

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica.
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia –CRPI-
- **Expediente de origen:** SCE-CRPI-14-2023
- **Expediente Apelación:** SCE-INJ-02-2024
- **Apelante:** INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP S.A. (“IAG”)

**SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.-** Quito, DM, 13 de junio de 2024, a las 11h20.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de máxima autoridad de la Superintendencia de Competencia Económica (SCE), conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, modificada mediante acción de personal No. SCE-INAF-DNATH-2023-074-A de 30 de junio de 2023, cuyas copias certificadas constan en el expediente, y, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 numeral 4.1 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público<sup>1</sup>, en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP S.A., en contra de la Resolución de 08 de marzo de 2024 a las 09h30, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023, en uso de mis facultades legales, dispongo:

#### **PRIMERO.- COMPETENCIA.-**

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece que las personas que actúan en virtud de la potestad estatal sólo ejercerán las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley; en este sentido, conforme lo previsto en el artículo 213 de la Norma Constitucional, la Superintendencia de Competencia Económica es un organismo técnico de control que pertenece a la Administración Pública, encargado de hacer cumplir los lineamientos y disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) a través de la ejecución de los procedimientos especiales previstos en la ley, en razón de la especialidad de la materia del Derecho de Competencia. En el presente caso se observa que el objeto de la impugnación corresponde a temas propios de las facultades de control de la SCE, razón por lo cual, la normativa aplicable es la establecida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; por lo tanto, conforme el numeral 2 del artículo 42 y artículo 67 de la LORCPM, le corresponde al Superintendente de Competencia

---

<sup>1</sup> RLOSEP.- “Art. 105.- Cesación de funciones por remoción.- En los casos de cesación de funciones por remoción previstos en el artículo 47, letra e) de la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma no implica sanción disciplinaria de ninguna naturaleza y se observará lo siguiente: [...] 4.- Cesación de funciones por remoción de funcionarios de período fijo.- La o el servidor que hubiere sido designado para ejercer un puesto por período fijo, cesará en sus funciones en los siguientes casos: 4.1.- De manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno. Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, a fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales, los funcionarios de período fijo que formen parte del nivel jerárquico superior no podrán separarse del desempeño de su puesto, en la misma calidad que ostenten, hasta que sean legalmente reemplazados, conforme a lo siguiente: a.- Cuando la ley no haya previsto la existencia de un servidor que pueda asumir el puesto como suplente o encargado o a pesar de estar previsto el puesto de dicho servidor se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente, se procederá de manera inmediata a iniciar el proceso respectivo para la designación del funcionario de período fijo y el que debiere haber sido removido continuará en ejercicio de sus funciones hasta que se poseione el servidor que resultare electo; y,[...] b.- En caso de que el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, debiendo el servidor que debió ser removido continuar en ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso de selección y se poseione el servidor que resultare electo. En estos casos se mantendrá la representación institucional que se hubiere establecido hasta que se produzca el reemplazo. [...]” (Énfasis fuera de texto)

Económica, en calidad de máxima autoridad de la institución, conocer y resolver el presente Recurso de Apelación.-

#### **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

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

#### **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-**

El señor Daniel Esteban Robalino Orellana comparece en calidad de Apoderado Especial del operador económico INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta SCE el 08 de abril de 2024 con número de trámite Id. 202405987 e Id. anexos 216757, 216761 y 216764, y presentó un Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 08 de marzo de 2024, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI), dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023; recurso del cual esta autoridad, con providencia de 17 de abril de 2024, avocó conocimiento y, debidamente verificado que la impugnación cumplió los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica (IGPA), como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-

#### **CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-**

El acto administrativo impugnado corresponde a la Resolución de 08 de marzo de 2024, a las 09h30, emitida por la CRPI, dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023, que resolvió:

*“[...] **SEGUNDO.- DECLARAR** el incumplimiento por parte del operador económico INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A., de la **CONDICIÓN ACCESORIA** establecida en Resolución emitida por la CRPI el 4 de diciembre de 2023, de conformidad con lo considerado en la presente resolución.*

***TERCERO.- DENEGAR** la autorización de la operación de concentración económica notificada POR INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A. (“IAG”), en los términos de la presente resolución.”*

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

El operador económico INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP S.A., en su escrito de apelación, en el apartado 6, señala:

*“132. Con base en los fundamentos de hecho y de derecho antes expuestos, se solicita al señor Superintendente de Competencia Económica, aceptar el presente recurso de apelación y, en consecuencia, declare la nulidad de la Resolución al ser esta contraria a la Constitución y la Ley, dejándola sin efecto.*

133. En virtud de la declaratoria de nulidad, solicito al señor Superintendente de Competencia Económica que declare:

- (i) *Que IAG dio cumplimiento a la Condición Accesoría en los términos de la Resolución de Subordinación;*
- (ii) *Que el cumplimiento de la Condición 1 deberá verificarse con sujeción a los términos previstos en el Documento de Cumplimiento, y;*
- (iii) *Que la INCCE deberá continuar con el proceso de monitoreo de la Condición 1 al amparo de la modalidad contenida en el Documento de Cumplimiento.”*

Pretensión por medio de las cuales el recurrente solicita se declare la nulidad del acto administrativo impugnado.

En la forma del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el apelante estructura su pretensión en dos presupuestos respecto a los yerros en los cuales habría incurrido la CRPI, respecto de:

- a. El cumplimiento de la condición accesoría conforme lo dispuesto en la resolución emitida por la CRPI; y,
- b. La CRPI extralimitó sus funciones, viciando de nulidad la resolución la cual no puede ser oponible a IAG.

Postulados que se transcriben en su parte pertinente a continuación:

- Cumplimiento de la condición accesoría conforme lo dispuesto en la resolución emitida por la CRPI:

*“[...] 32. De conformidad con los términos de la Resolución de Subordinación, la Condición Accesoría se entendería cumplida con la aprobación del Documento de Cumplimiento por parte de la INCCE y posterior presentación ante la CRPI del referido documento, en los siguientes términos:*

Por tanto, IAG deberá, en el término máximo de 45 días contados desde la notificación de esta resolución, presentar ante la CRPI el Documento de Cumplimiento de la Condición 1. Documento que, previamente deberá contar con la discusión, análisis y aprobación de la INCCE.

33. *Esto es, por medio de esta condición, la CRPI había delegado plenamente en la INCCE la competencia para discutir, analizar y aprobar el Documento de Cumplimiento, cumpliéndose la Condición Accesoría con la aprobación de la INCCE y la posterior presentación a la CRPI del Documento de Cumplimiento ya aprobado.*

34. *La propia CRPI reconoce y confirma esta delegación cuando señala en la Resolución que no tiene capacidad para modificar el Documento de Cumplimiento por corresponder únicamente esta facultad a la INCCE en los siguientes términos: “esta Comisión tampoco puede reformar el documento presentado por el*

*operador y aprobado por la INCCE o considerarlo parcialmente atendido, por cuanto el no cumplimiento de una de las condiciones conlleva a la denegación de la autorización de la concentración económica, en los términos de la Ley y la propia resolución de 4 de diciembre de 2023.”<sup>9</sup>*

35. *No hay que olvidar que la elaboración del Documento de Cumplimiento fue dispuesta por la CRPI, porque existiendo un consenso sobre la pertinencia del condicionamiento estructural impuesto, debía de instrumentarse su modo de cumplimiento y los tiempos teniéndose en cuenta los criterios y preocupaciones expresadas por la INCCE en sus informes. Es decir la CRPI impuso a IAG la obligación de conseguir la aprobación de la INCCE sobre un documento que serviría para la instrumentación de la Condición 1, el cual fue elaborado sobre la base de texto propuesto por la propia INCCE que -en su gran mayoría- no fueron negociables.*
36. *Por tanto, sobre la base de la interpretación literal, así como la lógica y sistemática de la Resolución de Subordinación se puede concluir que, respecto del Documento de Cumplimiento y el cumplimiento de la Condición Accesoría, la CRPI atribuyó la plena competencia a la INCCE como órgano técnico en materia de control de concentraciones económicas. En los términos de la propia Resolución de Subordinación, la CRPI atribuyó a la INCCE la capacidad de determinar “**el modo de cumplimiento, especificando los tiempos y particularidades de todo lo dispuesto en la condición 1**” (énfasis añadido). En definitiva, la Resolución de Subordinación delegada, plenamente en la INCCE la capacidad de determinar los tiempos y particularidades de la desinversión prevista en la Condición 1, otorgándole la competencia para discutir, analizar y, en último término, aprobar, el Documento de Cumplimiento*  
[...]
38. *Consecuentemente, a diferencia de lo que señala la CRPI, IAG **SÍ** cumplió con la Condición Accesoría al **presentar** –tal y como manda la Resolución de Subordinación- a la CRPI un Documento de Cumplimiento que había sido discutido, analizado y **aprobado** por la INCCE, en cumplimiento de lo establecido por la propia CRPI.*  
[...]

**A.2. MEDIANTE LA RESOLUCIÓN, LA CRPI PRETENDE MODIFICAR MATERIALMENTE LO ESTABLECIDO EN LA RESOLUCIÓN DE SUBORDINACIÓN EN PERJUICIO DE IAG**

40. *Más allá de lo anterior, la Resolución desvirtúa lo dispuesto en la Resolución de Subordinación al efectuar una lectura arbitraria e injustificada de sus términos, introduciendo como requisito ex novo la obligación de que la desinversión sea efectiva para el cumplimiento de la Condición 1, requisito que no se contempla en la Resolución de Subordinación ni se deriva de una interpretación literal ni lógica de la misma, ni tampoco de los informes de la INCCE y reuniones mantenidas a lo largo del procedimiento.*

41. En específico, la “**Condición 1: Obligación de IAG, sus filiales o cualquier compañía que la subrogue en sus derechos u obligaciones, de desinvertir los activos necesarios para facilitar y permitir la entrada de una nueva aerolínea que ofrezca vuelos directos en las rutas Quito-Madrid y Guayaquil-Madrid.** [...]”

**A.3. LA RESOLUCIÓN DE LA CRPI ADOLECE DEL ELEMENTO ESENCIAL DE MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS [...]**

62. La CRPI arguye la falta de incorporación de “*todos los puntos contenidos en la Condición 1*”. Sin embargo, un acto administrativo no puede considerarse motivado si su fundamento descansa sobre la base de una falacia y peor aún si la CRPI no realizó el más mínimo ejercicio de lógica que se corresponda con la verdad procesal. [...]”

- La CRPI extralimitó sus funciones, viciando de nulidad la resolución la cual no puede ser oponible a AIG:

**Contraria a la Constitución de la República del Ecuador**

“[...] 75. Estos tres elementos se verifican en la actuación de la CRPI en este caso, según el siguiente detalle:

- Relevancia Jurídica de la Conducta y generación de confianza legítima en IAG.** La resolución de Subordinación tuvo innegable valor jurídico que generó efectos subjetivos en el administrado (IAG) y en la INCCE. A IAG le impuso una carga relevante contenida en la Condición Accesorio y en la Condición 1. Además, la propia Resolución de Subordinación generó confianza legítima de que, al aprobarse el Documento de Cumplimiento por la INCCE y presentarse posterior a la CRPI, esto verificaría el cumplimiento de la Condición Accesorio conforme la interpretación literal, pero también lógica y sistemática de la Resolución de Subordinación.
- Unidad de situación jurídica.** Las dos resoluciones de la CRPI (Resolución de Subordinación y Resolución) se producen en el marco de la misma relación jurídica, que es la operación de concentraciones notificada por IAG consiste en la adquisición de control exclusivo sobre Air Europa. Además, existe identidad subjetiva, pues es la propia CRPI quien emitió ambas resoluciones haciendo evidente y grosera la contradicción de su conducta posterior al emitir la Resolución contraviniendo lo establecido en la Resolución de Subordinación. Esta conducta destruye la confianza legítima depositada por la IAG en la CRPI.
- Pretensión de conducta contradictoria.** La Resolución, innegablemente, contiene una pretensión de conducta contradictoria. En la Resolución de Subordinación la CRPI ordeno que la INCCE apruebe el Documento de Cumplimiento, para viabilizar la desinversión atendiendo los riesgos identificados por la propia INCCE en el informe de resultados de la

*investigación, otorgándole plena capacidad para determinar las particularidades y criterio bajo los que se entendería cumplida la condición que establece la desinversión. Entonces, es improcedente que en el acto posterior la CRPI alegue que la INCCE no tenía facultades para aprobar el Documento de Cumplimiento en los términos dados.*

*Menos aún, podría la CRPI alegar que su intención era la **acción** de desinversión y no la **obligación** de desinversión, conforme la interpretación literal, pero también lógica y sistemática de la Resolución de Subordinación que ya explicamos en el acápite A de la sección de fundamentos de este recurso [...]*

76. Adicionalmente, debemos recordar al señor Superintendente que el Art. 22 del COA dispone que:

***“Las administraciones públicas actuarán bajo los criterio de certeza y previsibilidad.** La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. (...)*

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

77. Esta regla es relevante porque la CRPI delegó –de forma expresa e inequívoca– a la INCCE la aprobación del Documento de Cumplimiento.

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

Conforme la exposición efectuada por el operador económico INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP S.A., en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratarse, el examen motivacional del acto administrativo impugnado de 08 de marzo de 2024 a fin de establecer si el administrado dio cumplimiento a la condición accesoria impuesta por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en Resolución de 04 de diciembre de 2023 a las 17h15.

Para efectos de desarrollo, se analizarán –de la verdad procesal– los argumentos de hecho y de derecho del recurso frente a la exposición motivacional del acto administrativo impugnado, con visión a los dos presupuestos presentados por el recurrente como fundamentos de su pretensión.

## **SÉPTIMO.- CONSTANCIAS PROCESALES.-**

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, así como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se detallan a continuación, sin que esto implique que no se revisó la totalidad del cuaderno administrativo:

**a) Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023:**

1. Memorando SCE-INCCE-DNCCE-2023-087, de 13 de octubre de 2023, con el cual se pone en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el Informe SCE-IGT-INCCE-2023-014, de 13 de octubre de 2023;
2. Providencia de 17 de octubre de 2023, a las 09h20, mediante el cual los doctores Edison Toro y Pablo Carrasco, así como el economista Carl Pfistermeister, en calidad de Comisionados de Resolución de Primera Instancia de la SCE, avocaron conocimiento del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023 y trasladaron el extracto no confidencial del Informe SCE-IGT-INCCE-2023-014, exclusivamente al operador económico International Consolidated Airlines Group, S.A., para que en el término de (5) días, manifieste lo que considere necesario;
3. En escrito presentado el 24 de octubre de 2023, por Daniel Esteban Robalino Orellana, en calidad de Apoderado Especial IAG, se plantearon observaciones al INFORME y se remitió una propuesta de condicionamientos para consideración de la CRPI.
4. Providencia de 25 de octubre de 2023, a las 16h13, la CRPI trasladó el escrito de 24 de octubre de 2023 a la INCCE para su pronunciamiento.
5. Informe SCE-IGT-INCCE-2023-025 de 09 de noviembre de 2023, mediante el cual la INCCE remitió el análisis de las observaciones planteadas por IAG y de la nueva propuesta de condicionamientos.
6. Providencia de 14 de noviembre de 2023, a las 16h19, mediante la cual, la CRPI, dispone a la INCCE realizar toda actividad necesaria a fin de establecer el alcance de los remedios estructurales propuestos por el operador económico IAG.
7. Mediante escrito de 20 de noviembre de 2023, IAG presentó una nueva propuesta de condicionamientos.
8. Mediante providencia de 20 de noviembre de 2024, a las 17h15, la CRPI dispuso:

***“SEGUNDO.- TRASLADAR a la INCCE para que manifieste lo que considere necesario los siguientes documentos:***

*- El escrito presentado por el operador económico IAG de 20 de noviembre de 2023, y anexos, signados con ID: 202309543.*

***TERCERO.- DISPONER a la INCCE que realice, con base en la presentación correspondiente del nuevo texto de condicionamientos por parte de IAG, las actividades necesarias a fin de verificar que las medidas propuestas por IAG solventen los riesgos de competencia identificados dentro del análisis de operación de concentración. Esto implica que podrá solicitar a IAG cualquier aclaración, realizar observaciones u solicitar modificaciones, a fin de que de considerarlo IAG pueda presentar una propuesta de condicionamientos que haya sido verificado y validado por dicho órgano de investigación.”***

9. Con Informe SCE-IGT-INCCE-2023-026 de 27 de noviembre de 2023, el Intendente Nacional de Concentraciones Económicas, en cumplimiento de lo dispuesto en providencia de 20 de noviembre de 2023, recomienda a la CRPI no aceptar los condicionamientos en los términos presentados por el operador económico IAG.
10. Providencia de 28 de noviembre de 2023, a las 16h42, la CRPI, dispone fijar para el día jueves 30 de noviembre de 2023, a las 15h00, una reunión de trabajo en la que participarán los representantes del operador económico, integrantes de la INCCE y los Comisionados.
11. Con Informe SCE-IGT-INCCE-2023-027 de 30 de noviembre de 2023, el Intendente Nacional de Concentraciones Económicas, aclara:

*“[...] que esta Intendencia nunca ha propuesto determinar cuáles son los activos que se deben desinvertir, y eso es fácilmente contrastable de todos los informes y reuniones mantenidas con el operador económico. Lo que sí ha requerido ajustar este órgano es que, en la negociación con el remedy taker, en función de sus características, se obligue al mismo –al menos– a emular el comportamiento en Ecuador, en términos de frecuencias y slots, que mantenía el operador adquirido en la operación de concentración económica, esto con el fin de mantener la presión competitiva en el mercado y no perjudicar a los consumidores locales. Esta Intendencia, solicita esto justamente para no mantener conflictos posteriores a la subordinación sobre la idoneidad de la nueva aerolínea, pues entendería que una vez realizada la negociación con el remedy taker y agotado el procedimiento europeo, tal como indica AIG, la inclusión de nuevas condiciones es inviable e inaplicable en la práctica.”*

12. Resolución de 04 de diciembre de 2023, a las 17h15, mediante la cual, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, resuelve:

**“PRIMERO.- SUBORDINAR** la operación de concentración económica notificada por INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A. (IAG), de conformidad con la letra b) del artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 21 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al cumplimiento de la siguiente condición de orden estructural:

**CONDICIÓN 1:** Obligación de IAG, sus filiales o cualquier compañía que la subroge en sus derechos u obligaciones, de desinvertir los activos necesarios para facilitar y permitir la entrada de una nueva aerolínea que ofrezca vuelos directos en las rutas Quito-Madrid y Guayaquil-Madrid. [...]

*El cumplimiento de la condición 1 deberá ocurrir en el término de 90 días contados desde el día siguiente de la notificación de la presente resolución, sin perjuicio de que este tiempo pueda ser prorrogado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM.*

*En el caso que se ejecute la operación de concentración notificada entre IAG y AIR EUROPA, previa autorización de la Superintendencia de Competencia Económica, y se*

*prevea que el ingreso de la nueva aerolínea en los vuelos directos en las rutas Quito-Madrid y Guayaquil-Madrid, no se producirá en el corto plazo (hasta seis meses contados desde la ejecución de la transacción entre IAG y AIR EUROPA), IAG deberá suscribir e implementar un acuerdo de competencia “Hold Separate” entre IAG y Air Europa en Ecuador, a fin de mantener las condiciones de competencia, independencia y autonomía cuya vigencia se mantendrá hasta el ingreso de la aerolínea adjudicataria de los activos desinvertidos.*

**CONDICIÓN ACCESORIA:** *Dentro del presente caso de concentración, existe un consenso sobre la pertinencia del condicionamiento estructural que ha sido impuesto, sin embargo, existen diferencias entre IAG y la INCCE en su modo de cumplimiento.*

*Por tanto, IAG deberá, en el término máximo de 45 días contados desde la notificación de esta resolución, presentar ante la CRPI el Documento de Cumplimiento de la Condición 1. Documento que, previamente deberá contar con la discusión, análisis y aprobación de la INCCE.*

*El Documento de Cumplimiento de la Condición 1 instrumentará el modo de cumplimiento, especificando los tiempos y particularidades de todo lo dispuesto en la condición 1; así mismo, establecerá el criterio bajo el cual se entenderá cumplida dicha medida.*

*Para la proposición, análisis y aprobación se considerará como base el texto de la última propuesta de condicionamientos presentada por IAG, en el presente expediente; y, los criterios y preocupaciones expresados por la INCCE en sus informes, sin que esto limite la posibilidad y facultad de la Intendencia de requerir ajustes u observaciones adicionales al documento previo su aprobación.*

*Para ello, IAG y la INCCE, dentro del término de 3 días, contados desde la notificación de la presente resolución, tendrán una reunión de trabajo en la que fijarán un cronograma para la elaboración y presentación del Documento de Cumplimiento de la Condición 1. Dicho cronograma contendrá un tiempo prudencial para que la INCCE pueda pronunciarse sobre la aprobación o no del documento final.”*

13. Memorando SCE-INCCE-DNCCE-2024-010 de 05 de febrero de 2024, con el cual, la Analista de Control de Concentraciones Económicas 2 de la Dirección Nacional de Control de Concentraciones Económicas, notifica a la CRPI la providencia de 05 de febrero de 2024, que señala lo siguiente:

*“[...] en virtud de que la versión definitiva del Documento de Cumplimiento de la Condición 1 presentada por el operador económico subordinado, instrumenta, a criterio de esta Intendencia, satisfactoriamente el modo de cumplimiento, especificando los tiempos y particularidades de todo lo dispuesto por la CRPI en la condición 1 de la Resolución de subordinación de 04 de diciembre de 2023, a las 17h15, dentro del expediente SCE-CRPI-14-2023, APRUÉBESE el Documento de Cumplimiento de la Condición 1 presentada por INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A. el 31 de enero de 2024, ingresada con número de trámite interno ID. 202401724.”*

14. Escrito y anexo de 08 de febrero de 2024, signado con el número de trámite Id. 202402222, en el que, el operador económico IAG, ingresa los Documentos de Cumplimiento (versión definitiva 31.01.2024) impuesta por la CRPI en la Resolución de Subordinación de 04 de diciembre de 2023, a las 17h15.
15. Providencia de 15 de febrero de 2024, en la que, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dispone: “[...] **TRASLADAR** a la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, el escrito y el anexo, ingresados el 08 de febrero de 2024, con trámite ID: 202402222, que contiene los archivos denominados IAG-Documento de Cumplimiento (versión definitiva 31.01.2024), en formato Word y PDF, para que en el término de tres (3) días se pronuncie respecto de si dichos documentos fueron los íntegramente aprobados por dicha dependencia.”
16. Memorando SCE-INCCE-DNCCE-2024-021 de 20 de febrero de 2024, mediante el cual, la Secretaria de Sustanciación, notifica a la CRPI la providencia de fecha 20 de febrero de 2024, que en su parte pertinente menciona:  
  
“[...] **2.1.** La documentación presentada por IAG es idéntica a la que fue previamente aprobada por esta Intendencia [...]”
17. Escrito de 27 de febrero de 2024, signado con el número de trámite Id. 202403210, mediante el cual, el operador económico IAG, solicitó el otorgamiento de un término adicional para el cumplimiento de la condición 1;
18. Resolución de 08 de marzo de 2024, a las 09h30, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023, por medio de la cual resolvió:  
  
“[...] **SEGUNDO.- DECLARAR** el incumplimiento por parte del operador económico **INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A.**, de la **CONDICIÓN ACCESORIA** establecida en Resolución emitida por la CRPI el 4 de diciembre de 2023, de conformidad con lo considerado en la presente resolución. **TERCERO.- DENEGAR** la autorización de la operación de concentración económica notificada **POR INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A. (“IAG”)** [...]”

**b) Expediente Administrativo SCE-INJ-2-2024:**

1. Memorando SCE-CRPI-2024-298 de 11 de abril de 2024, mediante el cual la Experta de la CRPI pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 10 de abril de 2024, emitida dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023, y remite el escrito que contiene el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico **INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A.**, en contra de la Resolución de 08 de marzo de 2024, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023;
2. Providencia de 11 de abril de 2024, a las 09h15, mediante la cual, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispone: “[...] **RECTIFICAR** en la providencia de 10 de abril de 2024, 09:25 lo siguiente: i. En su encabezado, parte introductoria y disposición cuarta en donde consta el nombre de la institución como Superintendencia

*de Control del Poder de Mercado cambiar por Superintendencia de Competencia Económica. ii. El número del expediente en su parte inicial consta SCPE-CRPI-014-2023, cambiar por SCE-CRPI-014-2023. iii. En la disposición segunda entre los documentos que Secretaría General certificara cambiar “la versión no confidencial de la Resolución de 08 de marzo de 2024, las 09h30”, por “la Resolución de 08 de marzo de 2024, las 9h30”.*

3. Providencia de 17 de abril de 2024, a las 16h50, por medio de la cual esta autoridad avocó conocimiento del Recurso de Apelación y lo Admitió a trámite;
4. Providencia de 22 mayo de 2024, en la cual, se niega la reunión de trabajo solicitada y en su lugar se convoca a una audiencia pública para el jueves 23 de mayo de 2024 a las 10h00; y,
5. Razón sentada por el secretario de sustanciación, en la cual se certifica la instalación de audiencia pública, el jueves 23 de mayo de 2024, con la comparecencia de los representantes del apelante.

#### **OCTAVO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-**

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

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

*“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores*

*públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”; “Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley”.*

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

*“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “Art. 2.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”; “Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto. Para la investigación de conductas anticompetitivas contempladas en esta Ley, el mercado relevante será determinado durante la etapa de investigación. En etapas previas o preliminares, el órgano de investigación únicamente realizará la descripción de las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta o conductas, y la identificación los*

bienes o servicios similares presuntamente afectados. La correcta determinación del mercado relevante es elemento esencial de la motivación de la resolución. Quedan exentos de la determinación del mercado relevante, los procedimientos administrativos sancionadores que no se deriven del presunto cometimiento conductas anticompetitivas”; “**Art. 7.- Poder de mercado.-** Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley”; “**Art. 14.- Operaciones de concentración económica.-** A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos tales como: a) La fusión entre empresas u operadores económicos. b) La transferencia de la totalidad de los efectos de un comerciante. c) La adquisición, directa o indirectamente, de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita, cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma. d) La vinculación mediante administración común. e) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de un operador económico o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de un operador económico.”; “**Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.-** Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. En caso de que una operación de concentración económica cree, modifique o refuerce el poder de mercado, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá denegar la operación de concentración o determinar medidas o condiciones para que la operación se lleve a cabo. Habiéndose concretado sin previa notificación, o mientras no se haya expedido la correspondiente autorización, la Superintendencia podrá ordenar las medidas de desconcentración, o medidas correctivas o el cese del control por un operador económico sobre otro u otros, cuando el caso lo amerite, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley.”; “**Art. 16.- Notificación de concentración.-** Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica, siempre que se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación. b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que

*se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Sin embargo, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá solicitar de oficio o a petición de parte que los operadores económicos involucrados en una operación de concentración la notifiquen, en los términos de esta sección. Las operaciones de concentración que requieran de autorización previa según los incisos precedentes, deberán ser notificadas para su examen previo, en el plazo de 8 días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, bajo cualquiera de las modalidades descritas en el artículo 14 de esta Ley, ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La notificación deberá constar por escrito, acompañada del proyecto del acto jurídico de que se trate, que incluya los nombres o denominaciones sociales de los operadores económicos o empresas involucradas, sus estados financieros del último ejercicio, su participación en el mercado y los demás datos que permitan conocer la transacción pretendida. Esta notificación debe ser realizada por el absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretendan llevar a cabo la concentración. Los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley [...]; “**Art. 21.-** Decisión de la Autoridad.- En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva: a) Autorizar la operación; b) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o, c) Denegar la autorización. El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales, si las circunstancias del examen lo requieren.”; “**Art. 22.-** Criterios de decisión.- A efectos de emitir la decisión correspondiente según el artículo anterior, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1.- El estado de situación de la competencia en el mercado relevante; 2.- El grado de poder de mercado del operador económico en cuestión y el de sus principales competidores; 3.- La necesidad de desarrollar y/o mantener la libre concurrencia de los operadores económicos, en el mercado, considerada su estructura así como los actuales o potenciales competidores; 4.- La circunstancia de si a partir de la concentración, se genere o fortalezca el poder de mercado o se produjere una sensible disminución, distorsión u obstaculización, claramente previsible o comprobada, de la libre concurrencia de los operadores económicos y/o la competencia; 5.- La contribución que la concentración pudiere aportar a: a) La mejora de los sistemas de producción o comercialización; b) El fomento del avance tecnológico o económico del país; c) La competitividad de la industria nacional en el mercado internacional siempre y cuando no tenga una afectación significativa al bienestar económico de los consumidores nacionales; d) El bienestar de los consumidores nacionales; e) Si tal aporte resultare suficiente para compensar determinados y específicos efectos restrictivos sobre la competencia; y, f) La diversificación del capital social y la participación de los trabajadores.”; “**Art. 44.-** Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma de motivada en última instancia sobre las infracciones*

*establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento. [...]”; “Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”.*

- **El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM, señala:**

*“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”*

- **El Instructivo Gestión Procesal Administrativa –IGPA-, prevé:**

*“Art. 36.- **PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACIÓN OBLIGATORIA PREVIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA.**- Para dar cumplimiento al procedimiento de notificación obligatoria previa, previsto en los artículos 15 y 16 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, 20 y 20.1 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se observara lo siguiente: [...] 5. **ETAPA DE RESOLUCIÓN:** En caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas concluya la inocuidad de una determinada operación de concentración económica dentro de la fase 1 de investigación, una vez recibido el informe técnico emitido por esa autoridad, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término de diez (10) días para resolver. Si en su resolución, la Comisión de Resolución de Primera Instancia disiente de lo recomendado en fase 1 por parte de la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas, resolverá disponer la apertura de la fase 2 de investigación, misma que será desarrollada por esa autoridad, para efecto de lo cual dispondrá del término restante de los sesenta (60) días establecidos en el primer inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para resolver. En caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas haya dispuesto el inicio de la fase 2 de investigación, una vez recibido el informe técnico emitido por ese órgano, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término restante de los sesenta (60) días establecidos en el primer inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado para resolver su autorización, subordinación o denegación. En el caso de que la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas haya hecho uso del término de prórroga, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispondrá del término restante de la prórroga de sesenta (60) días.”*

- La **Resolución SCE-DS-2024-17 de 17 de abril de 2024**, establece:

*“Artículo 1.- En concordancia con lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 226 de 17 de abril de 2024, se declara la suspensión del cómputo de los términos y plazos dentro de los procedimientos administrativos y procedimientos administrativos sancionadores que se sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Competencia Económica, durante el jueves 18 y viernes 19 de abril de 2024 [...]”*

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

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE<sup>2</sup>-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan el interés general.

El artículo 1 de la LORCPM, establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

*“El objeto de la presente Ley es [...] el control y regulación de las operaciones de concentración económica; [...] buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”<sup>3</sup>*

Las facultades administrativas de regulación y control de la Superintendencia responden a dos modelos de la política de competencia, por un lado, un control “*ex ante*”, caracterizado por el fomento y la promoción de la competencia a fin de prevenir y advertir el cometimiento de conductas anticompetitivas que atenten contra el equilibrio del mercado, y por otro lado, un control “*ex post*” o reactivo, investigando y sancionando el cometimiento de las infracciones y conductas anticompetitivas prohibidas por la ley.

En este contexto, el objeto de la LORCPM es el control, supervisión, vigilancia y, de ser el caso, la imposición de las sanciones necesarias para el restablecimiento del equilibrio del mercado para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Entre las facultades y competencias de la SCE constan las relativas al régimen de las operaciones de concentración económica, respecto de las cuales, de acuerdo al artículo 38 de la LORCPM, puede: “[...] 18. Examinar e investigar las concentraciones económicas para confirmar su cumplimiento con la presente Ley; y, cuando sean prohibidas, dictar las medidas que legalmente correspondan. 19. Autorizar, denegar o condicionar las solicitudes de concentración económica de conformidad a esta Ley y su reglamento. 20. Atender las consultas y resolver los reclamos

---

<sup>2</sup> CRE.- “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

<sup>3</sup> LORCPM.- “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”

*que se formulen respecto de operadores económicos cuya actuación pudiere atentar contra esta Ley. [...]*”; actividades de control que se encuentran debidamente regladas en la Sección 4ª De la Concentración Económica, del Capítulo II, de la LORCPM.

En el caso en análisis, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-14-2023, en **Resolución de 04 de diciembre de 2023 a las 17h15** (resolución de subordinación), la CRPI subordinó la operación de concentración económica notificada por el operador económico INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP, S.A. (IAG), conforme la letra b) del artículo 21 de la LORCPM y 21 de su Reglamento de aplicación, al cumplimiento de una condición estructural a cumplirse en dos momentos.

Para efectos de la presente resolución, esta Autoridad interpreta en el sentido literal y sistemático de la resolución de subordinación, conforme sigue:

- **Condición 1:** Obligación de IAG de desinvertir los activos necesarios para facilitar y permitir la entrada de una nueva aerolínea que ofrezca (y pueda operar efectivamente) vuelos directos en las rutas Quito-Madrid y Guayaquil-Madrid, a cumplirse en el término de 90 días contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución, tiempo que puede ser prorrogable hasta por 60 días término adicionales; y,
- **Condición accesoria:** Presentar ante la CRPI el Documento de Cumplimiento de la Condición 1, trabajado y aprobado por IAG y la INCCE, dentro del término de 45 días contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución; el cual instrumentará el modo de cumplimiento de todo lo dispuesto en la condición 1 y establecerá el criterio bajo el cual se entenderá cumplida dicha medida.

Por tanto, a partir de la condición 1 se evidencia que la CRPI impuso a IAG la obligación de desinvertir los activos necesarios para facilitar y permitir la entrada de una nueva aerolínea que ofrezca vuelos directos en las rutas Quito-Madrid y Guayaquil-Madrid, con el objetivo de asegurar la existencia de por lo menos dos competidores reales en el mercado relevante fijado por la INCCE, sea que referida desinversión se efectúe dentro del término de 90 días dispuesto, o en un tiempo prorrogado de hasta 60 días término adicionales.

Siendo que la orden administrativa impone un límite temporal para el cumplimiento de la obligación, la autorización de la operación de concentración sucederá cuando se constate con efecto material el cumplimiento de la condición de desinversión económica, no pudiendo hablarse de una obligación de hacer indefinida en el tiempo, porque en la especie, la administración debe exigir su cumplimiento dentro del tiempo otorgado en el acto; lo cual acarrea que la condición accesoria, por la cual un órgano de la administración se pronuncia sobre los parámetros de cumplimiento, deba incorporar y contemplar todos los puntos contenidos en la Condición 1, para la real desinversión de activos que permitan el efectivo ingreso de un nuevo operador al mercado, al ser el elemento esencial de la Condición 1.

En consideración a lo expresado, del recurso de apelación que se atiende, y en revisión del acto administrativo impugnado, el problema de fondo reside sobre el estado de cumplimiento de la condición accesoria, la cual es considerada como cumplida por parte del administrado e incumplida por parte de la CRPI, para lo cual se debe efectuar un análisis contrastado de lo ordenado y lo efectivamente acatado.

Por lo anterior, si bien el recurrente refiere a que la verificación de cumplimiento de la condición accesoria se da con el perfeccionamiento de dos requisitos: **i)** La obtención del Documento de Cumplimiento por parte de la INCCE; y, **ii)** la presentación formal del Documento de Cumplimiento ante la CRPI dentro de los 45 días término; para esta Autoridad –de lo expresado en los párrafos que anteceden- esto constituiría un **cumplimiento de forma**, siendo el cumplimiento de fondo aquel al que estaría enfocada la postura del acto administrativo impugnado, que en su parte pertinente indica:

*“[...] [27] En términos del documento analizado, la INCCE aprobó que la CRPI debería decidir sobre la operación de concentración económica, es decir, autorizarla o negarla, **una vez que la INCCE remita el informe de recomendación de la Aerolínea Adjudicataria a la CRPI y no cuando efectivamente hubiere tenido lugar la desinversión económica por parte de IAG, conforme lo expresa taxativamente la Condición 1 de la Resolución1.***

*[28] En otras palabras la Condición 1 exige como requisito indispensable que la CRPI se pronuncie únicamente una vez efectuada la desinversión que permitan el efectivo ingreso de un competidor en el mercado, es decir, **una vez que ésta se encuentre concluida la desinversión y no como ha sido aprobado por la INCCE con la presentación del “informe de recomendación de la Aerolínea Adjudicataria” tal como indica el documento presentado por IAG.***

*[29] Al respecto, resulta evidente la contradicción entre la resolución de 4 de diciembre de 2023 y el Documento de Cumplimiento de la Condición 1, en el que la INCCE sin contar con la competencia y capacidad legal aprobó un documento que reforma materialmente lo dispuesto por la CRPI en su Condición 1 [...]” (énfasis añadido)*

De lo expuesto, esta autoridad está de acuerdo con la conclusión de la CRPI por cuanto – conforme se desprende de su parte motiva- el **acatamiento de fondo** de la condición accesoria no está limitado al ingreso del Documento de Cumplimiento aprobado por la INCCE y en el tiempo previsto (45 días término) por el acto administrativo de 04 de diciembre de 2023, sino que demanda que su contenido tenga viabilidad de dar por cumplida la condición 1 de manera efectiva, sea en los 90 días término originalmente dispuestos o en un término prorrogado.

Se hace notar que, cuando la resolución de subordinación impone que el Documento de Cumplimiento instrumente el modo de acatamiento, especificando los tiempos y particularidades de todo lo dispuesto en la condición 1, y el criterio bajo el cual la INCCE entenderá cumplida dicha medida, lo hace bajo el límite temporal de cumplimiento de la condición estructural, es decir, que la desinversión se cumpla en los 90 días término (o en un tiempo distinto, por el cual el inicial se ve prorrogado), pero incluye –por limitar en el tiempo su ejecución- la acción efectiva de llevarse a cabo la desinversión económica.

No podría considerar la INCCE, para efectos de aprobar el Documento de Cumplimiento, que la subordinación a la condición de la obligación de desinversión se cumple en un momento previo a que esta se ejecute, porque la CRPI –en esos términos- estaría autorizando una operación cuya condición estructural no se ha plasmado en el mercado afectado, contrario a lo ordenado originalmente en el acto de subordinación de 04 de diciembre de 2023.

Téngase presente que la Condición 1 de manera taxativa ordena que para aprobarse la operación de concentración debe haber tenido lugar la desinversión económica por parte de IAG en 90 días término, y que si bien la Condición Accesorias contiene estipulaciones en tiempo futuro, lo hace por cuanto el Documento de Cumplimiento se debe presentar en el término de 45 días desde notificado el acto administrativo de 04 de diciembre de 2023, es decir, 45 días previos al acto de desinversión. Inclusive, si este marco temporal restante resulta corto para efectos de cumplir la condición 1, el propio acto permite que este tiempo pueda ser prorrogado por hasta 60 días.

En consecuencia de lo anterior, el Documento de Cumplimiento no solo debe contar con la aprobación de la INCCE, que como parámetro de acatamiento culmine con la remisión de un informe de recomendación de la aerolínea adjudicataria, sino que demanda a que dicho órgano, con observancia a la condición principal, indique: **i)** cómo se cumplirá efectivamente la desinversión; y, **ii)** el tiempo que tomará llegar a dicha adjudicación (sea dentro de los 45 días término restantes, o en un tiempo prorrogado de hasta 60 días).

El Documento de Cumplimiento que no contenga lo anterior, existiendo disposición expresa de desinversión económica como condición estructural ordenada en la Resolución de 04 de diciembre de 2023, no puede entenderse como el documento que la condición accesoria exige, puesto que la INCCE estaba obligada a aprobar un documento en que se exhiba la forma efectiva de cumplir con esta obligación de hacer y su ejecución, y no puede quedarse en un paso previo, esto es, en que la INCCE remita el informe de recomendación de la aerolínea adjudicataria a la CRPI (incluyendo la necesidad de la suscripción del convenio de competencia Hold Separate, de ser el caso), toda vez que el elemento esencial de la Condición 1, por haberle impuesto un tiempo de acatamiento, es la real desinversión de activos que permitan el efectivo ingreso de un nuevo operador al mercado.

Se enfatiza que el Documento de Cumplimiento presentado por IAG, aunque cuenta con la aprobación de la INCCE, facultaría a que la operación de concentración subordinada al cumplimiento de una condición estructural se autorice aun sin el acto de desinversión económica (condición no materializada); sin embargo, esto no se apega al mandato de la condición accesoria, que pone como objeto del documento el instrumentalizar el modo de cumplimiento de todo lo dispuesto en la condición 1 y el establecer el criterio bajo el cual se entenderá cumplida dicha medida, es decir, estipulando cómo y cuándo se llevará a cabo la desinversión económica y el momento en que esta se hace efectiva, dentro del tiempo otorgado por la CRPI.

En línea de lo tratado, no es cierto que la Resolución de 04 de diciembre de 2023 haya efectuado una delegación a la INCCE para que sea esta la que tenga la competencia de cómo debe entenderse por cumplida la condición 1, sino de aprobar un documento con el cual esta se entenderá por cumplida. Se recuerda que la condición estructural contiene una obligación de hacer que se extingue habiéndose efectuado el acto de desinversión económica, por lo que el documento que apruebe la INCCE debe cubrir con todo el ámbito de la desinversión hasta su efectivo cumplimiento, y si el documento no contempla la plena desinversión en el tiempo de 90 días término ordenado o en un tiempo prorrogado conforme le fue permitido, el documento no cumple con la condición accesoria porque la forma de tener por cumplida la medida se ha quedado en un paso previo a la desinversión.

Considerar lo contrario sería cambiar materialmente la Resolución de 04 de diciembre de 2023, porque si la condición estructural se cumple con la desinversión económica, el documento de cumplimiento de la condición no puede dar por entendido que se consuma “[...] 9. Una vez que la INCCE remita el informe de recomendación de la Aerolínea Adjudicataria a la CRPI (incluyendo la necesidad de la suscripción del convenio de competencia Hold Separate, de ser el caso), en el término de quince (15) días hábiles la CRPI emitirá la decisión sobre la operación de concentración económica, de conformidad con el artículo 21 de la LORCPM [...]”, porque la CRPI ha ordenado que para que pueda tener lugar la operación de concentración se cumpla como paso previo con una desinversión plasmada en el mercado en que van a operar los agentes concentrados.

Con lo expuesto anteriormente, no solo se ha explicado la razón de considerar incumplida la condición accesoria, sino por qué no existió modificación material de lo establecido en el acto administrativo de subordinación. Para enfatizar la inexistencia de la introducción de un requisito *ex novo*, esta Autoridad pone en realce que el texto de la condición 1 ordena: **a)** la “Obligación de desinvertir”; **b)** Los requisitos para la desinversión; y, **c)** el tiempo de 90 días término para que se ejecute, mismo que puede ser prorrogado hasta por 60 días término.

Es justamente el marco temporal que la CRPI ha impuesto en el acto administrativo de subordinación para el cumplimiento de la desinversión, el que no convierte a la desinversión como una mera obligación sino ordena su verificación material en un espacio de tiempo específico. Cuestión que se comprende cuando al tratarse de una operación subordinada al cumplimiento de una condición, la obligación de IAG de desinvertir los activos necesarios para facilitar y permitir la entrada de una nueva aerolínea que ofrezca vuelos directos en las rutas Quito-Madrid y Guayaquil-Madrid, se hizo –según se desprende de su texto- con el objetivo de asegurar que en todo momento existan por lo menos dos competidores reales en el mercado relevante fijado por la INCCE; cuestión corroborable cuando la misma condición estructural, en el párrafo final, incorporó la obligación de suscribir e implementar un acuerdo de competencia “Hold Separate” entre IAG y Air Europa en Ecuador para aquellos casos en los que demore la entrada efectiva del competidor al mercado (cuestión última que no ha sido referida en el documento de cumplimiento entregado para la condición accesoria)

En adición, siendo que el acto administrativo de 04 de diciembre de 2023 contiene una condición estructural que consiste en la desinversión económica a cumplirse en 90 días término desde notificada al administrado, o en tiempo prorrogado para que pueda ser autorizada la operación de concentración económica, y que el referido acto ha causado estado y se encuentra en firme, resulta inoficioso efectuar un análisis y un pronunciamiento respecto a si era técnicamente viable su establecimiento como una acción material, toda vez que al tenor literal de su texto y dentro del contexto sistemático, la imposición de un tiempo de materialización conlleva una acción efectiva, misma que no puede dejarse de lado toda vez que de hacerlo se estaría cambiando la orden original adoptada por la CRPI.

Esto último tiene relación directa con el argumento impugnatorio referente al ejercicio extralimitado de funciones por parte de la CRPI, por la vulneración del principio de confianza legítima y la pretensión de conducta contradictoria.

Al respecto, debe retomarse la revisión de la orden contenida en el acto administrativo de 04 de diciembre de 2023, de la cual se concluye que, cuando se impone una obligación de hacer (desinvertir) y se define un tiempo para que sea cumplida (90 días término), esta obligación no

se extingue sin que tenga efectiva materialización. Si la administración condicionó su autorización al cumplimiento de una obligación en un tiempo definido, la acción previa que revise cómo ésta va a cumplirse no puede dejar de referir a cómo se cumplirá dentro del tiempo otorgado, caso contrario, el pronunciamiento previo incumple con su objeto, que es el definir cómo se efectivizará con la desinversión en el mercado.

Por lo expuesto, esta autoridad concuerda con la conclusión de la CRPI sobre el incumplimiento de la condición accesoria, toda vez que el Documento de Cumplimiento entregado, al no establecer la acción de desinversión económica dentro del marco temporal impuesto en la condición 1 del acto administrativo de 04 de diciembre de 2023, o contener la propuesta de un término para su materialización como un evento para prorrogar el tiempo originalmente concedido, contraviene por el fondo la condición accesoria, haciendo que el cumplimiento de forma (aprobado por la INCCE y entregado por IAG dentro de 45 días término) omita el tratamiento de una parte sustancial de la condición impuesta, esto es, la real desinversión de activos que permitan el efectivo ingreso de un nuevo operador al mercado, elemento esencial de la Condición 1.

Adicionalmente es importante destacar, que la preclusión procesal es principio general del derecho, por el cual las etapas procesales se van cerrando sucesivamente, es decir, la posibilidad de contradicción de las partes en las fases procesales una vez evacuadas, se cierran inevitablemente y no es posible volver atrás, ya que hacerlo implicaría un desbalance procesal; es así que, conforme a este principio, se asegura, no solo el respeto a las etapas existentes en un proceso, ocasionando que el cierre sucesivo de estas no hagan posible volver a revisarlas nuevamente, sino que además se garantiza la observancia de las normas jurídicas aplicables a cada una de las fases, lo cual genera certidumbre de que el ordenamiento jurídico será aplicado correctamente, en definitiva, da certeza de seguridad jurídica en la tramitación de un proceso. De la revisión del expediente se ha observado que, tras la emisión del acto administrativo de 04 de diciembre de 2023, en el cual se establecieron los condicionamientos, el administrado no presentó oposición a sus considerandos y parte resolutive, que en conjunto determinaron la obligación de hacer de manera concreta, con especificación en el tiempo para su cumplimiento. Las actuaciones administrativas subsecuentes estarían estrechamente vinculadas a que la condición estructural se ejecute dentro del término de 90 días dispuesto (o en su prórroga de 60 días), haciendo que no pueda hablarse de una irrupción al principio de confianza legítima, toda vez que la CRPI se acogió a la literalidad de lo dispuesto, siendo previsible que en ausencia del planteamiento de desinversión efectiva o del término o su prórroga para su ejecución en el Documento de Cumplimiento, se tenga por incumplida la condición accesoria, toda vez que respecto del documento entregado por el administrado, la INCCE cambió materialmente la disposición administrativa **al facultar que la desinversión económica tenga lugar fuera del término ordenado en el acto**. Por ende, en la interpretación literal y del espíritu de lo dispuesto en la Resolución de 04 de diciembre de 2023, es razonable que sin oposición del operador económico sujeto del acto, la administración está obligada a respetar su orden administrativa de 04 de diciembre de 2023 y ante el incumplimiento de una de las condiciones deba negar la operación de concentración.

Por las consideraciones expuestas, ya que la forma de cumplimiento de la condición 1 y su condición accesoria se encuentran definidas en el acto administrativo de 04 de diciembre de 2023, el cual **ha causado estado y se encuentra en firme**, y siendo que de su interpretación literal y sistemática se concluye que la desinversión económica, al habérsela mandado a efectuar en un espacio temporal específico (90 días término o prorrogado hasta 60 días término

adicionales), conlleva que esta debe materializarse para considerarse cumplida, y toda vez que el Documento de Cumplimiento aprobado por la INCCE y entregado por IAG no establece cómo se producirá efectivamente la desinversión en el tiempo restante (45 días, hasta 60 días término adicionales), se ha omitido una parte sustancial de la condición impuesta en la resolución de 04 de diciembre de 2023, al no haber incorporado y “contemplado” todos los puntos contenidos en la Condición 1, esto es, la real desinversión de activos que permitan el efectivo ingreso de un nuevo operador al mercado, elemento esencial de la Condición 1, por lo que el documento entregado incumple la condición accesoria, siendo procedente negarse la autorización por cuanto el no cumplimiento de una de las condiciones conlleva a su denegación.

#### **DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 44, numerales 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- RECHAZAR** el recurso de apelación planteado por el operador económico **INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP S.A.**, en contra de la Resolución de 08 de marzo de 2024 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023; **DOS.- RATIFICAR** la Resolución de 08 de marzo de 2024 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCE-CRPI-14-2023; y, **TRES.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeren oportuno.-

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

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “*Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones*”; notifíquese con el presente auto al operador económico: **i) INTERNATIONAL CONSOLIDATED AIRLINES GROUP S.A.** en los correos electrónicos: drobalino@robalinolaw.com; jrobalino@robalinolaw.com; mpallares@robalinolaw.com; jduque@robalinolaw.com; y, competencia@robalinolaw.com; y, **ii) A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-**

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Actúe en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente, el abogado Luis Jácome.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño  
**SUPERINTENDENTE DE COMPETENCIA ECONÓMICA**

Abg. Luis Jácome Contreras  
**SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN**