

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica
- **Órgano de Origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR)
- **Expediente de Origen:** SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024
- **Expediente Apelación:** SCE-INJ-4-2024
- **Apelante:** Hilda Catalina Livisaca Buri y Sandra Elizabeth Torres Iñiguez
- **Denunciados:** TIENDAS TUTI TTDE S.A.

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- Quito, DM, 23 de agosto de 2024, a las 12h50.- **VISTOS.**- Doctor Danilo Sylva Pazmiño en mi calidad de máxima autoridad de la Superintendencia de Competencia Económica, 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 reproducciones certificadas constan agregadas al expediente y de conformidad con lo establecido en el artículo 105 numeral 4¹ del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público; en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por las recurrentes Hilda Catalina Livisaca Buri y Sandra Elizabeth Torres Iñiguez en contra de la resolución de 12 de junio de 2024 y notificada en misma fecha, ambas actuaciones dentro del expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, en uso de mis facultades legales, resuelvo:

PRIMERO.- AGREGACIÓN DOCUMENTAL.- a) Agréguese al expediente el escrito de 14 de agosto de 2024 suscrito por la defensa técnica de las apelantes Hilda Catalina Livisaca Buri y Sandra Elizabeth Torres Iñiguez, ingresado a la Secretaria General con número de trámite 202415597, el que en resumen contiene las alegaciones por escrito de los recurrentes en relación al informe técnico SCE-INCCE-DNCCE-2024-006, solicitando: “[...] *se tomen en cuenta las*

¹ 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 posesione 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 posesione 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)

observaciones esgrimidas en este escrito para que, con base en ellas, se admita el recurso interpuesto y se pueda proceder a dar trámite a este importante caso que puede solucionar graves daños económicos y sociales que está provocando la actuación anticompetitiva de Tuti.”; argumentos que serán considerados en el presente acto administrativo de ser procedente.

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

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

Las recurrentes Hilda Catalina Livisaca Buri y Sandra Elizabeth Torres Iñiguez, por intermedio de su defensa técnica, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE), el 18 de junio de 2024, con número de trámite ID. 202411722, presentaron recurso de apelación en contra de la resolución de 12 de junio de 2024 dentro del expediente administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, suscrita por el abogado Carlos Trujillo Viteri en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y escrito de complementación de 01 de julio de 2024 con ID. 202412551; verificado que la impugnación en conjunto con su complementación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 43 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, en providencia de 05 de julio de 2024 dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

QUINTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado es la resolución de 12 de julio de 2024 dentro del expediente administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, suscrita por el abogado Carlos Trujillo Viteri en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Competencia Económica, mediante la cual se resolvió:

“[...] PRIMERO.- Ordenar el ARCHIVO de la denuncia presentada por HILDA CATALINA LIVISACA BURI, SANDRA ELIZABETH TORRES IÑEGUEZ Y MÓNICA GERMANIA FERNÁNDEZ VICUÑA, dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, de conformidad con lo prescrito en los artículos 54 y 55 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 60 del RALORCPM. [...]”

SEXTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURSO DE APELACIÓN.-

Las recurrentes en su escrito de apelación de 18 de junio de 2024, solicitan:

“[...] Con base en todo lo expuesto en el presente recurso de apelación presentado en contra de la resolución de archivo de 12 de junio de 2024, dentro del expediente No. No. SCE-IGTINICAPMAPR-10-2024, (sic) dictada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, solicitamos muy respetuosamente lo siguiente:

- 1. Se revoque la totalidad del contenido de la resolución de archivo;*
- 2. Se declare que la denuncia es completa y se corra traslado con su contenido al denunciado a fin de que presente sus explicaciones. [...]”*

SÉPTIMO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

La forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, está basada en una impugnación con los siguientes presupuestos:

- a)** Transgresión de la motivación como garantía constitucional, del artículo 41 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM]; y, artículos 18, 32 y 100 del COA.
- b)** Transgresión de la legalidad de la aplicación del artículo 54 de la LORCPM, es decir respecto al procedimiento de denuncia.

Postulados cardinales que se transcriben en el siguiente texto:

“[...] Dentro del conjunto de garantías que comprenden el debido proceso, se encuentra la garantía de motivación de los actos del poder público, que encuentra su fundamento en el artículo 75, numeral 7, letra 1) de la Constitución de la República del Ecuador. Este

mismo principio elemental de motivar las resoluciones adecuadamente se encuentra recogido en el artículo 41 de la LORCPM y en los artículos 18, 32 y 100 del Código Orgánico Administrativo (“COA”). Además, con base en el artículo 18 del COA, parte importante de una motivación adecuada es que la administración pública debe emitir sus actos conforme al principio de juridicidad y no realizar interpretaciones arbitrarias de las normas.

En este caso, la Intendencia ha realizado un análisis superficial y erróneo respecto del cumplimiento de los requisitos de la denuncia detallados en el artículo 54 de la LORCPM, lo que derivó en una resolución de archivo carente de la debida motivación, tal como se demostrará en el presente escrito.

El artículo 54, letra f) de la LORCPM prescribe que toda denuncia deberá contener, entre otras cosas, “las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados”. Como puede notar su Autoridad, la norma es diáfana. No exige una descripción exhaustiva de los bienes o servicios objeto de la conducta ni de sus características. Basta pura y simplemente con indicar ambos elementos. Sin perjuicio de ello, la denuncia fue aún más allá y presentó en varios pasajes una descripción detallada de los bienes y sus características, anexando inclusive ejemplos de productos con fotografías. En consecuencia, la denuncia siempre estuvo completa y fue clara. A continuación, se enumeran citas textuales de lo indicado:

i. Por un lado, en cuanto a los productos afectados por la conducta de Tuti se pueden señalar, de manera ejemplificativa, aquellos detallados en el Anexo 2.

Como lo podrá notar su Autoridad, se trata de productos de consumo diario que podrían segmentarse en productos alimenticios de primera necesidad y bebidas.

ii. Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados.

Como ya demostró en la Sección III, acápite III.1., los bienes objeto de la conducta de precios predatorios de Tuti son los bienes que se venden en los locales de Tuti y que compiten contra las tiendas de barrio.

