. Mediante providencia de 06 de septiembre de 2021, a las 15h08, esta Intendencia concedió una reunión de trabajo al operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA.; concedió la entrega de una copia simple digital de la parte reservada del presente expediente administrativo; y, analizó y dispuso la ampliación y aclaración de la información remitida por los operadores económicos respecto del Cuestionario D.
- 4.13. Mediante providencia de 23 de septiembre de 2021, a las 8h58, la INICAPMAPR, dispuso agregar: los escritos ingresados por los operadores económicos a quienes se les solicitó la información del cuestionario D, así como, los ingresados por el operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA. y EMAPAG-EP.
- 4.14. Mediante Resolución de 23 de septiembre de 2021, a las 15h15, la INICAPMAPR dispuso la ampliación del plazo de la investigación por ciento ochenta (180) días adicionales, contados a partir del fenecimiento de los ciento ochenta (180) días iniciales.
- 4.15. Mediante providencia de 16 de noviembre de 2021, a las 09h07, la INICAPMAPR, dispuso agregar: los escritos ingresados por los operadores económicos a quienes se les solicitó la información del cuestionario D; realizó insistencias de información requerida a varios operadores económicos, relativas al cuestionario D y a actores públicos como: MINISTERIO DEL AMBIENTE, AGUA Y TRANSICIÓN ECOLÓGICA, DIRECCIÓN DE CONTROL PROCESAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA y concedió el acceso a copias certificadas digitales al operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA.
- 4.16. Mediante providencia de 30 de diciembre de 2021, a las 11h27, la INICAPMAPR, dispuso



agregar los escritos ingresados por los operadores económicos a quienes se les solicitó la información del cuestionario D; así también, en lo principal, se agregó información proporcionada por el MINISTERIO DEL AMBIENTE, AGUA Y TRANSICIÓN ECOLÓGICA, y la DIRECCIÓN DE CONTROL PROCESAL DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA.

- 4.17. Mediante providencia de 18 de enero del 2022, a las 10h26, la INICAPMAPR, dispuso agregar los escritos ingresados por los operadores económicos a quienes se les solicitó la información del cuestionario D; realizó insistencias de información requerida a varios operadores económicos, relativas al cuestionario D y al MINISTERIO DEL AMBIENTE, AGUA Y TRANSICIÓN ECOLÓGICA. Se concedió el acceso a copias simples digitales al operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA.
- 4.18. Mediante providencia de 16 de febrero del 2022, a las 09h10, la INICAPMAPR, dispuso agregar los escritos ingresados por los operadores económicos a quienes se les solicitó la información del cuestionario D; realizó insistencias de información requerida a varios operadores económicos, relativas al cuestionario D. Se requirió información al operador económico, INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA., mediante el cuestionario E; se dispuso la realización de una reunión de trabajo al operador económico CERVECERÍA NACIONAL CN S.A y se requirió información certificada a la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.
- 4.19. Mediante providencia de 04 de marzo del 2022, a las 15h52, la INICAPMAPR, dispuso agregar los escritos ingresados por los operadores económicos a quienes se les solicitó la información del cuestionario D. Se autorizó la entrega de copias certificadas del expediente de la referencia en su parte reservada al operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA.; adicionalmente se fijó nueva fecha para la reunión dispuesta con el operador económico CERVECERÍA NACIONAL CN S.A. Se agrega la información remitida por: el MINISTERIO DEL AMBIENTE, AGUA Y TRANSICIÓN ECOLÓGICA; la PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO e INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA CIA. LTDA.
- 4.20. Mediante providencia de 09 de marzo del 2022, a las 10h25, la INICAPMAPR, dispuso conceder nueva fecha y hora para la reunión de trabajo a realizarse con CERVECERÍA NACIONAL CN S.A; así como correr traslado con el Cuestionario F a los operadores económicos: i) ACERÍAS NACIONALES DEL ECUADOR SOCIEDAD ANÓNIMA ANDEC; ii) NEGOCIOS INDUSTRIALES REAL N.I.R.S.A. S.A.; iii) COMPAÑÍA TEXTILES DEL LITORAL S.A. TEXTOSA; iv) MOLINOS CHAMPION S.A.; v) COMPAÑÍA HOHESA, HORMIGONES HERCULES S.A. UCEM; vi) QUIMPAC ECUADOR S.A.; vii) CIA. FORTIDEX S.A.; viii) INFORMAPORT S.A.; ix) FIDEICOMISO MERCANTIL DE GARANTÍA LA FAVORITA 2; y, x) UNILEVER ANDINA DEL ECUADOR S.A., a quienes adicionalmente se les solicitó: *“Un informe debidamente suscrito por el Representante Legal del operador solicitado, que reporte los beneficios económicos obtenidos por su representada a partir de la obtención de la Autorización de Aprovechamiento Productivo de Agua.”*
- 4.21. Mediante providencia de 17 de marzo de 2022, a las 11h51, la INICAPMAPR, en lo



principal agregó la información presentada por: 1) INTERAGUA; 2) BEBIDAS ARCACONTINENTAL ECUADOR ARCADOR S.A.; 3) LA FABRIL S.A.; 4) MOLINOS CHAMPION MOCHASA S.A.S.; 5) UNILEVER ANDINA S.A.; 6) TEXTILES DEL LITORAL TEXTOSA S.A.; 7) HOLCIM ECUADOR S.A.; 8) UNION CEMENTAR NACIONAL UCEM S.A.; 9) CERVECERÍA NACIONAL CN S.A.; 10) CARTONES NACIONALES S.A.I. CARTOPEL; 11) ACERÍAS DEL ECUADOR S.A. ANDEC; 12) PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS C.A. PRONACA; 13) INFORMAPORT S.A. Asimismo, se agregó el acta y anexo de la reunión de trabajo mantenida con CERVECERÍA NACIONAL CN S.A.; y, a petición del operador económico THE TESALIA SPRINGS COMPANY S.A., se fijó una reunión de trabajo para el 18 de marzo de 2022, a las 10h00.

- 4.22. Mediante providencia de 22 de marzo de 2022, a las 13h33, la INICAPMAPR, en lo principal agregó siete extractos confidenciales realizados por el analista económico del expediente; agregó información presentada por los operadores económicos THE TESALIA SPRINGS COMPANY S.A. y BEBIDAS ARCACONTINENTAL ECUADOR ARCADOR S.A.; agregó la reunión de trabajo mantenida con THE TESALIA SPRINGS COMPANY S.A., el 18 de marzo de 2022, a las 10h00, declarándola como confidencial.
- 4.23. Mediante Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-003, de 22 de marzo de 2022, la DNICAPM recomendó archivar el presente expediente administrativo y no proseguir con la etapa de sustanciación.
- 4.24. Mediante providencia de 25 de marzo de 2022, a las 14h29, la INICAPMAPR, en lo principal agregó información presentada por los operadores económicos PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS C.A. PRONACA; INFORMAPORT S.A.; dos extractos no confidenciales realizados por el analista legal del expediente; y, dispuso correr traslado a INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA., con el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-003.

QUINTA: BASE NORMATIVA.- Con base en los antecedentes del presente procedimiento, es pertinente enunciar las normas constitucionales y legales que guardan relación a lo descrito:

- 5.1. Constitución de la República del Ecuador¹, artículos: 76 numerales 1, 2, 7; 213; 226; y, 335.
- 5.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado², artículos: 1; 2; 7; 8; 9 numerales 1, 15, 18 y 22; artículo 53; y, 56.
- 5.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado³, artículos: 1; 4; 6; 53; 56 y 63.
- 5.4. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado⁴, artículos 21 literal b); 23; 24 literal b); y, 25.

¹ Publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

² Publicada en el Registro Oficial Suplemento 555, de 13 de octubre de 2011, última reforma 09 de diciembre de 2016.

³ Decreto Ejecutivo 1152, publicado en el Registro Oficial 697, de 07 de mayo de 2012.

⁴ Resolución SCPM-DS-012-2017, Registro Oficial Edición Especial 998 de 07 de abril de 2017.



SEXTA: LA CONDUCTA OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN: La presente Resolución tiene como finalidad el efectuar un análisis de todos los indicios y elementos, que la Autoridad recopiló durante el desarrollo de la investigación, para determinar si existen presunciones razonables sobre la configuración o no de las conductas tipificadas en los numerales 1, 15, 18 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, y su relación con el presunto responsable del cometimiento de la misma, conforme las actuaciones procesales constantes en el expediente de investigación.

Con base en lo expuesto se procederá a realizar un análisis del mercado relevante para determinar las particularidades del mismo, con el fin de determinar si en el presente caso se configuran los elementos necesarios, siendo este el estructural y conductual, de un abuso del poder de mercado.

SÉPTIMA: DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.- Según la ICN, la definición del mercado relevante es un punto de inicio para la evaluación de una posible dominancia de un operador económico. La definición del o los mercados relevantes permite a las agencias de competencia entender el alcance o amplitud de la competencia de un mercado y evaluar las distintas limitaciones competitivas que afrontarían los operadores económicos para ejercer poder de mercado.⁵

En este sentido, la determinación del mercado relevante provee un marco de referencia en el cual se desarrollará el análisis de productos sustitutos, zonas geográficas, competidores, cuotas de mercado y cometimiento de la presunta conducta derivada de la posición de dominio.

Por el lado del mercado de producto, la definición del mercado relevante deberá considerar tanto el comportamiento de la demanda como el de la oferta: por el lado de la demanda, los bienes o servicios deberán ser sustitutos entre sí a la vista del consumidor; por el lado de la oferta, se debe considerar si existe un cambio fácil hacia la producción del bien o servicio relevante por parte de competidores actuales o futuros⁶.

Por el lado del mercado geográfico, la ubicación de los compradores y vendedores determinará si el mercado geográfico es regional, nacional o internacional. En este sentido, Massimo Motta señala que: “[...] el mercado relevante no debe ser un conjunto de productos que “se parecen” entre sí con base en algunas características, sino más bien el conjunto de productos (y zonas geográficas) que ejercen cierta presión competitiva entre sí”.⁷

Por lo expuesto y como preámbulo al análisis de mercado relevante, dada las presuntas conductas investigadas y el operador objeto de análisis, se realizará una aproximación, para un mejor entendimiento, a la teoría de mercados conexos y el abuso de poder de mercado que se puede dar en éstos para, posteriormente, abordar a profundidad cada uno de los mercados que se habrían identificado en el presente caso de investigación.

7.1. De los mercados conexos:

En primer lugar, es preciso señalar que dentro de la presente investigación, los mercados que se están analizando, dadas las conductas investigadas, constituyen en forma general: i) El mercado de servicio público de agua potable, prestado en la ciudad de Guayaquil, en donde actúa el operador investigado

⁵ International Competition Network (2011). Unilateral Conduct Workbook Chapter 3: Assessment of dominance. Presentado en la 10ma conferencia anual de la ICN. The Hague, Holanda.

⁶ Ibid. Pg.54-55

⁷ Ibid.



y dominante; y, ii) El uso del agua cruda por operadores económicos industriales, en aprovechamientos productivos, a través de la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo de agua, en donde se producirían los efectos de las supuestas conductas anticompetitivas.

El vínculo existente entre los dos mercados señalados, enmarcado en el ámbito de la presente investigación, gira en relación al agua usada en los procesos de producción y a los consumidores industriales; los dos mercados tienen en común, desde un punto de vista de la demanda, a los consumidores industriales, quienes requieren agua para usarla dentro de los distintos procesos productivos, éstos, dependiendo sus necesidades, pueden abastecerse de agua potable de su proveedor local o, en su lugar, una vez adaptándola a las condiciones adecuadas, pueden usar el agua cruda provista directamente de las fuentes naturales mediante la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo, para emplearla en sus distintos procesos productivos. En este escenario, el proveedor local de agua potable puede ver reducidos sus ingresos por parte de estos consumidores, ya que dejarían de abastecerse de agua potable para esos fines.

En otras palabras, los consumidores industriales que adquieren agua potable provista por su proveedor local para ser usada dentro de sus procesos productivos, al mismo tiempo, conforme sus distintas necesidades, constituyen consumidores potenciales de agua cruda mediante la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo.

Bajo este contexto, es necesario considerar que la teoría de los mercados conexos nace para resolver una duda: *¿Puede una empresa que ostenta posición de dominio en un mercado abusar de dicha posición en un mercado en la cual no participa o no ostenta una posición de dominio?* La respuesta unánime, luego de más de 40 años de análisis, es: sí, sí puede y este tipo de conductas anticompetitivas deben ser investigadas, controladas y de comprobar su existencia sancionadas.⁸

Esta teoría se dio gracias al desarrollo jurisprudencial tanto en los Estados Unidos como en Europa. También conocida como *monopoly leveraging* en los Estados Unidos. El caso *Grand Light & Supply Co. v. Honeywell* fue uno de los primeros en tratar el tema, en éste los jueces de la Corte de Apelación del Segundo Distrito, establecieron los tres requisitos que, esta doctrina, debería cumplirse para ser efectivamente considerada como un abuso de posición de dominio, dichos requisitos son los siguientes:

- i) *Tener posición de dominio en un mercado,*
- ii) *Usar de ese poder, aún que haya sido adquirido por méritos propios y de forma totalmente legal, para perjudicar la competencia, ganar una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto; y,*
- iii) *que dicha conducta provoque un daño efectivo.*⁹ (Énfasis añadido)

Todas estas condiciones se presumen se cumplen en el presente caso: i) existe un monopolista; ii) se cree que dicho poder de mercado está siendo usado para distorsionar a la competencia en un mercado distinto; y, iii) la conducta estaría provocando un daño efectivo.

⁸ *Ibíd.*: pies de página 37, 38, 39, 40, 41,42 43.

⁹Estados Unidos, Corte de Apelación. *Grand Light & Supply Co. v. Honeywell, Inc.*, 771 F.2d 672, 681 (2nd Cir. 1985). Traducción libre: A successful claim of monopoly leveraging requires proof of at least three factors: monopoly power in one market, "the use of [that] power, however lawfully acquired, to foreclose competition, to gain a competitive advantage, or to destroy a competitor", párrafo 46.



Por su lado, en Europa esta doctrina es conocida como: abuso de posición dominante en mercados vecinos o conexos. El primer caso en analizar el tema de abuso de posición dominante en mercados conexos fue el caso *Commercial Solvents*, en éste el Tribunal de Justicia de la Unión Europea claramente dictaminó:

*“(...) un abuso de posición dominante en el mercado de las materias primas puede, por tanto, tener repercusiones restrictivas sobre la competencia en el mercado en el que se comercializan los productos derivados que deben tomarse en consideración al apreciar los efectos de la infracción, incluso si el mercado de los derivados no constituye un mercado en sí mismo;”*¹⁰ (Énfasis añadido).

En la misma línea argumentativa, en el caso *British Airways vs. Commission*, la Corte General de la Unión Europea al respecto se pronunció:

*“Un abuso de posición dominante cometido en el mercado sectorial dominado pero cuyos efectos se dejen sentir en un mercado distinto donde la empresa de que se trata no ocupa posición dominante puede estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 82 CE siempre que dicho mercado distinto esté suficientemente relacionado con el primero (...)”*¹¹ (Énfasis añadido).

Uno de los precedentes más importantes, para el desarrollo de la teoría de mercados conexos se dio en el famoso caso *Tetrapack II*. En este tanto la Corte General como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvieron y apoyaron lo actuado por la Comisión Europea cuando se determinó que el operador económico *Tetrapack* habría abusado de su posición de dominio en un mercado para expandir su poder en otro en el cual no ostentaba dicha posición. Así la Comisión expresó:

*“Por consiguiente, a este respecto es poco relevante saber si los abusos se han cometido en el mercado en que la empresa ocupa una posición dominante o en el mercado próximo (y, en el caso considerado, conexo), o en los dos: como ha reconocido el Tribunal, el artículo 86 del Tratado se aplica a los casos en que la posición dominante en un mercado permite un comportamiento abusivo en otro.”*¹³

Por tanto, conviene resaltar el argumento principal de los precedentes expuestos, no importa en qué mercado el operador económico con posición de dominio esté abusando de su poder, si estos mercados son conexos, podría existir abuso de poder de mercado. Esta afirmación se vio reforzada por la Corte de Justicia la cual se pronunció de la siguiente manera:

“Es cierto que la aplicación del artículo 86 presupone la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado produce efectos en ese mismo mercado. Cuando se trata de mercados distintos, pero conexos, como ocurre en el caso de autos, sólo la existencia de circunstancias especiales puede justificar la aplicación

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Instituto Chemioterapico Italiano SpA, *Commercial Solvents Corporation* contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafo 22, año 1974.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto T-219/99, *British Airways plc* contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafo 127, año 2003.

¹² Lo actuado por el Tribunal de Primera Instancia fue apoyado por el Tribunal de Justicia, en el Asunto C-95/04 de 15 de marzo de 2007, mediante el cual el recurso de casación planteado por *British Airways plc* fue desestimado.

¹³ Decisión 92/163/CEE, *Tetra Pak II*, de 24 de julio de 1991, cit., Párrafo n° 104.



del artículo 86 a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado.¹⁴ (Énfasis añadido).

Para considerar el nuevo elemento que trae a colación el Tribunal de Justicia siendo este “*circunstancias especiales*”; el Tribunal basó su fundamentación en lo que ya había encontrado la Comisión y había sido reafirmado por la Corte General. A este respecto, la Corte comenzó considerando pertinente, el hecho de que Tetra Pak controlara un 78% del mercado global del acondicionamiento en envases de cartón, tanto asépticos como no asépticos, es decir, siete veces más que su competidor más próximo. A continuación hizo constar, que la posición de Tetra Pak en los sectores asépticos, en los que controlaba cerca del 90 % del mercado, era cuasi monopolística, e indicó que dicha posición convertía igualmente a Tetra Pak en un proveedor privilegiado de sistemas no asépticos. Por último, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que, en las circunstancias del caso de autos¹⁵, la situación en los diferentes mercados y la estrecha conexión existente entre ellos justificaban la aplicación del artículo 86. En dicha sentencia se señala: “*El hecho de que los diferentes materiales de que se trata se utilicen para el envasado de los mismos productos líquidos de base revela que los clientes de Tetra Pak en un sector son al mismo tiempo clientes potenciales en el otro sector.*”¹⁶

En el caso materia de análisis, efectivamente, existirían circunstancias especiales mediante las cuales se puede aplicar la teoría de mercados conexos, a saber: i) la existencia de un monopolio legal, ii) los mercados son estrechamente relacionados y, iii) a priori, las actuaciones del monopolista afectarían a los bienes jurídicos protegidos por el derecho de competencia. Por tanto, como bien ha sido determinado por la doctrina: “*(...) es posible aplicar el artículo 82 a conductas realizadas por un oferente en un mercado en el que no goza de posición dominante cuando sí ha quedado establecida su posición privilegiada en un mercado conexo en el que no se dejan sentir los efectos de la práctica llevada a cabo.*”¹⁷ Como se expuso, el tema ha sido vastamente tratado tanto en Estados Unidos como en la Comunidad Europea, realizando un pequeño recuento de algunos casos relevantes en Europa, Pascual (1997) expone:

*“La Comisión, por su parte, en su Decisión ECS/AKZO de 14 de diciembre de 1985, declaró que la empresa AKZO, dominante en el mercado de los peróxidos orgánicos, **había abusado de su posición dominante en este mercado al tratar de eliminar a la empresa ECS del mercado conexo de los aditivos para harina, en el que esta última había intentado entrar, criterio luego confirmado por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 3 de julio de 1991. En la Decisión BBP Industries de 5 de diciembre de 1988, confirmada por las Sentencias de 1 de abril de 1993 (del Tribunal de Primera Instancia) y de 6 de abril de 1995 (del Tribunal de Justicia), se declaró aplicable el art. 86 del Tratado a una conducta de una empresa dominante en el mercado de planchas de yeso consistente en conceder una ventaja en el mercado conexo del yeso a quienes sólo a ella le compraban las planchas.**”*¹⁸ (Énfasis añadido).

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-333/94 P, Tetra Pack International S.A., contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafos: 27,28 y 29, año 1996, párrafo 27.

¹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin, contra la Comisión de las Comunidades Europeas, año 1893.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia, Asunto C-333/94 P, Tetra Pack International S.A., contra Comisión de las Comunidades Europeas, párrafos: 27,28 y 29, año 1996.

¹⁷ CURTO POLO, M., “Hacia una noción ampliada del abuso de posición dominante (Comentario a la Sentencia del TJCE de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak Internacional, S. A. c. Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto C-333/94 P)”, ADI, Vol. XVIII, Madrid – Santiago de Compostela, 1997, pág. 367.

¹⁸ Julio Pascual y Vicente, “ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN MERCADOS CONEXOS: DOCTRINA RECIENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA”. Anuario de la Competencia (2001), pag.272.



En todos estos casos existieron tanto las condiciones determinadas por las Cortes de Estados Unidos como las “circunstancias especiales” que se dictaminó por el Tribunal de Justicia en Europa y, por tanto, una empresa con posición de dominio en un mercado que distorsionó la competencia en un mercado conexo, en el que no ostentaba dicha posición, fue sancionada. Es necesario entender: “*lo que se prohíbe es que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado pueda llevar a cabo conductas discriminatorias a favor de sus propias actividades en mercados conexos.*”¹⁹

Asimismo, esta Autoridad es enfática en señalar que la aplicación de la teoría del abuso de posición dominante en los mercados conexos, es compatible con el presente caso, por cuanto, los dos mercados no sólo están “próximos” sino que hay una vinculación entre éstos. Asimismo, se considerará de especial gravedad este tipo de abusos cuando el comportamiento de la empresa dominante deriva de un monopolio legal, o cuando su actuación supone el cierre de un mercado donde, en caso contrario, existiría libre competencia.²⁰

En conclusión, en el presente caso existen mercados conexos, los cuales están interconectados; existe un monopolista que ostenta poder de mercado derivado de un Contrato de Concesión; y, en los acápites siguientes se procederá a analizar si éste podría o no estar abusando de su poder de mercado que ostenta en el mercado de servicios públicos de agua potable, prestado en la ciudad de Guayaquil, en el mercado conexo de uso de agua en aprovechamientos productivos derivados de la obtención de una autorización de aprovechamiento de agua.

Una vez que se ha establecido, claramente, lo que son los mercados conexos, y su pertinencia en el presente caso, procederemos a realizar un análisis profundo del mercado relevante, iniciando por el análisis de los mercados de producto.

7.2. Determinación del mercado relevante:

El artículo 5 de la LORCPM, señala:

“[...] 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”.

En ese sentido, a continuación se señalará los aspectos generales, para posteriormente, analizar cada uno de los mercados involucrados, los cuales son: a) el agua para consumo humano, el cual se enmarca en el concepto de agua potable; y, b) el uso agua cruda proveniente de las fuentes naturales que puede ser utilizada por la industria en sus distintos procesos productivos, para la cual se obtiene una autorización de aprovechamiento productivo.

7.2.1. Aspectos generales.-

El agua de forma general constituye un recurso esencial y relativa o absolutamente escaso lo que denota su carácter económico²¹, necesario para la vida (en cuanto a las necesidades básicas como son la

¹⁹ PRIETO KESSLER, E., “Principales problemas de la regulación del abuso de posición de dominio”, Gaceta Jurídica de la Competencia y la UE, n° 205, Enero / Febrero 2000, pág. 29.

²⁰ Fernando Diez Estella, “LA DOCTRINA DEL ABUSO EN LOS MERCADOS CONEXOS: DEL “MONOPOLY LEVERAGING” A LAS “ESSENTIAL FACILITIES” Revista de Derecho Mercantil, n° 248 (2003).

²¹ Gardien Meijerink and Arjan Ruijs, *Water as an economic good – points of interest for policy* (LEI, The Hague, February 2003),



alimentación, aseo, etc.) y para el desarrollo de las distintas actividades económicas dentro de las naciones.

Su importancia y variedad de usos tanto en la agricultura, industria, consumo doméstico, acuicultura, generación de energía, etc., dan lugar a una demanda variada con distintas características que difieren según sus consumidores y a una oferta que posee rasgos diferenciales pero que suele estar en manos de un monopolista²². Se destaca entonces que en Ecuador, el agua constituye un patrimonio nacional estratégico en donde el Estado al tener dominio inalienable e imprescriptible²³, tiene el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar²⁴ el agua destinada a las diversas actividades que se desarrollan en territorio nacional.

En ese sentido, dada la diversidad de usos de este recurso, de una forma general y amplia, la demanda del agua se divide en dos categorías: a) usos consuntivos; y, b) usos no consuntivos. Los usos consuntivos se refieren a la proporción del agua que ha sido retirada de su fuente para usarse en un sector determinado y que no está disponible para reutilizarse debido a que ha sido evaporada, transpirada, incorporada en productos, drenada directamente al mar o a zonas de evaporación, o retirada de otras formas de los recursos hídricos de agua dulce²⁵. Por otro lado, los usos no consuntivos se refieren al uso del agua que no consume agua, es decir, aunque el agua haya sido extraída, la mayor parte vuelve al sistema, por ejemplo la navegación, la pesca, etc.²⁶

De acuerdo a la información proporcionada por el Ministerio del Ambiente, se observa que del total del caudal autorizado, medido en l/s, el mayor caudal autorizado corresponde a usos no consuntivos con un 79%, mientras que para usos consuntivos representa el 21%.

Ilustración 1: Usos del agua (consuntivos y no consuntivos)²⁷



Fuente: Ministerio del Ambiente y Agua²⁸
Elaborado por: DNICAPM

accessed <https://bit.ly/3Ahpj7k>; 'The Dublin Statement on Water and Sustainable Development', accessed 20 January 2022 <https://bit.ly/3IDxo9J>.

²² JOSE MONTESILLO and MARTÍN PUCHET, 'El Agua Como Bien Económico y La Necesidad de Determinar Su Precio', 2020.

²³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 318.

²⁴ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 313.

²⁵ 'Base de Datos AQUASTAT Glossary Search', accessed 25 September 2020 <https://bit.ly/30bSB6F>.

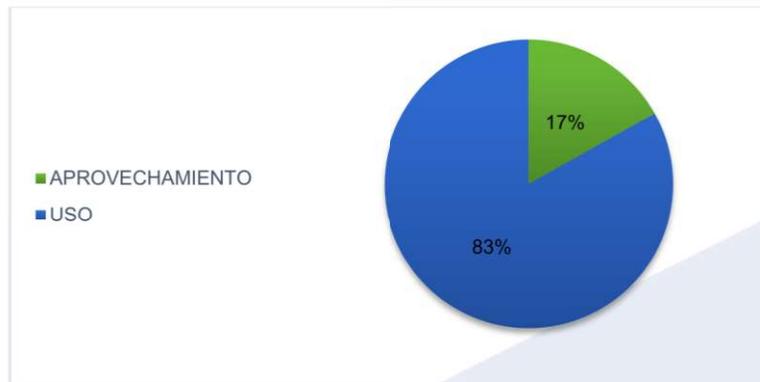
²⁶ 'Base de Datos AQUASTAT Glossary Search'.

²⁷ Dentro de los usos consuntivos se incluye autorizaciones cuya denominación es de: RIEGO, CONSUMO HUMANO, Industrial, minería, turístico, Abrevadero, fuerza mecánica, termal, envasado de agua, hidrocarburífico, otros; y, dentro de los usos No consuntivos, constan Hidroelectricidad y Acuicultura.

²⁸ Ecuador, SCPM /INICAPMAPR, 'Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019' (2019), ID Trámite 167689.

Por su parte, el Estado ecuatoriano, al ser el responsable de la gestión de los recursos hídricos, mediante la Autoridad Única de agua, otorga autorizaciones para sus distintos usos, para lo cual clasifica a dichas autorizaciones por su naturaleza de destino en: a) autorizaciones para uso del agua; y, b) autorizaciones para el aprovechamiento productivo del agua. En ese sentido, de la información recabada en el expediente, se desprende que el 17% de las autorizaciones emitidas corresponde para aprovechamientos productivos y el 83% restante han sido emitidas para usos del agua, tal como se puede observar en la siguiente gráfica.

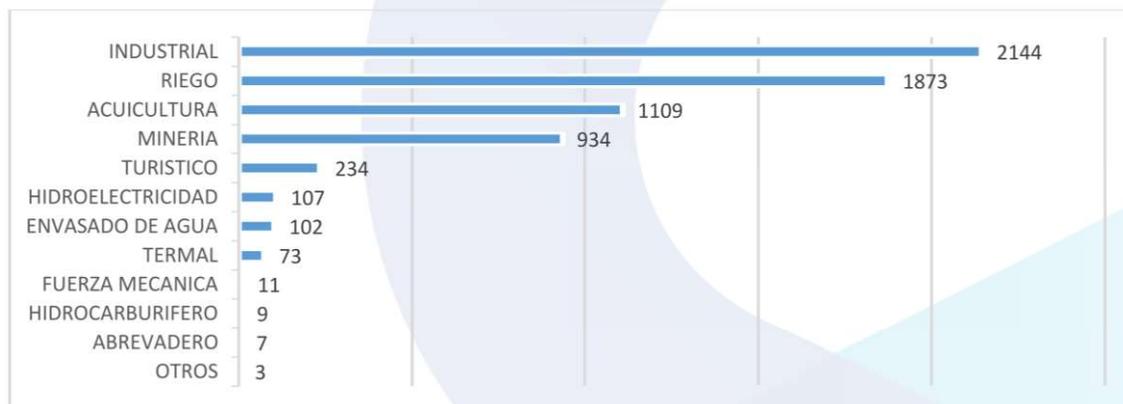
Ilustración 2: Autorizaciones emitidas por uso y aprovechamiento de agua



Fuente: Ministerio del Ambiente y Agua²⁹
Elaborado por: DNICAPM

Respecto de las autorizaciones de aprovechamiento productivo, las cuales tienen relación con el presente análisis, se observa que la mayor cantidad de autorizaciones emitidas (2.144) corresponden a las autorizaciones industriales, las cuales son adquiridas por operadores económicos para el uso del agua cruda en sus distintas actividades productivas.

Ilustración 3: Autorizaciones emitidas vigentes para aprovechamiento productivo por tipo



Fuente: Ministerio del Ambiente y Agua³⁰
Elaborado por: DNICAPM

²⁹ Ecuador, SCPM /INICAPMAPR, Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019, ID Trámite 167689.

³⁰ Ecuador, SCPM /INICAPMAPR, Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019, ID Trámite 167689. Información preliminar remitida por el Ministerio del Ambiente y Agua. Remitida con fecha 19/08/2020.



Con base en lo expuesto y considerando los hechos que dieron inicio al presente expediente, a continuación, se analizará la pertinencia del uso de la Resolución 011 dentro de los mercados analizados, para, posteriormente, continuar con el análisis de los mercados que giran en torno a dos usos generalizados del agua, los cuales son: i) el agua para consumo humano la cual se enmarca en el concepto de agua potable; y, ii) el agua cruda proveniente de las fuentes naturales que puede ser utilizada por la industria en sus distintos procesos productivos, para la cual se obtiene una autorización de aprovechamiento productivo.

7.2.2. Sobre la aplicación de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado.-

Ahora bien, previo a realizar los respectivos análisis para identificar los mercados de producto, cabe realizar dos puntualizaciones sobre la aplicabilidad de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado. En primer lugar, si bien dicha Resolución, establece ciertos métodos para el análisis de la sustitución de la demanda, sustitución de la oferta y mercado geográfico, se destaca que el punto de partida para cualquier análisis de mercado relevante es el análisis cualitativo, el cual permite establecer los productos que razonablemente pueden ejercer presión competitiva al bien o servicio materia de análisis, al respecto Peter Davis³¹ y Eliana Garcés³² señalan:

“[...] la evaluación cualitativa es universalmente el punto de partida de cualquier ejercicio de definición de mercado. Claramente, por ejemplo, es probable que no sea necesario hacer ningún análisis formal de mercado para llegar a la conclusión de que el precio del helado no será sensible al precio de los martillos. De hecho, si dichas valoraciones cualitativas no fueran posibles, sería necesario hacer una gran cantidad de trabajo en cada investigación para revisar cada posibilidad – una imposibilidad tomando en cuenta los niveles de recursos actuales en la mayoría de autoridades. [...]”

El análisis cualitativo a veces puede ser suficiente para definir satisfactoriamente el mercado relevante, de hecho a veces es necesario confiar puramente en análisis cualitativo. Dicho esto, un análisis más explícitamente cuantitativo de los datos del mercado será frecuentemente muy útil para informar y complementar nuestros juicios en ésta área.³³

³¹ De acuerdo con la página web de CORNERSTONE RESEARCH, Peter Davis es el Vicepresidente Senior de dicha firma consultora y ex-vicepresidente de la Comisión de Competencia del Reino Unido (véase <https://www.cornerstone.com/Staff/Peter-Davis>, texto en inglés)

³² Eliana Garcés es actualmente Economista en Jefe Adjunta del Directorio General para el Mercado Interno e Industria de la Comisión Europea y Catedrática de la Universidad George Mason. Anteriormente fue miembro del Equipo de Economistas en Jefe dentro de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. (Véase Perfil de Eliana Garcés en Linked In: https://www.linkedin.com/in/elianagarcés?authType=NAME_SEARCH&authToken=5CFO&locale=fr_FR&srchid=1196599861479403460100&srchindex=1&srchtotat=23&trk=vsrp_people_res_name&trkInfo=VSRPsearchId%3A1196599861479403460100%2CVSRPtargetId%3A134331146%2CVSRPempt%3Aprimary%2CVSRPnm%3Atrue%2CauthType%3ANAME_SEARCH, texto en inglés. Asimismo, véase contraportada del libro “Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis”)

³³ Traducción propia. Texto original en inglés como sigue: “Before we progress to consider quantitative approaches to market definition, it is worth emphasizing that much of the time market definition relies at least in part on qualitative assessment. Indeed, qualitative evaluation is universally the starting point of any market definition exercise. Clearly, for example, it is probably not necessary to do any formal market analysis to get to the conclusion that the price of ice cream will not be sensitive to the price for hammers. Indeed, if such qualitative assessments were not possible, it would be necessary to do a huge amount of work in every investigation to check out every possibility—an impossibility at current resource levels in most authorities. [...] Qualitative analysis can sometimes be enough to satisfactorily define the relevant market, indeed it is sometimes necessary to rely on purely qualitative analysis. That said, a more explicitly quantitative analysis of market data will often be very helpful for informing and supplementing our judgments in this area.”



En segundo lugar, para el caso que atañe en la presente investigación, para la delimitación del mercado de producto y mercado geográfico, es necesario considerar las características propias del mercado bajo análisis, a saber: el rol que ejerce el Estado sobre los recursos hídricos; la regulación del agua como un patrimonio nacional estratégico y el agua potable como servicio público; y, la exclusividad regulada de INTERAGUA dentro del territorio de la concesión, que le otorga un monopolio legal. Estos elementos limitan la aplicación de los métodos propuestos en la Resolución 011, respecto a la sustituibilidad de la demanda, oferta y mercado geográfico, como se explicará a continuación.

Adicionalmente, es preciso destacar el objetivo mismo de la determinación del mercado relevante, en el marco del artículo 5 de la LORCPM y las metodologías propuestas en la Resolución 011 y su relación con la teoría de mercados conexos. El mercado relevante, en derecho de competencia, no constituye un fin propio, en su lugar representa un medio que permite determinar o descartar la existencia de un operador u operadores con poder de mercado, por lo que, tanto lo expuesto en el artículo 5 de la LORCPM y las metodologías expuestas en la Resolución 011 son concordantes.

Asimismo, en cuanto a la determinación del mercado relevante a través de las metodologías propuestas en la Resolución 011, en la aplicación del artículo 9 de la LORCPM, constituyen un medio para determinar o descartar la existencia de un operador u operadores con poder de mercado. En ese sentido, dentro de la teoría de mercados conexos previamente expuesta, la importancia de la determinación del mercado relevante, recae, principalmente, en el mercado en el cual participa el operador económico investigado, presunto infractor de conductas anticompetitivas, en el presente caso, en donde participa el operador INTERAGUA, el cual constituye el mercado de servicio público de agua potable, prestado en la ciudad de Guayaquil.

En cuanto al segundo mercado, el cual en el presente caso, constituye el mercado afectado, si bien para apreciar los efectos de las conductas anticompetitivas investigadas, es necesario una descripción del mismo, dado que se conoce que en este mercado no actúa el operador dominante, no es necesario la aplicación o justificación conforme las metodologías detalladas en la Resolución 011.

En ese sentido, a continuación se valorará cada uno de los métodos propuestos por la Resolución 011 y su aplicación en el mercado en donde opera el operador investigado y dominante, siendo este el “mercado de servicio público de agua potable, prestado en la ciudad de Guayaquil”:

a) Sustituibilidad de la demanda.-

La Resolución 011, en relación al análisis de sustituibilidad de la demanda señala que: *“El análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluya uno o algunos de los referidos en los numerales subsiguientes (...)”*.

- **Prueba del monopolista hipotético (SSNIP TEST).**- El objetivo de esta prueba es determinar si un monopolista hipotético puede aumentar de manera rentable los precios por encima del nivel competitivo, dicho aumento debe ser lo suficientemente grande como para que los consumidores tengan una respuesta razonable, pero no tanto como para que el aumento de los precios conlleve inevitablemente a un cambio sustancial de la demanda³⁴, tanto la doctrina

³⁴ OFFICE OF FAIR TRADING, *Market definition: OFT403*, 2004, accessed 21 July 2020



como la Resolución 011 consideran que un incremento del 5 al 10 % de los precios puede ser un indicador aceptable.

- **Elasticidad precio de la demanda o elasticidad propia y elasticidad precio cruzado de la demanda.-** La elasticidad precio de la demanda mide la variación porcentual de la cantidad demandada de un producto cuando su precio sube o baja. Esta medida ayuda a conocer la sensibilidad que tienen los consumidores ante los cambios en los precios.

Por su parte la elasticidad de precio cruzado de la demanda permite medir la tasa a la cual los compradores sustituyen el bien A por el bien B, en respuesta a un cambio de precio del bien A, es decir, mide la variación porcentual de la cantidad demanda de un producto (producto B), cuando el precio de otro producto (producto A), aumenta o disminuye.

- **Prueba de correlación de precios.-** La correlación de precios se basa en la suposición que los productos sustitutos cercanos a lo largo del tiempo tienden a moverse juntos, de este modo, dicho análisis involucra comparar series de tiempo, en donde mientras mayor sea su coeficiente de correlación (en valores positivos) mayor será la probabilidad de que los productos estén en el mismo mercado.

La utilización de estas pruebas en el mercado bajo análisis (servicio público de agua potable), en donde se analiza la existencia de un operador dominante y posible infractor, están limitadas ante la ausencia de productos que puedan ser considerados como sustitutos, esto considerando que, como se verá más adelante, la provisión de agua potable constituyen un servicio público básico que comprende los procesos de captación y tratamiento de agua cruda, almacenaje y distribución de agua potable, cuya ingestión no cause efectos nocivos para la salud. Dadas estas características, no se identifican otros productos que cumplan con las mismas características y que sean consideradas como sustitutos cercanos al agua potable, de hecho, si bien el agua cruda puede ser utilizada por algunos operadores económicos en sus actividades productivas, se destaca que el agua cruda al no tener ningún tratamiento de potabilización no es apta para el consumo humano, las aguas que no tienen esta característica pueden causar efectos nocivos para la salud, por lo que no son consideradas sustitutos del agua potable.³⁵

b) Sustituibilidad de la oferta.-

La Resolución 011, en relación al análisis de sustituibilidad de la oferta señala que: *“El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicio materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluyan una o algunas de las pruebas referidas en los numerales siguientes. (...)”*

- **Prueba de sustitución de la oferta o SSS.-** Esta prueba tiene como objetivo valorar el cumplimiento de condiciones que demuestran la existencia de potenciales competidores desde

<https://www.gov.uk/government/publications/market-definition>.

³⁵ FNE CHILE, ‘Requerimiento de la FNE en contra de las empresas de Servicios Sanitarios (ESS) ESSAL S.A.74, ESSBIO S.A., Aguas Andinas S.A. y ANSM’ (n.d.).



la perspectiva de la oferta, con el fin de encontrar evidencia de que uno o varios operadores económicos puedan ofertar producto o servicios sustitutos de los materia de análisis, en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos. Particularmente, y entre otras condiciones, se debe, al menos, tomar en cuenta lo siguiente:

- a. Los potenciales competidores deben poseer los activos tantos materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en caso de no poseer alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irrecuperables;
 - b. Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis;
 - c. Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios;
 - d. Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un periodo razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales;
 - e. Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis;
 - f. Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos, y;
 - g. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis.
- **Prueba de sustitución casi universal o NUS.-** Esta prueba se enfoca en establecer si la sustitución de la oferta aplica a todos los operadores económicos que fabrican o proveen los bienes o servicios ya ofertados por los potenciales competidores, quienes podrán ser definidos por la Prueba SSS, este análisis permitirá determinar si existe evidencia a favor de que los operadores del grupo pueden ofertar sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Para llevar a cabo esta prueba se deberá investigar el cumplimiento de al menos alguna (s) de las siguientes condiciones:
- a. Los operadores económicos operan en la línea de producción de los bienes y servicios provistos por el o los potenciales competidores;
 - b. Las líneas de producción utilizadas por los operadores económicos pueden adaptarse para la producción o provisión del producto o servicio sujeto materia de análisis, sin incurrir en inversiones o costos significativos e irrecuperables; y
 - c. Los operadores económicos deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos.

La utilización de las pruebas de sustituibilidad de la oferta en el mercado bajo análisis (servicio público de agua potable), están limitadas a la concesión otorgada a INTERAGUA, en donde se le otorga la exclusividad regulada a dicho operador en la distribución de agua potable en la ciudad de Guayaquil. Esta exclusividad regulada, le otorga en sí un monopolio legal a INTERAGUA, en donde se establece que el único operador encargado del tratamiento y distribución de agua potable en el territorio de la concesión será INTERAGUA, descartando la existencia de otros operadores existentes o potenciales en este mercado.



En otras palabras, la exclusividad regulada de INTERAGUA en la distribución de agua potable dentro del territorio de concesión, impide normativamente que otros operadores económicos existentes o potenciales distribuyan agua potable en el territorio de concesión, por lo que la sustituibilidad de la oferta y competencia potencial no es posible.

c) Mercado geográfico.-

La Resolución 011, en relación al análisis mercado geográfico señala que: *“Para la definición de mercado geográfico, a continuación se describen los criterios generales que, al menos alguno o algunos deberán ser considerados en la determinación del mercado geográfico.”*

- **Herramientas de demanda.-** Las pruebas y herramientas referidas anteriormente respecto a la sustituibilidad de la demanda, pueden también ser utilizadas para establecer el mercado geográfico. En vez de productos o servicios, se deberán considerar zonas geográficas dentro de los análisis.
- **Prueba de Elzinga – Hogarty.-** La Prueba Elzinga-Hogarty es utilizada para determinar el o los mercados geográficos basándose en el porcentaje del consumo total que representa los bienes producidos en una determinada zona o región y el porcentaje de la producción total consumida en la zona o región donde se produce el bien bajo estudio. Si ambos porcentajes son altos, indica que el área geográfica analizada puede considerarse un único mercado relevante (Massey, 2000, 315). Caso contrario, si los porcentajes son bajos, significa que el área geográfica analizada puede considerarse como parte de un mercado más amplio.
- **Prueba de costos de transporte.-** La prueba de costos de transporte consiste en analizar la magnitud de los costos de transporte del producto materia de análisis, entre las zonas geográficas en donde se efectúa su distribución. Si dichos costos son relativamente bajos en comparación al precio del bien investigado, existe evidencia a favor de que el comercio entre las zonas es viable, y que por tanto las zonas pueden incluirse dentro un mismo mercado geográfico.
- **Prueba de los isócronos.-** La prueba de isócronos consiste en evaluar la similitud en los costos que perciben los consumidores o usuarios de zonas geográficas asociados a la compra del producto o servicio materia de análisis. Si dichos costos son similares entre zonas diferentes, existe evidencia a favor de que ellas pueden incluirse dentro de un mismo mercado geográfico.

La utilización de las pruebas para la determinación del mercado geográfico en el mercado bajo análisis (servicio público de agua potable), al igual que en la sustituibilidad de la oferta, están limitadas a la concesión otorgada a INTERAGUA, en donde se le otorga la exclusividad regulada a dicho operador en la distribución de agua potable en la ciudad de Guayaquil. Esta exclusividad regulada, le otorga un monopolio legal en donde se establece que el único operador encargado del tratamiento y distribución de agua potable en el territorio de la concesión será INTERAGUA, por lo que el mercado geográfico está ligado a la delimitación geográfica de abastecimiento de agua potable, señalada en el contrato de concesión suscrito entre INTERAGUA y EMAPAG EP.

De este modo, el contrato de concesión establece los límites geográficos en donde únicamente INTERAGUA puede distribuir el agua potable, por lo que conforme el artículo 5 de la LORCPM,



comprende en si las zonas geográficas en donde se encuentran las fuentes de aprovisionamiento del producto materia de análisis y por ende el mercado geográfico.

Bajo este contexto, se considera que los métodos descritos en la Resolución 011, para la determinación de sustituibilidad de la demanda, oferta y mercado geográfico, dada las características del mercado bajo análisis, dentro del presente expediente no son aplicables en la determinación del mercado relevante, por lo que a continuación se analizará la sustituibilidad de la demanda, oferta y mercado geográfico aplicando criterios cualitativos enmarcados directamente en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado.

7.2.3. Mercados de producto.-

El mercado de producto, conforme lo establece la norma, comprende, al menos, el bien materia de la conducta investigada y sus sustitutos, es decir, todos aquellos bienes o servicios que los consumidores consideren intercambiables en relación a sus usos, características y precios, por lo que, para su determinación se debe realizar una evaluación técnica que comprenda un análisis de sustitución tanto de la demanda como de la oferta y la competencia potencial.

Con base en lo expuesto y considerando los hechos que dieron inicio al presente expediente, a continuación se analizará los mercados que giran en torno a los usos industriales del agua, los cuales son: i) el agua potable; y, b) el agua cruda proveniente de las fuentes naturales que puede ser utilizada por la industria en sus distintos procesos productivos, para la cual se obtiene una autorización de aprovechamiento productivo.

7.2.3.1. Sobre la prestación del servicio público agua potable.-

Dentro de este mercado se desempeña el operador investigado, INTERAGUA, por lo que resulta de gran importancia la determinación del mercado relevante dado que permitirá establecer los límites competitivos y, posteriormente, identificar si dicho operador ostenta poder de mercado, conforme lo establece la LORCPM.

El Ecuador, determina al agua como un derecho humano fundamental e irrenunciable³⁶, que constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, cuyo dominio es inalienable e imprescriptible y prohíbe toda forma de privatización de este elemento vital. El agua es parte de los sectores estratégicos, considerados de esta forma por su magnitud y trascendencia dado que tiene decisiva influencia económica, social política o ambiental y debe orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.³⁷

La gestión del agua es exclusivamente pública o comunitaria y el servicio público de agua potable debe ser prestado únicamente por personas jurídicas estatales o comunitarias previo el otorgamiento de una autorización de uso,³⁸³⁹ esto sin perjuicio de que el Estado pueda delegar su participación a

³⁶ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, p. art. 12.

³⁷ *Ibid.*, art.313.

³⁸ *Ibid.*, art.318.

³⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, 'Registro Oficial Suplemento 305 de 6 de Agosto de 2014 (2)', art. 37.



empresas mixtas en las que tenga mayoría accionaria o de forma excepcional a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria.⁴⁰

La provisión del servicio de agua potable es responsabilidad del Estado y éste debe responder a los principios de: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico nacional ha determinado que la prestación del servicio de agua potable es una competencia exclusiva de los gobiernos autónomos descentralizados y está limitada a su jurisdicción, lo cual indica que el Estado ha reservado para sí la gestión y administración de estos sectores.

Ahora bien, desde la visión económica la prestación del servicio de agua potable por sus características estructurales constituye un monopolio natural, esto debido a los grandes volúmenes de inversión requeridos para la prestación de este servicio que permiten aprovechar economías de escala, por lo que la demanda puede ser satisfecha a un costo más bajo por un solo oferente, lo que ocasiona una ausencia de competencia en el mercado que podría dar como resultado el establecimiento de precios demasiado altos, deterioro de la calidad, entre otros.

El reconocimiento de un monopolio natural y por ende de las ineficiencias originadas desde el punto de vista de la asignación de los recursos da paso a la intervención del estado mediante la existencia de un marco regulatorio para la determinación y aplicación de las tarifas, cuyo objetivo principal es asegurar un desempeño satisfactorio del mercado⁴¹, fijando valores compatibles con la eficiencia económica. Al respecto las NNUU señala:

“[...] Un monopolio natural es una actividad en la que, en virtud de sus características técnicas intrínsecas, los costos totales de producción son menores cuando la producción está a cargo de un único proveedor del servicio que cuando ésta se divide entre dos o más proveedores. De este modo, el ingreso de otro prestador no es rentable y el hecho de que el servicio en una región geográfica determinada esté en manos de un único proveedor resulta más eficiente. Puede decirse que los servicios de agua potable y alcantarillado son los más monopólicos de todos los servicios públicos y, como tal, excepcionalmente resistentes a la competencia directa de mercado.”⁴²

Bajo estos preceptos, el agua potable, constituye un bien privado provisto por el Estado, es decir, contrario a los bienes públicos, y tienen propiedades de: i) exclusión, en el sentido de que es posible impedir que los consumidores disfruten de ellos si no cancelan el valor correspondiente; y, ii) consumo rival, dado que el consumo del bien por una persona impide o reduce el consumo de otra⁴³, por lo que es posible determinar que el mismo constituye un mercado, el cual la oferta está constituida por un empresa (monopolio natural) y la demanda por usuarios del servicio de agua potable tanto residenciales como no residenciales.

La provisión de agua potable, en el presente caso, está precedida claramente por una actividad de transformación dado que debe cumplir con características técnicas y normas internacionales para su consumo y posterior uso en procesos productivos. Se considera agua potable aquella cuya ingestión

⁴⁰ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, art. 316.

⁴¹ Posner, ‘Natural Monopoly and Its Regulation’.

⁴² Andrei S. Jouravlev and Andrei Jouravlev, *Necesidades de información y regulación estructural*, Regulación de la industria de agua potable, Andrei Jouravlev; Vol. 1 (Santiago de Chile: CEPAL, Div. de Recursos Naturales e Infraestructura, 2001), 8.

⁴³ Eduardo Zegarra Méndez, ‘Economía del agua: conceptos y aplicaciones para una mejor gestión’, n.d., 70.



no cause efectos nocivos para la salud, considerando que sus características físicas, químicas microbiológicas han sido tratadas a fin de garantizar que sea apta para consumo humano, esta debe cumplir con los requisitos de calidad establecidos por la Norma Técnica NTE INEN 1108 en observancia de lo que dicta el Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 023 "Agua potable"⁴⁴.

Para el efecto, la norma técnica señala que el agua para consumo humano debe "[...] presentar un sabor y olor aceptables [...]", asimismo, establece los requisitos físicos químicos y microbiológicos que debe cumplir el agua para que sea considerada apta para el consumo humano, los cuales se puede observar en la siguiente tabla:

Tabla 1: Requisitos físicos y químicos del agua para consumo humano

Parámetro	Unidad	Límite permitido ^b	Método de ensayo ^c
Arsénico	mg/L	0,01	Standard Methods 3114
Cadmio	mg/L	0.003	Standard Methods 3113
Cloro libre residual	mg/L	0,3 a 1,5	Standard Methods 4500 CI
Cobre	mg/L	2	Standard Methods 3111
Color aparente	Pt-Co	15	Standard Methods 2120
Cromo (cromo total)	mg/L	0,05	Standard Methods 3113
Fluoruro	mg/L	1,5	Standard Methods 4500-F
Mercurio	mg/L	0,006	Standard Methods 3112
Nitratos (como NO ₃ ⁻)	mg/L	50	Standard Methods 4500-NO ₃ ⁻
Nitratos (como NO ₂ ⁻)	mg/L	3	Standard Methods 4500-NO ₂ ⁻
Plomo	mg/L	0,01	Standard Methods 3113
Turbiedad ^a	mg/L	5	Standard Methods 2130

^a Se conoce también como Turbidez.
^b Los resultados obtenidos deben expresarse con el mismo número de cifras significativas de los límites permitidos, aplicando las reglas para redondear números indicadas en NTE INEN 52.
^c En el caso de que sean usados métodos de ensayo alternativos a los señalados, estos deben ser normalizados. En el caso de no ser un método normalizado, este debe ser validado.

Fuente: Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 1108 (sexta revisión 2020-04)

Del mismo modo, se debe cumplir con los requisitos microbiológicos indicados en la siguiente tabla:

Tabla 2: Requisitos microbiológicos del agua para consumo humano

Parámetro	Unidad	Límite permitido	Método de ensayo ^a
Coliformes fecales	Número/100 mL	Ausencia	Standard Methods 9221 ^b Standard Methods 9222 ^c
Cryptosporidium	Número de ooquistes/ L	Ausencia	EPA 1623

⁴⁴ REGULACIÓN No. DIRARCARG0032016, Registro Oficial No. 774 , 13 de Junio 2016

Parámetro	Unidad	Límite permitido	Método de ensayo ^a
Giardia	Número de quistes/ L	Ausencia	EPA 1623

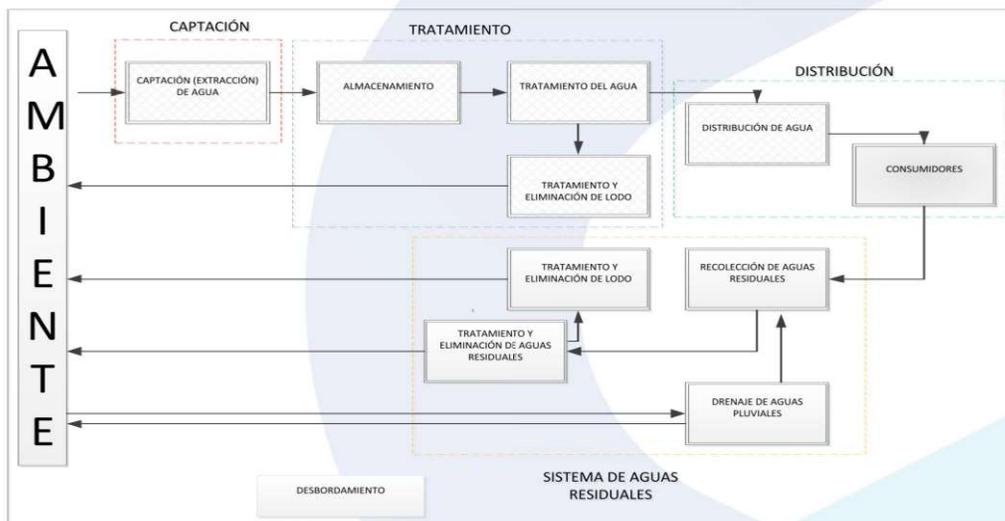
^a En el caso de que sean usados métodos de ensayo alternativos a los señalados, estos deben ser normalizados. En el caso de no ser un método normalizado, este debe ser validado.
^b La ausencia corresponde a “< 1,1 NMP/100 mL”.
^c La ausencia corresponde a “< 1 UFC/100 mL”.

Fuente: Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 1108 (sexta revisión 2020-04)

La provisión del servicio de agua potable en Ecuador es considerada como un servicio público básico constituido por una serie de actividades interrelacionadas que comprenden tareas específicas, así como también una gran inversión, operación y mantenimiento de sistemas de infraestructura hídrica. La LORHUyA determina que la provisión de agua potable como un servicio público básico comprende los procesos de captación y tratamiento de agua cruda, almacenaje y transporte, conducción, impulsión, distribución, consumo, recaudación de costos, operación y mantenimiento. Como se había identificado en el análisis normativo del sector, la provisión de estos servicios presupone la obtención de una autorización de uso,⁴⁵ entendiéndose por uso del agua a “[...] su utilización en actividades básicas indispensables para la vida, como el consumo humano, el riego, la acuicultura y el abrevadero de animales para garantizar la soberanía alimentaria [...]”⁴⁶.

De forma general los principales procesos en el suministro de agua potable son: i) captación, ii) almacenamiento, iii) tratamiento del agua, iv) distribución y, v) sistema de aguas residuales.

Ilustración 4: Principales procesos en el suministro de agua potable



Fuente: WRc PLC / Ecologic - Institute for International and European Environmental Policy⁴⁷

⁴⁵ Ecuador, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, Registro Oficial Suplemento 305 de 6 de Agosto de 2014, art. 37.

⁴⁶ Ecuador, Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, Registro Oficial Suplemento 305 de 6 de Agosto de 2014, Art. 88.

⁴⁷ Dr Simon Marr - Ecologic Simon Gordon-Walker - WRc plc, *Study on the Application of the Competition Rules to the Water Sector in the European Community* | Ecologic Institute: Science and Policy for a Sustainable World, 2002, accessed 18 November 2020 <https://www.ecologic.eu/12964>., en concordancia con los procesos generales establecidos en las empresas EPMAPS e INTERAGUA



Estos procesos necesitan ser sostenibles económicamente en el tiempo para que permanezca la oferta de provisión del servicio de agua potable que en sí misma constituye la satisfacción de un derecho y una obligación del Estado, y, que a su vez debe ser visto como un servicio cuya demanda es creciente,⁴⁸⁴⁹ que satisface necesidades y genera beneficios económicos, dado que está presente en actividades humanas de todo tipo que se enuncian a continuación, de manera no exhaustiva:

- Consumo directo, agua para fines productivos, cocina, higiene personal.
- Saneamiento, disposición de excretas.
- **Uso industrial.**
- Actividades comerciales diversas, etc.

Adicionalmente, la naturaleza de la prestación del servicio de agua potable por las características propias del bien materia de la prestación, exige que se establezca una actividad económica; en el caso de la referencia a través de un prestador concesionado para estos efectos, “[...] *el uso sostenible del recurso del agua requiere de la aplicación de tarifas adecuadas que cubran realmente los costes de consumo, la conservación del medio acuático y la prestación de servicios*”⁵⁰. Las tarifas equivalen al precio y constituyen la contraprestación del servicio. Para el caso en estudio estas reglas han sido fijadas en el Contrato de Concesión con INTERAGUA, esto en razón de que el operador económico tiene el monopolio de una actividad regulada.

Los argumentos expuestos permiten identificar que la prestación de agua potable en el país es una responsabilidad estatal, pero también es un derecho humano inherente a los ciudadanos y al mismo tiempo una actividad económica respecto de la provisión de un servicio con características especiales. Cuyas peculiaridades estructurales le han estandarizado como un monopolio natural, y para el caso que nos ocupa, adicionalmente como un monopolio legal que goza de exclusividad regulada y con un operador dominante.

Asimismo, esta actividad económica satisface una demanda en crecimiento que genera beneficios económicos de diversa índole cuyos consumidores han sido estandarizados, entre los que se encuentran los consumidores del sector industrial. De igual forma presenta una oferta de servicios y operaciones que deben ser sostenibles, a través de la fijación y recaudación de tarifas con base en las condiciones previamente establecidas en el Contrato de Concesión.

(trámite 173102), adicionalmente, en su forma más amplia estos procesos incluyen los establecidos en el segundo inciso artículo 37 de la **LORHUyA**.

⁴⁸ Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019, cuyo objeto fue argumentar sobre el cumplimiento de los derechos humanos al acceso al agua potable y el saneamiento para todos. El uso del agua ha venido aumentando para todos. El uso del agua ha venido aumentando un 1% anual en todo el mundo desde los años 80 del siglo pasado, impulsado por una combinación de aumento de la población, desarrollo socioeconómico y cambio en los modelos de consumo. La demanda mundial de agua se espera que siga aumentando a un ritmo parecido hasta 2050, lo que representa un incremento del 20 al 30% por encima del nivel actual de uso del agua, debido principalmente al aumento de la demanda en los sectores industrial y doméstico. Más de 2.000 millones de personas viven en países que sufren una fuerte escasez de agua, y aproximadamente 4.000 millones de personas padecen una grave escasez de agua durante al menos un mes al año. Los niveles de escasez seguirán aumentando a medida que crezca la demanda de agua y se intensifiquen los efectos del cambio climático.

⁴⁹ UNESCO, ‘Informe del 2019 – No dejar a nadie atrás’, *UNESCO*, 7 March 2019, 1, accessed 21 June 2020 <https://es.unesco.org/water-security/wwap/wwdr/2019>.

⁵⁰ Jorge González González, *El Acceso al Agua Potable Como Derecho Humano: Su Dimensión Internacional* (Alicante, SPAIN: ECU, 2014), 19, accessed 19 June 2020 <http://ebookcentral.proquest.com/lib/uasbsp/detail.action?docID=3228307>.



- **La concesión del servicio de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, como un factor determinante en la delimitación del mercado relevante.-**

El abastecimiento del agua potable en la ciudad de Guayaquil está encargada por la Empresa INTERAGUA, la misma que tiene como preámbulo el Contrato de Concesión suscrito el 11 de abril de 2001, entre el Estado Ecuatoriano, a través de la empresa cantonal de agua potable y alcantarillado de Guayaquil, ECAPAG, y el operador económico INTERAGUA. Esta concesión determina en sus cláusulas ciertos derechos y obligaciones entre las que se destaca la exclusividad regulada en la prestación de estos servicios al operador concesionario, por un periodo de 30 años contados desde la suscripción del contrato. A continuación se citan las cláusulas pertinentes para el presente análisis:

“CLAUSULA CUARTA: OBJETO DEL CONTRATO, MODALIDAD Y ALCANCE DE LA CONCESIÓN.-

4.1 Objeto del Contrato

“El objeto del presente contrato es establecer los términos y condiciones de la Concesión de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento en Guayaquil, conforme a la Resolución de Adjudicación de la Concesión, emitida por la ECAPAG.

4.2 Modalidad y Alcance de la Concesión

La modalidad de esta Concesión es la de Servicio Público.

La ECAPAG garantiza a la Concesionaria la exclusividad para la prestación de los servicios definidos en esta cláusula, dentro del ámbito geográfico determinado en el numeral 4.3.

De acuerdo con los términos del presente Contrato y de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, la Concesionaria recibe en condiciones de "exclusividad regulada" durante el periodo de la Concesión, esto es por treinta (30) años, y sin otras obligaciones que las incluidas dentro de este Contrato, la Concesión para la prestación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento en Guayaquil, actualmente prestado por ECAPAG. En virtud de esta Concesión, la Concesionaria queda facultada a desarrollar las siguientes actividades atendiendo las normas establecidas en el presente Contrato, en las respectivas regulaciones concernientes a los Servicios y en la Legislación Ambiental:

4.2.1 La prestación del Servicio de Agua Potable que incluye

4.2.1.1 El aprovechamiento de las fuentes de agua empleadas actualmente por ECAPAG y de cualquier otra fuente alternativa que se establezca a futuro. También comprende el derecho exclusivo de la Concesionada sobre la gestión, de “pozos privados” o fuentes alternativas de los usuarios privados, respecto de los cuales la Concesionaria tiene la facultad de otorgar las autorizaciones de nuevos pozos o de sellar los existentes, si estos no cumplen con las condiciones mínimas para asegurar el buen funcionamiento del sistema de agua potable y la protección de la salud pública y del medio ambiente.

4.2.1.2 La conducción del Agua Cruda desde las Fuentes hasta las plantas de potabilización.

4.2.1.3 La potabilización del Agua Cruda para hacerla apta para el consumo humano.



4.2.1.4 *El Transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de Agua Potable desde las plantas de tratamiento o de los pozos de agua a los Usuarios en el Área de Concesión. [...]*

4.3 Área de Concesión

El Área de Concesión es el territorio establecido en el Anexo 3⁵¹ más las ampliaciones que acuerden las Partes en el transcurso de la Concesión.

En la ciudad de Guayaquil, este servicio público está determinado en: i) el Contrato de Concesión suscrito el 11 de abril de 2001, entre el Estado ecuatoriano y el operador económico INTERAGUA, por un periodo de 30 años; ii) Esta concesión determina en sus cláusulas ciertas obligaciones entre las que se destaca la exclusividad regulada; iii) el objeto del Contrato de Concesión está restringido a la prestación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento; y, iv) El área de concesión corresponde a la jurisdicción del cantón Guayaquil más las parroquias rurales: Juan Gómez Rendón (Progreso), El Morro, Pasorja, Puná y Tenguel, según lo determinado en el anexo 3 del contrato.

El que se haya otorgado a INTERAGUA una exclusividad regulada trae consigo que este operador económico sea el único que se pueda ofertar agua potable, lo cual, genera un monopolio legal donde INTERAGUA va a ser el único incumbente con una cuota de participación del 100%.

Dentro del funcionamiento de este mercado intervienen:

a) Aguas arriba, respectivamente:

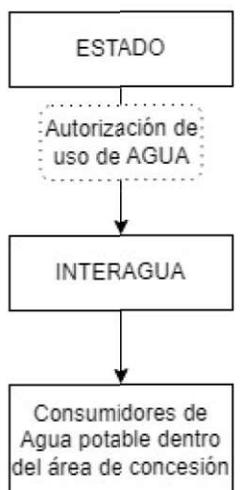
- El Estado Central (Autoridad del Agua) como oferente de agua cruda (mediante la emisión de autorizaciones de uso del agua).
- Los diversos municipios como oferentes de agua potable y en el caso de Guayaquil INTERAGUA como oferente de agua potable.

b) Aguas abajo, respectivamente:

- Los diversos municipios como demandantes de agua cruda y en el caso de la ciudad de Guayaquil, INTERAGUA como demandante de agua cruda.
- Consumidores de agua potable

⁵¹ De acuerdo al anexo 3 del Contrato de Concesión, el área de concesión corresponde a la jurisdicción del cantón Guayaquil más las parroquias rurales: Juan Gómez Rendón (Progreso), El Morro, Pasorja, Puná y Tenguel. Adicionalmente, se señala: “En la formulación y diseño del Plan Maestro que la concesionaria deberá preparar antes de finalizado el tercer año de la concesión, ésta tendrá que considerar el tipo de abastecimiento y servicios a ser provistos a las parroquias rurales del cantón Guayaquil, y ejecutar los planes de inversión correspondientes a cada quinquenio, de acuerdo con ECAPAG”

Ilustración 5 : Estructura del Mercado del Servicio Público de Agua Potable en la ciudad de Guayaquil



Elaborado por: DNICAPM

7.2.3.1.1. Sustituibilidad de la demanda.-

La Guía Respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes, expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM, define a la sustitución de la demanda como: “[...] *El análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis.*”⁵²

Desde el punto de vista de la demanda, según la Regulación Nro. DIR-ARCA-RG-006-2017, expedida por la Agencia de Regulación del Agua, existen de forma principal dos categorías de consumidores de agua potable: residenciales y no residenciales, sin embargo, dicha normativa también da la potestad al prestador del servicio público de “[...] *desagregar en mayores niveles de detalle a los consumidores en función de sus características específicas*”

En ese sentido, los principales consumidores de INTERAGUA constituyen: Residenciales, Comerciales e Industriales, adicionalmente, existen otros tipos de consumidores como son los: Bocatomas y piletas⁵³, Venta en Bloque⁵⁴, Oficiales⁵⁵, Exonerados⁵⁶, y Otros, los cuales constituyen

⁵² Resolución 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado (2016).

⁵³ Estas constituyen una provisión de agua potable por sistemas no convencionales, que se dan “[...] *donde no existe infraestructura de redes para conexiones convencionales de agua potable, administrada por la Empresa. Las provisiones por bocatoma o pileta comunitaria constituyen sistemas transitorios que estarán operativos mientras se mantenga la limitación de infraestructura indicada* (REGLAMENTO DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE DE EMAPAG EP’, Pub. L. No. Registro Oficial Edición Especial 522.)

⁵⁴ Constituye la “[...] *obligación contractual de proveer agua a cantones aledaños respetando obligaciones de ECAPAG anteriores a la concesión*” (Ecuador, SCPM/INICAPMAPR. Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019, Cuestionario B, Id Trámite 173102); Los Cantones a los cuales Interagua provee agua en bloque son Samborondón, Durán y Nobol (INTERAGUA, ‘AJUSTE Y REVISIÓN DEL PLAN MAESTRO AGUA POTABLE; ALCANTARILLADO SANITARIO y ALCANTARILLADO PLUVIAL-TOMO I’, 90)

⁵⁵ Estos consumidores constituyen “[...] *entre otros, organismos y dependencias del Municipio (puestos de mercados municipales, guías para riego de parques, espacios verdes, parterres, calles), establecimientos educativos, dependencias militares, bomberos, policía, hospitales, centros de salud, ministerios y secretarías*” (INTERAGUA, AJUSTE Y REVISIÓN DEL PLAN MAESTRO AGUA POTABLE; ALCANTARILLADO SANITARIO y ALCANTARILLADO PLUVIAL- TOMO I, 90)

⁵⁶ Esta categoría de consumidores constituyen: “[...] *conexiones eximidas del pago del consumo que realizan. Entre los beneficiarios*



una provisión de agua potable por sistemas no convencionales, organismos del estado y obligaciones de abastecimiento contractuales que no representan en si la principal demanda de INTERAGUA.

Tabla 3: Promedio mensual de cuentas por categoría de usuario año 2019

Categoría de usuario	Promedio de cuentas mensuales
Residenciales	
Comerciales	
Oficiales	
Exentos	
Industriales	
Piletas	
Otros	
Bocatomas	
Venta en bloque	

Fuente: INTERAGUA, Cuestionario B⁵⁷

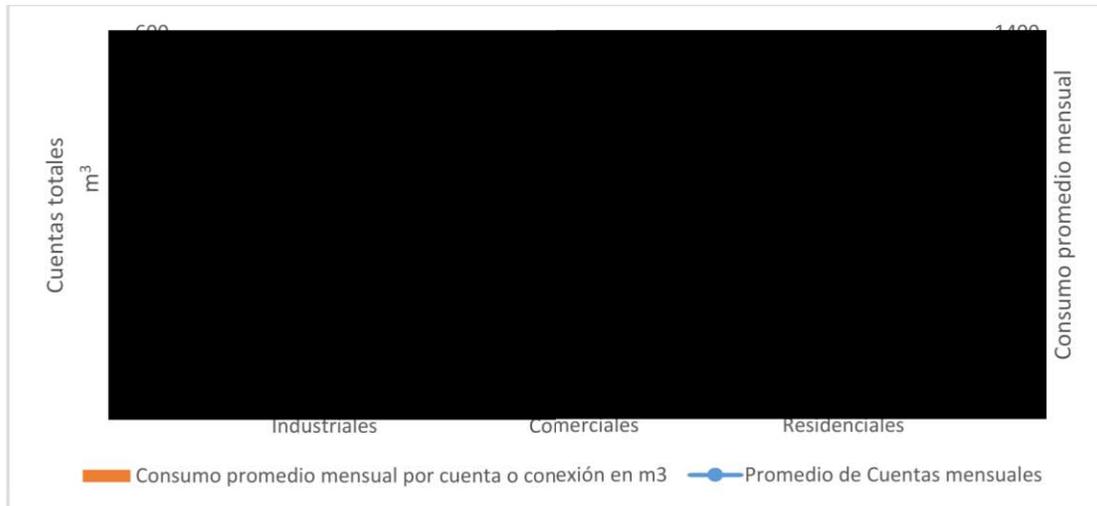
Elaborado por: DNICAPM

En ese sentido, considerando que el presente procedimiento se refiere a operadores económicos que dada la cantidad de agua que requieren, pueden tener la necesidad de adquirir una autorización de aprovechamiento productivo que les permita usar el agua proveniente de fuentes naturales en sus diversas actividades económicas, para el análisis de sustituibilidad se considera únicamente a los consumidores industriales, dado que estos tienen un consumo considerablemente alto (en promedio mensual) en relación a los otros consumidores; lo que puede constituir un incentivo para optar por la autorización de aprovechamiento productivo. Por su parte los consumidores residenciales y comerciales dadas sus actividades, tienen un consumo promedio mensual relativamente bajo de [REDACTED] m³ y [REDACTED] m³, respectivamente, en relación a los industriales, tal como se puede observar en la siguiente gráfica.

figuran bomberos (cuarteles e hidrantes), sociedades y juntas de beneficencia (asilos, hospitales, maternidades, velatorios que dependen de ellas), el instituto oncológico, clubes y asociaciones deportivas, instalaciones recreativas y deportivas e hidrantes en centros comerciales” (INTERAGUA, AJUSTE Y REVISIÓN DEL PLAN MAESTRO AGUA POTABLE; ALCANTARILLADO SANITARIO y ALCANTARILLADO PLUVIAL- TOMO I, 87)

⁵⁷ Ecuador, SCPM/INICAPMAPR, ‘Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019’ (2019) Id Trámite 173102.

Ilustración 6: Consumo promedio mensual por categoría de usuario año 2019



Fuente: INTERAGUA, Cuestionario B⁵⁸
Elaborado por: DNICAPM

▪ **De los consumidores industriales.-**

Conforme la Regulación Nro. DIR-ARCA-RG-006-2017, los consumidores industriales forman parte de los consumidores no residenciales, los cuales constituyen:

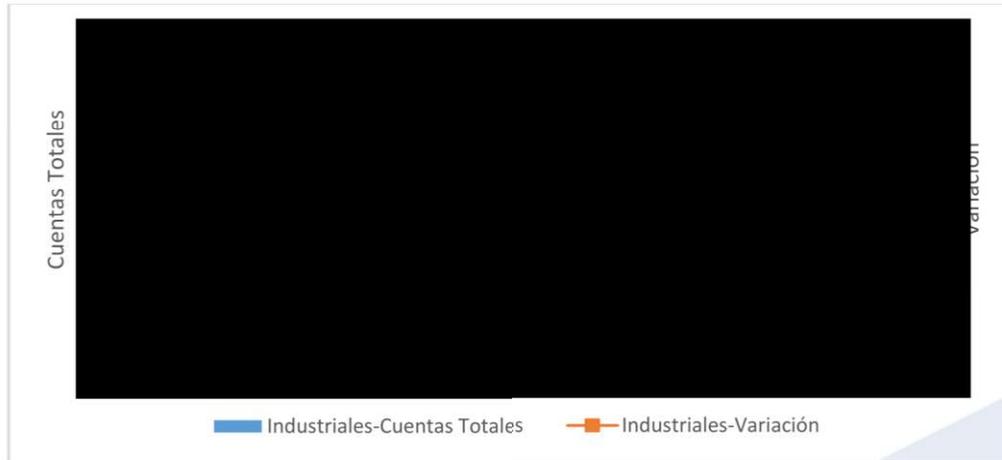
*“[...] todos los consumidores que se ubiquen en los inmuebles donde se practiquen actividades comerciales e **industriales**, tales como hoteles, restaurantes, oficinas privadas, talleres y en general todas aquellas que no corresponden a inmuebles residenciales. En el caso de que el prestador público de servicios desarrolle dentro de dicha categoría, subcategorías adicionales, se deberá diferenciar las actividades productivas (comerciales, industriales) de las no productivas (instituciones públicas o de interés social).⁵⁹”*

El número de consumidores industriales (medida a través del número de cuentas facturables o conexiones), se ha disminuido en un █% desde diciembre del 2011 hasta diciembre del 2020.

⁵⁸ Ecuador, SCPM/INICAPMAPR, ‘Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019’ (2019) Id Trámite 173102.

⁵⁹ Ecuador, Resolución No. DIR-ARCA-RG-006-2017, Normativa Técnica Determinación Costos de Agua Potable y Saneamiento, ‘Registro Oficial Suplemento 190 de 28 de Febrero de 2018’, art. 25.

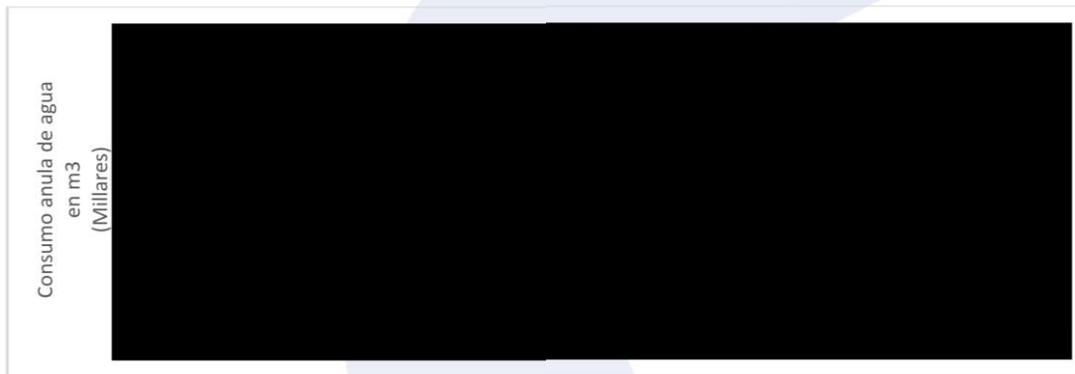
Ilustración 7: Cuentas totales de conexiones industriales de agua potable y variación, periodo 2011 – 2019



Fuente: INTERAGUA, Cuestionario B⁶⁰
Elaborado por: DNICAPM

En relación al consumo total anual, éste decreció en un [REDACTED] % desde el año 2011 hasta el 2020, y el consumo mensual promedio de los consumidores Industriales en el año 2020 llegó a estar en [REDACTED] m3.

Ilustración 8: Consumo anual y consumo promedio mensual por conexiones industriales, periodo 2011 – 2020



Fuente: INTERAGUA, Cuestionario B⁶¹
Elaborado por: DNICAPM

Estos tipos de consumidores constituyen aquellos que practican actividades industriales cuyo propósito de forma general es convertir materias primas en distintos productos, para lo cual podrían requerir agua potable, para diferentes fines dependiendo de sus actividades económicas. De acuerdo a la información provista por INTERAGUA, al primer semestre del año 2020, existieron [REDACTED] operadores activos en la categoría de industriales que consumieron agua potable, de los cuales el [REDACTED] % se dedica a

⁶⁰ Ecuador, SCPM/INICAPMAPR, 'Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019' (2019) Id Trámite 173102.

⁶¹ Ecuador, SCPM/INICAPMAPR, 'Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019' (2019) Id Trámite 173102.



la elaboración de productos no alimenticios y el █% a la elaboración de productos alimenticios de consumo humano.

Tabla 4: Tipo de actividad de consumidores industriales de INTERAGUA, 2011 – 2020

TIPO DE ACTIVIDAD	PORCENTAJE
No alimenticio	█
Alimenticio (consumo humano)	█
Actividades Domésticas	█
Sin Actividad Registrada	█
Alimenticio (consumo animal)	█
Total	100%

Fuente: INTERAGUA, Cuestionario B⁶²
Elaborado por: DNICAPM

Los consumidores industriales requieren agua para sus distintos procesos productivos, si bien, una alternativa de abastecimiento es el agua potable provista por INTERAGUA, la normativa prevé la obtención de una autorización de aprovechamiento de agua para fines productivos, facultando a los operadores económicos el usar el agua proveniente directamente de las distintas fuentes naturales. Bajo este escenario se podría concluir que los consumidores industriales tienen dos alternativas para abastecerse de agua: i) abastecimiento del proveedor local de agua potable, en este caso INTERAGUA; y, ii) el abastecimiento de agua cruda proveniente directamente de las fuentes naturales, para lo cual deben tener una autorización de aprovechamiento productivo

En cuanto a la sustituibilidad de estas dos alternativas por parte de los operadores económicos industriales, se destaca que el agua potable, tiene características distintas del agua cruda proveniente de las fuentes naturales que puede ser usada por los operadores económicos en sus actividades económicas propias mediante la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo, tanto desde un punto de vista jurídico como técnico, que no permite establecer que sean productos sustitutos, tal como se verá a continuación:

▪ **Servicio público de agua potable:**

- a) La prestación de agua potable al ser un servicio cuya responsabilidad es estatal, responde a ciertos principios constitucionales que en general caracterizan a los servicios públicos como: la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, principios no extensibles al agua utilizada con fines productivos.
- b) El ordenamiento jurídico nacional, en cuanto a la prestación del servicio público de agua potable ha definido que sean los gobiernos municipales los llamados a la prestación de este servicio por si mismos o a través de la constitución de empresas públicas, que incluyen a los servicios de saneamiento.
- c) De conformidad con la disposición inserta en el artículo 37 de la LORHUyA, la prestación del servicio público de agua potable presupone la obtención del otorgamiento de una

⁶² Ecuador, SCPM/INICAPMAPR, 'Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019' (2019) Id Trámite 173102.



autorización de uso de parte de la Autoridad del Agua. Los servicios públicos básicos relacionados al agua son los de agua potable y saneamiento ambiental, a este último se encuentran ancladas las actividades de alcantarillado sanitario (aguas residuales) y, el alcantarillado pluvial (aguas lluvias).

- d) La autorización de uso que debe ser obtenida para la prestación del servicio público de agua potable está definida como: *“Es el acto administrativo expedido por la Autoridad Única del Agua por medio del cual atiende favorablemente una solicitud presentada por personas naturales o jurídicas, para el uso de un caudal del agua, destinado al consumo humano o riego que garantice la soberanía alimentaria, incluyendo también el abrevadero de animales y actividades de producción acuícola en la forma y condiciones previstas en esta Ley.”*
- e) El servicio público de **agua potable** comprende los procesos de captación y tratamiento de agua cruda, almacenaje y transporte, conducción, impulsión, distribución, consumo, recaudación de costos, operación y mantenimiento del agua para consumo humano, cuyos requerimientos físicos, químicos y microbiológicos están establecidos en la norma técnica ecuatoriana INEN 1108.

▪ **Agua para aprovechamientos productivo**

- a) El aprovechamiento del agua para fines productivos no es una responsabilidad estatal, por lo que no responde a principios constitucionales que en general caracterizan a los servicios públicos como: la obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad, principios no extensibles al agua utilizada con fines productivos.
- b) El aprovechamiento del agua para fines productivos es el acto administrativo expedido por la Autoridad Única del Agua, por medio del cual atiende favorablemente una solicitud presentada por personas naturales o jurídicas para el aprovechamiento productivo de un caudal de agua destinada a cualquiera de los aprovechamientos económicos en la forma y condiciones previstas en la Ley del ramo.
- c) Por otra parte, el **agua para aprovechamientos productivos** es exclusiva de operadores (públicos o privados) que realizan una actividad productiva y que utilizan el agua dentro de los distintos procesos de producción, las características requeridas de estos operadores pueden variar de acuerdo al producto o servicio que fabriquen o presenten, algunas industrias requieren agua sin ningún tratamiento previo (agua directamente de la fuente hídrica), mientras otras, demandan agua con calidad y cualidades específicas que requieren tratamientos especiales para que cuenten con las características necesarias en la elaboración de sus bienes y servicios.

Se debe tener muy en claro que cuando el aprovechamiento del agua está siendo utilizada para fines productivos, y no con características de servicio, con base en lo expuesto por el Procurador General del Estado mediante Oficio No. 31620 de 26 de febrero de 2007, dicho uso industrial del agua no afecta a la exclusividad regulada, manifestándose de la siguiente manera:



- *“Que los principios que caracterizan al servicio público de agua potable son: generalidad, uniformidad, continuidad, y obligatoriedad.; con estas características se diferenció a dos actividades económicas y quedó expresado que aun cuando utilicen el mismo bien no constituyen el mismo servicio;*
- *Que la actividad sobre la cual se presentaba la controversia no afectaba la exclusividad regulada existente a favor de INTERAGUA; dado que no cumple con las características del servicio público;*
- *Que el pronunciamiento del Procurador General del Estado es vinculante para la entidad consultante que a su vez es la concedente del servicio de potabilización de agua potable en la ciudad de Guayaquil.”*

Por tanto, con base en ese criterio es el enfoque que se ha desarrollado todo el presente análisis.

7.2.3.1.2. Sustituibilidad de la oferta.-

La Guía Respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes, expedida por la Junta de Regulación de la LORCPM, define a la Sustitución de la Oferta y Competencia Potencial como:

“[...] El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicios materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos[...]”⁶³

La sustituibilidad por el lado de la oferta y competencia potencial en el mercado de abastecimiento de agua potable, dadas las características propias del sector, está limitada principalmente por la naturaleza del servicio. El suministro de agua potable en el caso en concreto, en la ciudad de Guayaquil, está bajo el monopolio legal a favor de INTERAGUA, producto del Contrato de Concesión de 2001, en el cual le otorga una exclusividad regulada en el servicio público de agua potable, que impide la existencia de sustituibilidad de la demanda y competencia potencial.

- **MERCADO DE PRODUCTO 1:**

Con base en lo expuesto, se puede determinar que el primer mercado de producto corresponde al abastecimiento de agua potable para consumidores industriales por parte del operador económico INTERAGUA.

7.2.3.2. Sobre el uso del agua cruda provenientes de las fuentes naturales en aprovechamiento productivos

El mercado relevante constituye el conjunto de productos o servicios y zonas geográficas en las que ciertos productos ejercen presión competitiva entre sí, permitiendo identificar los competidores reales

⁶³ Resolución 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado (2016).



de las empresas involucradas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar de forma independiente⁶⁴.

En ese sentido, se puede establecer que la determinación del mercado relevante en procedimientos enmarcados dentro del artículo 9 de la LORCPM, constituye una herramienta para demostrar o descartar la existencia del poder de mercado y, posteriormente, si existe, existió o no una conducta anticompetitiva y cuáles fueron sus efectos⁶⁵. Por lo que se destaca que el presente mercado, al constituir el mercado afectado en donde no actúa el operador económico investigado, INTERAGUA, a continuación se realiza el análisis correspondiente estableciendo las principales características de este mercado y su oferta y demanda existente.

El agua constituye un recurso natural renovable fundamental en los distintos procesos de la industria. Si bien el agua potable, al ser apta para el consumo humano, puede tener usos generalizados por sus distintos consumidores, en el presente caso solo es vista desde la perspectiva de su uso industrial.

La industria por su parte, en función de sus múltiples aplicaciones en sus procesos de producción, puede requerir agua con características distintas al agua potable. De hecho, conforme el cuestionario D⁶⁶, se observó que del total de operadores (45) que contestaron la pregunta 10, la cual menciona: “*Considera que el agua que requiere su representada, en función de los diferentes procesos productivos desarrollados para la elaboración de sus productos y/o servicios ¿tiene características distintas del agua potable distribuida por el proveedor local de agua potable?*”, el señaló que considera que el agua que requiere dentro de sus distintos procesos de producción tiene características distintas del agua potable distribuida por el proveedor local.

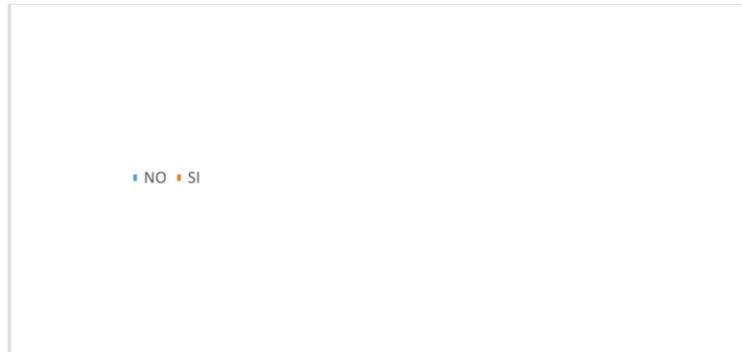
⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, ‘Comunicación de La Comisión Relativa a La Definición de Mercado de Referencia a Efectos de La Normativa Comunitaria En Materia de Competencia (97/C 372/03), 1997’, Pub. L. No. Diario Oficial n° C 372 de 09/12/1997 p. 0005-0013, 97/C 372/03 (1997).

⁶⁵ SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, *Guía de Investigación de Conductas de Abuso de Poder de Mercado* (ECUADOR, 2021).

⁶⁶ El cuestionario D fue remitido en dos etapas: a) en la primera etapa, la base de 40 operadores a los que se remitió el cuestionario D, fue obtenida de la base consumidores Industriales proporcionada por INTERAGUA, a la cual se le dividió en bloques de acuerdo al artículo 28 de la resolución RESOLUCIÓN No. DIR-ARCA-RG-006-2017, de cada bloque se seleccionó aquellos operadores que representan en promedio desde el año 2011 al 2020, el 50% del consumo de agua potable, sin tomar en cuenta a los operadores que no constan con actividad económica y que son empresas públicas, adicionalmente se incluyó en esta base los operadores que además de pertenecer a los consumidores de INTERAGUA cuentan con autorización emitida por la Autoridad Única del Agua; b) En la segunda etapa, la base de 35 operadores a los que se remitió el cuestionario B, fue obtenida de la misma base de consumidores industriales provista por INTERAGUA, en la cual se amplió el rango de consumo promedio desde el año 2011 al 2020 al 80%, al igual que en la primera etapa sin tomar en cuenta a los operadores que no constan con actividad económica y que son empresas públicas, y considerando a los operadores activos en el año 2019.



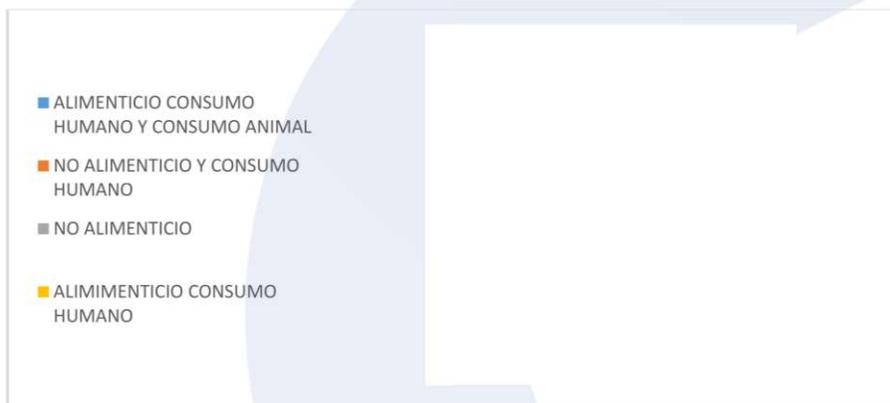
Ilustración 9: Porcentaje de consumidores industriales que utilizan agua con distintas características al agua potable en sus procesos productivos.



Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)
Elaborado por: DNICAPM

La necesidad de agua dentro de sus procesos de producción con características distintas al agua potable, está más marcada en los operadores que fabrican alimentos para consumo humano, del 36% que señalaron que necesitan agua con características distintas al agua potable (ver gráfico superior), el 63% se dedican a la fabricación de productos de consumo humano.

Ilustración 10: Consumidores industriales que contestaron que el agua que requiere dentro de sus procesos de producción tiene características distintas del agua potable distribuida por el proveedor local de agua potable, por tipo de producto.



Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)
Elaborado por: DNICAPM

Las justificaciones dadas respecto a los operadores que señalaron que el agua que requieren dentro de sus procesos productivos posee características distintas al agua potable provista por su proveedor local son:



Tabla 5: Justificaciones de operadores que señalaron que el agua que requieren dentro de sus procesos productivos posee características distintas al agua potable provista por su proveedor local

Identificador OE	JUSTIFICACIÓN
3	
4	
6	
14	
17	
18	
20	
21	
22	
25	
26	
27	
46	
50	
56	
67	

Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)

Elaborado por: DNICAPM

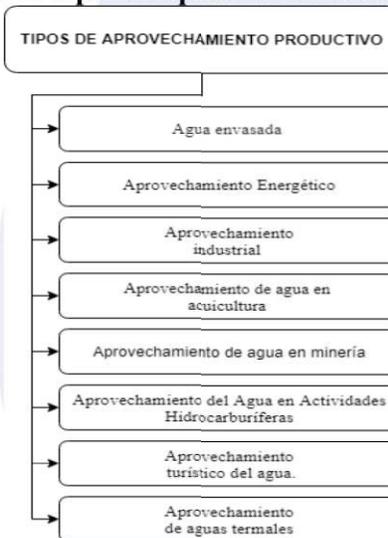
En ese sentido, ante las múltiples necesidades en las diferentes actividades económicas de la industria en relación al uso del agua, la normativa a provisto la alternativa de que las industrias adquieran directamente agua cruda de las fuentes naturales, para que la misma sea empleada en los procesos de producción de la industria adaptándola a sus distintas necesidades. Para el efecto, los operadores económicos pueden adquirir una autorización de aprovechamiento productivo, ante la Autoridad Única del Agua la cual actúa en representación del Estado ecuatoriano, quien, como ya se señaló, al tener dominio inalienable e imprescriptible⁶⁷, tiene el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar⁶⁸ el agua destinada a las diversas actividades que se desarrollan en territorio nacional.

En ese sentido, el producto que adquieren los operadores económicos constituye el agua cruda, la cual está definida como “[...] el agua que se encuentra en la naturaleza y que no ha recibido ningún tratamiento para modificar sus características físicas, químicas, radiológicas, biológicas o microbiológicas”⁶⁹⁷⁰. Para su uso, los operadores económicos deben adquirir una autorización de aprovechamiento productivo. Al respecto, se entiende al aprovechamiento productivo como las:

“[...] actividades como riego para economía popular y solidaria, agro industria, producción agropecuaria o producción acuícola de exportación u otras actividades productivas como turismo, generación de hidroelectricidad, producción industrial; explotación minera y de refinación de minerales; hidrocarburos, envasado y comercialización de aguas minerales, medicinales, tratadas, enriquecidas o que tengan procesos certificados de purificación y calidad; y, otras actividades productivas que impliquen el aprovechamiento del agua”⁷¹

Para el efecto la LORHUyA ha determinado los siguientes tipos de aprovechamientos productivos:

Ilustración 11: Tipos de aprovechamientos productivos



Fuente: LORHUyA, Título IV, Capítulo I
Elaborado por: DNICAPM

⁶⁷ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 318.

⁶⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 313.

⁶⁹ AGENCIA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL AGUA, 'INSTALACIÓN DE APARATOS DE MEDICIÓN DE FLUJO DE AGUA CRUDA', Pub. L. No. Resolución 10, Registro Oficial Suplemento 455 de 19/05/2021, 11 (2021) Art. 4.

⁷⁰ SECRETARÍA DEL AGUA, 'MANUAL DE PROCEDIMIENTO AUTORIZACIÓN USO Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA', Pub. L. No. Acuerdo 1307, Registro Oficial 775 de 14/06/2016, 14 (2016).

⁷¹ 'LEY ORGÁNICA DE RECURSOS HÍDRICOS, USOS Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA' (2015), 93.



La obtención de una autorización para el aprovechamiento del agua en actividades productivas le confiere al operador económico titular, “[...] de manera exclusiva, la capacidad para la captación, tratamiento, conducción y utilización del caudal a que se refiera la autorización”⁷²

En específico de la autorización de aprovechamiento productivo industrial la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua, señala:

“Art. 107.- Aprovechamiento industrial. Para toda actividad industrial en la que se utilice agua de fuentes hídricas, se solicitará la autorización de aprovechamiento productivo a la Autoridad Única del Agua.”

Con base en lo expuesto, se destaca que el presente mercado está compuesto por los operadores industriales que demandan agua cruda proveniente de las fuentes naturales para sus distintas actividades económicas y desde el punto de vista de la oferta por el Estado, el cual al tener dominio inalienable e imprescriptible⁷³, tiene el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar⁷⁴ el agua destinada a las diversas actividades que se desarrollan en territorio nacional.

Ilustración 12: Mercado de aprovechamientos productivos del agua en Guayaquil



Elaborado por: DNICAPM

7.2.3.2.1. Sustituibilidad de la demanda.-

Como se ha señalado, la demanda de este mercado constituyen los operadores económicos industriales que requieren agua cruda directamente de las fuentes naturales para su uso en sus distintas actividades económicas. Si bien estos operadores económicos pueden utilizar agua potable dentro de sus procesos de producción, de acuerdo al cuestionario D, de 45 operadores que contestaron la pregunta 11, la cual menciona: “Considera que el agua potable que provee su prestador local, posee los requisitos necesarios para ser empleada directamente en la elaboración de sus productos y/o provisión de sus servicios [...]”, el 36% señala que el agua potable que provee su prestador local, NO posee los requisitos necesarios para ser empleada directamente en la elaboración de sus productos y/o provisión de sus servicios:

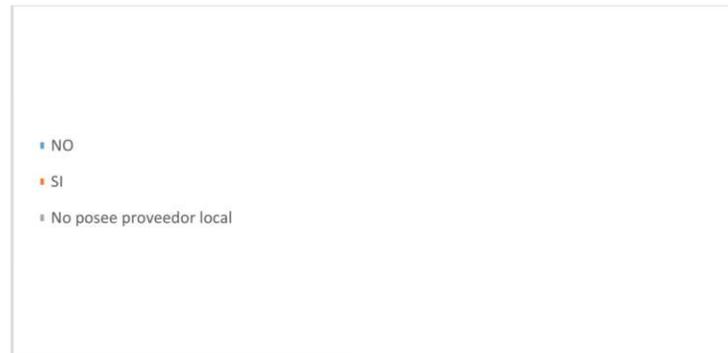
⁷² LEY ORGÁNICA DE RECURSOS HÍDRICOS, USOS Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA Art. 93.

⁷³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 318.

⁷⁴ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 313.



Ilustración 13: ¿Considera que el agua potable que provee su prestador local, posee los requisitos necesarios para ser empleada directamente en la elaboración de sus productos y/o provisión de sus servicios?



Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)
Elaborado por: DNICAPM

Los operadores que contestaron que NO, realizan tratamientos especiales al agua potable, previo a ser usada en la elaboración del o los productos y/o servicios tales como:

Tabla 6: Tratamientos realizados al agua potable por operador económico

Identificador OE	TIPO DE TRATAMIENTO
3	
4	
6	
17	
18	
21	
22	
23	
26	
46	
49	
50	
54	
56	
59	
61	

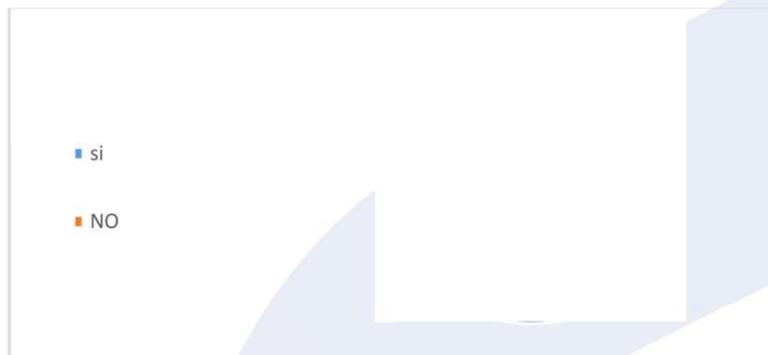
Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)
Elaborado por: DNICAPM



Adicionalmente, conforme la pregunta 13, del Cuestionario D, la cual menciona: “*Considera que el agua que actualmente su representada utiliza dentro los diferentes procesos productivos en la elaboración de sus productos o provisión de servicios, podría ser adquirida a través de otras fuentes hídricas, que no sea su prestador local de agua potable*”, el [redacted] de los operadores que contestaron esta pregunta [redacted], consideran que el agua que actualmente su representada utiliza dentro los diferentes procesos productivos en la elaboración de sus productos o provisión de servicios, podría también ser adquirida a través de otras fuentes hídricas tales como el río Daule y pozos subterráneos, independientemente de su prestador local de agua potable.

De este [redacted] señala que SI considera una opción factible, adquirir una autorización para aprovechamiento productivo del agua, con el fin de autoabastecerse de agua cruda e incorporarla en la elaboración de sus productos y/o provisión de servicio (con los tratamientos correspondientes de ser el caso).

Ilustración 14: Operadores que señalan que considera una opción factible, adquirir una autorización para aprovechamiento productivo del agua

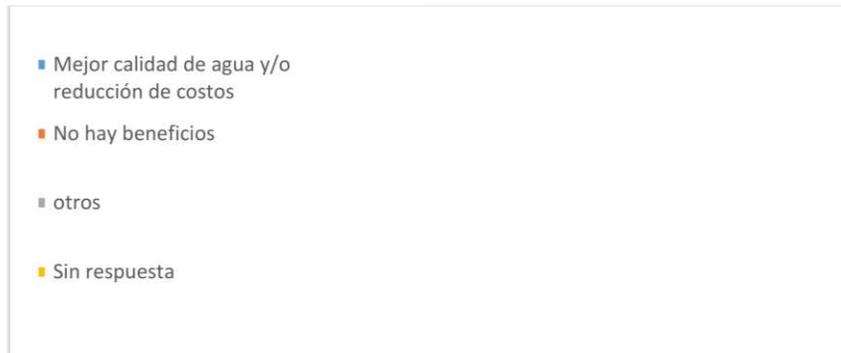


Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)
Elaborado por: DNICAPM

En este mismo sentido, se puede observar que de los operadores [redacted] que contestaron la pregunta 14, la cual menciona: “*Qué beneficios generaría a su representada adquirir agua directamente de la fuente hídrica (con una autorización para aprovechamiento productivo del agua), en relación al agua potable adquirida a su prestador local de agua potable*”, [redacted] ha señalado que adquirir agua directamente de la fuente hídrica mediante la obtención de una autorización para aprovechamiento productivo del agua traería beneficios tales como mejor calidad de agua y/o reducción de costos.



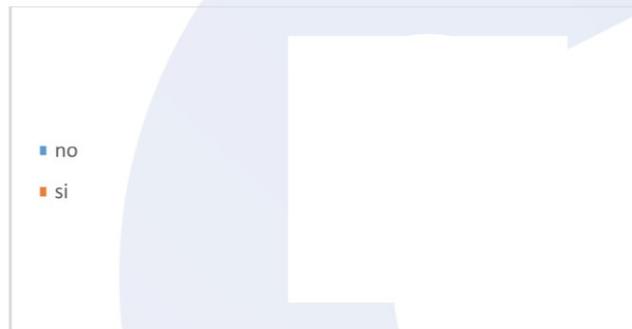
Ilustración 15: ¿Qué beneficios generaría a su representada adquirir agua directamente de la fuente hídrica (con una autorización para aprovechamiento productivo del agua), en relación al agua potable adquirida a su prestador local de agua potable?



Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)
Elaborado por: DNICAPM

De hecho, el 85% de los operadores que contestaron la pregunta 15 la cual señala: “*Considera que el precio que paga por el agua que utiliza en la elaboración de sus productos y/o servicios influye significativamente en el precio final de sus productos*”, indicó que consideran que el precio que paga por el agua que utiliza en la elaboración de sus productos y/o servicios influye significativamente en el precio final de sus productos.

Ilustración 16: ¿Considera que el precio que paga por el agua que utiliza en la elaboración de sus productos y/o servicios influye significativamente en el precio final de sus productos?



Fuente: Cuestionario D (operadores económicos)
Elaborado por: DNICAPM

Con base en lo expuesto, se puede evidenciar la existencia de una demanda de agua cruda, proveniente de las fuentes naturales, por parte de aquellos operadores económicos que requieren dicho recurso hídrico dentro de sus diversos procesos de producción, para lo cual necesitan obtener una autorización de aprovechamiento productivo otorgada por parte de la autoridad única del Agua⁷⁵.

En retribución al uso del agua proveniente de las fuentes naturales mediante la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo, los operadores económicos tienen que cancelar la tarifa

⁷⁵ LEY ORGÁNICA DE RECURSOS HÍDRICOS, USOS Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA Art. 107.



correspondiente, la misma que es fijada por la Autoridad Única del agua, al respecto la Ley Orgánica de Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, señala:

“Art. 135.- Criterios generales de las tarifas de agua. Se entiende por tarifa la retribución que un usuario debe pagar por la prestación de servicios y autorización para usos y aprovechamiento del agua.

Para efectos de protección, conservación de las cuencas y financiamiento de los costos de los servicios conexos, se establecerán las correspondientes tarifas, según los principios de esta Ley, los criterios y parámetros técnicos señalados en el Reglamento.

Las tarifas por autorización de uso y aprovechamiento del agua serán reguladas y fijadas por la Autoridad Única del Agua”

Estas tarifas se basan en los siguientes criterios:

- a) Aplicación a todos los usos y aprovechamientos del agua;*
- b) Diferenciación según el volumen y tipo de uso o aprovechamiento del agua, considerando los criterios que para los mismos se establecerán en el Reglamento;*
- c) Revisión periódica; y,*
- d) Contribución en la operación y mantenimiento de obras multipropósito.”⁷⁶*

Estas tarifas pueden variar de acuerdo a los diversos usos del agua, al respecto el artículo 121 del Reglamento a la Ley Recursos Hídricos Usos y Aprovechamiento del Agua, señala:

“Art. 121.- Tarifa por autorización de uso y aprovechamiento de agua cruda.- Las tarifas podrán ser distintas según las diversas utilidades del agua en función de los siguientes criterios:

- a) La utilidad social y económica del destino del agua. Se considerarán dentro de esos conceptos la capacidad económica del titular de la autorización, la ubicación geográfica del uso del agua o del aprovechamiento productivo según los incentivos estatales, la generación de empleo y el carácter de economía popular y solidaria del titular de la correspondiente autorización; y,*
- b) Que se produzca o no, un uso consuntivo del agua y en caso de uso consuntivo, se diferenciará el grado de eficiencia.*

En todo caso será componente de la tarifa el relativo a la protección, conservación de cuencas, protección de fuentes de agua y zonas de recarga hídrica a que se refiere este Reglamento.

Las regulaciones técnicas emitidas por la Agencia de Regulación y Control del Agua contendrán los criterios precisos, cuantitativos, para poder llevar a cabo la diferenciación mencionada y los componentes de la tarifa.”

⁷⁶ *Ibíd.* Art. 138.



El cálculo para las tarifas referenciales para agua cruda se encuentra en el documento denominado “Fórmula de Cálculo para Tarifa Referencial de Agua Cruda”, en donde se establece la tarifa para los aprovechamientos industriales de 0.0010 litro por segundo (l/s)⁷⁷.

En relación a la sustituibilidad del agua cruda proveniente de las fuentes naturales, mediante la autorización de aprovechamiento productivo, por parte de los operadores económicos, está estrechamente ligada a la sustituibilidad analizada en el mercado de agua potable, en donde, si bien los operadores económicos industriales que requieren este tipo de agua, podrían tener como alternativa al agua potable, se destaca que las características tanto del agua potable, descritas anteriormente como las características del agua cruda proveniente de fuentes naturales obtenida mediante una autorización de aprovechamiento productivo son distintas por lo que, tal como se señaló, estos dos productos constituyen dos mercados distintos, pero conexos.

7.2.3.2.2. Sustituibilidad de la oferta y competencia potencial.-

La sustituibilidad de la oferta y competencia potencial en el mercado para el uso del agua cruda proveniente de las fuentes naturales para aprovechamiento productivo mediante la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo, se encuentra estrictamente limitada por la normativa, la misma que, tal como se señaló, determina que el Estado, al tener dominio inalienable e imprescriptible⁷⁸, tiene el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar⁷⁹ el agua destinada a las diversas actividades que se desarrollan en territorio nacional, por lo que a través la Autoridad Única de agua, constituye el único organismo que otorga autorizaciones de aprovechamiento productivo a los operadores económicos que requieran utilizar el agua cruda provenientes de las fuentes naturales en sus distintos procesos de producción. Es decir, no existen otros operadores actuales o potenciales que pueden ofertar este recurso hídrico y que tenga la facultad de emitir autorizaciones de aprovechamiento productivo del agua, por lo que se descarta la existencia de sustituibilidad de la oferta y competencia potencial dentro de este mercado.

▪ MERCADO DE PRODUCTO 2.-

Con base en lo expuesto, se puede determinar que el segundo mercado de producto corresponde al uso del agua cruda, proveniente de fuentes naturales, en aprovechamientos productivos a través de la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo de agua.

7.2.4. Mercado geográfico.-

El artículo 5 de la LORCPM en relación al mercado geográfico señala:

“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 [...]”

⁷⁷ SECRETARÍA DEL AGUA, ‘FÓRMULA DE CÁLCULO PARA TARIFA REFERENCIAL DE AGUA CRUDA’, Pub. L. No. Acuerdo 1522, Registro Oficial Suplemento 54 de 09/08/2017, 26 (2017) Art. 1.

⁷⁸ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 318.

⁷⁹ *Ibíd.*, art. 313.



7.2.4.1. Sobre la prestación del servicio público agua potable

En el presente caso la definición de mercado geográfico está ligada a la delimitación geográfica de abastecimiento de agua potable, señalada en el contrato de concesión suscrito entre INTERAGUA y EMAPAG EP., el cual le otorga el monopolio legal a INTERAGUA, en base a la exclusividad regulada. Esta delimitación en el Contrato de Concesión, según consta en el anexo 3, está delimitada por: “[...] *El Área del Cantón Guayaquil [...] y comprende el área urbana de la ciudad de Guayaquil más las parroquias rurales: Juan Gómez Rendón (Progreso), El Morro, Posorja, Puná y Tenguel*” y los convenios de provisión de agua tratada en bloque con otros cantones que en el ámbito de la concesión se suscribieron entre INTERAGUA y EMAPAG EP.

7.2.4.2. Sobre el uso del agua cruda proveniente de las fuentes naturales en aprovechamiento productivos

En el presente caso el mercado geográfico está ligado a la ubicación de las fuentes naturales de agua cruda, las mismas que están bajo la gestión del Estado y de las cuales los operadores económicos, mediante la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo, pueden proveerse para su uso en los distintos procesos de producción. Estas fuentes, si bien se encuentran en todo el territorio nacional, se destaca que la afectación por las presuntas conductas anticompetitivas llevadas a cabo por INTERAGUA, estaría dada sobre los operadores económicos que solicitaron su aprovechamiento productivo para aquellas fuentes naturales ubicadas dentro del territorio de la concesión de INTERAGUA, en donde dicho operador ejerce el monopolio legal, en función de la exclusividad regulada, a las cuales los operadores económicos industriales podrían acceder en caso de requerir agua cruda para su uso en los distintos procesos productivos.

7.2.5. Marco temporal.-

La Junta de Regulación de la LORCPM define al marco temporal como: “[...] *el momento del tiempo en el cual se produce el intercambio productivo y comercial del producto o servicio sujeto materia de análisis, y en el que resulta probable que los operadores económicos ejerzan su poder de mercado.*”⁸⁰

Tomando como punto de partida a la definición de marco temporal de la Junta de Regulación de la LORCPM señalada, se destaca que si bien las posibles conductas anticompetitivas pudieron darse antes de que la LORCPM entre en vigencia, las mismas solo podrán ser consideradas como infracción a la presente Ley a partir de su entrada en vigencia.

En este sentido, dentro del presente procedimiento de investigación se debe tomar en cuenta que la LORCPM entró en vigencia el 13 de octubre de 2011, por lo que en caso de encontrarse evidencia que sustente la posibilidad de existencia de conductas anticompetitivas, solo a partir de esta fecha en adelante, dichas conductas podrían ser consideradas como infracciones a la mencionada Ley. Por otro lado, si bien, en caso de encontrarse evidencia de posibles conductas anticompetitivas, éstas podrían seguirse cometiendo hasta la presente fecha. Dentro de la presente investigación con el propósito de establecer un periodo de tiempo estable para realizar los análisis correspondientes, se determina que el marco temporal definido para el presente procedimiento de investigación corresponde al periodo entre el 13 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2020.

⁸⁰ Resolución 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y control del Poder de Mercado (2016).



7.3. Mercado relevante para el presente proceso investigativo:

De lo expuesto, se puede concluir la existencia de dos mercados relevantes:

- **Mercado relevante en el que se desenvuelve el monopolista:** El servicio público de agua potable, enmarcado dentro del área de concesión otorgada a INTERAGUA, la cual comprende el área urbana de la ciudad de Guayaquil más las parroquias rurales: Juan Gómez Rendón (Progreso), El Morro, Posorja, Puná y Tenguel y los convenios de provisión de agua tratada en bloque con otros cantones en el ámbito de la concesión, desde el 13 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2020.
- **Mercado posiblemente afectado:** Uso del agua cruda en aprovechamientos productivos a través de la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo de agua, enmarcado dentro del área de concesión otorgada a INTERAGUA, la cual comprende el área urbana de la ciudad de Guayaquil más las parroquias rurales: Juan Gómez Rendón (Progreso), El Morro, Posorja, Puná y Tenguel y los convenios de provisión de agua tratada en bloque con otros cantones que en el ámbito de la concesión, desde el 13 de octubre de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2020.

OCTAVA: ANÁLISIS DEL PODER DE MERCADO.- El artículo 7 de la LORCPM, establece lo que se entiende como poder de mercado. Asimismo, el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, respecto del abuso de poder de mercado, determina en su parte pertinente que:

“[...] 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 el derecho comunitario europeo, la institución jurídica del “*abuso de posición dominante*” en su configuración, es análogo al tratamiento que se otorga en nuestro ordenamiento jurídico,⁸¹ así pues el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,⁸² prescribe que: “*[...] Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo*”.

En ese sentido, el TJUE en el caso Hoffmann-La Roche señaló que:

*“[...] una posición dominante atañe a una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, clientes y, finalmente, los consumidores”.*⁸³

⁸¹ Para establecer la naturaleza jurídica del abuso de posición dominante en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea, véase: Juan Signes, Isabel Fernández y Mónica Fuentes. Derecho de la Competencia. Madrid: Arazandi S.A., 2013, p. 231 – 240. Jones Alison y Suffrin Brenda. EU Competition Law. (Oxford: Oxford University Press, 2014), 366 – 392.

⁸² Unión Europea, “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”, Diario Oficial de la Unión Europea, 01 de diciembre del 2009, art. 102.

⁸³ Sentencia TJUE, Hoffmann-La Roche & Co. AG., en contra de la Comisión de las Comunidades Europeas, 13 de febrero de 1979, asunto 85/76.



Para el TJUE, la posición de dominio puede deberse, como se ha señalado, a varios factores, siendo uno muy significativo, la existencia de cuotas de mercado muy altas, considerándose inclusive que unas cuotas extremadamente elevadas constituyen por sí mismas, la prueba de la existencia de una posición dominante.

De manera que, uno de los principales elementos de una posición de dominio o poder de mercado es precisamente la obtención por parte de un operador económico, de cuotas de mercado elevadas, así como de esa capacidad que ostenta, el actuar de manera independiente respecto al resto competidores, proveedores y consumidores. Esta independencia también es puesta de manifiesto por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), al afirmar que una empresa disfruta de posición de dominio cuando: “(...) tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o de los consumidores”.⁸⁴

Dicha independencia implica la capacidad de ofrecer a los consumidores un producto o servicio en unas condiciones determinadas que impliquen un beneficio notablemente mayor para dicha empresa y obtener un mayor excedente del consumidor, en comparación con aquel que obtendría siguiendo las líneas generales de competencia del mercado.

El ex TJCE ha efectuado una aproximación destacada al contenido del abuso como elemento estructural indispensable:

*“[...] Se trata de un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar en la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado o el incremento de la competencia”.*⁸⁵

En términos generales, se trata de influir en virtud de su posición de dominante en el mercado afectando el sistema de competencia del mismo; es así que, el propio artículo 9 de la LORCPM, califica las modalidades de abuso que contempla el Derecho de Competencia en Ecuador.

Del análisis realizado, se puede colegir que, aunque la magnitud de las cuotas de mercado puede variar de un mercado a otro, es correcto estimar que unas cuotas elevadas constituyen, la prueba de la existencia de una posición dominante⁸⁶. En efecto, el hecho de tener una cuota alta coloca al operador económico que la posee durante cierto tiempo, por el volumen de producción y oferta que representa, en una situación de fuerza que hace que sea inevitable mantener relaciones comerciales con éste y que,

⁸⁴ Resolución del TDC, Bacardí, Expte. R 362/99, de 30 de septiembre de 1999, Párrafo 9 de los fundamentos de derecho. Actual, Comisión Nacional de los Mercados la Competencia.

⁸⁵ Sentencia TJUE, Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG., en contra de la Comisión de las Comunidad Europeas, 13 de febrero de 1979

⁸⁶ Véase Antitrust: Overview – Competition - European Commission’, acceso 11 de septiembre de 2020, <https://bit.ly/2GSyPq6>., en donde se señala: “Las cuotas de mercado son un primer indicador útil de la importancia de cada empresa en el mercado en comparación con las demás. La Comisión opina que cuanto mayor sea la cuota de mercado y más largo sea el período de tiempo durante el que se mantiene, más probable es que sea una indicación preliminar de posición dominante. Si una empresa tiene una cuota de mercado inferior al 40%, es poco probable que sea dominante”.



ya sólo por eso, le proporciona al menos durante tiempos relativamente largos, la independencia de comportamiento, característica de la posición dominante.⁸⁷

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la conducta que se vuelve susceptible de investigación es el abuso de su condición de dominancia, en la medida que: impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia. En otras palabras, la existencia de una posición dominante en el mercado no constituye en sí una infracción de las normas de defensa de la competencia, sino que lo que se considera contrario a la misma es la explotación o exclusión de manera abusiva por parte de un operador que ostente posición dominante en el mercado relevante determinado.

Una vez se ha expuesto lo que significa poder de mercado en nuestra ley o posición de dominio en la jurisprudencia comparada, podemos analizar qué elementos se deben considerar para la determinación del poder de mercado conforme lo estipulado en el artículo 8 de la LORCPM:

“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.”*

En este sentido, se procede a realizar un análisis conforme los preceptos contemplados en la propia LORCPM.

Respecto a la teoría de mercados conexos, es importante destacar que el análisis de poder de mercado recae únicamente sobre el mercado en donde actúa el operador dominante, en el presente caso INTERAGUA, dado que, conforme se explicó anteriormente, este constituye el presunto infractor, el cual usaría dicho poder de mercado para perjudicar un mercado distinto en donde no participa y/o no ostenta posición de dominio, por ende, en el segundo mercado, que constituye el mercado afectado, no requiere un análisis de poder de mercado.

⁸⁷ Sentencia TJUE, Asunto 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG., en contra de la Comisión de las Comunidades Europeas, 13 de febrero de 1979.



En el desarrollo de la investigación del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019, iniciado a solicitud de otro órgano de la Administración Pública corresponde caracterizar al sujeto procesal investigado sobre el que recaen presunciones del cometimiento de conductas anticompetitivas determinadas en el artículo 9 de la LORCPM.

Para el efecto, es necesario identificar la existencia jurídica del sujeto en cuestión con base en información constante en registros públicos. Asimismo, es necesario identificar su existencia, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y contractual vigente a la fecha de su constitución, marcando brevemente la referencia normativa actual a fin de comprender la naturaleza jurídica de su actividad y vinculación con la administración pública y con las posibles conductas anticompetitivas.

8.1. Identificación del operador económico con base en registros públicos.-

INTERAGUA, es una persona jurídica de derecho privado constituida al amparo de la Ley de Compañías⁸⁸ cuyo objeto social reformado es:

“La prestación, operación y mantenimiento de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, que comprende alcantarillado sanitario y pluvial, de la ciudad de Guayaquil, así como la realización de las inversiones previstas en el contrato de concesión de los servicios públicos y de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil, suscrito con el Estado Ecuatoriano el once de abril del 2001, cuyo rol de ente de control fue asumido por la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil. EP, EMAPAG EP, desde el primero de octubre del año dos mil doce; todo ello con el alcance, modalidad obligaciones y responsabilidad que se determinan en el referido contrato. También podrá utilizar su contingente técnico y operacional para la recaudación de la Tasa para la recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos, debidamente sustentados en Ordenanzas y Convenios Interinstitucionales que suscriban por cada caso.”⁸⁹

De otra parte, los registros públicos del Servicio de Rentas Internas indican que INTERAGUA., es una sociedad con número de RUC 0992151102001, de estado activa cuya actividad económica principal es la captación, depuración y distribución de agua a usuarios comerciales, industriales y residenciales.⁹⁰

8.2. Del Contrato de Concesión suscrito entre INTERAGUA y el Estado Ecuatoriano y el monopolio legal derivado de éste

Como consta en líneas anteriores, el objeto social de INTERAGUA, se limita al servicio de agua potable y saneamiento que comprende el alcantarillado sanitario y pluvial de la ciudad de Guayaquil, esto responde al Contrato de Concesión suscrito desde el 11 de abril de 2001 con el Estado ecuatoriano, mismo que se encuentra vigente y tiene una duración de treinta años contados desde su suscripción.

Este contrato fue concebido bajo el marco constitucional y legal de la época es decir un marco jurídico diferente al que rige en la actualidad, es de necesaria observación para efectos de: a) el conocimiento de los posibles actos anticompetitivos; b) la comprensión del sector económico, el mercado en el que

⁸⁸ Ecuador, Ley de Compañías, ‘Registro Oficial 312 de 5 de Noviembre de 1999’.

⁸⁹ Ecuador, INTERAGUA, Escritura Pública de Reforma Parcial de Estatutos que otorga la CIA International Water Services (Guayaquil) Interagua CIA. LTDA, 27 January 2016, 4.

⁹⁰SRI, consulta del RUC: <https://bit.ly/3sVSnxo>



aparentemente se producen las conductas anticompetitivas; y, c) los compromisos contraídos por y con el Estado ecuatoriano.

A estos efectos, la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, disponía en su artículo 249:

*“Será responsabilidad del Estado la provisión de **servicios públicos de agua potable** y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones. El Estado garantizará que los servicios públicos, prestados bajo su control y regulación, respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativos.”*
(Énfasis añadido).

Es decir, a diferencia de la prescripción normativa constitucional vigente⁹¹, que de forma excepcional considera la participación de empresas privadas en la prestación de servicios públicos, la CPR de 1998 aceptaba directamente la delegación de la provisión de servicios públicos a empresas privadas en varios formatos jurídicos entre estos la concesión.

Estos preceptos constitucionales fueron desarrollados en la Ley de Modernización,⁹² siendo éste el marco de la generación del Contrato de Concesión entre ECAPAG como representante del Estado ecuatoriano e INTERAGUA.

Ahora bien, el Estado ecuatoriano al expedir la norma Constitucional en el año 2008, consideró entre otros aspectos a aquellas obligaciones contraídas con anterioridad y relativas al servicio público de agua potable, así en la Disposición Transitoria Vigésimosexta se dispuso:

“VIGESIMOSEXTA.- En el plazo de trescientos sesenta días a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, las delegaciones de servicios públicos en agua y saneamiento realizadas a empresas privadas serán auditadas financiera, jurídica, ambiental y socialmente.

El Estado definirá la vigencia, renegociación y, en su caso, la terminación de los contratos de delegación, de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en los resultados de las auditorías. Se condonan a las usuarias y usuarios en extrema pobreza las deudas de agua de consumo humano que hayan contraído hasta la entrada en vigencia de esta Constitución.”

Esta disposición provocó una de las varias modificaciones que ha sufrido el Contrato de Concesión en ciernes, dado que el resultado de la auditoría realizada por el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (Institución pública encargada por el Presidente de la República mediante Decreto Ejecutivo

⁹¹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, ‘Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008’, (...) art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

⁹² Ecuador, Código Orgánico Administrativo, ‘Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio de 2017’, Disposición Derogatoria Segunda.



No. 1425 de 10 de noviembre de 2008), en coordinación con la Contraloría General del Estado, recomendó la renegociación de un régimen de multas por incumplimientos de la concesionaria.⁹³

Asimismo, en el año 2013 se produjo una nueva modificación contractual a la concesión, dado que la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil, EP, EMAPAG EP, que asumió el rol de ECAPAG como contratante frente a INTERAGUA, determinó varios incumplimientos de obligaciones de esta última, situación que fue solventada por las propuestas de cumplimiento presentadas ante la EMAPAG y acogidas mediante acto resolutivo.⁹⁴

Finalmente, en el año 2016 como resultado de la solicitud de arbitraje y reconvencción propuesta por INTERAGUA en contra de EMAPAG por divergencias mantenidas por las partes sobre el proceso de revisión de tarifas para el tercer quinquenio de la concesión, el Tribunal Arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, fijó la tarifa referencial con efecto desde el inicio del tercer quinquenio de la concesión en \$0.614/m³, y ordenó su implementación inmediata. Situación que motivó cambios en la cláusula quinta de la concesión y consecuentemente una modificación contractual relativa a la determinación de tarifas.⁹⁵

Lo expuesto permite deducir que sin perjuicio de las varias modificaciones o adendas que ha sufrido el Contrato de Concesión, éstas no han afectado al objeto contractual en sí mismo, que consiste en la prestación del servicio público de agua potable a la ciudad de Guayaquil, así como el estatus de la obligación contractual que para todos los efectos es vigente.

Otro aspecto de considerable relevancia relativo a la concesión delegada a INTERAGUA es que el marco normativo permitió el establecimiento de un monopolio legal no solo por las características estructurales del servicio de prestación de agua potable si no por la disposición inserta en el artículo 47 de la Ley de Modernización, cuyo tenor se citaba:

“Art. 47.- MONOPOLIOS.- Prohíbese la existencia de monopolios en cualesquiera de sus formas y en consecuencia, se autoriza a terceros el establecimiento de actividades o la prestación de servicios de igual o similar naturaleza. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para el caso de concesiones, licencias o permisos, éstas se podrán otorgar en condiciones de exclusividad regulada, solo por un período determinado, con la autorización, mediante Decreto Ejecutivo, del Presidente de la República o del organismo competente en el caso de los gobiernos seccionales. Cuando la concesión de un servicio público implique una posición dominante en el mercado, su titular no podrá ser propietario, por sí mismo ni por terceras personas, de medios de comunicación colectiva o instituciones financieras. Cada una de estas actividades deberán ser desarrolladas, en forma exclusiva por sus administradores o propietarios.” (Énfasis añadido)

⁹³ Ecuador, Empresa Municipal de Agua Potable de Guayaquil, *Contrato modificadorio al Contrato de Concesión de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la ciudad de Guayaquil celebrado entre Ecapag e International Water Services (Guayaquil) Interagua Cia. Ltda., suscrito el 26/02/2010.*

⁹⁴ Ecuador, Empresa Municipal de Agua Potable de Guayaquil, *Convenio modificadorio al Contrato de Concesión de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la ciudad de Guayaquil celebrado entre Ecapag e International Water Services (Guayaquil) Interagua Cia. Ltda., suscrito el 26/03/2013.*

⁹⁵ Ecuador, Empresa Municipal de Agua Potable de Guayaquil, *Convenio modificadorio al Contrato de Concesión de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la ciudad de Guayaquil celebrado entre Ecapag e International Water Services (Guayaquil) Interagua Cia. Ltda., suscrito el 12/07/2016, 12 July 2016.*



Como se puede apreciar la norma prohibió la existencia de monopolios en cualquiera de sus formas pero exceptuó a las concesiones, licencias y permisos que han sido otorgadas en condiciones de exclusividad regulada, es decir permitió por excepción la creación de monopolios legales regulados.

La concesión del servicio público de agua potable en la ciudad de Guayaquil es un monopolio legal que fue establecido como una excepción en la Ley de Modernización⁹⁶, así pues constan del Contrato de Concesión suscrito con INTERAGUA dos elementos determinados en el artículo citado ut supra, a saber: la determinación de exclusividad regulada por un período de treinta años y la autorización otorgada mediante Decreto Ejecutivo expedido por el Presidente de la República.⁹⁷⁹⁸ El efecto de estas condiciones determina la posición dominante del operador económico INTERAGUA en la provisión de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil.

8.3. INTERAGUA como sujeto sometido al ámbito de la LORCPM

El conflicto jurídico presentado a este organismo de control, gira en torno a una persona jurídica privada, cuyo objeto social es la prestación del servicio público de agua potable para la ciudad de Guayaquil, que conforme se analizó en líneas anteriores es un monopolio legal que goza de posición dominante, situación que según lo dispuesto en la LORCPM, no constituye una infracción a la libre competencia⁹⁹, sin embargo, el abuso de esta posición en un mercado, es sancionable así lo dispone el artículo 9 de la LORCPM:

“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: [...]

***La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará también en los casos en los que el poder de mercado de uno o varios operadores económicos haya sido establecido por disposición legal.”** (Énfasis añadido)*

En relación con este último aspecto (la aplicación de normas de competencia a monopolios legales), podemos observar que la LORCPM concuerda con los pronunciamientos emitidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁰, de esta forma en el Asunto 311/84 el 03 de octubre de 1985, al tratar sobre situaciones prejudiciales del caso, relativas al abuso de posición dominante, en donde se ha determinado que:

“16 [...] La circunstancia de que la inexistencia de competencia o la limitación de ésta en el mercado de que se trata haya sido originada o favorecida por disposiciones legales o reglamentarias, no excluye en modo alguno la aplicación del artículo 86, como ha reconocido

⁹⁶ Ecuador, Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, ‘Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993’ (n.d.).

⁹⁷ Ecuador, Decreto Ejecutivo 872-2000, ‘Registro Oficial 186 de 18 de Octubre de 2000’ (n.d.), art. 2.

⁹⁸ Ecuador, Empresa Municipal de Agua Potable de Guayaquil, *Contrato de Concesión de los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de la ciudad de Guayaquil celebrado entre Ecapag e International Water Services (Guayaquil) Interagua Cia. Ltda.*, 11 April 2001, 1,7.

⁹⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ‘Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de Octubre de 2011’, art. 7.

¹⁰⁰ Se invoca a este Sistema Jurídico ya que en éste fue basada la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.



el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus sentencias de 13 de noviembre de 1975, General Motors (26/75, Rec. p. 1367); de 16 de noviembre de 1977, Inno (13/77, <-> Rec. p. 2115), y de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión (41/83, <-> Rec. p. 873). ”¹⁰¹

Y, al resolver dispuso:

“El artículo 86 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a una empresa que ocupa una posición dominante en un "mercado concreto, aun cuando dicha posición sea imputable, no a la actividad de la propia empresa, sino a la circunstancia de que, debido a disposiciones legales o reglamentarias, no puede haber competencia en dicho mercado o sólo puede haber en él una competencia sumamente limitada.”¹⁰²

Las circunstancias expuestas exigen el investigar y, de haberlos, encontrar elementos que permitan identificar a INTERAGUA como un operador económico bajo los parámetros determinados en el artículo 2 de la LORCPM o lo que equivale a determinarlo como un sujeto procesable administrativamente o no ante la norma de competencia ecuatoriana, en este punto de forma simultánea corresponde señalar si la actividad de INTERAGUA puede ser vista como económica y que esta condición permita definirlo a su vez como un operador económico al tenor de las disposiciones de la LORCPM.

A estos efectos, el artículo 2 de la LORCPM determina los sujetos que están sometidos a sus disposiciones de la siguiente forma:

*“Art. 2.- **Ámbito.**- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen **actividades económicas** en todo o en parte del territorio nacional, 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.”¹⁰³ (Énfasis añadido)*

De este artículo se pueden desagregar varios elementos que deben concentrarse en un sujeto para ser considerado operador económico:

- a) Personas que están sometidas a las disposiciones de la LORCPM: sean estas naturales; o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, o los gremios que las agrupen;
- b) Que, actual o potencialmente realicen actividades económicas, e incluye a las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida que sus actos produzcan o puedan producir efectos en el mercado nacional.
- c) En todo o en parte del territorio nacional.

En relación con estos parámetros los registros públicos ya descritos nos permiten colegir que INTERAGUA es una persona jurídica de derecho privado de responsabilidad limitada. A este respecto

¹⁰¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ‘Asunto 311-84’ (n.d.).

¹⁰² Ibid., párrafo resolutivo 1.

¹⁰³ Ecuador, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de Octubre de 2011.



la Ley de Compañías en su artículo 93¹⁰⁴ señala que este tipo de sociedad es siempre mercantil, este adjetivo ha sido definido por la Real Academia de la Lengua señalando que es relativo al mercader, a la mercancía o al comercio.¹⁰⁵

De forma conexa se puede decir que INTERAGUA es un sujeto jurídico que persigue fines de lucro, situación que se confirma con el numeral 4.5 del Contrato de Concesión que dispone:

*“La Concesionaria asumirá todas las obligaciones que se derivan del presente Contrato por su propia cuenta y riesgo, y tendrá derecho a **percibir los ingresos que se deriven del desarrollo de las actividades contempladas en el presente Contrato** y que se determinan en la Cláusula Sexta del Contrato.”¹⁰⁶ (Énfasis añadido)*

Con una deducción solo descriptiva del tipo de personería del sujeto investigado, expuesta hasta el momento, podría decirse que INTERAGUA cumple un primer elemento del artículo 2 de la LORCPM en cuanto a su forma de existencia jurídica.

Sin embargo, debe considerarse que para apreciar a un operador económico como tal, su actividad debe ser económica es decir está destinada a satisfacer bienes o servicios sujetos a la oferta y a la demanda. Esta definición es relevante dado que el operador económico es el principal destinatario del derecho de competencia.

El concepto de operador económico ha sido desarrollado principalmente por la jurisprudencia. En este aspecto el George Cosmas ha señalado:

“La cuestión de qué entidades están comprendidas en el concepto de empresa, de modo tal que queden sujetas a las normas comunitarias sobre la competencia, ha ocupado en bastantes ocasiones a este Tribunal de Justicia. Así, ha declarado que «el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación. Es decir, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, el concepto de empresa se interpreta siempre de forma amplia. En consecuencia, constituye una conditio sine qua non dilucidar si la actividad de un organismo o administración representa el ejercicio de la autoridad pública o de una actividad económica de carácter industrial o comercial, que puede «ejercerse, al menos en principio, por una empresa privada y con ánimo de lucro.»¹⁰⁷

Como vemos una empresa es una entidad que realiza una actividad económica, lo que a su vez implica la satisfacción de bienes y servicios en el mercado. En principio dicha actividad económica puede ser realizada tanto por un operador privado como por un sujeto de derecho público. Corresponde además identificar la noción de actividad económica, por lo que es pertinente considerar la experiencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para cuyo efecto se tomará, nuevamente, como referencia el análisis realizado por el Abogado General señor George Cosmas expedido en el asunto C343/95, en el cual se ha expresado:

¹⁰⁴ Ecuador, Ley de Compañías, ‘Registro Oficial 312 de 5 de Noviembre de 1999’, art. 93.

¹⁰⁵ Dic Real Academia Española, «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, accessed 11 June 2020 <https://dle.rae.es/mercantil>.

¹⁰⁶ Ecuador, Empresa Municipal de Agua Potable de Guayaquil, ‘Contrato de Concesión de Los Servicios Públicos de Agua Potable y Saneamiento de La Ciudad de Guayaquil Celebrado Entre Ecapag e International Water Services (Guayaquil) Interagua Cía. Ltda.’, 8.

¹⁰⁷ George Cosmas, ‘CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS presentadas el 10 de diciembre de 1996’, No. Asunto C343/95.



*“Procede señalar que este Tribunal de Justicia, a la hora de pronunciarse sobre si una actividad es o no económica, analiza su naturaleza, con independencia de la entidad que la ejerza. Así, se admite que «el Estado puede actuar ya sea ejerciendo la autoridad pública ya sea ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado», y que para calificar una actividad como empresa pública es irrelevante la falta de personalidad jurídica distinta de la del Estado. Por otra parte, el Tribunal de Justicia aclaró que «con objeto de poder efectuar una distinción semejante, es necesario pues, **en cada caso, examinar las actividades ejercidas por el Estado, y determinar a qué categoría corresponden dichas actividades.**” (Énfasis añadido)¹⁰⁸*

Adicionalmente, en torno a definir si una actividad es económica consideró lo siguiente:

“[...] básicamente la naturaleza de las actividades ejercidas, es decir si son económicas o no y si pueden ser realizadas en principio, por una empresa privada con ánimo de lucro. Así mismo, examinó su objeto y las normas por las que se rige. Por otra parte el Tribunal de Justicia apreció simultáneamente una serie, un haz de indicios que, por si solos no bastan para excluir el carácter económico de una actividad y su no sujeción a las normas de competencia. En concreto, el Tribunal de Justicia apreció al mismo tiempo en que medida la entidad cuyas actividades se examinan funciona con sujeción a las normas establecidas por las autoridades administrativas, si, en particular, posee la potestad de influir en el nivel de las contraprestaciones exigidas a cambio de los servicios prestados a los usuarios, y en qué medida tiene fines lucrativos.”¹⁰⁹

En este mismo tema el Tribunal, ha determinado que el concepto de empresa u operador económico es funcional y depende de cada caso¹¹⁰, en este sentido ha expresado:

“En segundo lugar, el Tribunal ha declarado que «en el Derecho de la competencia, el término "empresa" debe entenderse en el sentido de que designa a una unidad económica a efectos del objeto del acuerdo de que se trate». En consecuencia, el concepto de « empresa » es relativo y debe determinarse en cada caso concreto con respecto a la actividad específica que se esté examinando.”¹¹¹

Los pronunciamientos anteriores señalan varios parámetros a considerar al momento de definir a un actor como operador económico, en lo principal:

- Cualquier entidad que realiza una actividad económica puede ser considerada como un operador económico independientemente de su estatuto jurídico;
- El concepto de operador económico es relativo y debe ser analizado en cada caso concretamente, en caso que se determine que el operador económico realiza actividades económicas con una finalidad de lucro será considerado como tal;

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 40.

¹⁰⁹ *Ibid.*, para. 42.

¹¹⁰ Esta manera de analizar caso por caso de una manera funcional si un participante en el mercado es o no un operador económico, sometido al ámbito de la LORCPM, en base a si realiza una actividad económica es útil ya que, la LORCPM en su artículo 2 establece que su ámbito de aplicación es sólo a operadores económicos que realicen actual o potencialmente actividades económicas en el territorio nacional.

¹¹¹ F.G. Jacobs, ‘Conclusiones del Abogado General Sr. F.G Jacobs presentadas el 28 de enero de 1999*’, No. C-67/96, C-115/97, C-116/97, C-117/97; C-219/97 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea 28 January 1999).



- En casos como el que nos convoca es una condición *sine qua non* dilucidar si la actividad de una entidad u organismo representa el ejercicio de una potestad pública o es una actividad económica;
- Para determinar si una actividad es económica es necesario analizar en lo principal su naturaleza;
- y,
- Se debe considerar en qué medida la potestad pública puede influir en el nivel de contraprestaciones exigidas.

Esta actividad económica con fines de lucro que en sí constituye un monopolio legal que otorga a su prestador la posición dominante en la provisión del servicio público de agua potable en la ciudad de Guayaquil, determina la calidad de INTERAGUA como un operador económico, que esta autoridad de investigación puede revisar sus actuaciones a la luz de la norma de competencia nacional.

8.4. Conclusiones sobre el poder de mercado.-

Con base en lo expuesto en el presente apartado, se puede determinar que el servicio público de agua potable constituye en sí un monopolio natural, y para el caso que nos ocupa, adicionalmente, como un monopolio legal determinado por Contrato de Concesión suscrito el 11 de abril de 2001, entre el Estado ecuatoriano y el operador económico INTERAGUA, otorgándole la exclusividad regulada de este servicio en la ciudad de Guayaquil.

El efecto de estas condiciones determina la posición dominante del operador económico INTERAGUA en la provisión de agua potable de la ciudad de Guayaquil, al ser el único operador económico que se puede desenvolver en el mercado relevante determinado con una cuota de participación de 100%.

La teoría del daño, del presente caso, se circunscribe a que esta posición de dominio sería ejercida en el mercado conexo de uso de agua para aprovechamiento productivo de agua, a través de acciones legales y procesos administrativos, supuestamente injustificados y conductas exclusorias, las cuales tendrían como objetivo impedir que otros operadores económicos participen en este segundo mercado y de esta forma el monopolista siga obteniendo réditos por pagos de servicios que pueden ser obtenidos directamente por los operadores económicos a través de un permiso de aprovechamiento productivo concedido por el Estado. Asimismo, estos procesos y acciones podrían tener un efecto inhibitorio y exclusorio, hacia los operadores económicos, los cuales se abstendrían de solicitar permisos de aprovechamiento y quienes lo han realizado tendrían una fuerte oposición por parte del monopolista que en algunos casos habrían sido expulsados de este mercado.

Toda vez que nos encontramos ante un operador que ostenta posición de dominio se procede a analizar si el mismo ha incurrido o no en conductas posiblemente anticompetitivas, siendo este el elemento conductual, necesario para la configuración de una conducta de abuso del poder de mercado.

NOVENA: ANÁLISIS DE LA PRESUNTA CONDUCTA ANTICOMPETITIVA.- A fin de abordar el análisis del elemento conductual, es relevante recapitular lo que se entiende como poder de mercado, el cual conforme la legislación ecuatoriana es definido como la capacidad de un operador económico de actuar de manera independiente, prescindiendo de su competencia o consumidores. Si un operador económico no tiene dicha capacidad y no puede actuar con presidencia de su competencia o consumidores, no se puede afirmar que tiene posición de dominio.



Con este antecedente, se debe recordar que la LORCPM bajo ningún concepto sanciona el poder de mercado en sí mismo, lo que se sanciona es su abuso. En este punto, previo a explicar cuándo se configura abuso de poder de mercado, por su importancia y simplicidad en la exposición, queremos hacer como propio el análisis realizado por el TJUE en el caso Michelin I, el cual falló:

*“[...] En efecto, la acreditación de la existencia de una posición dominante **no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan sólo que incumbe a ésta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.**”¹¹² (Énfasis añadido).*

La aseveración realizada es totalmente concurrente con lo que prescribe la LORCPM en el segundo párrafo de su artículo 7, la cual prescribe:

*“[...] **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.” (Énfasis añadido).*

Por cuanto, para que exista un abuso de poder de mercado deben confluír dos elementos cumulativos: i) el elemento estructural, la existencia del poder de mercado, lo cual en el presente caso **se cumple**; y, ii) que sobre la base de dicho poder de mercado se realicen conductas que afecten a la competencia, eficiencia económica o bienestar general, bienes jurídicos protegidos en el artículo 9 de la LORCPM.

En el presente caso, conforme la Resolución de inicio de investigación, se presume que el operador económico INTERAGUA habría implementado conductas que afectan a la eficiencia económica y al bienestar general, como se analiza en los siguientes párrafos.

Para continuar con el desarrollo del análisis conductual por presunto abuso de poder de mercado como conducta anticompetitiva, por la cual es investigado el operador económico INTERAGUA, corresponde en primer momento enfatizar que la condición de dominancia en el mercado de Servicio Público de Agua Potable Guayaquil, constituye en el presente caso un aspecto no controvertido tanto para el operador económico INTERAGUA, como para la Autoridad Investigadora.

En este sentido cabe citar la afirmación realizada en el escrito de explicaciones de 12 de febrero del 2021 a las 17h04, signado con ID 185181, por parte del propio investigado, en cuyo texto expresó:

“ [...] INTERAGUA goza de un poder de mercado, situación que no es negada, pero dicho poder de mercado es constitutivo a través de un “contrato de concesión” celebrado con el Estado Ecuatoriano e base a su participación en una licitación pública Internacional, es decir, un monopolio legal, [...].”¹¹³

¹¹² Caso 322/81, Michelin v Commission [1983], párrafo: 57.

¹¹³ ID. 185181



Situación en la que converge el criterio de la Intendencia, dicho de otra forma la presente investigación cuenta con el elemento estructural de poder de mercado que se materializa como un atributo del investigado y que además por efectos del Contrato de Concesión, suscrito con el Estado Ecuatoriano lo convierte en un monopolista legal.

Por tal razón el presente apartado se concentrará en describir aquellos hechos imputables al operador económico INTERAGUA que se encuentren presuntamente en adecuación del tipo legal del abuso de poder de mercado, ya sea en la cláusula general o en los diversos numerales del artículo 9 de la LORCPM.

En este orden de ideas, se realizará una recopilación de los argumentos esgrimidos por INTERAGUA y frente a ellos el razonamiento de este órgano de investigación, asimismo, se realizará una descripción de los hallazgos de la investigación que afirman o desvanecen las presunciones planteadas por la INICAPMAPR mediante la Resolución de Inicio de Investigación de 02 de marzo de 2021, a las 17h10, para finalmente concatenar los hechos con la norma e identificar si se cumplen los presupuestos determinados en el artículo 9 de la LORCPM.

9.1. De los argumentos esgrimidos por INTERAGUA y el razonamiento de la Intendencia:

▪ Del Contrato de Concesión

La LORCPM ha establecido en la literalidad de su artículo 9 que el abuso de poder de mercado en una infracción prohibida y violatoria al ordenamiento jurídico, los sujetos activos pueden ser uno o más operadores económicos que ostenten la condición de dominantes, y, que a través de la utilización de cualquier medio den lugar a la comisión de los verbos rectores, siendo estos: impedir, restringir, falsear o distorsionar la *competencia* o afectar la *eficiencia económica* o el *bienestar general*.

En el conflicto jurídico del presente caso, se presume la responsabilidad de un monopolista que siendo dominante en el mercado de la prestación del servicio público de agua potable en la ciudad de Guayaquil, presuntamente, ha implementado comportamientos que pudieran estar atentando o no contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general, dado que al ser monopolista dicha condición excluye la posibilidad de competencia, sino que, su comportamiento podría estar afectando la eficiencia económica o el bienestar general de un mercado conexo.

Un elemento importante a destacar en el presente caso es la existencia de una concesión a favor del monopolista, y recalcar que no es la posición de esta DNICAPM, cuestionar la legalidad ni la legitimidad del Contrato de Concesión para la prestación del servicio público de agua potable en la ciudad de Guayaquil, tal como ha intentado plantear el operador económico INTERAGUA al manifestar que:

“Es por ello que pretender argumentar ente líneas que, el “contrato de concesión” con cláusulas de exclusividad y/o que otorga poder de mercado a INTERAGUA sería per se ilegal, por haberse otorgado en situaciones jurídicas distintas a las actuales, no tendría fundamento ya que no es potestad de la SCPM hacer controles de legalidad respecto de las actuaciones de organismos estrechamente relacionados con el estado.”¹¹⁴

¹¹⁴ ID. 185181



Por el contrario, la existencia del Contrato de Concesión, constituye el instrumento jurídico que permite conocer los límites en los que debe actuar el operador económico INTERAGUA en su relación jurídico-contractual sostenida con el Estado Ecuatoriano y desde luego su existencia como actuación administrativa vista en el contexto del ordenamiento jurídico en el que fue expedido y en el que nos rige.

De esta forma del Contrato de Concesión se destacan varios aspectos que son relevantes para la presente investigación a saber:

- **Del objeto del contrato, modalidad y alcance de la concesión:**

La cláusula CUARTA del Contrato de Concesión ya fue expuesta en líneas anteriores. Del texto del objeto del contrato se desprende con total claridad que este instrumento jurídico es la expresión de los términos y condiciones de la concesión y de la relación jurídico contractual entre el Estado e INTERAGUA, por tanto, las acciones del operador económico que excedan los límites otorgados mediante concesión, y, que a su vez tengan impacto negativo en la competencia, eficiencia económica o en el bienestar general, son competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su calidad de entidad de control.

Dicho lo anterior, la modalidad en la que se inscribe el contrato es la prestación de un servicio público, cuyas características, se encuentran consagradas en la CRE, cuyo artículo 314 establece:

“El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley. El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. [...]”

Adicionalmente, el alcance de la concesión ha garantizado la exclusividad regulada a la concesionaria durante un período de treinta años, lo cual significa que ningún otro operador económico puede realizar dicha prestación, lo cual se encuentra amparado no solo en el Contrato si no en el ordenamiento jurídico vigente al momento de la concesión.

Estos argumentos han sido expuestos por parte del operador económico investigado, y sobre lo cual la DNICAPM no tiene discrepancia. La discusión en la presente investigación se concentra en el razonamiento que el operador económico realiza respecto del alcance de la concesión inserta en el numeral 4.2.1.1 del Contrato de Concesión, al mencionar que:

“En el propio “contrato de concesión”, se otorga a INTERAGUA, la posibilidad del uso y aprovechamiento de las “fuentes de agua empleadas actualmente por ECAPAG y de cualquier otra fuente alternativa que se establezca a futuro.”, es decir, de cualquier fuente que se pueda establecer durante los treinta años de vigencia del contrato.

Ahora bien, la cláusula quinta, numeral 5.1., último párrafo se señala: “Durante la vigencia de la Concesión, la Concesionaria será responsable de los Servicios a su cargo y no podrá transferir o ceder su condición de Concesionaria ni ninguna de sus obligaciones contraídas como tal”.



A través del “contrato de concesión” se establece que, el ÚNICO operador económico por los próximos treinta años para la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, incluyendo el uso y aprovechamiento de las fuentes de agua en la ciudad de Guayaquil es INTERAGUA, entendiéndose que esta concesión y todo lo derivado de ella es intransferible. [...]

La existencia de otro u otros operadores económicos, que pretendan dar el mismo servicio dentro del área de la concesión establecida en el “contrato de concesión”, sin previa suscripción del mismo, convertiría a que exista un competidor ilegal dentro de un mercado de otorgamiento del servicio de agua y saneamiento por las siguientes consideraciones:

Para hacerlo primero se debería dejar sin efecto el “contrato de concesión”, por parte de una de las partes, en este caso el Estado Ecuatoriano (EMAPAG-EP), por alguna de las causas previstas en la cláusula vigésima, caso contrario, sería un rompimiento unilateral que desembocaría en indemnizaciones del Estado en favor de Interagua, y problemas en la prestación del servicio al cantón Guayaquil y sus parroquias.

En caso del caso hipotético de la no existencia del “contrato de concesión”, se debería convocar a una nueva licitación internacional, para buscar nuevos oferentes a los cuales EMAPAG-EP, pueda conceder dicho servicio o en su defecto ser la misma institución quien los ofrezca.”¹¹⁵

Dichas expresiones son la manifestación que le han llevado a INTERAGUA (según presume este órgano de investigación), a aplicar un criterio erróneo del alcance de la concesión y a ejercer presuntamente conductas anticompetitivas en contra de operadores cuya actividad económica ha requerido de la obtención de la autorización para aprovechamiento de agua para fines productivos, y cuyo uso es para fines privados relacionados a su giro de negocio y cuya jurisdicción coincide con el área de concesión de INTERAGUA.

Dichas presuntas conductas a juicio de la DNICAPM, habrían sido cometidas por INTERAGUA bajo el criterio de que la transformación del agua para fines productivos realizada por operadores económicos industriales le permite suponer o asumir que dicha transformación afecta al Contrato de Concesión y a la exclusividad regulada que ostenta el investigado, por considerar que el agua transformada por los industriales puede ser entendida como parte de la prestación del servicio de agua potable de Guayaquil.

Así también, del escrito de explicaciones, se colige que INTERAGUA considera que el alcance de su monopolio abarca no solo aquellas fuentes determinadas en el contrato de concesión autorizadas a EMAPAG (antiguo ECAPAG), si no a cualquier otra fuente que se establezca a futuro, interpretando que éstas últimas son las fuentes cuya autorización ha sido dada a operadores privados para fines productivos.

Sobre este aspecto, la DNICAPM, en su informe de resultados señala que, al revisar los términos del Contrato de Concesión, y las cláusulas que al parecer respaldan la posición de INTERAGUA encuentra que el ámbito de actuación del operador económico se ciñe a la prestación del servicio público de agua potable y saneamiento de la ciudad de Guayaquil es decir el espectro sobre el que se desarrolla la

¹¹⁵ ID 185181.



actividad económica del investigado gira en torno a dos aspectos: i) la potabilización de agua y saneamiento y, ii) la prestación de un servicio público.

En este orden de ideas se procede a desagregar el numeral 4.2.1.1, del Contrato de Concesión que establece:

4.2.1 La prestación del Servicio de Agua Potable que incluye

- 4.2.1.1** El aprovechamiento de las fuentes de agua empleadas actualmente por ECAPAG y de cualquier otra fuente alternativa que se establezca a futuro. También comprende el derecho exclusivo de la Concesionaria sobre la gestión de "pozos privados" o fuentes alternativas de los usuarios privados, respecto de los cuales la Concesionaria tiene la facultad de otorgar las autorizaciones de nuevos pozos o de sellar los existentes, si estos no cumplen con las condiciones mínimas para asegurar el buen funcionamiento del sistema de agua potable y la protección de la salud pública y del medio ambiente.

Fuente: INTERAGUA

Según se observa este numeral consta como parte del alcance de la Concesión, y hace determinaciones sobre dos aspectos:

- i) El aprovechamiento de las fuentes de agua empleadas a la fecha del contrato por ECAPAG y de cualquier otra fuente alternativa que se establezca a futuro

Sobre este aspecto es claro que la redacción del contrato se refería a aquellas fuentes existentes a la firma de la concesión y las que se integren en el futuro en el marco de la prestación del servicio de agua potable, mas no, se observa que dicha redacción se refiera a las fuentes cuyo aprovechamiento productivo esté autorizado a un privado.

- ii) El derecho exclusivo de la concesionaria sobre la gestión de "pozos privados", o fuentes alternativas de los usuarios privados respecto de los cuales la concesionaria tiene la facultad de otorgar las autorizaciones de nuevos pozos o de sellar los existentes, si éstos no cumplen con las condiciones mínimas para asegurar el buen funcionamiento del sistema de agua potable y la protección de la salud pública y del medio ambiente.

Esta parte del Contrato exige *una condición sine qua non*, y es claro para la DNICAPM que INTERAGUA podría ejercer su potestad respecto de aquellos pozos privados *que no cumplan con las condiciones mínimas para el aseguramiento del buen funcionamiento del sistema de agua potable-*, lo cual demuestra una manifiesta oposición respecto de aquellas fuentes de agua cuya autorización ha sido obtenida de forma legítima por operadores privados que no participan en el proceso de potabilización de agua para la ciudad de Guayaquil, pues los fines del aprovechamiento han sido obtenidos para procesamiento industrial que no pueden ser asimilados como parte de la potabilización del agua dado que dichos procesos no gozan de los principios que cualifican a la prestación de un servicio público.

Dicho de otra forma, a criterio de esta Autoridad, la transformación que se realice al agua cruda, en caso que ocurra, por parte de los operadores económicos que han obtenido una autorización de



aprovechamiento de agua para fines productivos no hace parte de la prestación del servicio de agua potable y, en consecuencia dicha transformación no afecta a la exclusividad regulada garantizada a favor de INTERAGUA en el contrato de concesión.

Dicho criterio, está sostenido en el régimen jurídico vigente que posibilita la obtención de autorizaciones para fines productivos, y además en el pronunciamiento realizado por el Procurador General del Estado expedido a solicitud del Municipio de Guayaquil cuyo texto fue identificado en líneas anteriores que debe ser reiterado en este momento por ser un elemento vinculante para el caso en investigación. El Procurador General del Estado, manifestó mediante Oficio No. 31620 de 26 de febrero de 2007:

- *“Que los principios que caracterizan al servicio público de agua potable son: generalidad, uniformidad, continuidad, y obligatoriedad.; con estas características se diferenció a dos actividades económicas y quedó expresado que aun cuando utilicen el mismo bien no constituyen el mismo servicio;*
- *Que la actividad sobre la cual se presentaba la controversia no afectaba la exclusividad regulada existente a favor de INTERAGUA; dado que no cumple con las características del servicio público;*
- *Que el pronunciamiento del Procurador General del Estado es vinculante para la entidad consultante que a su vez es la concedente del servicio de potabilización de agua potable en la ciudad de Guayaquil.”*

Por lo expuesto de forma preliminar esta Autoridad no comparte la interpretación que ha guiado al operador económico INTERAGUA al concebir que el tratamiento de agua cruda realizada por parte de los industriales que han obtenido autorización para el aprovechamiento de agua para fines productivos, afecta la exclusividad regulada del investigado, pues dicha transformación tiene utilidad para fines productivos individuales, es decir, dicha actividad no puede ser considerada como competencia de INTERAGUA pues la transformación de dicha agua cruda no cumple las características exigidas al servicio público de agua potable, y por tanto, no afecta la exclusividad regulada de INTERAGUA otorgada mediante concesión.

Es relevante remarcar que, a juicio de esta Autoridad, el otorgamiento de autorizaciones de agua para fines productivos, se encuentra claramente concebido en el ordenamiento jurídico nacional, por tal razón la utilidad que pudiera tener el agua cruda para los industriales, se encuentra determinada y limitada en los actos administrativos expedidos por la Autoridad del Agua en cada caso como competente para dicho otorgamiento.

9.2. Análisis de las presuntas conductas.-

9.2.1. De los numerales 1 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.-

En Derecho de Competencia y en particular la técnica legislativa utilizada para la inclusión de conductas en esta rama del Derecho, comprende la incorporación de cláusulas generales prohibitivas, debido a la incommensurable posibilidad de conductas y diversificaciones de actuaciones que pueden ir contra de la competencia en el mercado, la eficiencia económica o el bienestar general.



En relación a lo enunciado la doctrina jurídica ha expresado que:

“Las conductas con efectos restrictivos sobre la competencia pueden adoptar las más diversas variantes, y según las legislaciones antimonopólicas ha ido extendiendo y defendiendo el marco de los actos típicamente contrarios a la libre competencia, las empresas han intentado evadir las consiguientes prohibiciones mediante la utilización de tipos de conductas no contempladas con anterioridad. Por este motivo así como por la complejidad que presentan las actividades económicas, ha sido un rasgo uniforme de las principales legislaciones regulatorias de la competencia el no adoptar una enumeración excluyente de conductas prohibidas, si no emplear una figura amplia, y relativamente abstracta, capaz de incluir las diversas variantes de los actos contrarios a la libre competencia.”¹¹⁶

En conexidad a lo manifestado, el Ministerio de Industrias y Productividad aseveró en el caso “OLANZAPINA”, que: *“Lo dicho guarda relación con lo que establece al respecto la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 335, inciso segundo, según el cual le corresponde al Estado establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de abuso de posición de dominio en el mercado.”¹¹⁷*

La Autoridad de Competencia de turno, remarcó la frase cualquier práctica utilizada por el Asambleísta Constituyente, puesto que con ella a su juicio se despeja cualquier duda que pudiera quedar sobre la amplitud de este tipo de normas, más aún si se toma en cuenta el mandato constitucional previsto en el artículo 427 de la Carta Magna que establece que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la norma en su integralidad y que en caso de duda se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, criterio que es compartido por este órgano de investigación.

El corolario expresado es útil para identificar que el artículo 9 de la LORCPM no constituye la excepción de lo expuesto, de esta forma la disposición que determina el abuso de poder de mercado en el ordenamiento jurídico nacional, está integrada por una cláusula general prohibitiva y veintitrés modalidades de abuso de poder de mercado, no taxativas, que no limitan las facultades investigativas y de imputación de esta Autoridad de Competencia, en tanto y en cuanto se ajuste a la disposición inserta en la cláusula general del artículo 9 de la norma antes indicada.

Dicha cláusula general expresa que *“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.**”*

Una vez que se ha explicado la incorporación de las cláusulas generales prohibitivas del artículo 9 de la LORCPM, en el presente apartado serán abordados en conjunto los numerales 1, y 22 de dicho artículo, que presuntamente habrían sido infringidos por el operador económico INTERAGUA; por cuanto, contienen elementos típicos comunes que para este órgano de investigación deben ser

¹¹⁶ Guillermo Cabanellas and Diego H. Serebrinsky, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de La Competencia*, vol. Tomo 1 (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 733.

¹¹⁷ Ecuador, Ministerio de Industrias y Productividad, ‘Registro Oficial, Edición Especial No. 326 de 30 de agosto del 2012/ Expediente No. SCC-DC-005-2010 / Caso OLANZAPINA’ (Octubre 14, 2011).



considerados como una suerte de cláusula general prohibitiva, como sucede con la cláusula general del artículo 9, dichos numerales mandan:

*“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**. [...]*

*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**. [...]*
(Énfasis añadido)

Como se puede observar, los numerales tratan hipótesis generales de una posible exclusión a operadores económicos competidores por parte del dominante por medios ajenos a la eficiencia económica o propia competitividad. Los elementos distintos en la tipicidad entre estos numerales, para el presente caso, ocurre: entre el numeral 1 y el 22, ya que el 1, sanciona conductas que afecten la expansión de competidores; y, el 22 por su parte, conductas que afecten la permanencia de competidores.

De lo señalado en el tipo legal, los requisitos cumulativos para que se configure la modalidad de abuso de poder de mercado conforme los numerales 1 y 22 del artículo 9 de la LORCPM son:

- i) La afectación a uno de los bienes jurídicos protegidos por el abuso de poder de mercado: competencia, eficiencia económica o bienestar general;
- ii) La existencia de un operador económico dominante;
- iii) Cualquier conducta realizada por parte del dominante que produzca;
- iv) Una afectación efectiva o potencial en la capacidad de entrada, expansión o permanencia de **competidores** en el mercado relevante;
- v) Por medios ajenos a su propia competitividad o eficiencia.

Como se puede apreciar del cuarto elemento enunciado, elemento *sine qua non* para la configuración del tipo legal es que el operador económico dominante por medios ajenos a su competitividad afecte efectiva o potencialmente a **competidores** en el mercado relevante determinado.

Como es de conocimiento público y es un hecho no controvertido, INTERAGUA es un monopolista, tiene un monopolio legal y tiene un Contrato de Concesión con el Estado Ecuatoriano durante 30 años que no permite a otros operadores económicos proveer servicios públicos con respecto al agua potable en el marco territorial determinado; ergo, INTERAGUA no tiene competidores en el mercado relevante que éste se desenvuelve. Empero lo expuesto, es menester mencionar que el análisis que se está realizando corresponde a una posible afectación a un mercado conexo, mas no, en el mercado en el que participa INTERAGUA, mercado en el que no tiene competidores.

Por tanto, en el presente caso se puede colegir que el tipo legal no es configurado por toda vez que: INTERAGUA no tiene competidores que pueda afectar en el mercado relevante en el que presta sus servicios.



Con base en lo expuesto, al no configurarse el tipo legal, para esta Autoridad no se determina un abuso del poder de mercado por parte del operador económico INTERAGUA por violentar lo prescrito en el artículo 9 numerales 1 y 22 de la LORCPM.

9.2.2. Del numeral 18 del artículo 9 de la LORCPM.-

Con base en la normativa constitucional, se considera que no se puede privar a un operador, ni aún dominante de su derecho a dirigir peticiones o instaurar acciones que se encuentren encaminadas a proteger sus derechos. La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 66 numeral segundo, reconoce como un derecho constitucional el dirigir peticiones o quejas a la autoridad pública y a recibir respuestas motivadas. El derecho de interponer una acción de protección está específicamente previsto como una garantía jurisdiccional y su interposición es un derecho que asiste a cualquier persona como un mecanismo para la tutela de sus derechos, conforme los artículos 86 y 87 de la Constitución.

Partiendo del principio de que quien ejerce su derecho no incumple la Ley, el análisis debe partir de la presunción de legalidad de las actuaciones realizadas por el investigado.

En otras palabras, aun cuando las peticiones y acciones sean dirigidas por un operador económico dominante, por tratarse del ejercicio de un derecho constitucional estas actuaciones se presumen legítimas y válidas.

No obstante, ningún derecho es absoluto y su ejercicio abusivo está en contra del ordenamiento jurídico. En este sentido, la Corte Constitucional reconoce en sus fallos que los derechos no son absolutos y pueden ser limitados por medio de la Constitución y la ley, respetando siempre el “núcleo esencial” de cada derecho.¹¹⁸

En el derecho sustantivo ecuatoriano se reconoce que el ejercicio de un derecho, bajo ciertas circunstancias puede ser considerado como ilegal y abusivo; el Código Civil, norma general que rige para el comportamiento de los particulares, en su artículo sin numeración, a continuación del 36, señala: “*Art. ...Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.*” La norma transcrita constituye una limitación general al ejercicio de los derechos.

El artículo 3 de la LORCPM determina que, para la aplicación de esta Ley, deberá analizarse la realidad económica de una conducta antes que sus formas, por lo que una conducta anticompetitiva, no dejará de serlo, por tener la forma del ejercicio de un derecho, dado que este ejercicio legítimo no necesariamente garantiza la inmunidad de una conducta anticompetitiva. Asimismo, el artículo 9 de la LORCPM, específicamente reconoce que: “*No será admitida como defensa o eximente de responsabilidad de conductas contrarias a esta Ley la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas.*” De tal forma, el marco legal ecuatoriano, así como nuestro régimen de competencia,

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia N.º 036-15-SEP-CC CASO N.º 0508-13-EP. “Sin embargo, es preciso puntualizar que el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley. En este sentido, siempre que responda a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales y no se afecte su núcleo esencial, el ejercicio del derecho a impugnar es susceptible de ser delimitado. Una de las restricciones al derecho a recurrir viene dada por la naturaleza de los diferentes procesos, como también por la propia naturaleza del medio de impugnación que se pretende ejercitar. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en pronunciamientos anteriores:”



reconocen que aun cuando una conducta podría, a priori, estar amparada en el ejercicio de un derecho, el ejercicio abusivo de esta conducta podría ser sancionado como abuso de poder de mercado, siempre que exista posición dominante y una afectación negativa a la competencia, el bienestar general o la eficiencia económica.

Al respecto, el TGUE en el caso ITT Promedia NV en contra de la Comisión Europea, que conoció la infracción al artículo 86 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual artículo 102 del TFUE), por abuso de posición de dominio al entablar contra la demandante procedimientos contenciosos ante los órganos jurisdiccionales belgas con temeridad, ha establecido que:

“[...] el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso, a menos que una empresa que tiene posición dominante ejercite acciones judiciales i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tenga por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, sólo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia”.¹¹⁹

De manera similar, el caso Astra Zeneca, este órgano jurisdiccional determinó lo siguiente:

“Si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, ésta no puede acudir a procedimientos legales con el fin de impedir o dificultar la entrada de competidores en el mercado, de no concurrir motivos basados en la defensa de los legítimos intereses de una empresa comprometida en una competencia basada en los méritos o de no existir una justificación objetiva.”¹²⁰

En otras palabras, si bien se reconoce el derecho a dirigir peticiones a las autoridades, estas peticiones, en el caso de ser ilegítimas, podrían estar fuera del ejercicio normal del derecho, ser sujetas al escrutinio de la normativa del Derecho de Competencia y a esta práctica en la Comunidad Europea se la ha conocido como: **Vexatious litigation**.¹²¹

Dentro de la experiencia ecuatoriana, el Ministerio de Industrias y Productividad, sancionó la interposición abusiva de procedimientos legales. Similares experiencias han tenido agencias regionales. La agencia de competencia peruana, el INDECOPI en su publicación “Análisis de las funciones del INDECOPI a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos”, determina que: *“Luego del desarrollo jurisprudencial que se ha dado, los elementos característicos de esta modalidad de abuso de posición de dominio son: (i) el uso reiterado de acciones legales contra competidores, y (ii) la utilización abusiva de tales acciones.”*

En ese sentido, atendiendo a la normativa constitucional y legal, así como a la aplicación comparada de la normativa de competencia se colige que el ejercicio de un derecho debe ajustarse a los fines para los cuales está previsto. En materia de competencia, la forma que envuelva a un acto de naturaleza anticompetitiva no puede eximir de responsabilidad a quien la ejecuta. Por tal razón, si

¹¹⁹ Sentencia TGCE, ITT Promedia NV/Comisión de las Comunidades Europeas, asunto T-111/1996, 17 de Julio de 1998.

¹²⁰ Asunto T-321/05 AstraZeneca AB y AstraZeneca plc contra Comisión Europea

¹²¹ Para mayor información sobre las diferencias en las teorías o estándares entre Sham Litigation y Vexatious Litigation vid: “Vexatious/“Sham” Litigation in EU and US Antitrust Law: A Mechanism in Design Approach de Ioannis Lianos and Pierre Regibeau, Antitrust Bulletin, Vol. 62, No. 4, 2017.



un operador dominante hace un ejercicio que sobrepasa y excede los fines para los cuales está permitido, este ejercicio puede ser abusivo y contrario a la libre competencia.

De tal manera, para evaluar si una conducta es abusiva deberá analizarse la naturaleza del derecho en cuestión y si su ejercicio excede sus fines.

Se debe tomar en cuenta que en el presente expediente de investigación consta en el acervo procesal los siguientes expedientes en los que INTERAGUA es parte, a saber:

▪ **Expedientes en contra de**

Denuncia 427-2011, en contra del operador económico JIK S.A., en este caso, en su momento, se tuvieron las siguientes observaciones:

- i. Las autorizaciones sobre las que versa el litigio fueron aquellas concedidas legítimamente a favor de un operador económico que participa en un mercado distinto a aquel en el que participa INTERAGUA.
- ii. El procedimiento de denuncia fue presentado por el operador económico INTERAGUA, con base en la exclusividad regulada que le otorga el Contrato de Concesión suscrito con el Estado ecuatoriano a través de la ECAPAG; es decir, haciendo uso de su posición monopólica y su derecho de petición.
- iii. Los hechos denunciados por INTERAGUA estuvieron atados a aspectos puntuales:
 - a) El incumplimiento por parte de JIK de las resoluciones dictadas por el CNRH, en cuanto a la instalación de un medidor volumétrico de caudales;

9.2.3. La realización bimensual del análisis físico – químico del agua ya tratada;

9.2.4. La realización de obras, la realización de los pagos establecidos;

9.2.5. La resolución adoptada en el procedimiento fue intencionalmente recurrida por INTERAGUA a través de un recurso extraordinario de revisión ante la máxima autoridad de SENAGUA.

Procedimiento administrativo ante la ARCA, en este caso, en su momento, se extrajo preliminarmente las siguientes observaciones:

- i. Las autorizaciones sobre las que versa el litigio fueron aquellas concedidas legítimamente a favor de un operador económico que participa en un mercado distinto a aquel en el que participa INTERAGUA.
- ii. El procedimiento de denuncia fue presentado por el operador económico INTERAGUA, con base en la exclusividad regulada que le otorga el Contrato de Concesión suscrito con el Estado ecuatoriano a través de la ECAPAG, es decir, haciendo uso de su posición monopólica y con base en su derecho de petición.



- iii. Los hechos denunciados por INTERAGUA estuvieron atados al posible incumplimiento de la Resolución DIR-ARCA-RG-001-2016 y al presunto incumplimiento de las obligaciones concedidas para el aprovechamiento del agua del Río Daule.
- iv. Los informes de dos dependencias de la Agencia de Regulación y Control del Agua, recomendaron no iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de JIK dado que no se logró determinar el incumplimiento de obligaciones y el incumplimiento de la Resolución DIR-ARCA-RG-001-2016.

Recursos extraordinarios de Revisión No. 2016-008 y 2016-009, en estos casos, en su momento se encontró:

- i. Las autorizaciones sobre las que versa el litigio fueron aquellas concedidas legítimamente a favor de un operador económico que participa en un mercado distinto a aquel en el que participa INTERAGUA.
- ii. Los recursos extraordinarios de revisión analizados fueron presentados por el operador económico INTERAGUA, con base en la exclusividad regulada que le otorga el Contrato de Concesión suscrito con el Estado ecuatoriano a través de ECAPAG; es decir, haciendo uso de su posición monopólica y, con base en su derecho de petición.
- iii. Los hechos denunciados por INTERAGUA fueron planteados en contra de las Resoluciones emitidas por el Centro de Atención al Ciudadano de 06 y 09 de octubre de 2014, respectivamente, en las que se autoriza a [redacted] el uso y aprovechamiento del agua del Río Daule por 10 años, por evidente error de derecho al no aplicar la Disposición Transitoria Séptima de la LORHUYA, situación que es inherente a la relación SENAGUA – ADMINISTRADO que no influiría en la prestación del servicio público del servicio público de agua potable en Guayaquil.
- iv. Los efectos legales de estos procedimientos tuvieron como resultado el que se deje sin efecto las resoluciones del 6 y 9 de octubre de 2014. Es decir, se dejó sin efecto los actos administrativos con los que se le autoriza a JIK el uso y aprovechamiento del agua del Río Daule por 10 años, que en sí mismo constituiría un efecto excluyente del operador, dado que para el libre ejercicio de sus actividades la autorización obtenida a través de la Autoridad del Agua era un requisito sine qua non para operar en el mercado.
- v. INTERAGUA a través de su petición de aclaración, logra que de oficio la Autoridad del Agua determine que: “[...] la Compañía JIK, está impedida de comercializar el distribuirla para uso de terceros u otras industrias, por medio de tuberías o

▪ **Expedientes con UNILEVER en ejercicio de su derecho de defensa.-**

Acción de Protección No. 09285-2016-01409, en este expediente, en su momento se encontró:



- i. Las autorizaciones sobre las que versa el litigio fueron aquellas concedidas legítimamente a favor de un operador económico que participa en un mercado distinto a aquel en el que participa INTERAGUA.
- ii. Las acciones constitucionales planteadas por UNILEVER responden a la respuesta negativa del concesionario INTERAGUA en relación al pedido de retiro de un medidor de agua que a decir de UNILEVER no es prestada por INTERAGUA si no proveniente de un caudal autorizado por la Autoridad del Agua con fines de aprovechamiento productivo.
- iii. El resultado del proceso constitucional, otorgó la razón a UNILEVER.
- iv. Del procedimiento se observa que a criterio de INTERAGUA el agua obtenida por UNILEVER que responde a la autorización para fines productivos, para la elaboración de mantequilla y helados y procesada como potable debe ser pagada a INTERAGUA por ser el concesionario del servicio público de agua potable en Guayaquil situación que podría estar afectando la participación del operador económico UNILEVER en un determinado mercado relevante.

Acción Extraordinaria de Protección No. 1685-17, en este expediente, en su momento se encontró:

- i. Las autorizaciones sobre las que versa el litigio fueron aquellas concedidas legítimamente a favor de un operador económico que participa en un mercado distinto a aquel en el que participa INTERAGUA.
- ii. La acción constitucional planteada por INTERAGUA tiene por objeto que la decisión constitucional declare vulnerado el debido proceso como un derecho de INTERAGUA en la resolución de apelación expedida por la Corte Provincial de Justicia, y que se determine que son actos de legalidad para los que existen otras vías legales.
- iii. A la fecha de terminación del presente Informe la Acción Extraordinaria de Protección, no había sido resuelta.

En líneas anteriores se han expuesto los expedientes y sus principales elementos en los cuales INTERAGUA participó como parte, y, éstos fueron el prelude para dar apertura a una investigación por el numeral 18 del artículo 9 de la LORCPM.

Ahora bien, toda vez que se ha expuesto que el derecho de acción no es ilimitado y que un ejercicio abusivo del mismo puede constituir lo que se conoce como *vexatious litigation*, es pertinente conocer cuáles son los elementos en Derecho de Competencia para que se configure o considere al ejercicio de acción como abusivo.

El abuso de derecho en Derecho de Competencia se da cuando operadores económicos con poder de mercado han “abusado” de los sistemas regulatorios, administrativos o de litigio con el ánimo de subir los costos de su competencia, excluirlos y finalmente, afectar a los consumidores.¹²²

¹²² Ioannis Lianos, Valentine Korah y Paolo Siciliani, *Competition Law, Analysis, Cases & Materials*, OUP 2009, pp. 1202.



Cuando el legítimo derecho de acción es considerado como “abusivo”, ya ha sido abordado por la Jurisprudencia que se ha citado en esta sección, en específico en los casos ITT Promedia V Comisión y Astra Zeneca, se determinó que se deben cumplir las siguientes condiciones:

- i. Cuando la acción no puede considerarse razonablemente como un intento de establecer los derechos del operador económico en cuestión y, por lo tanto, solo serviría para hostigar a la parte contraria; y,
- ii. La acción es parte de un plan para eliminar la competencia.

Otro elemento importante a tener en cuenta es la sistematicidad de las acciones implementadas por el dominante en contra de otros operadores económicos, siempre analizando qué se puede considerar como un intento “razonable” para establecer los derechos de los operadores económicos.

Para corroborar o desmentir la configuración de un ejercicio abusivo del derecho de acción en Derecho de Competencia, se realizaron dos requerimientos de información relevantes y determinantes para el presente caso:

- i. Requerimiento de información al MAAE.
- ii. Requerimiento de información al Consejo de la Judicatura.

▪ **Del requerimiento de información al MAAE**

Mediante providencia de: 16 de noviembre de 2021, a las 09h07, se requirió:

“Un listado de TODOS los procedimientos administrativos que hayan sido iniciados por el operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA., con RUC: 0992153563001, en contra de operadores económicos que hayan solicitado, ostentado u obtenido autorizaciones para uso de agua, o para aprovechamiento productivo del agua. Al listado solicitado se deberá adjuntar una copia simple de los procedimientos administrativos enunciados existentes a partir del mes de octubre de 2011, hasta la presente fecha, indistintamente del estado procesal de los procesos.”

Mediante escrito de 16 de diciembre de 2021, a las 16h07, signado con ID 219972, el MAAE expuso que:

*“[...] Se adjunta una memoria relacionada a todos los procesos, así como las respectivas resoluciones en las cuales **International Water Services Interagua C. Ltda.**, presentó oposición o denuncia contra de la compañía **JIK S.A.**, representada por el señor Danilo Dapelo Benítez. Asimismo, se adjunta el memorando Nro. SENAGUA-DHG-11-2017-0062-M del 31 de enero de 2017, mediante el cual se remitieron a la Coordinación General Jurídica de la Secretaría del Agua (en ese entonces) los originales de todos los procesos referidos en la memoria anexa en virtud del recurso extraordinario de revisión interpuesto en aquel entonces.”*

Toda vez que el escrito presentado por el MAAE no era claro, si la información presentada con respecto a JIK S.A., era la totalidad de los recursos interpuestos por INTERGUA. La Intendencia en



providencia de 30 de diciembre de 2021, a las 12h30; 18 de enero de 2022, a las 10h26; y, 16 de febrero de 2022, a las 09h10, requirió:

“Un listado de TODOS los procedimientos administrativos que hayan sido iniciados por el operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA., con RUC: 0992153563001, en contra de operadores económicos que hayan solicitado, ostentado u obtenido autorizaciones para uso de agua, o para aprovechamiento productivo del agua. Al listado solicitado se deberá adjuntar una copia simple de los procedimientos administrativos enunciados existentes a partir del mes de octubre de 2011, hasta la presente fecha, indistintamente del estado procesal de los procesos; o,

En su defecto indique si no se han iniciado procedimientos administrativos por parte del operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA en contra de otros operadores económicos que hayan obtenido autorizaciones para uso de agua o aprovechamiento productivo del agua, a partir del mes de octubre de 2011.”
(Énfasis añadido).

Mediante escrito de 21 de febrero de 2022, a las 11h32, signado con ID 228444, el MAAE dio contestación, explicando a la Autoridad que:

“De la revisión de la base de datos de la Unidad de Gestión Jurídica de esta Dirección Zonal 5 Guayas, se puede colegir que no existe trámite de procedimiento administrativo alguno que haya iniciado la compañía INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA. [...]”

Por cuanto, toda vez que conforme el MAAE no existirían recursos administrativos adicionales planteados por INTERAGUA en contra de operadores económicos que han obtenido autorizaciones para fines productivos del uso del agua, se puede colegir que los elementos para que exista un “abuso” de derecho no se cumpliría, toda vez que:

i. No existe una sistematicidad en la imposición de las acciones legales;

9.2.5.1. Al no haber sistematicidad, no se puede analizar la razonabilidad de las acciones implementadas;

9.2.5.2. No se puede considerar a la acción como un “plan para eliminar la competencia”, toda vez que, como se explicó, estamos ante un monopolio legal.

Por tanto, en cuanto a las acciones administrativas interpuestas por INTERAGUA, no se cumple con los elementos para que se puedan considerar como abuso. El mismo análisis se realizó con las acciones judiciales interpuestas por el investigado, como se explica a continuación.

▪ **Del requerimiento de información al Consejo de la Judicatura**

Mediante providencias de: 23 de agosto de 2021, a las 15h46; y, 16 de noviembre de 2021, a las 09h07; se requirió:



“Un listado, y copias simples, de todos los procesos judiciales en materias: constitucionales; y, contencioso administrativas, en las que el operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA., con RUC: 0992153563001, conste como parte procesal, ya sea como actor o demandado a nivel nacional. El periodo de búsqueda solicitado se remonta a partir del mes de octubre de 2011, hasta la presente fecha, indistintamente del estado procesal de los procesos.”

Mediante escrito de 01 de diciembre de 2021, a las 11h49, signado con ID 217701, el Consejo de la Judicatura envió la información solicitada, indicando:

“Esta Dirección Nacional recibió de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, un informe que contiene lo solicitado en su requerimiento, en el Memorando-CJ-DNEJEJ-2021-1303-M, de miércoles 24 de noviembre de 2021, suscrito por el Econ. Dorian Damián Flores Aguilera, Director Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, mediante el cual comunica lo siguiente:

“(…) En razón de las competencias y atribuciones de la Dirección, se realizó la consulta en la base de datos de los registros administrativos contenidos en el Sistema Automático de Trámites Judiciales (SATJE) corte a octubre 2021, y se identificaron todos los procesos judicializados en los que aparece el operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES INTERAGUA CIA. LTDA con RUC: 0992153563001, se adjunta el papel de trabajo 1188.””

De la información presentada por el Consejo de la Judicatura se desprende que INTERAGUA estaría involucrado en 2449 causas en los distintos ámbitos del derecho. Una vez recibida la información, se procedió a analizar las materias que estarían relacionadas al presente expediente de investigación, siendo éstas: i) contencioso administrativo; civil; y, constitucional, dejando de lado: i) penal; ii) laboral, iii) contravenciones; iv) inquilinato; v) niñez y adolescencia; y, vi) tránsito. Lo cual dio como resultado un total de 312 causas.

De las cuales apenas cuatro fueron contencioso administrativas; 148 causas civiles y 160 constitucionales. Asimismo, se debe considerar que de las 312 causas analizadas, INTERAGUA fue actor en apenas 15, en el resto ejerció como denunciado. Es decir, 297 causas no habrían sido iniciadas por éste, por tanto, no existiría un abuso del derecho de acción, toda vez, que INTERAGUA estaría ejerciendo su legítimo derecho a la defensa, derecho del que no se considera pueda existir un abuso.

Asimismo, de la revisión realizada a los 312 casos se pudo determinar que, a parte de la acción de protección 09285-2016-01409, las mismas no tenían relación con lo que se está investigando en el presente expediente.

No existe una sola causa en las que INTERAGUA haya apelado ante el Contencioso Administrativo alguna autorización de uso productivo del agua otorgada por la Autoridad Única del Agua o, que haya realizado un acción de protección con respecto a este elemento.

Lo propio ocurre con las causas en las que INTERAGUA es actor, de las 15 identificadas, 5 acciones son por expropiación; 4 por garantías bancarias; 4 por cobro de dinero; y, 2 por reconocimiento de firmas.



Por tanto, de la revisión y análisis realizado a la información presentada por el Consejo de la Judicatura, se colige, que INTERAGUA no ha iniciado acciones legales injustificadas en contra de otros operadores económicos, por lo cual, se puede concluir que:

- i. No existe una sistematicidad en la imposición de las acciones legales;
- ii. Al no haber sistematicidad, no se puede analizar la razonabilidad de las acciones implementadas;
- iii. No se puede considerar a la acción como un “plan para eliminar la competencia”, toda vez que, como se explicó, estamos ante un monopolio legal.

Por tanto, en el presente caso se puede colegir que el tipo legal no es configurado por toda vez que, no se ha determinado que INTERAGUA haya interpuesto acciones legales injustificadas en contra de otros operadores económicos en mercados relevantes conexos.

Con base en lo expuesto, al no configurarse el tipo legal, para esta Autoridad no se configuraría un abuso del poder de mercado por parte del operador económico INTERAGUA por violentar lo prescrito en el artículo 9 numeral 18 de la LORCPM.

9.2.3. Del numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM

El numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM trata dos hipótesis de abuso de poder del mercado: la implementación de prácticas exclusorias o explotativas. De esta manera el tipo legal prescribe:

“15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas”

Como se puede apreciar al igual que los numerales 1 o 22 del artículo 9, en este caso también estamos ante una cláusula general prohibitiva del abuso del poder de mercado, en la que se puede considerar cualquier conducta que sea exclusoria.

Los requisitos cumulativos para que se configure la modalidad de abuso de poder de mercado conforme el numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM son:

- i. La existencia de un operador económico dominante;
- ii. Que el operador económico dominante, implemente prácticas exclusorias o explotativas;
- iii. Que a través de dicha implementación exista una afectación a uno de los bienes jurídicos protegidos por el abuso de poder de mercado: competencia, eficiencia económica o bienestar general.

En el presente caso se están investigando conductas exclusorias, por tanto, no es necesario realizar un análisis en cuanto a la implementación de “prácticas explotativas”.



Dicho esto, la teoría del daño manejada por la Autoridad corresponde a que INTERAGUA, con base en su poder de mercado en el mercado que es monopolista, estaría afectando al mercado conexo, en el que no se desenvuelve, del uso del agua cruda en aprovechamiento productivos a través de la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo de agua.

La afectación se estaría dando tanto hacia la eficiencia económica como al bienestar general, toda vez que, para los operadores económicos industriales les resultaría más barato solicitar una autorización al Gobierno Central para poder abastecerse directamente del agua de distintas fuentes, utilizar dicha agua en sus distintos procesos productivos y producto de dicho ahorro, los usuarios finales podrían obtener productos más baratos.

Para determinar si efectivamente los operadores económicos veían factible el aprovisionamiento de agua directamente de la fuente para incorporarla en sus procesos productivos, así como, si existiese un ahorro de los costos se realizaron dos cuestionarios D y F, si bien las respuestas dadas por los operadores económicos fueron vastamente analizadas en el acápite correspondiente a mercado relevante, consideramos pertinente exponer, las respuestas más representativas de los operadores económicos quienes, indicaron lo siguiente a las preguntas detalladas a continuación:

A la pregunta: *¿Considera que el agua que actualmente su representada utiliza dentro los diferentes procesos productivos en la elaboración de sus productos o provisión de servicios, podría ser adquirida a través de otras fuentes hídricas, que no sea su prestador local?*

Un [redacted] de los operadores económicos indicaron que sí la podrían adquirir a través de otras fuentes hídricas que no sea INTERAGUA. De este [redacted] señaló que considera una opción factible, adquirir una autorización para aprovechamiento productivo del agua, con el fin de autoabastecerse de agua cruda e incorporarla en la elaboración de sus productos y/o provisión de servicio (con los tratamientos correspondientes de ser el caso).

Como se expuso en la sección del mercado relevante:

*“[...] se puede observar que de los operadores (45) que contestaron la pregunta 14, la cual menciona: “Qué beneficios generaría a su representada adquirir agua directamente de la fuente hídrica (con una autorización para aprovechamiento productivo del agua), en relación al agua potable adquirida a su prestador local de agua potable”, el 45% ha señalado que adquirir agua directamente de la fuente hídrica mediante la obtención de una autorización para aprovechamiento productivo del agua **traería beneficios tales como mejor calidad de agua y/o reducción de costos.**” (Énfasis añadido).*

De hecho, [redacted] operadores que contestaron la pregunta 15 del Cuestionario D, indicó que consideran que el precio que paga por el agua que utiliza en la elaboración de sus productos y/o servicios influye significativamente en el precio final de sus productos.

Por lo cual, en un principio se consideró la existencia de una demanda de agua cruda proveniente de fuentes naturales, por parte de los operadores económicos que requieran obtener una autorización de aprovechamiento productivo por parte de la autoridad única del Agua.

Una vez que se tuvieron estos resultados, para poder tener mayores elementos de convicción que lleven a la voluntad inequívoca de la Administración Pública a través del Cuestionario F, pudo determinar



que pese a que para los operadores económicos consideran que sería más beneficioso en cuanto a costos el obtener una autorización de aprovechamiento productivo para uso de agua y proveerse directamente de fuente, éstos han optado no hacerlo toda vez que no existen las condiciones para solicitar las autorizaciones.

Por un lado, las plantas de los operadores económicos no están sobre pozos de agua, de los cuales se puedan proveer; asimismo, no contarían con la infraestructura para levantar las tuberías necesarias para la captación del agua de fuente; o, si bien existe un ahorro de costos, el costo que representa el agua en el proceso productivo sería mínimo.

Por tanto, a excepción de _____ han tomado la decisión de, simplemente, no solicitar las autorizaciones de uso de agua con fines productivos y seguir utilizando el agua proveída por INTERAGUA, pese a que están conscientes que la misma tiene un valor mayor.

Al no existir una demanda por parte de los industriales para solicitar la autorización para uso productivo del agua, no se puede colegir que INTERAGUA esté afectando a un bien jurídico protegido del abuso del poder de mercado.

Con base en lo expuesto el tipo legal no es configurado por lo realizado por parte de INTERAGUA.

Al no configurarse el tipo legal, para esta Autoridad no existiría un abuso del poder de mercado por parte del operador económico INTERAGUA por violentar lo prescrito en el artículo 9 numeral 15 de la LORCPM.

9.2.4. Conclusiones de los numerales 1, 15, 18 y 22 del artículo 9 de la LORCPM

Del análisis realizado en el acápite correspondiente a las conductas investigadas por esta Autoridad, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- i. El operador económico INTERAGUA es un monopolista legal en el mercado relevante de la prestación del servicio público de agua potable, enmarcado dentro del área de concesión otorgada a INTERAGUA, la cual comprende el área urbana de la ciudad de Guayaquil más las parroquias rurales: Juan Gómez Rendón (Progreso), El Morro, Posorja, Puná y Tenguel y los convenios de provisión de agua tratada en bloque con otros cantones en el ámbito de la concesión, desde el 13 de octubre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2020.
- ii. Toda vez que, INTERAGUA, al ser un monopolista legal, no puede tener competencia en el mercado relevante determinado no se configuraría el tipo legal de los numerales 1 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.
- iii. INTERAGUA no habría incurrido en un abuso de derecho interponiendo acciones legales injustificadas que puedan afectar el mercado conexo de uso del agua cruda en aprovechamientos productivos a través de la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo de agua, enmarcado dentro del área de concesión otorgada a INTERAGUA, por tanto, no se configura el tipo legal del numeral 18 del artículo 9 de la LORCPM.



- iv. Pese a que los operadores económicos están conscientes de los beneficios económicos derivados de la obtención de una autorización de aprovechamiento productivo de agua, éstos, por distintos motivos, han optado por no obtener directamente dicha autorización.
- v. Al no existir demanda, INTERAGUA no puede afectar el mercado conexo determinado, por tanto, no se configura el tipo legal del numeral 15 del artículo 9 de la LORCPM.

DÉCIMA: PARTE RESOLUTIVA.- Dado el momento procesal, los hechos, información constante en el expediente administrativo, el análisis efectuado y considerando el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-003, esta Autoridad al amparo de lo establecido en el artículo 63 del RALORCPM y el artículo 25 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, **RESUELVE:**

PRIMERO: Acoger en su totalidad el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2022-003 de 22 de enero de 2022, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado.

SEGUNDO: Ordenar el **ARCHIVO** del Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-021-2019, toda vez que se ha agotado el trámite correspondiente establecido dentro de la normativa legal, sin que se hayan encontrado elementos que ameriten la prosecución de la investigación por presuntas infracción tipificadas en los numerales 1, 15, 18 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, al determinarse que el operador económico investigado, pese a ostentar posición de dominio en el mercado relevante determinado, no ha incurrido en las conductas investigadas.

TERCERO: Notifíquese al operador económico INTERNATIONAL WATER SERVICES (GUAYAQUIL) INTERAGUA C. LTDA con el contenido de la presente Resolución.

CUARTO: Una vez que haya causado estado la presente Resolución, notifíquese a la Intendencia General Técnica.

QUINTO: Siga actuando como Secretaria de Sustanciación la Abg. Verónica Martínez Ortiz, dentro del presente expediente administrativo. **CÚMPLASE Y NOTIFIQUESE.-**

MARIA
ALEJANDRA
EGUEZ VASQUEZ

Firmado digitalmente por
MARIA ALEJANDRA
EGUEZ VASQUEZ
Fecha: 2022.04.05
17:00:15 -05'00'

Econ. María Alejandra Egüez Vásquez
**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DEL
PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.**