Todos son bienes de consumo diario. Entre ellos se pueden encontrar productos alimenticios, de primera necesidad y bebidas. Estos productos son aquellos creados para satisfacer una necesidad puntual de la población y que son adquiridos por el público con ese fin. Se distinguen de los bienes de producción o bienes de capital porque estos últimos sirven para fortalecer otros procesos de producción, como es el caso de cierta materia prima. (...)

Como puede notar su Autoridad, el requisito ordenado por la LORCPM se cumplió a cabalidad. Se determinó expresamente que los bienes objeto de la conducta son bienes alimenticios de consumo diario. En aras de la claridad, inclusive se presentaron ejemplos, y se estableció que los bienes se caracterizan por ser aquellos productos “creados para satisfacer una necesidad puntual de la población y que son adquiridos por el público con ese fin”.

A pesar de lo anterior, el 05 de junio de 2024 la Intendencia consideró que no se cumplió el requisito de la LORCPM y sin motivación alguna ordenó que se “ACLARE cuáles son los productos o servicios específicos objeto de la conducta denunciada” y se “COMPLETE las características de cada uno de los productos o servicios presuntamente afectados”. Como se puede evidenciar, la Intendencia realizó una interpretación del artículo 55 de la LORCPM que excede la literalidad de la norma al exigir un nivel de especificidad que no está prescrito.

Aun así, el 07 de junio de 2024 se cumplió lo dispuesto por la Intendencia y se completó y aclaró aún más la denuncia, presentando características relativas al nivel de elasticidad de los productos y la constancia de su demanda, en los siguientes términos:

i. Se reitera a su Autoridad que los productos objeto de la conducta son todos los bienes de consumo, alimentos y bebidas, principalmente, y productos de hogar, higiene y uso humano comercializados por el denunciado. En aras de la exhaustividad, es posible señalar como características principales que se trata de productos con demanda constante debido a su conveniencia y accesibilidad. Suelen tener un nivel elevado de elasticidad, lo que significa que cambios en su precio afectan de manera significativa la cantidad demandada.

El caso denunciado es la existencia de precios predatorios en la comercialización de todos los productos que Tiendas Tuti Tde S.A. ofrece al público, tal como se explicó en la denuncia y en el escrito de 7 de junio. En ese sentido, estos productos consisten en alimentos y bebidas, principalmente, y productos de hogar, higiene y uso humano, en segundo lugar; no se puede precisar más las características de estos productos. Resultaría inaudito que la Intendencia pretenda que se le entregue una lista con el detalle de todos los productos comercializados por Tuti y esto excedería los requisitos exigidos por la ley a la hora de presentar una denuncia.

Adicionalmente, este requisito (el del detalle de los productos o servicios denunciados) ha sido incluido para fungir como punto de partida para la definición del mercado relevante. En este caso, la denuncia y el escrito de compleción no sólo precisan las características de los productos, sino que incluyen una definición de mercado relevante, esto es el mercado de la venta minorista de productos de consumo diario en tiendas de barrio y similares de la ciudad de Quito. Esto es suficiente. No es posible conocer las estructuras de costos de cada unidad de producto, tan solo se sabe que Tuti tiene precios muy por debajo de las condiciones de mercado y que es una empresa que registra pérdidas consecutivas.

De tal manera que, la información detallada en la denuncia y en el escrito de compleción permiten a la Intendencia, con claridad abundante, conocer el mercado en el que debe iniciar su investigación y los productos que se venden en dicho mercado. Pretender mayor detalle que el provisto en este caso, representa una barrera legal y sólo produce que no se investigue un mercado en el que el operador económico denunciado está causando gravísimos daños, lo cual podrá ser conocido y confirmado por la Autoridad, una vez que se abra la investigación.

Tal como lo puede notar su Autoridad, la información presentada es más que suficiente para dar por cumplido el requisito legal para que se declare completa la denuncia.

Lo descrito en párrafos anteriores evidencia que la decisión de la Intendencia es infundada. En primer lugar, realiza una interpretación arbitraria del artículo 54 de la LORCPM al exigir un nivel de especificidad en la descripción de los bienes objeto de la conducta que no está contemplado en la Ley. En segundo lugar, vulnera un principio de juridicidad, toda vez que su actuación no tiene asidero en la LORCPM. En tercer lugar, no presenta motivación alguna respecto de por qué esta interpretación tendría cabida, ni tampoco de la resolución de archivo. La única aparente motivación es que no se ha completado o aclarado la denuncia en los términos que ha querido la Intendencia. Esto es, por lo menos, tautológico. [...]”

De lo relatado por los apelantes en su escrito de 18 de junio de 2024, la resolución de 12 de junio de 2024 emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, no habría cumplido con el estándar de suficiencia de la garantía de motivación presente en la letra l) número 7 del artículo 76 de la CRE, concordante con los artículos 41 de la LORCPM y 18, 32 y 100 del COA.

Esto – a decir de las recurrentes- como consecuencia de un análisis superficial y erróneo de la letra f) del artículo 54 de la LORCPM, es decir, que lo recurrentes ejecutaron una denuncia y una complementación que contenía diáfamanamente *las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicio afectados.*

OCTAVO.- CONSTANCIAS PROCESALES.-

Debemos identificar que el recurso de apelación tiene asidero en el expediente administrativo, así como del expediente administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, que da origen a la decisión impugnada. Por ello, se detallan las principales constancias procesales, sin que esto implique que no se ha revisado el cuaderno administrativo en su totalidad:

a) Expediente administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024:

1. Denuncia y sus anexos del 23 de mayo de 2024, en contra del operador económico Tiendas Tuti Ttde S.A. con RUC 0993152161001, por presuntas conductas de abuso de poder de mercado, (precios predatorios Art.9 numeral 4 LORCPM), presentada por Hilda Catalina Livisaca Buri, Sandra Elizabeth Torres Iñiguez y Monica Germania Fernández Vicuña.
2. Providencia de 05 de junio de 2024, expedida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con la que se dispuso: “(...) i) *ACLARE* cuales son los productos o servicios específicos objeto de la conducta denunciada; ii) *COMPLETE* las características de cada uno de los productos o servicios presuntamente afectados. (...)”
3. Escrito de 07 de junio de 2024 presentado por los denunciados, con el que se atiende lo solicitado por la INICAPMAPR.
4. Resolución de 12 de junio de 2024 expedida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con la que

se dispuso: “(...) PRIMERO.- Ordenar el ARCHIVO de la denuncia presentada por HILDA CATALINA LIVISACA BURI, SANDRA ELIZABETH TORRES IÑEGUEZ Y MÓNICA GERMANIA FERNÁNDEZ VICUÑA, dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, de conformidad con lo prescrito en los artículos 54 y 55 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 60 del RALORCPM. (...)”

b) Recurso de apelación SCE-INJ-4-2024:

1. Memorando SCE-INICAPMAPR-DNICAPM-2024-079 de 18 de junio de 2024 y sus anexos, suscrito por Arleth Duque Laguna, Asistente de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, quien puso en conocimiento de este Despacho, la documentación remitida electrónicamente el 19 de junio de 2024 mediante Sistema de Gestión Procesal con número de trámite Id. 202411921, siendo los anexos:
 - i. Reproducción de la resolución de 12 de junio de 2024, emitida dentro del expediente administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, mediante la cual se dispuso el archivo de la denuncia presentada por las señoras Hilda Catalina Livisaca Buri, Sandra Elizabeth Torres Iñiguez y Mónica Germania Fernández Vicuña.
 - ii. Copia certificada del escrito que contiene el recurso de apelación interpuesto por el señor Martin Galarza Lanás el 18 de junio de 2024, con número de trámite Id. 202411722.
 - iii. Escrito de 18 de junio de 2024, firmado por los señores Martín Galarza Lanás y Micaela Buitrón Mejía, con número de trámite Id. 202411815, en el que se requiere: “(...) se conceda una reunión de trabajo dentro del trámite referenciado, en la que se cuenta con la participación del señor Intendente General Técnico”.
 - iv. Reproducción de la providencia de 18 de junio de 2024, emitida dentro del expediente administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, mediante la cual se dispuso agregar al expediente el escrito que contiene el recurso de apelación y anexo (Id. 202411722), escrito presentado (Id. 202411815) y la petición de emisión de copias certificadas a la Secretaría General, documento remitido, - además de los ya agregados- mediante Sistema de Gestión Documental con número de trámite Id. 288946.
2. Providencia de 25 de junio de 2024, con la que se avoco conocimiento y se determinó: “(...) el recurrente COMPLETE el recurso de apelación interpuesto, acorde lo establecido en el numeral 5 del artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCE (...)”.
3. Escrito de 01 de julio de 2024 presentado en la ventanilla de la Secretaria General de la Superintendencia de Competencia, con número de trámite Id. 202412551, por las recurrentes Hilda Catalina Livisaca Buri y Sandra Elizabeth Torres Iñiguez, en forma

conjunta con sus abogados Martín Galarza Lanas y Micaela Buitrón Mejía, dando cumplimiento a lo dispuesto por esta autoridad.

4. Providencia de 05 de julio de 2024, con la que: “(...) *se ADMITE a trámite el recurso de apelación interpuesto por las denunciadas Hilda Catalina Livisaca Buri, y Sandra Elizabeth Torres Ñeguez en contra de la Resolución de 12 de junio de 2024 emitida dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024.- (...)*”
5. Providencia de 30 de julio de 2024, con la que se señaló al día 02 de agosto de 2024 a las 10h00 como fecha de la audiencia del recurso. También, se procedió a designar a la economista Evelyn Alejandra Guadalupe Bustos como Especialista Técnico, con la finalidad de que elabore un informe respecto de los elementos técnicos y económicos del caso y de las alegaciones presentadas en audiencia.
6. Razón de la audiencia del 02 de agosto de 2024 a las 10h00, donde se reflejó la celebración de la diligencia y comparecencia de los intervinientes en representación de la SCE y de las recurrentes por medio de su defensa técnica.
7. Informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-006 de 12 de agosto de 2024 suscrito por el Especialista Técnico del expediente, el que ha analizado los recaudos procedimentales del recurso de apelación y alegaciones de las recurrentes.
8. Providencia de 12 de agosto de 2024, con la que se trasladó el Informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-006 de 12 de agosto de 2024 a los apelantes, concediéndole el término de dos (2) días para que presente sus reparos por escrito, en caso de creerlo pertinente.
9. Escrito de 14 de agosto de 2024 interpuesto por los apelantes y signado con el número de trámite Id. 202415597, en el que se presentan argumentaciones al Informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-006 de 12 de agosto de 2024.

NOVENO.- 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. 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: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”;
“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. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones [...]”.

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** determina lo siguiente:

“Art. 41.- Resoluciones.- Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.”; “Art. 54.- Contenido de la denuncia.- La denuncia deberá contener: a) El nombre y domicilio del denunciante; b) Identificación de los presuntos responsables; c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia; d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada; e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia; f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y, g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.”; “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 término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa.”

El **Código Orgánico Administrativo -COA-** impone:

“Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad”; “Art. 32.- Derecho de petición. Las personas tienen derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, ante las administraciones públicas y a recibir

respuestas motivadas, de forma oportuna.”; “Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado [...]”; “Art. 103.- Causas de extinción del acto administrativo. El acto administrativo se extingue por: 1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad. [...]”; “Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. [...]”; “Art. 106.- Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión. La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo. La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente.”; “Art. 107.- Efectos. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables. La declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición. La declaración de nulidad de un acto administrativo afecta exclusivamente al acto viciado, salvo en los casos en que el procedimiento administrativo deba también ser declarado nulo de conformidad con este Código. Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado. El órgano que declare la nulidad del procedimiento administrativo dispondrá la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual de no haberse incurrido en el vicio que motiva la declaración de nulidad del procedimiento.”.

El **Instructivo de Gestión Procesal Administrativa –IGPA-** de la Superintendencia de Competencia Económica dispone:

“Art. 8.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.- La denuncia será ingresada a través de los canales de recepción de documentos determinados por la Superintendencia de Competencia Económica. La Secretaría General, mediante el Sistema de Gestión Procesal remitirá la denuncia a la Intendencia General Técnica, para que esta a su vez, direcciona al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los

siguientes casos: a) [...]. b) Si la denuncia no cumple con los requisitos del artículo 54 de la LORCPM, el órgano de investigación competente notificará al denunciante para que en el término de tres (3) días la aclare o complete, si no lo hiciera en dicho término, el órgano de investigación respectivo ordenará el archivo de la denuncia sin más trámite y se la tendrá por desistida. [...].”; “**Art. 42.- ASPECTOS GENERALES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS RECURSOS.-** Solamente los actos administrativos serán susceptibles de impugnación. Todos los recursos permitidos legalmente podrán ser interpuestos por las partes o por quien la ley lo permite, con firma de abogado, número de casilla electrónica o casilla judicial o un correo electrónico. Los recursos que se interpongan en sede administrativa, se otorgarán exclusivamente en el efecto devolutivo por mandato de la LORCPM. Se notificarán todos los requerimientos, actuaciones y las resoluciones; pero los traslados, sólo a quien deba contestarlos; así como las providencias que contengan órdenes, a quienes deban cumplirlos.”; “**Art. 43.- CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN -** El recurso de apelación será interpuesto ante el Superintendente, de conformidad con el artículo 67 de la LORCPM, por el operador económico, dentro del término de veinte (20) días contados desde su notificación con la expedición del acto administrativo, a través de los canales de recepción de documentos determinados por la Superintendencia de Competencia Económica. a. La Secretaria General enviará el recurso de apelación al Intendente o Presidente de la CRPI, según corresponda, quien incorporará al expediente el escrito del recurso en el término de tres (3) días y lo remitirá mediante providencia al Superintendente. b. El Superintendente en el término de cinco (5) días de recibido el expediente del inferior, avocará conocimiento del recurso y verificará si este ha sido presentado dentro del término legal; en caso de ser extemporánea su presentación, en la primera providencia lo negará sin análisis alguno; caso contrario, el Superintendente correrá traslado a las partes para que en el término de tres (3) días presenten alegaciones motivadas; c. Este recurso será resuelto y notificado en el plazo de sesenta (60) días, contados desde el día que el Superintendente avoque conocimiento del mismo. Esta resolución podrá ser objeto de aclaración o ampliación, sea de oficio o a petición de parte; y, d. El recurso de apelación será con efecto devolutivo y resuelto por el Superintendente de conformidad con la LORCPM. De lo resuelto por el Superintendente no habrá recurso alguno salvo el de aclaración o ampliación. El contenido del recurso de apelación deberá contener al menos lo siguiente: 1. Identificación del acto administrativo que genera la vulneración de derechos de las partes; 2. Invocación de la norma constitucional, legal o reglamentaria presuntamente inobservada; 3. La pretensión; 4. Casillero judicial o un correo electrónico; y, 5. La firma del representante legal del operador económico y de su abogado defensor.”

DÉCIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

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

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

“El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado [...] 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.”³

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Competencia Económica, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento de aplicación. Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, pues la carta constitucional reza:

“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.”

Atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM por los cuales la SCE debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, evitando, previniendo, corrigiendo, eliminando y sancionando el abuso de operadores económicos con poder de mercado; en concordancia con la sección I del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -RLORCPM-, en la que consta el presupuesto de que 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 recaerán en infracción a la Ley no siendo las conductas susceptibles de exoneración alguna.

Una vez realizadas la citadas precisiones, cabe señalar que, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en cuidado al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base en los presupuestos planteados por las apelantes observando el

² 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. [...]”*

³ 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”*

cumplimiento de parámetros técnicos y legales a fin de atender respecto de la validez del procedimiento administrativo y la del acto administrativo recurrido.

Las recurrentes han centrado su recurso objetando la resolución de 12 de junio de 2024, expedida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas [“INICAPMAPR”] dentro del expediente No. SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, resumiendo sus alegaciones en una falta al debido proceso, particularmente en su garantía de motivación presente en la letra l), número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador [“CRE”], concordante con los artículos 41 de la LORCPM y 18, 32 y 100 del COA. A la par, se plantea una lectura “superficial y errónea” del artículo 54 de la LORCPM, de manera especial la letra f), que se remite a “[...] *Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados* [...]”. Estos presupuestos, la falta de motivación y la errónea aplicación del requisito del artículo 54 de la LORCPM invalidarían en su totalidad a la resolución del 12 de junio de 2024.

Argumentativamente, procede referirnos en primera instancia a la estructura que desarrolla el supuesto yerro en la aplicación de la letra f) del artículo 54 de la LORCPM por parte de la SCE, al ser causa de la presunta falta de motivación de la resolución cuestionada.

Ahora bien, los apelantes han señalado:

“(...) el artículo 54, letra f) de la LORCPM prescribe que toda denuncia deberá contener, entre otras cosas, “las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados”. Como puede notar su Autoridad, la norma es diáfana. No exige una descripción exhaustiva de los bienes o servicios objeto de la conducta ni de sus características. Basta pura y simplemente con indicar ambos elementos. Sin perjuicio de ello, la denuncia fue aún más allá y presentó en varios pasajes una descripción detallada de los bienes y sus características, anexando inclusive ejemplos de productos con fotografías. En consecuencia, la denuncia siempre estuvo completa y fue clara. (...)”

En primer lugar corresponde analizar la denuncia de 23 de mayo de 2024, donde se observa, a criterio del denunciante, que la letra f) del artículo 54 de la LORCPM, ha sido detallada a conformidad de la norma y de la siguiente forma:

“(...) son los bienes que se venden en los locales de TUTI y que compiten contra las tiendas de barrio. Todos son bienes de consumo diario. Entre ellos se pueden encontrar productos alimenticios de primera necesidad y bebidas. Estos productos son aquellos creados para satisfacer una necesidad puntual de la población y que son por el público con ese fin. Se distinguen de los bienes de producción o bienes de capital porque estos últimos sirven para fortalecer otros proceso de producción, como es el caso de cierta materia prima.”

El escrito de 07 de junio de 2024, con el que se realizó la complementación de la denuncia por parte de las proponentes, se aprecia en relación a las *características de los bienes*, en el acápite III de dicho instrumento:

“(...) los productos objeto de la conducta son todos los bienes de consumo, alimentos y bebidas, principalmente, y productos de hogar, higiene y uso humano comercializados por el denunciado. En aras de la exhaustividad, es posible señalar como características

principales que se trata de productos con demanda constante debido a su conveniencia y accesibilidad. Suelen tener un nivel elevado de elasticidad, lo que significa que cambios en su precio afectan de manera significativa la cantidad demanda.”

La conceptualización que realiza la intendencia sustanciadora en la resolución de 12 de junio de 2024, respecto a estas aseveraciones de las denunciantes, es la siguiente:

*“(…) De la revisión del escrito de compleción se desprende que las denunciantes no han dado cumplimiento a lo requerido por la Autoridad, toda vez que **no ACLARA cuáles son los productos específicos**, que serían el objeto de la conducta, por cuánto dentro de las categorías bienes de consumo humano, hay un sin número de productos que se podrían considerar. El exponer que los productos a ser considerados son “todos”, **no es aclarar cómo fue solicitado**.*

*Por otro lado, tampoco se evidencia que las denunciantes COMPLETEN las características **de cada uno de los productos que serían objeto de la conducta**. Por el contrario se establecen dos cualidades generales que se podrían atribuir a cualquiera de las categorías de producto que ha mencionado en la parte inicial del párrafo citado.*

Por tanto, en este caso, esta Autoridad concluye que dicho requerimiento NO HA SIDO ACLARADO ni COMPLETADO, en función de lo requerido.” (El resaltado me pertenece)

Bajo estos enunciados, es preciso señalar que la letra f) del artículo 54 de la LORCPM requiere que se evidencie las características de los bienes o servicios, que son objeto de la conducta denunciada así como de los bienes o servicios afectados. Al hablar de una caracterización, estamos frente a una descripción de los rasgos o distintivos de los bienes y/o servicios, que sean susceptibles de ser inquiridos ante el procedimiento administrativo sancionado, el artículo en mención señala:

“Art. 54.- Contenido de la denuncia.- La denuncia deberá contener: [...] f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; [...]”

En la denuncia de 23 de mayo de 2024 del expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024, los denunciantes advierten que son “todos” los bienes que ofrece el denunciado, aquellos que motivan su reclamo. A continuación, los denunciantes señalan dichos bienes como de “primera necesidad”. En la misma vía se estaría manteniendo la complementación del 07 de junio de 2024, agregándose el concepto de elasticidad, sin llegar a explicar su relación con “todos” los productos o individualmente.

La INICAPMAPR ha señalado en el referido auto de 5 de junio de 2024, que:

“[...] Conforme lo expuesto, se debe indicar este requisito necesariamente implica indicar cuáles son las características de los bienes objeto de la conducta y afectados. Toda vez que esto permitirá al órgano de investigación realizar una aproximación al mercado relevante. Como bien se ha expuesto en la Guía para la Investigación de Conductas de Abuso de Poder de Mercado: “[...] el equipo técnico analizará que la denuncia cumpla con lo dispuesto en el literal f) del artículo 54 de la LORCPM, [...]. Pues, las características servirán para identificar posibles sustitutos y, así, realizar una aproximación al mercado relevante. [...]”

Ahora bien, los recurrentes en su escrito de apelación de 18 de junio de 2024 hacen constar fotografías y un listado de productos con precios, añaden la existencia de precios predatorios en la comercialización de “todos” los productos y dice de manera textual: “[...] Resultaría inaudito que la Intendencia pretenda que se le entregue una lista con el detalle de todos los productos comercializados por Tuti [...]”. Así mismo, refiere que el detalle de productos es: “[...] punto de partida para la definición del mercado relevante. En este caso de la denuncia y el escrito de compleción no solo precisan las características de los productos, sino que incluyen una definición de mercado relevante, esto es el mercado de la venta minorista de productos de consumo diario en tiendas de barrio y similares de la ciudad de Quito. [...] No es posible conocer las estructuras de costos de cada unidad de producto, tan solo se sabe que Tuti tiene precios muy por debajo de las condiciones de mercado y que es una empresa que registra pérdidas consecutivas. [...]”.

De las apreciaciones declaradas por las apelantes observamos justificaciones de la imposibilidad de realizar un detalle de las características de los productos o de aproximarse a un mercado relevante, o que incluso, se habría señalado una *especie* de mercado relevante o un “punto de partida” del inicio de la investigación.

Para efectos de discernir este punto, con la intención de formar adecuadamente la voluntad administrativa de esta autoridad, se designó a la economista Evelyn Guadalupe como Especialista Técnico del procedimiento, con el objeto de obtener un criterio apropiado, de lo que debe tasarse como el requisito de la letra f) del artículo 54 de la LORCPM.

Al respecto, el Especialista Técnico señaló:

“(...) No obstante, al describir los bienes y servicios objeto de la conducta denunciada, solo se detalla ejemplificativamente tres productos, seguido de la afirmación de que son todos los bienes de consumo diario que se venden en los locales de TUTI y que compiten contra las tiendas de barrio (...)

Este último planteamiento conlleva a cierta confusión dado que, como bien menciona la INICAPMAPR en su Resolución de 12 de junio de 2024, el hecho de hacer referencia a que son “todos” los bienes de consumo diario, o incluso agruparlos bajo las categorías de alimentos, bebidas, productos de hogar, higiene y uso humano, deja abierta la posibilidad de que exista un sin número de productos con diferentes características unos de otros, que recaigan dentro de estas categorías. Además, reportar la información de manera tan generalizada, implica cuestionarse si efectivamente todos los productos que comercializan los denunciados, también son comercializados por TUTI, y si efectivamente en todos existe un comportamiento anticompetitivo, pues del conocimiento generalizado y como el propio apelante señala en la sección III.1. de la denuncia:

“[...] Tuti opera en el formato de tiendas de descuento que “se caracteriza por tener unos precios muy reducidos frente a los demás tipos de distribución, a cambio de presentar un surtido reducido de productos, escasos productos de marcas y una cantidad considerable de marcas del distribuidor o marcas blancas” [...]” (énfasis añadido)

Dicha acotación es clave, dado que con base en este planteamiento se puede deducir que TUTI se enfoca principalmente en la comercialización de productos de marcas blancas, los cuales, por lo general, no se distribuyen en otros establecimientos de competidores. Esto pone en evidencia la imprecisión que se genera cuando el apelante manifiesta que

todos los bienes que comercializa TUTI son afectados por la conducta denunciada, cuando en realidad es probable que dicha conducta solo pueda presentarse en algunos productos – “escasos”- de marcas comerciales que TUTI ofrece y que son ofrecidas por otros establecimientos de terceros.

Por tanto, como resultado el universo de “todos los bienes” objeto de la conducta a los que el apelante hace referencia, seguramente se ve reducido, evidenciando de manera más clara la imprecisión de definir a los bienes afectados de una manera tan amplia. Además, evidencia la importancia técnica de identificar tanto los bienes como sus características, pues el hecho de que no sean todos los bienes, podría dar un indicio a la autoridad de que el mercado afectado pueda ser definido de una manera diferente a la que se plantea, incluso podría ser más acotada, sin embargo, de la forma en que fue presentada la denuncia, resulta difícil comprender en donde estaría la afectación.

Por otro lado, dado que la conducta denunciada se refiere a precios predatorios, entendidos como la práctica de vender bienes o servicios a un precio inferior al costo con el fin de forzar la salida de competidores del mercado y, posteriormente, desde una posición dominante, recuperar las pérdidas mediante precios supra competitivos, es técnicamente imprescindible identificar con certeza los productos involucrados en dicha conducta. El análisis de precios predatorios requiere de dos componentes clave: los precios y los costos de producción de los bienes comercializados. Estos varían significativamente entre distintos productos y sus características, por lo que no pueden ser generalizados o extrapolados sin perder precisión. Incluso dentro de una misma categoría, los bienes de diferentes marcas pueden tener precios y costos asociados muy distintos, lo que hace inviable una comparación adecuada si no se consideran estas diferencias y por tanto, no se puede conocer en qué productos específicamente se encuentra la afectación.

Finalmente, es importante recalcar que, la verificación de requisitos contribuye con la Autoridad para saber si la información reportada da claridad de la conducta analizada, permite identificar quienes son los operadores involucrados y, lo más importante, como bien menciona la Intendencia, puede dar una aproximación del o los mercados relevantes afectados, a partir de la identificación de los posibles sustitutos de los bienes y servicios especificados, para que con base en esta definición, se pueda evaluar técnicamente los precios y costos de cada uno de los productos que recaen dentro del mercado relevante definido. (...)

Finalmente, la funcionaria asignada a la causa concluyó:

*“(...) * A partir de los elementos aportados y considerando los criterios económicos expuestos, me permito concluir que la denuncia presentada, incluyendo su escrito de aclaración de 7 de junio de 2024, no cumplió con el literal f) del artículo 54 de la LORCPM, dado que no especifica, de forma clara, detallada e independiente, cuáles serían los bienes o servicios y sus características objeto de la conducta denunciada.*

** Si bien los apelantes reiteran haber cumplido con el literal f) ya que mencionan de manera generalizada que son todos los bienes de consumo, alimentos y bebidas, principalmente, y productos de hogar, higiene y uso humano comercializados por el denunciado, este planteamiento resulta demasiado amplio y no permitiría al órgano de investigación, realizar una aproximación al mercado relevante afectado y posteriormente evaluar de manera técnica la posible presencia de precios predatorios. (...)*

Respecto a estas demostraciones, luego de trasladado el informe SCE-INCCE-DNCCE-2024-006 de 12 de agosto de 2024 a las apelantes, las señoras Hilda Catalina Livisaca Buri y Sandra Elizabeth Torres Iñiguez replicaron lo siguiente:

“2. La norma señala que, aquello que se debe aportar para que una denuncia se considere completa es: “f) Las características de los bienes o servicios objeto de lo conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados. Este requisito si se cumplió. Se indicó con claridad que los bienes afectados por la conducta son los siguientes:

- i. Bienes de consumo humano (alimentos y bebidas).*
- li. Productos de hogar.*
- li. Productos de higiene.*

3. Por ende, no es cierto que se haya entregado información demasiado amplia, Lo que está ocurriendo es que el Informe realiza una sobre simplificación de la descripción que fue aportada. Cabe recalcar que el estándar fijado por la norma es de piso, no de techo. En otras palabras, basta con mencionar los productos —como ya se lo hizo-, con sus características, para cumplir el umbral de descripción. El que la intendencia considere deseable un mayor nivel de especificidad, no deviene en que eso sea lo requerido por la LORCPM.

4. Si la razón para no aceptar esta descripción es de índole económica, el Informe no logra demostrarlo. Es más, se ratifica que, aun cuando no era necesario, la denuncia presentó una definición de mercado relevante, e inclusive se indica que esta “podría ser una buena aproximación, dada la forma de operar y el funcionamiento de estos establecimientos”. Visto así, la no aceptación de la descripción aportada parece ser un capricho que confunde lo deseable con lo requerido.*

5. Además, el Informe olvida las particularidades del caso pues no dilucida cuál debe ser el alcance de la prescripción del artículo 54, Incluso si nos decantáramos por aceptar que los deseos prevalecen por sobre la Ley, hasta la fecha tampoco se ha explicado cuál es el nivel de especificidad que la Autoridad desea que se cumpla. No se sabe si lo que se quiere es un listado con los productos específicos, sus marcas, sus gramajes, sus presentaciones, todas las opciones anteriores, o algunas de ellas. Es decir, tanto el informe como la resolución de la intendencia, se limitan a decir que la descripción es incompleta o insuficiente pero no se menciona cómo satisfacer el requerimiento de la descripción de las características de los bienes objeto de la conducta denunciada o realmente por qué es incompleta la descripción incluida. Si la descripción de “bienes de consumo humano (alimentos y bebidas), productos de hogar y productos de higiene” es insuficiente, ¿qué se pretende recibir como descripción de los bienes, una lista que incluya “arroz, azúcar y sus sustitutos, harinas, aceites vegetales comestibles, leches y sus sustitutos, productos en conserva y enlatados, pollo, carnes, Mariscos, confiterías, dulces, comidas congeladas, frutas, verduras al granel y empacadas, aguas, bebidas alcohólicas, gaseosas, jugos, cervezas, jabón, shampoo, desodorantes, toallas higiénicas, detergentes, cloros, esponjas y todo el resto de las decenas de ítems que se comercializan tanto en las tiendas de barrio como en los locales de la denunciada? ¿O, incluso eso sería insuficiente y sería necesario incluir las marcas «como podría interpretarse en la sección del Informe sobre marcas propias- y las diferentes presentaciones de cada uno de esos ítems? De ninguna manera queda claro cuál es el estándar que la Intendencia pretende que se cumpla y más

importante aún, ¿qué cambio haría el desglose de los ítems si dicho desglose abarca todos los productos comercializados por la denunciada? En ese caso, ¿se hubiera cumplido este requerimiento legal? A todas luces, el resultado es el mismo, la comprensión del caso es la misma; el alcance de los productos que se incluyen en la denuncia es el mismo porque ambas redacciones (la presentada en el expediente de la denuncia y el desglose antedicho) comprenden todos los productos comercializados por la denunciada los cuales consisten en alimentos y bebidas, productos de hogar y productos de higiene. Como podrá notar, señor Superintendente, las dos son redacciones distintas para describir exactamente lo misma. En cualquiera de los casos; es claro que el requisito para que le denuncia esté completa, está cumplido. (...)”

De lo explícito, tanto de lo constante en la denuncia, la complementación de la misma, de la apelación y del informe de la Especialista Técnico; las características de los bienes y servicios están ligados al concepto y determinación del mercado relevante, un aspecto de alta relevancia técnica. Esta cuestión fue indicada por la INICAPMAPR en auto de 05 de junio de 2024 dentro del expediente de origen, quienes señalaron que en la *Guía para la Investigación de Conductas de Abuso del Poder de Mercado* se determina la identificación referida en la letra f) del artículo 54 de la LORCPM, lo que permitiría al órgano de investigación realizar una aproximación al mercado relevante.

En ese sentido, la guía antedicha determina:

“[...] Finalmente, el equipo técnico analizará que la denuncia cumpla con lo dispuesto en el literal f) del artículo 54 de la LORCPM, “Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados”. Pues, las características servirán para identificar posibles sustitutos y, así, realizar una aproximación al mercado relevante. [...]”

Sin embargo que, en las fases previas al inicio de la investigación la LORCPM no impone que al órgano de investigación la obligatoriedad de determinar el mercado relevante⁴, indudablemente, hay que entender al mercado relevante, para comprender cuáles son las características de los bienes a denunciarse y la presunta afectación de los mismos. Lo que nos dice el artículo 5 de la LORCPM, es que el mercado relevante supondrá como mínimo *“[...] 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.*

Algo que es evidente para esta autoridad, es el fuerte componente técnico que posee la explicación del Especialista Técnico, por lo tanto una relación evidente con varios factores científicos propios del derecho de competencia. En otras palabras, el requisito constante en la letra f) del artículo 54 de la LORCPM no se explica exclusivamente con dicha norma.

En este punto se puede observar dos cuestiones:

⁴ LORCPM.- “Art. 5.- Mercado Relevante.- [...] 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 primera, la posición de la INICAPMAPR con respecto a la letra f) del artículo 54 de la LORCPM en auto de 05 de junio de 2024, es de solo citar la guía aplicable al disenso, sin existir una relación circunstanciada de su conclusión, que nazca de la dinámica entre el elemento fáctico y jurídico, con lo cual los denunciantes puedan comprender la importancia de la compleción de la denuncia al respecto de los aspectos técnicos que requiere el órgano de investigación para avanzar el proceso a la siguiente fase, manteniéndose de esa manera hasta la resolución de 12 de junio de 2024.
- La segunda cuestión, en la denuncia de 23 de mayo de 2024 presentada inicialmente por los apelantes, verificamos que en sus acápites contiene el “*III.1. Definición del mercado relevante: Venta minorista de productos de consumo diario en tiendas de barrio y similares de la ciudad de Quito, III.2. Dominancia de Tuti en el mercado relevante afectado; y, III.3. Abuso de poder de mercado de Tuti en la modalidad de precios predatorios*”. Al respecto se puede evidenciar que la intendencia no ha considerado estos argumentos, que si bien en forma pueden estar en una ubicación distinta a la estructura del artículo 54 de la LORCPM, pero más en fondo, podrían asimilarse a un mercado geográfico restringido a la ciudad de Quito (en la sección *III.1. Definición del mercado relevante: Venta minorista de productos de consumo diario en tiendas de barrio y similares de la ciudad de Quito*); o en menor condición en el resto de acápites, a una especie de mercado del producto o incluso sobre características mínimas de los grupos o vendedores, parámetros que podrían llevar a concluir o no en un mercado relevante, por ende una caracterización o no de la letra f) del artículo 54 de la LORCPM.

Dicho esto, es importante recalcar, el deber que entraña la motivación y más que el deber, la obligación jurídica de los entes públicos para justificar sus actos. Como se conoce, la letra l) número 7 del artículo 76 de la CRE y el artículo 100 del COA, regulan desde lo constitucional y legal, la exigencia de justificar de forma suficiente una decisión por parte de la órganos estatales. En la misma línea, si hablamos de suficiente, el criterio rector impuesto desde la Corte Constitucional (“CC”) es:

“(...) En suma, el criterio rector para examinar un cargo de vulneración de la garantía de motivación establece que una argumentación jurídica es suficiente cuando cuenta con una estructura mínimamente completa, es decir, integrada por estos dos elementos: (i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente (...)”⁵

De ahí en más, se desarrollan las diversas categorías propias de las deficiencias vinculadas a la motivación.

Así las cosas, de las dos cuestiones planteadas es posible identificar respecto al requisito de la letra f) del artículo 54 de la LORCPM. En el primer escenario, la existencia de una transcripción del contenido de la guía utilizada por la INICAPMAPR en la providencia de 5 de junio de 2024,

⁵ Párrafo 61. Sentencia No. 1158-17-EP/21 (Caso Garantía de la motivación). Corte Constitucional del Ecuador.

aludiendo de forma indirecta a que la caracterización del requisito en debate, puede ser tasado a partir de las concepciones del mercado relevante.

En el segundo escenario, el que aborda el acápite III de la denuncia de 23 de mayo de 2024, no existe pronunciamiento alguno pese a que en forma, se denomina y se hace alusión a una presunta determinación de un mercado relevante, y más aún cuando, existen líneas de contenido que harían parte del contenido mínimo de la figura del mercado relevante.

En relación al precitado escenario, se deja expuesto que, no constituía obligación normativa de la intendencia técnica realizar una especie de aproximación al mercado relevante y seguidamente considerarlo como el cumplimiento del requisito f) del artículo 54 de la LORCPM, más si era acertado esgrimir las razones por las que la invocación del mercado relevante planteado por parte de los denunciantes, no eran pertinentes con esta noción y con el requisito f) del artículo 54 de la LORCPM. No obstante, se aprecia que la intendencia se limitó a una revisión de rigidez formalista al no analizar esta parte de la denuncia, lo que además derivó en una negativa implícita de motivar las razones de esta limitación.

Ahora bien, es procedente citar a la motivación desde la visión de la más alta magistratura del país, que señala:

“[...] De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la motivación en garantías jurisdiccionales exige que las juezas y jueces (i) enuncien las normas o principios jurídicos en que se funda la decisión, (ii) expliquen la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho, y (iii) realicen un análisis para verificar la existencia o no de vulneración de los derechos constitucionales alegados por la parte accionante. Esta estructura mínimamente completa constituye el criterio rector a la luz del cual deben examinarse los cargos relacionados con la alegada vulneración de la garantía de motivación. [...]”⁶

Bajo este criterio rector, también está aceptado las deficiencias motivacionales: la inexistencia, insuficiencia y la apariencia. Esta última que puede categorizarse en incoherencia, inatención e incongruencia.

De los nudos críticos planteados es identificable que, al momento de emitir la resolución de 12 de junio de 2024, la intendencia negó la adecuación del requisito f) del artículo 54 de la LORCPM por parte del denunciante, sin mayor explicación.

Así mismo, la intendencia en el acápite III de la denuncia de 23 de mayo de 2024 poseía una descripción al menos en denominación de lo que sería un mercado relevante, y que si fuera el caso, la intendencia consideraba que dicha descripción no alcanzaba para cumplir el requisito f) del artículo 54 de la LORCPM y únicamente cumplía la finalidad del requisito c) de la norma ibídem, esta cuestión debió ser susceptible de un pronunciamiento por parte del órgano de investigación en ese sentido.

⁶ Párrafo 25. Sentencia 2958-19-EP/24. Corte Constitucional del Ecuador

Así mismo, del informe del Especialista Técnico del procedimiento sirve para dejar por sentado, que al requisito f) del artículo 54 de la LOCPM está vinculado con varios conceptos que hacen referencia al mercado relevante, como a la sustancia técnica y jurídica aplicable a esta arista de la denuncia. Por tanto la INICAPMAPR se encontraba en la obligación de realizar un análisis suficiente que brinde certeza a los denunciantes del porqué de su decisión, con ello alcanzar el estándar de suficiencia establecido por la CRE y los pronunciamientos vinculantes de la CC, correspondientes a la fase en la que concluye el proceso.

Bajo los parámetros explicados, la deficiencia que predomina dentro de la resolución de 12 de junio de 2024, es la motivación de tipo insuficiente, sintetizada en:

“[...] En cuanto a la fundamentación normativa suficiente, la motivación no puede limitarse a citar normas, esta “debe contener la enunciación y justificación suficiente de las normas y principios jurídicos en que se funda la decisión, así como la justificación suficiente de su aplicación a los hechos del caso”. [...]”⁷

En ese sentido, el ejercicio de la intendencia para motivar la resolución impugnada ha sido dirigido hacia la mera enunciación de una norma, sin justificar otros aspectos que como bien lo ha afirmado y lo ha hecho el Especialista Técnico, conlleva además de la infaltable sustancia jurídica, cuestiones técnicas apegadas al mercado relevante.

En conclusión, la resolución de 12 de junio de 2024 expedida por la INICAPMAPR carece de una motivación suficiente y contiene un vicio que radica en su insuficiencia, puesto que, al momento de plantear la justificación de la falta de adecuación del requisito f) del artículo 54 de la LOCPM, se debía explicar a los interesados la fundamentación normativa y técnica de la decisión administrativa, mucho más cuando la denuncia y complementación se plantean características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados señalando una generalidad, técnicamente indeterminable para la administración.

En línea de lo expuesto, en el presente caso, la resolución de 12 de junio de 2024 contraría la garantía de la motivación presente en la letra l), número 7 del artículo 76 de la CRE, como del artículo 100 del COA.

DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-

Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes, amparado en lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 44 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; esta Autoridad, **RESUELVE:**

UNO.- En fundamento a lo determinado en los artículos 105 # 1 del Código Orgánico Administrativo, declarar de oficio la **NULIDAD de pleno derecho** de la resolución de 12 de junio de 2024 al vulnerar el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación;

⁷ Párrafo 27. Sentencia 1768-19-EP/23. Corte Constitucional del Ecuador.

DOS.- En razón del artículo 107 del COA, el procedimiento SCE-IGT-INICAPMAPR-10-2024 es retrotraído al momento mismo de la complementación de 07 de junio de 2024, para que la intendencia continúe con el procedimiento desde esta etapa;

TRES.- Se deja a salvo el derecho de la recurrente de interponer las acciones legales que considere pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyere oportuno;

CUATRO.- Conforme lo analizado en el presente acto administrativo, la INICAPMAPR se encuentra en la capacidad legal de ratificar o rectificar su decisión, alcanzando los estándares motivacionales correspondientes en derecho, pertinentes a la fase procesal del expediente administrativo;

QUINTO.- Conforme las competencias del órgano de investigación, se dispone a la INICAPMAPR el analizar la procedencia de iniciar investigaciones de oficio dentro de los sectores que podrían ser objeto de conductas de abuso de poder de mercado, por parte de TUTI;

SEXTO.- Conforme las competencias del órgano de investigación, se dispone a la INICAPMAPR el analizar la necesidad de realizar la coordinación correspondiente con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, para generar estudios de mercado con el fin de procurar el bienestar general, cumpliendo el objeto de la LORPM artículo 1.

DÉCIMO PRIMERO.- NOTIFICACIONES.-

Notifíquese con la presente providencia a: **1.** A los apelantes: i) **HILDA CATALINA LIVISACA BURI** y **SANDRA ELIZABETH TORRES IÑEGUEZ** en los correos electrónicos: mgalarza@csjglaw.com; martingalarza13@gmail.com; mbuitron@csjglaw.com y micaela8buitron@gmail.com. ii) A la **INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS**

DÉCIMO SEGUNDO.- Continúe actuando en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente el abogado Luis Caza Barcia.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Abg. Luis Caza Barcia
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN