



**UNIVERSIDAD  
DEL AZUAY**

**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Escuela de Derecho**

**“SITUACIÓN ACTUAL DE LA LITIGACIÓN EN MATERIA  
DE DERECHO DE COMPETENCIA EN  
EL ECUADOR: PERÍODO 2016-2017”**

**Trabajo de Graduación previo a la obtención del Título de Abogado  
de los Tribunales de Justicia de la República**

**Autor: Juan David Vicuña Matovelle**

**Director: Dr. Antonio Martínez Borrero**

**Cuenca – Ecuador**

**2018**

## **DEDICATORIA**

*A mi familia, por siempre creer en mi  
y apoyarme incondicionalmente en todo lo que hago*

## **AGRADECIMIENTOS**

A mi familia, especialmente a mis Padres y mi hermano, quienes desde el inicio me han respaldado incondicionalmente en cualquier actividad e iniciativa emprendida, y quienes me han inculcado gran parte de mi personalidad y valores que llevaré conmigo con por siempre.

A mis amigos y compañeros de la Universidad, con quienes compartimos una de las mejores etapas de nuestras vidas, especialmente a Gaby y Juan David.

A la Universidad del Azuay y todos quienes conforman la Facultad de Ciencias Jurídicas, por ser el alma mater que no solo me ha formado académicamente sino que me ha permitido conocer a personas invaluable, ya sea por su experiencia y conocimientos o simplemente por su calidad humana, quienes se han convertido en amigos para toda la vida.

Al Equipo de Arbitraje de la Facultad de Ciencias Jurídicas, con quienes compartimos múltiples experiencias, largas noches de estudio y viajes con los que aprendimos a veces más que en el aula, logrando inclusive alcanzar las semifinales de la Competencia Internacional de Arbitraje Comercial en Montevideo. En especial a: Antonella, Eder, Paulina, Mateo, Andy. También a todos quienes, sin ser parte de la Universidad, se convirtieron en los coaches del equipo a lo largo del tiempo, en especial a Leyre, Teresa, Daniel y Juan Carlos.

Agradezco también al estudio jurídico Cordero & Asociados, en especial a la Familia Cordero y al Dr. Andrés Cordero Torres, por haber sido mis mentores a lo largo de toda mi vida profesional y haber confiado en mí incluso antes de iniciar mis estudios universitarios.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>i</b>
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	<b>ii</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS</b> .....	<b>iii</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>vii</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>viii</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: “EL DERECHO DE COMPETENCIA”</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1. Antecedentes Históricos del Derecho De Competencia</b> .....	<b>4</b>
<b>1.1.1. Edad Antigua</b> .....	<b>5</b>
<b>1.1.2. Edad Media</b> .....	<b>6</b>
<b>1.1.3. Edad Moderna, Edad Contemporánea y Actualidad</b> .....	<b>10</b>
<b>1.2. Definición del Derecho de Competencia y Bien Jurídico Protegido</b> .....	<b>16</b>
<b>1.3. Regulación del Derecho de Competencia en el Ecuador</b> .....	<b>25</b>

<b>CAPÍTULO II: “VÍAS PARA LITIGAR EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR”</b> .....	<b>60</b>
<b>2.1. El Procedimiento Administrativo ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado</b> .....	<b>60</b>
<b>2.1.1. Autoridad de Investigación y Facultades</b> .....	<b>61</b>
<b>2.1.2. Procedimiento Administrativo de Investigación y Sanción</b> .....	<b>64</b>
<b>2.1.3. Consideraciones Particulares sobre el Procedimiento de Investigación y Sanción</b> .....	<b>70</b>
<b>2.1.4. Recursos en la Vía Administrativa</b> .....	<b>75</b>
<b>2.2. La Vía Constitucional</b> .....	<b>80</b>
<b>2.2.1. Medidas Cautelares Constitucionales</b> .....	<b>84</b>
<b>2.2.2. Acción de Protección</b> .....	<b>86</b>
<b>2.2.3. Acción Extraordinaria de Protección</b> .....	<b>102</b>
<b>2.3. La Vía Judicial</b> .....	<b>105</b>
<b>2.3.1. La Acción de Plena Jurisdicción o Subjetiva</b> .....	<b>106</b>
<b>2.3.2. El Recurso Extraordinaria de Casación</b> .....	<b>114</b>

<b>CAPÍTULO III: “ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN CONTRA DE RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO: PERÍODO 2016.2017”</b> .....	<b>120</b>
<b>3.1. Selección de Sentencias a Analizar</b> .....	<b>120</b>
<b>3.2. Metodología</b> .....	<b>121</b>
<b>3.3. Listado de Sentencias a Analizar</b> .....	<b>122</b>
<b>3.4. Análisis de las Sentencias Dictadas en la Vía Constitucional Durante el Período 2016 – 2017</b> .....	<b>129</b>
<b>3.4.1. CONECEL vs. SCPM [Juicio No. 09332-2016-09198]</b> .....	<b>129</b>
<b>3.4.2. ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV vs. SCPM [Juicio No. 09332-2016-10714]</b> .....	<b>147</b>
<b>3.4.3. OTECEL vs. SCPM [Juicio No. 17203-2016-13281]</b> .....	<b>168</b>
<b>3.4.4. ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO vs. SCPM</b> .....	<b>185</b>
<b>3.4.5. INTERDIN S.A. vs. SCPM [Juicio No. 17203-2016-14772]</b> .....	<b>197</b>
<b>3.5. Análisis de las Sentencias Dictadas en la Vía Contencioso Administrativa Durante el Período 2016 – 2017</b> .....	<b>209</b>
<b>3.5.1. CORPORACIÓN EL ROSADO vs. SCPM [Juicio No. 09802-2016-00608]</b> .....	<b>209</b>

<b>3.5.2.</b>	<b>CORPORACIÓN EL ROSADO vs. SCPM [Juicio No. 09802-2016-00681].</b>	<b>225</b>
<b>3.5.3.</b>	<b>OTECCEL vs. SCPM [Juicio No. 17811-2016-01347].</b>	<b>234</b>
<b>3.5.4.</b>	<b>DISPROSA S.A. vs. SCPM [Juicio No. 09802-2017-00869].</b>	<b>255</b>
<b>3.5.5.</b>	<b>AUGUSTO PATRICIO LÓPEZ JARAMILLO vs. SCPM [Juicio No. 09802-2017-00876].</b>	<b>264</b>
<b>3.5.6.</b>	<b>DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. vs. SCPM [Juicio No. 09802-2015-00585].</b>	<b>265</b>
<b>3.5.7.</b>	<b>RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER RECAPT S.A. vs. SCPM [Juicio No. 17811-2016-01271].</b>	<b>280</b>
<b>3.5.8.</b>	<b>CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL vs. SCPM [Juicio No. 09802-2016-00738].</b>	<b>306</b>
<b>3.5.9.</b>	<b>COMPAÑÍA ECONOFARM S.A. vs. SCPM [Juicio No. 17811-2016-01610].</b>	<b>326</b>
<b>3.6.</b>	<b>CONCLUSIONES.</b>	<b>335</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>341</b>

## **RESUMEN**

El presente trabajo busca analizar la situación actual del Derecho de la Competencia en el Ecuador, mediante análisis de los criterios sentados en procesos judiciales contencioso administrativos y constitucionales iniciados en contra de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

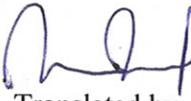
Iniciaremos revisando la regulación del Derecho de Competencia en el país, así como los mecanismos previstos en la ley de la materia y en otras normas procesales aplicables, para impugnar resoluciones de la entidad reguladora.

Finalmente, analizaremos todas las sentencias dictadas en procesos contra esta entidad durante los años 2016 y 2017, pretendiendo brindar criterios objetivos para que tanto operadores económicos como profesionales del Derecho puedan realizar futuros análisis y litigar con mayores herramientas dentro de esta materia.

## ABSTRACT

The present work sought to analyze the situation of Competition Law in Ecuador through the analysis of the criteria set in the judicial administrative and constitutional litigation proceedings initiated against the “Superintendencia de Control del Poder de Mercado”. It began with the review of the regulation of Competition Law, the mechanisms provided in the law of this matter and other applicable procedural rules to challenge the resolutions of the regulatory entity. Finally, all the judgments handed down in proceedings against this entity during the years 2016 and 2017 were analyzed. This was intended to provide objective criteria for economic operators and legal professionals to perform future analyzes and litigate with greater tools in this area.



  
Translated by  
Ing. Paul Arpi

## INTRODUCCIÓN

El Derecho de la Competencia es una apasionante rama del Derecho que se interrelaciona, entre otras materias, directamente con la economía, y tiene por objeto tutelar una justa y leal competencia en los mercados, protegiendo tanto a productores como prestadores de servicios y fundamentalmente a los consumidores.

Esta rama del Derecho existe desde hace ya décadas en jurisdicciones como los Estados Unidos de América o la Unión Europea, sin embargo, su presencia en el Ecuador es relativamente corta, pues recién en el año 2011 entró en vigencia la actual Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

Ha existido gran controversia respecto de las actuaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado – entidad rectora en esta materia – y, por la naturaleza de los asuntos que se tratan (y por disposición legal), la mayoría de los procesos de investigación en sede administrativa se mantienen confidenciales o se llegan a acuerdos confidenciales con los operadores económicos investigados.

No obstante, casi seis años después de la promulgación de la Ley, se empiezan a dictar las primeras sentencias por parte de la Corte Nacional de Justicia, mismas que resuelven mayormente impugnaciones interpuestas mediante recursos contencioso administrativos propuestos en contra de las resoluciones dictadas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Por otro lado, gran parte de las impugnaciones frente a resoluciones de la entidad de control han tomado una vía diametralmente distinta: las garantías jurisdiccionales constitucionales, que tienen por objeto tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es por ello, que resulta de fundamental importancia conocer cuáles son los criterios emitidos por la administración de justicia, que recién empieza a emitir sus primeros pronunciamientos en la materia, tanto respecto de temas de forma como de fondo.

Es aquí donde se enfocará la investigación del presente trabajo: cuáles son las vías para litigar, cuándo procede acudir a cada una de ellas, y cuáles han sido los criterios emitidos por los distintos tribunales.

**“SITUACIÓN ACTUAL DE LA LITIGACIÓN EN MATERIA  
DE DERECHO DE COMPETENCIA EN  
EL ECUADOR: PERÍODO 2016-2017”**

## **CAPÍTULO I: EL DERECHO DE COMPETENCIA**

Para poder comprender a cabalidad la situación actual de la litigación en materia de Derecho de Competencia en el Ecuador, es menester referirnos primeramente a los antecedentes históricos de esta materia, para posteriormente poder esbozar una definición de esta peculiar rama del Derecho que tiene sus propios principios y características. Teniendo en cuenta todo este bagaje histórico y doctrinario, junto con la experiencia de otras legislaciones, se puede entender cómo llegaron a asentarse en el Ecuador estas normas de naturaleza regulatoria y cuál es su objeto y ámbito de aplicación, mismo que delimita el accionar tanto de operadores económicos como administradores de justicia al momento de litigar.

### **1.1. Antecedentes Históricos del Derecho de Competencia**

Si bien el Derecho de Competencia es una rama del Derecho relativamente nueva, en comparación a otras como el Derecho Civil o el Derecho Penal que se han ido practicando desde hace siglos atrás, no son nuevas las conductas que se encuentran reguladas por esta rama del Derecho, pues se trata de fenómenos que han ocurrido desde que el ser humano realizó sus primeras prácticas comerciales.

Como se enseña desde las primeras clases de Introducción al Derecho, aunque generalmente no pensemos en ello, nuestra vida, queramos o no, se encuentra inmersa en el Derecho. Pues al desarrollar actividades cotidianas como adquirir productos básicos para nuestra subsistencia estamos realizando ya actos jurídicamente regulados, por ejemplo, la compraventa en el Código Civil . Como nos enseña el profesor Pascual Marín Pérez:

*“El conocimiento y consciencia de esas normas de convivencia no puede dárselos más que el Derecho en el que vivimos inmersos, aún sin proponérselo, lo mismo en las manifestaciones más humildes que en las más solemnes, siendo infinitas las relaciones cometidas a este, ya sean relaciones de hombre a hombre, o entre el individuo y el grupo social, la familia, el municipio o, el Estado a que pertenece o los grupos entre sí. Con razón pudo decir Ortega y Gasset que el Derecho es secreción espontánea de*

*la sociedad y no puede ser otra cosa. De ahí que se haya dicho también que el verdadero Derecho no es el que el Estado formula, sino el que la sociedad practica, vive y actúa, el que el juez define en sus sentencias”.* (Chanamé Orbe & Pérez Casaverde, 2010, pág. 20)

Estas palabras calan a la perfección con lo sucedido en la evolución histórica del Derecho de la Competencia, y no solamente respecto de su nacimiento sino también de su evolución y aplicación, pues como se analizará más adelante, es una de las ramas del Derecho en las que más trascendente resulta la valoración económica y social de determinadas conductas, pues por principio, las normas regulatorias que prescribe esta rama del Derecho son extremadamente abiertas, siendo facultad y obligación de los administradores de justicia, en base a cada caso concreto, determinar su alcance.

### **1.1.1. Edad Antigua**

El profesor Juan Ignacio Signes de Mesa, letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras realizar una investigación histórica de respecto de los orígenes de esta rama del Derecho, relata que los antecedentes más antiguos que pudo constatar son los siguientes:

- a) En la Antigua Grecia, una asociación de vendedores de grano fue juzgada en el tribunal de La Helia de Atenas a mediados del siglo IV a.C., en razón de que, aprovechando una serie de malas cosechas y el control de los espartanos sobre lo que hoy en día es el Estrecho de los Dardanelos, los distintos vendedores de grano que competían abiertamente en ese mercado, decidieron pactar un alza de precios y encarecer su producto en perjuicio de los consumidores, lo cual fue notado y sancionado por las autoridades.
- b) La *Lex Julia de Annona*, adoptada en la República Romana en el año 50 a.C., previó ya onerosas sanciones a quienes, de manera directa y deliberada, limitaran el suministro de grano proveniente de ultramar.
- c) El mandato del emperador Diocleciano, un edicto del año 301 d.C., tipificó bajo sanción de pena capital, la acción de reducir u ocultar bienes de consumo

básico para la población. (Signes de Mesa, Fernández Torres, & Fuentes Naharro, 2013, págs. 31-32)

El patrón común que siguen estos casos de la Edad Antigua, es que se trataba de proteger, en primera instancia, el que la población tuviera acceso a productos de consumo básico, en especial de granos. Sin embargo, el fundamento de estas normas y fallos, si bien tiene relación a temas que actualmente se encuentran regulados por el Derecho de Competencia, no tenía los mismos fines que persigue actualmente ni tampoco el mismo fundamento para su aplicación.

### **1.1.2. Edad Media**

En tiempos más próximos, a nuestros días, se tiene constancia de algunos fallos realizados por tribunales del *common law* que tienen relación con esta materia. Entre los principales tenemos:

#### **a) Caso John Dyer (1414)**

Este es el primer caso reportado de prácticas restrictivas del comercio (*restraints of trade*) y versó sobre un acuerdo que afectaba la libertad de comerciar.

En esta época, resultaba frecuente que los aprendices suscribieran contratos con sus *maestros*, en virtud de los cuales se abstendrían de competir con ellos durante un determinado período de tiempo, una vez hubiese culminado su entrenamiento.

En este caso, el tintorero John Dyer suscribió un contrato con su maestro, en el que se obligó a no ofrecer ni prestar sus servicios en el mismo pueblo que su maestro por un lapso de seis meses. El maestro demandó ante la justicia inglesa un incumplimiento contractual por parte de su aprendiz, sin embargo, la Corte resolvió que era ilegal prohibir o restringir a cualquier persona la participación en el comercio por lo que dicha prohibición fue declarada “*contraria al beneficio de la comunidad*”. (Minda, 1989, págs. 455-477)

A diferencia de los actuales sistemas de Derecho de Competencia, al no existir una legislación definida para la materia, el fundamento de este fallo y otros similares fue una aversión general a las restricciones del comercio.

*b) Caso Davenants v. Hurdís (1599)*

*Davenants v. Hurdís* es el primer caso reportado en el *common law* de monopolios derivados de la concesión de privilegios.

En este caso, un gremio de sastres de Londres denominado “*Company of Merchant Tailors of London*” impuso a sus miembros la orden de que, cuando cualquiera de ellos enviará ropa a ser terminada o que se realice cualquier trabajo adicional previo a la entrega del producto terminado, debería enviar por lo menos la mitad del trabajo a miembros del mismo gremio, so pena de cancelar una multa económica por cada prenda entregada a sastres que no fueran miembros del gremio. El señor Davenant, fue un miembro de este gremio que envió veinte prendas de vestir a ser terminadas por otros sastres que no eran miembros de su mismo gremio y se rehusó a pagar la multa que le fue impuesta en consecuencia.

La disputa se judicializó y los jueces dieron la razón a Davenant, cuyo abogado argumentó principalmente que el mantener vigente aquella directriz del gremio de repartir por lo menos la mitad del trabajo entre sus miembros resultaba en un monopolio, y que nada impediría que posteriormente, el gremio ordenara que ya no fuera únicamente la mitad de las prendas las que deban ser repartidas entre ellos sino la totalidad de las mismas. Los jueces aceptaron en términos generales este razonamiento y señalaron que aquella directriz era “*contraria al common law porque era restrictiva de las libertades de las personas, pues por ley, cada persona tiene la libertad de enviar sus prendas de vestir para que sean elaboradas y/o terminadas por el sastre de su elección y no puede restringírsele esta libertad a ninguna persona o grupo de personas*”, por lo que dicha directriz fue declarada nula.” (Siegan, 2005, págs. 20-21)

c) *Caso Darcy v. Allen (1603)*

Este fue conocido como el “Caso de los Monopolios” y constituyó un importante precedente en el *common law* respecto de monopolios de patentes y producción. A más de ello, tuvo especial trascendencia por involucrar a la monarquía británica.

En este caso, la Reina Isabel I de Inglaterra, adjudicó a uno de los miembros de su gobierno, Edward Darcy, una licencia exclusiva para importar, fabricar y publicitar cartas de baraja (naipes para juegos) en Inglaterra. Algunos autores sostienen que no existió siquiera una mala intención o un beneficio en concreto para la Reina, sino que simplemente adjudicó esta licencia exclusiva al encontrarse preocupada en razón de que el juego de naipes se estaba volviendo un problema entre los ciudadanos y pensó que posiblemente se podría regular de mejor manera dicha actividad si una sola persona se encargaba de controlar y por ende regularla.

Por su parte, Thomas Allen, pretendía elaborar y vender sus propios naipes por lo que el señor Darcy lo demandó por daños y perjuicios – evidentemente se escogió esta vía en razón de que no existían en ese entonces normativa ni procedimientos para tutelar el Derecho de Competencia.

El Tribunal encargado de resolver el caso determinó que esta licencia exclusiva contravenía el *common law* y por lo tanto la declaró nula. La defensa de Allen se sostuvo que, al ser un residente de Londres, estaba protegido por su Carta Magna que garantizaba a sus ciudadanos el derecho de realizar libremente prácticas de comercio.

El razonamiento de los jueces se basó en que esta licencia exclusiva creó varios monopolios y que todo monopolio era contrario al *common law* por limitar el comercio en detrimento de la libertad y el bienestar de los ciudadanos, principalmente por tres razones: **(i)** causó un alza de precios de los naipes de jugo; **(ii)** se disminuyó la calidad de las cartas; y **(iii)** se afectó el derecho al trabajo y a ganarse la vida digna de varios trabajadores. Concluyeron que no

podía ser la Corona, sino únicamente el Parlamento, el órgano que restrinja la libertad de comerciar de cualquier ciudadano. (Siegan, 2005, pág. 22)

A diferencia de lo ocurrido en la Edad Antigua, se puede observar claramente avances que deben ser analizados también a la luz de los distintos contextos históricos. En la Edad Media ya existían cuerpos normativos más avanzados y sistematizados, así como una concepción distinta de “derechos adquiridos” o “libertades” de las que gozaban los ciudadanos. Es por ello, que el fundamento de los fallos en la gran mayoría de casos no es el de mantener una justa y equilibrada competencia en el mercado o de evitar abusos de posición dominante ni prácticas desleales, sino las libertades individuales de las que gozaban los ciudadanos, específicamente el derecho a practicar el comercio.

Este criterio es compartido por el profesor Guillermo Cabanellas quien ha manifestado que: *“Si bien las doctrinas estadounidense e inglesa suelen hacer hincapié en la relativa independencia de la legislación antimonopólica de esos países frente a los antecedentes jurisprudenciales que precedieron a su promulgación, puede inferirse que la existencia de una tradición jurídica de protección de la competencia, así como de una conciencia de la ilicitud o inconveniencia de las prácticas restrictivas, paralela a esa corriente jurisprudencial, debe haber facilitado la oportuna aplicación de la legislación antimonopólica e los países nombrados”*. (Cabanellas de las Cuevas & Serebrinsky, Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia: Tomo I, 2017, pág. 13)

Al no existir mecanismos de protección de la competencia – e inclusive ni siquiera una ideología o política pública al respecto – no es coincidencia que todos aquellos juicios hayan sido interpuestos como acciones de índole civil tales como incumplimiento contractual y/o indemnizaciones de daños y perjuicios.

Otro tema a tener en cuenta, es que nos encontramos frente a precedentes del *common law*, donde no siempre existe una ley que se aplica subsumiendo los hechos a la norma – como ocurre en el *civil law* o Derecho Civil continental – sino que se presta atención especial a lo que la sociedad, en ese momento concreto, considera o no como aceptable y se tiene un especial énfasis en los precedentes jurisprudenciales. Se puede colegir

entonces, que desde hace siglos atrás, los diferentes Estados y sus ciudadanos consideraban al comercio con una forma justa de ganarse la vida, a la que todos debían tener acceso (independientemente de que no fuera en estricta igualdad de condiciones o en condiciones similares a las que existen hoy en día). Es por ello que estos litigios se tradujeron prácticamente en juicios sobre derechos fundamentales tales como el derecho al trabajo y el derecho al comercio, dándole un papel secundario a otros fundamentos como el bienestar de los consumidores.

### **1.1.3. Edad Moderna, Edad Contemporánea y Actualidad**

#### **a) El *Sherman Act* y el Derecho de Competencia Norteamericano**

El Derecho de la Competencia, concebido como un sistema de normas como lo conocemos en la actualidad, tuvo sus inicios en los Estados Unidos de América con la promulgación del *Sherman Act (1890)* o “Ley Sherman” (Riofrío Martínez-Villalba & Marín Sevilla, 2012, pág. 19). Otro cuerpo normativo pionero en la materia, pero poco menos conocido, es el *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade (1889)* o “Ley para la Prevención y Supresión de Combinaciones formadas para restringir el Comercio” adoptado por Canadá.

En los Estados Unidos, el Derecho de Competencia recibe también el nombre de *Antitrust Law* y se concibió desde sus orígenes como un medio para que las autoridades públicas pudieran intervenir en la concentración del poder económico de los denominados *trusts* – grandes conglomerados mercantiles, fundamentalmente en el sector del transporte ferroviario, de telecomunicaciones y de energía – que se beneficiaron del desarrollo del libre comercio entre los Estados federados y el desarrollo del capitalismo corporativo, obteniendo un poder económico que les permitió erigirse en monopolios, hasta el punto de que las autoridades advirtieron la necesidad de poner límites a su acción en el mercado, en razón de que amenazaba a la libertad, que tanto esfuerzo costó a los norteamericanos. (Signes de Mesa, Fernández Torres, & Fuentes Naharro, 2013, págs. 32-33).

El *Sherman Act* fue entró en vigencia el 02 de julio de 1890, durante el gobierno del presidente Benjamin Harrison y recibe el nombre de su creador, John Sherman, en ese entonces senador de Ohio. Una de las particularidades de esta norma es que, a diferencia de las extensas regulaciones que existen actualmente sobre la materia y de las detalladas leyes de competencia, este cuerpo normativo apenas tenía siete disposiciones o *sections* de apenas un párrafo cada una, siendo sus principales disposiciones las siguientes:

- (i) Declaró ilegal «*todo contrato, en forma de trust o de otra índole, o conspiración restrictiva del tráfico mercantil o del comercio entre los varios Estados, o con naciones extranjeras*»; y
- (ii) Prohibió las “prácticas o intentos de monopolización” tipificando que «*cualquier persona que monopolice o intente monopolizar, o conspire individualmente o en conjunto con otro u otros, para monopolizar cualquier parte del comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras, será declarado culpable de un delito*».

Esta ley fue posteriormente completada por la *Clayton Act* de 1914, enmendada a su vez por la *Robinson-Patman Act* de 1936.

Destacados académicos la califican como una ley “*notablemente simple, imprecisa y breve*”, cuyo texto ha dado lugar, a través de una enorme labor judicial, a un cuerpo de normas y principios que constituye una de las ramas más complejas del Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica. Sus primeros tres artículos se limitan a fijar tipos punibles y a disponer medidas que los tribunales competentes están autorizados a tomar a fin de asegurar la sanción del presupuesto fáctico de la norma, tales como ordenar la pérdida de la propiedad afectada a los hechos mencionados y a definir el concepto de “*persona*”. Sin embargo, no se detalla ni especifican sus tipos sancionatorios como la *restricción del comercio* y la *monopolización*, siendo figuras extremadamente amplias, lo cual difiere de la técnica jurídica que caracteriza a los sistemas del *civil law* que tienen su raíz romana.

## b) El Derecho de Competencia Europeo

Posterior a lo sucedido en Norteamérica, empezaba a surgir en el viejo continente lo que hoy conocemos como la Unión Europea. Sus tratados fundacionales fueron: **(i)** el *Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (1951)*, **(ii)** el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957)* y **(iii)** el *Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957)*, a estos dos últimos también se les conoce como “los Tratados de Roma”.

Estos tratados dieron origen a la ex “Comunidad Europea”, hoy “Unión Europea”. El *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea* tiene un capítulo entero referente a las políticas de la comunidad, estableciendo normas comunes sobre la competencia, que se subdividen en: **(i)** normas aplicables a las empresas (Art. 85–90), **(ii)** prácticas de dumping (Art. 91), **(iii)** ayudas otorgadas por los Estados (Art. 92–94), así como **(iv)** disposiciones fiscales (Art. 95–99) y es sucedido por otros capítulos referentes a la política económica, comercial, social, de inversiones y de ultramar de la Comunidad.

Los artículos 85<sup>1</sup> y 86<sup>2</sup> del referido Tratado sentaron las bases para las regulaciones comunitarias en materia de competencia, creando la obligación de que cada Estado miembro desarrollase una estructura mínima de protección a la concurrencia a los mercados, sin perjuicio de las normas nacionales que cada país adoptara.

Estos tratados han sido objeto de numerosas modificaciones tales como: el *Acta Única Europea (1986)* y el *Tratado de la Unión Europea (1992)*, siendo el último tratado de revisión hasta la presente fecha el *Tratado de Lisboa (2007)*, que modificó el Tratado de la Unión Europea estableciendo el actual *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*.

---

<sup>1</sup> “**Artículo 85. 1.** Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común [...]”

<sup>2</sup> **Artículo 86.** Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo [...].

Cabe destacar que estas normas hacen referencia, principalmente, a disposiciones aplicables al denominado *Mercado Común Europeo*, es decir, serán aplicables principalmente a empresas que realicen comercio internacional dentro de la Unión Europea, sin perjuicio de las normas de competencia interna que cada país adopte.

### **c) Sudamérica y la República de Ecuador**

Desde finales del Siglo XX hasta la actualidad, cada día son más los países que incorporan a sus respectivos ordenamientos jurídicos regímenes de defensa de la competencia, desde países con economías en crecimiento como India o China hasta los países sudamericanos.

Las organizaciones que mayor éxito han tenido a nivel mundial en materia de competencia han sido la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (en adelante “**OCDE**”), y posteriormente la denominada *Ronda de Uruguay* – octava reunión entre países con el fin de negociar la política arancelaria y la liberalización de los mercados a nivel mundial – que llevó la normativa de competencia a un plano internacional con la creación de la *Organización Mundial del Comercio* (en adelante “**OMC**”) en 1995 e incluyó ciertas normas básicas de competencia en la propiedad intelectual. (Riofrío Martínez-Villalba & Marín Sevilla, 2012, pág. 20)

En Sudamérica surgió en mayo de 1969 el *Pacto Andino*, como una organización tendiente a fortalecer la integración latinoamericana. Formaron parte de este grupo en un comienzo a Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, pero más tarde ingresó Venezuela y se retiró Chile. Esta organización, actualmente denominada *Comunidad Andina de Naciones* (en adelante “**CAN**”), tuvo un primer intento de establecer normas que impidan las distorsiones de competencia en la región y aprobó en 1971 mediante su Decisión 45 las “*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión*”. Posteriormente, en 1987, se expidió la Decisión 230 titulada denominada “*Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. Sustitución de la Decisión 45*” y por último, en 1991 se expidió la Decisión 285 “*Normas para*

*prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia” que sustituye a las dos anteriores decisiones.*

Sin embargo, ninguna de estas tres decisiones fue aplicada, según el profesor Juan Carlos Riofrío, por **(i)** contener graves errores conceptuales, **(ii)** falta de aplicación sancionatoria y **(iii)** falta de autoridades de investigación. Esto fue una consecuencia de que no se logró alcanzar una idea o política común sobre defensa de la competencia económica en la región.

Finalmente, en 2005 se promulgó la Decisión 608 “*Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*”, que sustituyó a la Decisión 285 de la CAN y ya contiene normas claras, tipifica conductas anticompetitivas y cláusulas generales prohibitivas. (Riofrío Martínez-Villalba & Marín Sevilla, 2012, págs. 21-22).

Ese mismo año, al no tener el Ecuador una legislación interna en materia de competencia, se aprobó la Decisión 616 denominada “*Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*”. El fundamento de esta decisión dirigida exclusivamente al Ecuador fue que la normativa andina estuvo pensada, al igual que la europea, para un mercado comunitario, mas no local. Esto en razón de que el Art. 5 de la Decisión 608 dispone:

*“Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:*

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, **excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país;** y,*
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan **en dos o más Países Miembros.***

*Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, **se regirán por las legislaciones nacionales** de los respectivos Países Miembros.”*

(el subrayado en negrita es propio)

La Decisión 616 se compone de tan solo cuatro disposiciones en las que principalmente: (i) se levanta la prohibición del Art. 5 de la Decisión 608, de forma que el Ecuador pueda aplicar los tipos sancionatorios previstos en la referida norma, incluso cuando el origen y efecto, real y/o potencial de las conductas tipificadas ocurra exclusivamente en el Ecuador, es decir, darle aplicabilidad local a una norma comunitaria y (ii) Ecuador se comprometió a designar una autoridad nacional para la aplicación de la Decisión.

A pesar de estos avances, la Decisión 616 de la CAN al igual que sus predecesoras, no pudo ser aplicada durante cuatro años por no tener el Ecuador una autoridad competente para el efecto. No fue sino hasta el 27 de marzo de 2009 que se publicó en el Registro Oficial el Decreto Ejecutivo 1614, dictado por el presidente Rafael Correa, que contenía las “*Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN*”. En este Decreto se designó como autoridad competente para la aplicación de las normas de competencia en el país al Ministro de Industrias y Productividad<sup>3</sup>. Asimismo, se creó dentro del citado Ministerio una Subsecretaría de Competencia, que sería la autoridad investigadora cuyo titular sería el representante de la autoridad nacional ante la CAN.<sup>4</sup> Además, se determinó un procedimiento administrativo estableciéndose su trámite, términos, entre otros.

En suma, el Decreto Ejecutivo 1614 es la primera norma del ordenamiento jurídico ecuatoriano que viabilizó una real aplicación de normas del Derecho de la Competencia en nuestro país, hasta la expedición de la actual *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado* (en adelante “**LORCPM**”), vigente desde el 2011.

---

<sup>3</sup> **Artículo 1.- Autoridad de aplicación e investigación.-** *Desígnese como autoridad de aplicación de la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, al Ministro de Industrias y Productividad y como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia, que se crea dentro de dicho Ministerio.*

<sup>4</sup> **Artículo 2.- Facultades del Subsecretario de Competencia.-** *El Subsecretario de Competencia será el representante de la autoridad nacional en materia de libre competencia para que conforme el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia. Entre sus facultades se encuentran las de promoción, difusión, investigación y sanción en materia de competencia.*

La normativa vigente en el Ecuador será analizada detalladamente en el punto 1.4. del presente trabajo.

## **1.2. Definición del Derecho de Competencia y Bien Jurídico Protegido**

Una vez expuestos los antecedentes de esta rama del Derecho, es menester definirla y comprender cuál es el bien jurídico que protege.

### **a) Problemática para definir un Objeto Único del Derecho de Competencia**

Una puntualización que debe hacerse respecto del inconveniente de pretender determinar un objeto global o único del Derecho de Competencia es que, si bien podría pensarse que se trata de velar por la libre competencia entre los operadores económicos de cada mercado, en realidad es una de las ramas del Derecho con más incidencia de la política, económica concretamente, de cada país. Por lo tanto, tendremos visiones distintas respecto del objeto y campo de acción de esta rama del Derecho en cada sociedad, diferenciándose principalmente en cada Estado dependiendo de qué tipo de competencia se desea instaurar y qué objetivos están llamadas cumplir estas regulaciones en cada país, en base a la ordenación y grado de desarrollo de su mercado, la visión del papel del Estado en el mercado y de las autoridades públicas respecto de su mayor o menor deseo y/o facultades de intervención en el mismo.

El premio Nobel de economía Paul Krugman, señala que *“cuando los mercados no logran la eficiencia, la intervención del Estado puede mejorar el bienestar de la sociedad. Es decir, cuando el mercado no funciona bien, una política pública correctamente diseñada que modifique la utilización de los recursos, a veces puede aproximar a la sociedad a un resultado eficiente.”* (Krugman, Wells, & Olney, 2012, pág. 16)

En este orden de ideas, resulta evidente que en el caso de la Unión Europea, por ejemplo, se ha instaurado la política de competencia con el claro objeto de crear y desarrollar un mercado común europeo en consideración a las circunstancias económicas, políticas, sociales e inclusive históricas del continente. En Estados Unidos por su parte, el fundamento fue similar, pero en lugar de tener un mercado

común entre países, se trata de un mercado nacional conformado por múltiples estados federales, cada uno con sus propias regulaciones locales, que se someten a la normativa federal, similar a lo que hace cada Estado europeo al someterse a las normas comunitarias.

En el caso ecuatoriano, por otro lado, debido a diferentes circunstancias que pasan desde el grado de desarrollo de la economía nacional, a la no identificación de una política económica propia más allá de los principios generales establecidos en la Constitución de la República (en adelante “**CRE**” o “**la Constitución**”) y las dimensiones de nuestro mercado interno y de los operadores económicos, se ha adoptado la LORCPM como un conjunto de normas influenciadas tanto por Europa como por Estados Unidos pero sin una verdadera ideología económica propia.

Este fenómeno se explica, entre otras, por dos circunstancias principales: **(i)** la necesidad que tenía el Ecuador de establecer una normativa de competencia y **(ii)** el significado que tiene o puede tener el Derecho de Competencia en el país.

Respecto de la primera circunstancia, no cabe duda de que el Ecuador se estaba retrasando en relación a sus países vecinos en la implementación y aplicación de una normativa de competencia. Solo a modo de ejemplo, Colombia aprobó su primera ley de competencia en 1959 y Perú en 1991. Esto sumado a los avances de las Decisiones de la CAN en esta materia evidentemente constituía una presión para que el país desarrollara su propia normativa interna.

El jurista ecuatoriano Fausto Alvarado realizó una investigación sobre la situación jurídico – económica de la libre competencia en el Ecuador en el año 2008, mucho antes de la promulgación del Decreto 1614 y de la LORCPM, y ya en ese entonces concluyó en base a la normativa de competencia vigente a esa época que:

*“Por lo tanto, insistimos (recomendamos) que un marco regulatorio de la Competencia es completamente indispensable para nuestro país. A pesar de una mínima, pero creciente presión social por instrumentar mecanismos de protección contra prácticas anticompetitivas, aún se carece de un mecanismo institucional adecuado en el Ecuador. [...]*

*En resumen, es fundamental que el Gobierno ponga en marcha la adopción de un marco legal promotor de la competencia. Como primer paso, se debería revisar los múltiples anteproyectos de Ley, luego de lo cual se tendría que formular uno nuevo sobre la base de la nueva Constitución Económica. También sería recomendable un debate técnico entre los órganos de decisión política sobre la forma y el grado de responsabilidad de la pretendida autoridad (Superintendencia) de competencia. Una vez agotado este paso corresponde someter el anteproyecto de Ley al Legislativo para su aprobación, y el Gobierno deberá proceder inmediatamente a consolidar institucionalmente la autoridad –Superintendencia de Competencia-, dotándola del capital humano y financiero necesario, contando para el éxito de esta Institución con el sólido apoyo internacional, pero sobre todo del respaldo del sector privado y de los consumidores que somos todos los ecuatorianos y ecuatorianas.” (Alvarado, 2008, págs. 106, 109)*

Respecto de la segunda circunstancia, el profesor Cabanellas explica con meridiana claridad cómo la efectiva vigencia de la legislación regulatoria de la competencia, es decir una vigencia material y no meramente formal, está estrechamente relacionada con la existencia de un sector o mercado relativamente amplio, moderno y eficiente. Él clasifica a los países en tres categorías, en función del significado que la legislación de competencia tiene o puede tener en cada uno de ellos:

- (i) Países en los que el Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia tiene una incidencia importante en la manera en que se encuentra constituido el sistema económico imperante.

Dentro de esta primera categoría se encuentran únicamente los Estados Unidos y la Unión Europea. Su estructura económica sería indudablemente muy distinta de no existir legislación en esta materia aplicada activamente.

Han existido otros países como Australia, Canadá e inclusive Suiza, que muestran cierta efectividad en su Derecho de la Competencia, pero la dimensión de sus mercados internos relativiza la importancia que puede

tener esta rama del Derecho en sus países. Similar situación ocurre con Chile, el país latinoamericano que más aplica estas normas regulatorias.

- (ii) Países que cuentan con un Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, pero que no lo aplican con una intensidad suficiente como para que esa rama jurídica tenga una incidencia efectiva sobre el sistema económico.

Esta ha sido la situación predominante que impera hasta la actualidad en América latina y específicamente en el Ecuador.

Se considera que las leyes han tendido a ser un *mero entretenimiento intelectual*, fácilmente neutralizado por el poder económico que no cree en este tipo de reglas de juego y sin ningún apoyo de la población, que siente a esta normativa como un injerto foráneo.

- (iii) Países que carecen de leyes antimonopólicas y de defensa de la competencia.

Es el caso de gran parte de los países en desarrollo, especialmente en África. (Cabanellas de las Cuevas & Serebrinsky, Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia: Tomo I, 2017, págs. 18-19)

## **b) Objeto y Definición del Derecho de Competencia**

Para aproximarnos de mejor manera a una definición del Derecho de Competencia, debemos comprender las nociones que ha destacado la doctrina respecto de la protección de la competencia.

No cabe duda de que el bien jurídico protegido por el Derecho de Competencia, como su nombre lo indica, es la propia *competencia*. Las legislaciones de defensa de la competencia no contienen usualmente una definición de lo que debe entenderse por *competencia*, sino que se limitan a prohibir, en forma absoluta o relativa, determinadas

conductas o actos entre los cuales figuran principalmente las restricciones a la competencia y los abusos de posición dominante. Además, las conductas generalmente están enumeradas de forma no exhaustiva a modo de ejemplos, por lo que resulta frecuente recurrir a la doctrina, la jurisprudencia o a directrices emitidas por las diferentes autoridades de contención a efectos de presentar una definición del concepto de competencia contenido. (Coloma, 2009, pág. 67)

Podemos afirmar que para las distintas legislaciones que regulan esta materia, se entiende por *competencia* el proceso de rivalidad, ya existente o potencial, en un mercado, en el marco del cual los oferentes tratan de conseguir para sí clientes en base a mejoras en la calidad de sus productos, reducciones en los precios, o a través de la introducción de nuevos productos. En consecuencia, la competencia se ve o puede verse afectada negativamente cuando (i) las empresas se ponen de acuerdo para limitar o restringir la rivalidad, o (ii) cuando una empresa excluye o pretende excluir a un competidor actual o potencial por un medio que no resulta compatible con el objetivo de la legislación de defensa de la competencia. (D'Amore, 2015, pág. 29)

Por su parte, Signes de Mesa señala cuatro definiciones posibles de la protección de la competencia:

- (i) La definición mayoritaria, de que se trata de un derecho orientado exclusivamente por el camino que marca la teoría económica, que debe interpretar y aplicar sus disposiciones propendiendo a la promoción de la eficiencia (del mercado) y del bienestar de los consumidores.

Dentro de esta posición existen sub-posiciones discordantes a la hora de formular los conceptos de eficiencia y en consideración a las amenazas que los mercados pueden presentar en el corto y largo plazo.

- (ii) Proteger la competencia en el mercado, protegiendo a los competidores.

Según esta posición, el Derecho de Competencia debe propender a garantizar la presencia de rivales en el mercado a fin de nutrir el proceso competitivo.

Este aspecto resulta particularmente controvertido en materia de abuso de posición dominante, donde una empresa con mayor poder de mercado puede ser sancionada por desarrollar una conducta comercial que sea perfectamente lícita para operadores económicos con menor poder de mercado.

- (iii) La competencia concebida como un instrumento de control frente a la creación y uso indebido del poder de mercado.

Se tiene como antecedente de estas normas a la adopción de las primeras normas *antitrust* en Estados Unidos. Se liga al control del poder de mercado a una necesidad de garantizar la libertad económica de todos los agentes de mercado.

Tiene como precepto el hecho de que la democracia y la libertad en una comunidad política perdería su significado si el poder económico se concentrase en manos de unas pocas empresas, lo cual puede en ocasiones parecer paradójico, pues la persecución de dicho objetivo tiende en ocasiones a coartar la libre acción de las empresas de mayor envergadura.

- (iv) Las disposiciones de competencia concebidas como normas para evitar situaciones “injustas” o que, por lo menos, no estuvieran encaminadas a la consecuencia del objetivo más amplio de justicia social.

Para este tipo de supuestos, Estados Unidos ha acuñado el término de «*fairness*». En la Unión Europea, este objetivo sirve para entender decisiones de procesos a nivel comunitario en las que se intenta proteger a los pequeños operadores de mercado, así como a supuestos en materia de abuso de posición dominante tales como los “precios excesivos” que son guiados por consideraciones de justicia social. (Signes de Mesa, Fernández Torres, & Fuentes Naharro, 2013, págs. 35-37)

Teniendo en cuenta estos criterios, es importante notar que la protección de la competencia se ha desarrollado a través de dos sistemas normativos diferentes, a pesar de que en países como el Ecuador se encuentren recogidos en un mismo cuerpo normativo:

**(i)** La Defensa de la Competencia

Se encarga de regular la libertad de competencia y se encuentra compuesto por un grupo de normas cuya finalidad es la de sancionar los comportamientos de operadores económicos que restrinjan la competencia en el mercado.

Persigue la ordenación del mercado para lograr el máximo de eficiencia. *“Mediante ésta se busca evitar que los participantes del mercado restrinjan la competencia efectiva entre ellos y que, en caso de que la competencia efectiva sea imposible, operen abusivamente explotando una posición dominante en perjuicio del interés económico general”* (Cabanellas de las Cuevas, Palazzi, Sánchez Herrero, & Serebrinsky, 2014, pág. 12).

El bien jurídico protegido es de interés público, como la tutela de los consumidores y el orden económico.

Los tipos penales administrativos de esta vertiente hacen referencia a: acuerdos y prácticas restrictivas, precios predatorios, abuso de posición dominante, etc.

**(ii)** La Competencia Desleal

Comprende el conjunto de normas que vienen a sancionar conductas empresariales que atentan contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado.

Persigue fundamentalmente corregir el caso concreto. *“La economía de mercado se basa en las premisas de que el resultado productivo de la utilización de los factores de producción es objeto de apropiación por el propietario de esos factores y de que los agentes económicos cuentan con información veraz que les permite tomar decisiones fundadas en materia de producción y consumo. Pero el proceso competitivo puede conducir a que ciertos agentes económicos se aprovechen del esfuerzo ajeno, o que busquen beneficiarse con la destrucción de la organización de un competidor, o que intenten obtener mayores lucros mediante la disminución de la información veraz con la que cuentan los restantes agentes.”* (Cabanellas de las Cuevas, Palazzi, Sánchez Herrero, & Serebrinsky, 2014, págs. 12-13)

El bien jurídico tutelado es de interés particular: la deontología profesional y los intereses privados de los operadores económicos en conflicto.

Los tipos penales administrativos de esta vertiente hacen referencia a: actos de imitación o confusión al consumidor, violación de secretos empresariales, determinadas violaciones relacionadas con la propiedad intelectual, acuerdos colusorios, etc.

Entre ambas vertientes del Derecho de Competencia también podemos distinguir otras diferencias como: **(i)** tipos de procedimiento: algunas prácticas contrarias a la libre competencia pueden ser actuadas de oficio por parte de la autoridad competente y otras requerirán una denuncia particular; **(ii)** sanciones distintas: nulidad de actos o contratos, orden de cesación de las prácticas, multas e indemnización de daños y perjuicios, dependiendo de frente a qué supuesto nos encontremos.

### **(iii)** Defensa del Consumidor

Algunos autores consideran que el Derecho del Consumidor es la tercera parte del Derecho de Competencia. Sin embargo, a efectos de nuestro estudio no será tratado.

Cabe mencionar únicamente que en el Ecuador tenemos un cuerpo normativo distinto, la *Ley Orgánica de Defensa del Consumidor* (en adelante “**LODC**”), vigente desde el año 2000 y que trata temas como los derechos y obligaciones de los consumidores, determinadas regulaciones de publicidad, responsabilidades y obligaciones de proveedores, servicios públicos domiciliarios, protección contractual y cláusulas abusivas, pero tiene también en su Art. 55 prácticas prohibidas por constituir abusos de poder mercado.<sup>5</sup>

En base a todo lo señalado, una de las definiciones más acertadas que hemos encontrado para definir esta materia es la del profesor Javier Cortázar quien define al Derecho de la Competencia como “*el conjunto de normas correctivas o preventivas cuyo objeto o fin es proteger y promover la libre competencia en los mercados.*” (Cortázar Mora, 2011, pág. 4)

Para comprender mejor esta definición es necesario precisar que el autor distingue entre:

(i) Derecho de la Competencia Preventivo

Hace referencia a las obligaciones y requerimientos previstos en las regulaciones para evitar que ocurran prácticas sancionadas por el Derecho Antimonopolio sancionador o punitivo.

---

<sup>5</sup> **Art. 55.-** Constituyen prácticas abusivas de mercado, y están absolutamente prohibidas al proveedor, entre otras, las siguientes: **1.** Condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor deba cumplir con algún requisito; **2.** Rehusar atender a los consumidores cuando su stock lo permita; **3.** Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderán como muestras gratis los bienes y/o servicios enviados; **4.** Aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio; **5.** Colocar en el mercado productos u ofertar la prestación de servicios que no cumplan con las normas técnicas y de calidad expedidas por los órganos competentes; **6.** Aplicar fórmulas de reajuste diversas a las legales o contractuales; **7.** Dejar de fijar plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, o dejarlo a su único criterio; y, **8.** El redondeo de tiempos para efectivizar el cobro de intereses, multas u otras sanciones económicas en tarjetas de crédito, préstamos bancarios y otros similares.

A modo de ejemplo, tenemos: notificaciones y/o autorizaciones de concentración empresarial, actividades de control preventivo, la abogacía de la competencia, etc.

(ii) Derecho de la Competencia Correctivo

Hace referencia a la vertiente sancionadora del Derecho de Competencia, cuyo objeto es sancionar mediante multas, nulidad de actos y contratos, etc. las prácticas que son lesivas a la competencia, como por ejemplo, los abusos de posición dominante o los acuerdos restrictivos horizontales como cárteles y verticales.

Por lo tanto, podemos concluir que el Derecho de Competencia, si bien ha ido mutando su objeto y motivaciones a lo largo del tiempo como se pudo observar en sus antecedentes históricos, es actualmente el conjunto de normas jurídicas que buscan evitar y/o corregir cualquier afección a la libre competencia, propendiendo siempre a la eficiencia de los mercados.

### 1.3. Regulación del Derecho de Competencia en el Ecuador

Ya tratamos en acápite anteriores la normativa internacional de competencia que aplica al Ecuador en virtud de los tratados de la CAN. Por lo que nos centraremos únicamente en la normativa interna aplicable a la materia.

#### a) Normas Constitucionales

Partimos por la Carta Magna de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de la República, que en sus artículos 424 y 425 establece la jerarquía normativa disponiendo:

*“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y*

**reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.**

*En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.*

*La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”*

(el subrayado en negrita me corresponde)

Es importante notar que los tratadistas y los fallos de varios tribunales, especialmente europeos, han desarrollado la noción de *Constitución Económica*. Fernández Salgado, tratadista constitucional español citado por Ernesto Blume Fortini manifiesta que es «una manera de ordenar lo que hoy podemos denominar el fenómeno económico, en cuanto se expresa en elementos de propiedad, contrato y trabajo, así como en la intervención del Estado en la economía y en la regulación de lo que hace a la organización y a la técnica de la producción y la distribución» (Blume Fortini, 1997, pág. 30)

Por su parte, el Tribunal Constitucional español dictó una interesante sentencia refiriéndose a la Constitución Española de 1978, en la cual señala que «*existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructuración y el funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución Económica o Constitución Económica Formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, unicidad que está reiteradamente exigida en la Constitución, cuyo preámbulo garantiza la existencia de un “orden económico y social justo”*» (STC TC 1/1982)

Continuando con este orden de ideas, tenemos la Constitución Ecuatoriana de 2008, llamada también Constitución de Montecristi, dentro de la cual encontramos las

siguientes normas referentes a la *constitución económica* del Ecuador, así como normas y principios que influyen en la aplicación del Derecho de Competencia:

- Dentro de los Derechos del Buen Vivir, específicamente dentro del Derecho a la Comunicación e Información

*“Art. 17.- El Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación, y al efecto:*

**1. Garantizará la asignación, a través de métodos transparentes y en igualdad de condiciones, de las frecuencias del espectro radioeléctrico, para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, así como el acceso a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas, y precautelaré que en su utilización prevalezca el interés colectivo.**

*2. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.*

**3. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias.**”

(el subrayado en negrita es propio)

Esta norma hace referencia a la no monopolización de medios de comunicación, garantizando al menos formalmente, la diversidad de criterios e información disponible para la ciudadanía, evitando de esta manera que, por ejemplo, grupos económicos con intereses propios, ni el mismo Estado, tengan la posibilidad de monopolizar la comunicación e información.

- Dentro de los Derechos de las Personas y los Grupos de Atención Prioritaria, específicamente dentro del Derecho de Personas Usuarias y Consumidoras

**“Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.**

*La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor.”*

(el subrayado en negrita es propio)

Esta disposición constituye el fundamento constitucional primordial de la defensa de los derechos de los consumidores, pilar sobre el que descansan las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, pese a haber sido dictadas con anterioridad a la actual Carta Magna.

Sin embargo, también son principios que resultan trascendentales al momento de diseñar y aplicar una política de competencia pues en base a estas normas se pueden desarrollar y se desarrollan normas contenidas en leyes que exigen a cualquier proveedor, y garantizan a los consumidores, derecho a la calidad, a la libertad de opción y contratación, a la información de los bienes o servicios que se pretende exigir, entre otros, temas estrechamente relacionados con la libre competencia, tanto en su vertiente de defensa de la competencia como de competencia desleal.

- Dentro de los Derechos de Libertad:

***“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:***

***15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.***

***16. El derecho a la libertad de contratación.”***

Estos preceptos resultan esenciales al momento de tratar de determinar si una conducta en especial resulta contraria o no a la competencia, pues debe tenerse en mente en todo momento que en el ámbito privado especialmente, la regla general es la libertad, traducida en el adagio *“todo lo que no está expresamente prohibido, se entiende permitido”*.

Si bien pueden parecer principios básicos o elementales, resultan de especial trascendencia el momento que surge una tensión o conflicto entre la libertad de actuar de una empresa en el normal desarrollo de sus actividades económicas y de contratación versus el abuso de una posición de dominio, por ejemplo. No sería lo mismo que una empresa con posición dominante en un mercado determinado, en supuesto uso de su libertad de contratación, prohíba a todas sus empresas relacionadas y socios comerciales que contraten con determinado competidor suyo para sacarlo del mercado estableciendo o aumentando barreras de entrada al mismo, a que los consumidores tengamos una amplia gama de proveedores de la cual elegir.

- Dentro del Régimen de Desarrollo:
  - Principios Generales del Régimen de Desarrollo

*“Art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:*

*1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza.*

*2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo.*

*3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento.*

4. *Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.*

5. **Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley.**

6. *Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada.”*

(el subrayado en negrita es propio)

El Régimen de Desarrollo de nuestra Constitución propende a la realización del buen vivir o *sumak kawsay*. Por lo tanto, en base a estas disposiciones se faculta al Estado a tomar un papel central en el diseño de políticas públicas y el impulso de actividades económicas mediante una política de mercado equilibrada.

○ Soberanía Alimentaria

*“Art. 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente.*

*Para ello, será responsabilidad del Estado:*

10. **Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores,** así como las de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos.

11. *Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. **Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.**”*

Estas disposiciones hacen referencia a la prohibición de prácticas monopólicas respecto los productos alimenticios.

- Soberanía Económica: el Sistema Económico y la Política Económica

*“Art. 283.- El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.*

*El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.”*

*“Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:*

- 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.*
- 2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.*
- 3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética.*
- 4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas.*
- 5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural.*

6. *Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales.*
7. *Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.*
8. *Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.*
9. *Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.”*

Respecto a la política económica adoptada por la CRE debemos resaltar que existen ciertas diferencias con la Constitución de 1998. El profesor Larrea Holguín, analizando nuestra anterior Constitución observó que: *«frente al gran debate mundial en torno a la competencia del Estado en materias económicas y sociales, que se polariza sobre todo hacia una máxima intervención (economía dirigida, socialista o intervencionista) o bien hacia una total libertad (sistemas liberales, capitalistas, de economía de mercado), la Constitución ha optado por una postura intermedia, moderada: la economía social de mercado, que respetando la libertad no niega la regulación por parte del Estado, para fomentar, para coordinar y para prevenir los abusos o sancionarlos y remediarlos.»* (Larrea Holguín, 2000, pág. 251)

La CRE, si bien respeta esta postura moderada y equilibrada si se quiere, le da una tendencia *solidaria*, propendiendo a una justicia solidaria en la que se mira más al fin que a los medios, teniendo como fin constitucional tener una competencia justa y solidaria, valga la redundancia. Esto se ve reflejado textualmente en los artículos de la Carta Magna, concretamente en el inciso segundo, numeral 11 del Art. 281; el numeral 8 del Art. 284; y el numeral 5 del Art. 305.

Este criterio es compartido por autores como José Vicente Troya, quien en su libro *“el modelo económico, financiero y tributario”* citado por Santiago Andrade y otros, señala que: *«A diferencia de la Carta de 1998, el sistema económico hoy adoptado es más ‘social’; más no por ello ha dejado de ser ‘de mercado’. [...] No existe pronunciamiento alguno que ataque el derecho de mercado. Lo que existe son variadas directrices que conducirán a su modulación y diversificación. Una de ellas consta en el documento de julio de 2007, que habla de corregir las tendencias*

*excluyentes del mercado y garantizar condiciones y mecanismos de reproducción de las distintas formas individuales asociativas y solidarias del trabajo como economía popular.» (Andrade, Grijalva, & Storini, 2009, pág. 322)*

- Política Comercial

*“Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos:*

*5. Impulsar el desarrollo de las economías de escala y del comercio justo.*

*6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”*

- Dentro del Derecho al Trabajo y la Producción:

*“Art. 319.- Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.*

*El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional.”*

- Dentro de los Intercambios Económicos y Comercio Justo:

*“Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.*

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

(el subrayado en negrita es propio)

“**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.**”

(el subrayado en negrita es propio)

“**Art. 337.-** El Estado promoverá el desarrollo de infraestructura para el acopio, transformación, transporte y comercialización de productos para la satisfacción de las necesidades básicas internas, así como para asegurar la participación de la economía ecuatoriana en el contexto regional y mundial a partir de una visión estratégica.”

- Dentro de los Principios de las Relaciones Internacionales:

“**Art. 416.-** Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

**12.** Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y

*equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.”*

**b) La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento**

Continuando con la jerarquía normativa de nuestro país, tenemos como normas principales en materia del Derecho de Competencia a la *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado* (en adelante “**LORCPM**”) y a su reglamento.

La LORCPM fue publicada en el Registro Oficial Suplemento 555 con fecha 13 de octubre de 2011. Está compuesta por noventa y tres disposiciones que se dividen en siete capítulos:

- (i) Objeto y Ámbito
- (ii) Régimen de Regulación y Control
- (iii) Acción del Estado y Ayudas Públicas
- (iv) Rectoría, Política Pública y Aplicación
- (v) Procedimientos
- (vi) Medidas Correctivas y Sanciones
- (vii) Compromisos de Cese

Como punto principal debemos destacar el objeto de la Ley, que es muy decidor respecto a cuál es el modelo o política de competencia que pretende proteger y/o implementar en el país. Su artículo 1 señala:

*“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.”*

Conforme se analizó en las normas de nuestra *Constitución Económica*, se insiste en establecer un sistema económico social, solidario y sostenible como fin, y la búsqueda de la eficiencia en los mercados como proceso para conseguir dicho fin.

Otro punto a tener en cuenta es que en la misma disposición se ha pretendido englobar la gran mayoría de las conductas o prácticas que nuestra legislación considera contrarias a la competencia, a saber:

- (i) Abuso de Posición Dominante
- (ii) Acuerdos Colusorios y otras Prácticas Restrictivas
- (iii) Determinadas Operaciones de Concentración Económica
- (iv) Prácticas Desleales

Todas estas conductas se encuentran de una u otra forma prohibidas o reguladas y se prevén sanciones y/o medidas específicas a tomar en cada uno de los supuestos de hecho previstos en la Ley.

#### **~ Lineamientos para la Aplicación de la LORCPM**

El artículo 4 de la LORCPM establece los lineamientos para la regulación y principios para su aplicación, destacando fundamentos que se encuentran ya consagrados en la Constitución tales como el derecho al libre acceso a los mercados, la libertad de desarrollar actividades económicas, el ser humano como sujeto y fin del sistema económico, entre otros:

*“Art. 4.- Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.-  
En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:*

*1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.*

- 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.*
- 3. El reconocimiento de la heterogeneidad estructural de la economía ecuatoriana y de las diferentes formas de organización económica, incluyendo las organizaciones populares y solidarias.*
- 4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados.*
- 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.*
- 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.*
- 7. El impulso y fortalecimiento del comercio justo para reducir las distorsiones de la intermediación.*
- 8. El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua.*
- 9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico; y,*
- 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes.*

*Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.”*

### **~ Determinación del Mercado Relevante**

Otro aspecto que resulta trascendental a efectos de determinar si se ha configurado o no el supuesto de hecho previsto en los tipos penales administrativos de la LORCPM es determinar cuál es el mercado relevante en cada caso concreto.

El Art. 5 de la LORCPM dispone:

*“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.”*

La determinación del mercado relevante y su debida motivación y justificación por parte de la autoridad de control es uno de los presupuestos procesales indispensables dentro de cualquier procedimiento administrativo o judicial en que se pretenda aplicar la LORCPM. Como señala Marcelo Marín Sevilla:

*“No existe proceso alguno de defensa de la competencia si no se definen los mercados relevantes. Este es el primer paso antes de actuar un análisis jurídico – económico en materia de defensa de la competencia. De un mercado relevante mal definido resultará un análisis y unas conclusiones jurídicas y económicas erradas.*

*Independientemente de los criterios emitidos por las partes en un proceso, la única llamada a definir el mercado relevante es la autoridad de competencia, que es la que ostenta la potestad discrecional y la objetividad. Sin embargo, las partes en el proceso, con conocimiento en la materia, también pueden demostrar cuál es el mercado relevante a la Autoridad de Competencia.”* (Riofrío Martínez-Villalba & Marín Sevilla, 2012, pág. 194)

Como veremos en el Capítulo III, se han declarado nulidades de resoluciones sancionatorias por parte del ente de control al no haber justificado motivadamente cómo se llegó a determinar cuál era el mercado relevante en el caso determinado.

### **~ Determinación del Poder de Mercado**

Para poder determinar el poder de mercado de los operadores económicos, a efectos de considerar si han incurrido en supuestos como abuso de posición dominante o al momento de realizar análisis preventivos en materia de control de concentraciones, resulta indispensable tener parámetros objetivos que limiten la discrecionalidad de la autoridad de control al momento de definir qué factores otorgan poder de mercado a los operadores económicos.

El Art. 7 y 8 de la LORCPM señalan:

*“Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de*

*sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.*

*La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”*

**“Art. 8.- Determinación del Poder de Mercado.-** *Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:*

*a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.*

*b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.*

*c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.*

*d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.*

*e. Su comportamiento reciente.*

*f. La disputabilidad del mercado.*

*g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y,*

*h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas*

*y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución.”*

## **~ Tipos Penales Administrativos y Conductas Reguladas y/o Sancionadas por la LORCPM**

En el Capítulo Tercero del presente trabajo se analizarán las sentencias dictadas en el marco de esta normativa y los distintos criterios que han aplicado los jueces y tribunales en cada caso concreto. En relación a esto, podemos señalar que las principales normas que contienen los tipos penales administrativos en virtud de los cuales se aplica la ley son las siguientes:

- Abuso de Poder de Mercado

Lo que se sanciona en este tipo de conductas no es el hecho de que un determinado operador económico cuente con un amplio poder de mercado o que ostente una posición dominante en el mismo, sino cuando utiliza esta dominancia en forma indebida.

Tampoco se puede determinar en todos los casos con facilidad si se han verificado o no estas conductas, e inclusive, dependiendo del poder de mercado del operador económico investigado y del mercado relevante que se haya determinado, una misma conducta podría resultar al mismo tiempo ilegal para un determinado operador económico pero perfectamente legítima para otro.

Pero en virtud del Art. 9 de la LORCPM podemos concluir que constituye un abuso de poder de mercado o de posición dominante la aplicación de condiciones a clientes y usuarios por encima del nivel competitivo, o en su defecto, la creación de obstáculos a la expansión o a la entrada de otros competidores en el mercado:

*“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos,*

*sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.*

*En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:*

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

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

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

*4.- La fijación de precios predatorios o explotativos.*

*5.- La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores.*

*6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios.*

*7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.*

*8.- La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.*

*9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.*

*10.- La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.*

*11.- La fijación, imposición, limitación o establecimiento injustificado de condiciones para la compra, venta y distribución exclusiva de bienes o servicios.*

*12.- El establecimiento de subsidios cruzados, injustificados, particularmente agravado cuando estos subsidios sean de carácter regresivo.*

*13.- La subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos.*

*14.- La negativa injustificada del acceso para otro operador económico a redes u otra infraestructura a cambio de una remuneración razonable; siempre y cuando dichas redes o infraestructura constituyan una facilidad esencial.*

*15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas.*

*16.- Los descuentos condicionados, tales como aquellos conferidos a través de la venta de tarjetas de afiliación, fidelización u otro tipo de condicionamientos, que impliquen cualquier pago para acceder a los mencionados descuentos.*

*17.- El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.*

*18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.*

*19.- Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.*

*20.- La fijación injustificada de precios de reventa.*

*21.- Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero;*

*22.- Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*

*23.- La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor.*

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

*No será admitida como defensa o eximente de responsabilidad de conductas contrarias a esta Ley la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas.”*

Todas estas conductas eminentemente pertenecen a la vertiente de Defensa de la Competencia, puesto que si bien se tutela a los operadores económicos de un mercado determinado, y a los consumidores en última instancia, no se trata como en las prácticas desleales que serán analizadas posteriormente, de supuestos en los que una empresa en concreto realiza una práctica contraria a la competencia que afecta a otra competidora (aunque bien podría darse también ese supuesto), sino que se trata de conductas que en muchas ocasiones pueden ser cometidas por más de un agente económico simultáneamente y que afectan al mercado en general.

- Acuerdos y Prácticas Restrictivas

Los acuerdos y prácticas restrictivas han sido señalados por la profesora Mónica Fuentes Naharro como *“las actuaciones más perjudiciales para la libre competencia [...] son aquellas conductas o prácticas mediante las cuales varias empresas se ponen de acuerdo o actúan coordinadamente para no competir o para restringir en algún modo la competencia entre ellas”*. (Signes de Mesa, Fernández Torres, & Fuentes Naharro, 2013, pág. 105)

La LORCPM en su Art. 11 hace una descripción de veintiún conductas ejemplificativas, pero que no son taxativas, y que constituyen prácticas prohibidas:

*“Art. 11.- Acuerdos y prácticas prohibidas.- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más*

*operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.*

*En particular, las siguientes conductas, constituyen acuerdos y prácticas prohibidas:*

- 1. Fijar de manera concertada o manipular precios, tasas de interés, tarifas, descuentos, u otras condiciones comerciales o de transacción, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.*
- 2. Repartir, restringir, limitar, paralizar, establecer obligaciones o controlar concertadamente la producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.*
- 3. El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas.*
- 4. Repartir o restringir las fuentes de abastecimiento.*
- 5. Restringir el desarrollo tecnológico o las inversiones.*
- 6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.*
- 7. Discriminar injustificadamente precios, condiciones o modalidades de negociación de bienes o servicios.*
- 8. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- 9. Concertar con el propósito de disuadir a un operador económico de una determinada conducta, aplicarle represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.*

- 10. La concertación de la calidad de los productos cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales.*
- 11. Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*
- 12. La venta condicionada y la venta atada, injustificadas.*
- 13. Denegarse de modo concertado e injustificado a satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta y prestación de productos o servicios, o a negociar con actuales o potenciales proveedores, distribuidores, intermediarios, adquirentes o usuarios.*
- 14. Denegar de modo injustificado la admisión de operadores económicos a una asociación, gremio o ente similar.*
- 15. El boicot dirigido a limitar el acceso al mercado o el ejercicio de la competencia por otras empresas.*
- 16. Suspender concertadamente y de manera vertical la provisión de un servicio monopólico en el mercado a un proveedor de bienes o servicios público o privado.*
- 17. La fijación concertada e injustificada de precios de reventa.*
- 18. Levantar barreras de entrada y/o salida en un mercado relevante.*
- 19. Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.*
- 20. Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*
- 21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.*

*Son nulos de pleno derecho los acuerdos, prácticas, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en este artículo, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.”*

- Operaciones de Concentración Económica

Las operaciones de concentración económica, conforme lo previsto en el Art. 14 de la LORCPM consisten en un cambio de situación en una determinada empresa o empresas, en virtud de la cual, a través de diversas situaciones como puede ser la toma de control, fusiones o adquisiciones, adquisición de activos, adquisición directa o indirecta de propiedad, entre otros, un determinado operador económico puede concentrar una mayor cuota de mercado que podría resultar lesiva a la competencia.

Así, la LORCPM define a las concentraciones económicas de la siguiente manera:

*“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.”*

La forma prevista en nuestra Ley para regular las concentraciones económicas es eminentemente preventiva, obligando a los operadores económicos a realizar

notificaciones de concentración a la autoridad competente, quien podrá aprobarlas, rechazarlas o condicionarlas a determinadas correcciones que resultan indispensables para evitar una afectación al mercado concreto.

*“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.”*

- Prácticas Desleales

Las prácticas desleales forman parte de la vertiente de Competencia Desleal del Derecho de Competencia, y se refieren principalmente a hechos, actos o prácticas que pueden ser incurridas por uno o más operadores económicos, para de manera ilegítima mejorar sus ventas o rendimientos económicos, a costa de otros operadores económicos que se ven afectados por estas actuaciones.

Baylos Carroza, tras señalar las dificultades que encierra la noción de competencia desleal señala:

*“La competencia desleal no ha tenido en todas las épocas históricas, ni la importancia y función, ni el mismo contenido. Si en general actuar deslealmente en la competencia es desarrollar la actividad concurrencial de*

*un modo contrario a lo que la conciencia social acostumbra a admitir, dentro de una especie de moral comercial, ya se comprende que ese juicio condenatorio varía, de acuerdo con las concepciones y las circunstancias económico –sociales de cada momento. Lo que en una sociedad resulta admisible y acostumbrado, en otra se considera reprobable. La noción de deslealtad en la competencia, sin dejar de tener ese fondo moral común a muchas de sus manifestaciones, sin embargo, es una noción relativa: relativa a la época, al país, y al establecimiento social que consideramos. [...]*

**Alude a la irregularidad de la conducta del competidor, juzgada a la luz de lo que se acostumbra, de lo usual y permisible, según una concepción social determinada, sin perjuicio de que formen parte de su contenido universalmente reprobado la maniobra fraudulenta, la conducta equívoca que implica engaño, cuyas manifestaciones más salientes asumen modalidades distintas en cada momento.**” (Baylos Carroza, 1987, págs. 313-314)

(el subrayado en negrita es propio)

La LORCPM las define de la siguiente manera:

*“Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.*

*Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.*

*La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.*

*Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.*

*Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.*

*La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot.*

Asimismo, se realiza una lista extensa, pero no taxativa, de lo que nuestra legislación considera como prácticas desleales, muchas de las cuales tienen relación con derechos de propiedad intelectual y, conforme lo previsto en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante “**Código Ingenios**”), puede resultar que en determinados casos exista una colaboración entre la autoridad de propiedad intelectual y la autoridad de competencia a efectos de determinar y sancionar prácticas desleales.

*“**Art. 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:*

**1.- Actos de confusión.-** Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos.

*En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.*

**2.- Actos de engaño.-** Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

*Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.*

**3.- Actos de Imitación.-** Particularmente, se considerarán prácticas desleales:

a) La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.

b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas

*empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.*

*c) La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.*

**4.- Actos de denigración.-** *Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. [...]*

**5.- Actos de comparación.-** *Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.*

**6.- Explotación de la reputación ajena.-** *Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.*

**7.- Violación de secretos empresariales.-** *Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:*

*a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en*

*general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;*

*b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,*

*c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta. [...]*

**8.- Inducción a la infracción contractual.-** *Se considera desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. Al tenor de lo dispuesto en este párrafo, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto esencial del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subroge en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.*

*La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.*

**9.- Violación de normas.-** *Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin*

*perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.*

*La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.*

**10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.-** *Se consideran prácticas desleales, entre otras:*

- a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.*
- b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor.*
- c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos.*
- d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas.*
- e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.”*

Como se puede apreciar, de la gran mayoría de los tipos penales administrativos, conforme se había mencionado en líneas anteriores, son de naturaleza abierta o amplia en el sentido de que tipifican conductas generales de una manera ejemplificativa más que taxativa y sin especificar, por ejemplo, cuál es el estándar probatorio que deben alcanzar las partes dentro de un proceso administrativo o judicial para determinar si se configuró o no una determinada conducta.

Es por esta razón que en la práctica, como se verá en el análisis de las sentencias en materia de competencia dentro del Capítulo III, los elementos probatorios de mayor trascendencia dentro de procesos de Derecho de Competencia resultan ser pericias consistentes en informes económicos y/o econométricos que permitan determinar si una determinada conducta causó o pudo causar una afectación a un mercado determinado, quiénes forman parte de ese mercado y qué cuota del mismo tiene cada operador económico, entre otros.

## **~ Autoridad de Control y Procedimientos**

Conforme lo previsto en el Art. 35 de la LORCPM, la Función Ejecutivo es la encargada de la rectoría, planificación y formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de dicha norma.

Se designó como ente de control a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “**SCPM**” o “**la Superintendencia**”), misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un *“organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país.”* Conforme lo dispuesto en el Art. 36 ibídem.

Desarrollando las facultades de la Superintendencia, el Art. 48 y siguientes de la LORCPM establecen las facultades de investigación y el procedimiento que deberá seguirse por parte de la SCPM para investigar, dictar resoluciones y, de ser el caso, sancionar a los operadores económicos que hayan contravenido la Ley. Este procedimiento será analizado más adelante en el Capítulo II.

## **~ Compromisos de Cese**

El último capítulo de la LORCPM, concretamente sus artículos 89 al 93, hacen referencia a los Compromisos de Cese, que no son más que una facultad que se les otorga a los operadores económicos que están siendo investigados para que, previo el dictado de una resolución final por parte de la SCPM, admitan su responsabilidad respecto de los hechos por los cuales estén siendo investigados, y presenten una propuesta en la que se comprometan a cesar la conducta objeto de la investigación, y de ser el caso subsanar los daños y perjuicios que se hayan producido.

## ~ **El Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**

El Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “**Reglamento LORCPM**” o “**el Reglamento**”) entró en vigencia tras su publicación en el Registro Oficial 697 del 07 de mayo de 2012, es decir, aproximadamente un año después de la vigencia de la LORCPM.

El Reglamento, por su propia naturaleza, se encarga de desarrollar y/o viabilizar la aplicación de la LORCPM. Es una norma de mayor extensión que la propia LORCPM y principalmente define o aclara varios de los conceptos de la ley, los procedimientos (plazos, requisitos formales, entre otros) que debe seguirse a efectos de dar cumplimiento a las notificaciones de concentración, los compromisos de cese, así como establece también determinadas directrices para la Junta de Regulación.

### **c) Resoluciones de la SCPM y la Junta de Regulación**

El Reglamento de la Junta de Regulación LORCPM (en adelante “**Reglamento Junta de Regulación LORCPM**” o “**el Reglamento**”) entró en vigencia tras su publicación en el Registro Oficial 479 del 14 de abril de 2015, es decir, tres años y medio después de la vigencia de la LORCPM.

Es un cuerpo normativo pequeño, que contiene apenas 24 disposiciones que hacen referencia a la Junta de Regulación de la LORCPM y su funcionamiento.

Conforme lo dispuesto en el Art. 3 del Reglamento LORCPM, “*La Junta es un cuerpo colegiado creado mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado con facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que éstas puedan alterar o modificar las disposiciones legales vigentes, las cuales sustentarán la rectoría, planificación, formulación de políticas públicas y regulación en el ámbito de la Ley.*”

Se produjo un interesante debate en el Ecuador tras la aprobación de una resolución por parte de la SCPM denominada “*Manual de Buenas Prácticas Comerciales a Supermercados y Proveedores*” puesto que se argumentaba que el órgano encargado de dictar normas jurídicas de esa índole era la Junta de Regulación LORCPM y no la propia SCPM. Posteriormente, la Junta de Regulación dictó su Resolución No. 14 denominado “*Expedición de Nuevas Normas Regulatorias para las Cadenas de Supermercados y sus Proveedores*” que derogó tácitamente la resolución dictada por la SCPM. A partir de esa fecha, ya no han existido más conflictos de competencia entre ambas entidades y ha sido la Junta de Regulación el organismo encargado de dictar la normativa técnica en la materia.

Hasta la presente fecha, se han expedido las siguientes Resoluciones de la Junta de Regulación LORCPM:

- Resolución No. 003: Criterios para la aplicación Regla de Mínimis de Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
- Resolución No. 004: Regulación para Expedición de Normas por Parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- Resolución No. 005: Reforma a la Resolución 004.
- Resolución No. 006: Guía Respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes.
- Resolución No. 007: Reglamento Junta de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- Resolución No. 009: Umbrales de Concentración.
- Resolución No. 010: Regla de Mínimis.
- Resolución No. 011: Expedición de Métodos de Determinación de Mercados- Relevantes.

- Resolución No. 012: Determinación de Importe de Multas.
- Resolución No. 013: Reforma de los Artículos 20 y 25 de la Resolución N° 011.
- Resolución No. 014: Expedición de Nuevas Normas Regulatorias para las Cadenas de Supermercados y sus Proveedores.
- Resolución No. 015: Normas Regulatorias para los Establecimientos Especializados de Venta de Electrodomésticos, Aparatos Eléctricos y otros Productos.

## **CAPÍTULO II: VÍAS PARA LITIGAR EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL ECUADOR**

Previo a analizar los distintos fallos dictados en materia de Derecho de la Competencia en el Ecuador, así como las conclusiones respecto de temas de fondo que fueron resueltos en las respectivas sentencias, es menester comprender de dónde y cómo surgieron los actos administrativos que se impugnan en la vía judicial, ya sea ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo o mediante Acciones de Protección.

El objetivo de este capítulo es analizar las vías previstas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para litigar en materia de Derecho de Competencia, analizando cuáles son los requisitos, características, objetivos y diferencias de cada vía. Este análisis, en conjunto con la revisión del contenido de las sentencias dictadas dentro del período analizado, nos permitirá despejar una de las preguntas que forman parte de los objetivos específicos de este trabajo: ¿cuál es la vía más idónea para litigar en Derecho de Competencia en el Ecuador?

No consideramos que exista una respuesta única o general a esta pregunta, por lo que se pretenderá obtener parámetros concretos que permitan, en cada caso concreto, analizando las circunstancias particulares y los hechos, seleccionar la vía más adecuada para poner en acción al órgano jurisdiccional.

### **2.1. El Procedimiento Administrativo ante la Superintendencia de Control del Poder de Mercado**

Conforme lo previsto en los artículos 36 al 38 de la LORCPM la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es la entidad facultada para prevenir, investigar, corregir, sancionar y eliminar el abuso de poder de mercado, los acuerdos y prácticas restrictivas, las conductas desleales y en general toda conducta tipificada en la ley.

El procedimiento administrativo que debe seguir la SCPM está regulado tanto en la LORCPM, dentro del Capítulo V “De los Procedimientos” que va del artículo 48 al artículo 71, así como en el Reglamento LORCPM en los artículos 53 al 72.

En lo principal, las normas del procedimiento administrativo establecen lo siguiente:

### **2.1.1. Autoridad de Investigación y Facultades**

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado es la institución encargada de investigar, y de ser el caso, sancionar a los operadores económicos que contravengan la normativa de competencia en el Ecuador.

En razón de la naturaleza propia de sus funciones, se le ha dotado de amplias facultades de investigación que resultan *sui generis*, exclusivas de esta rama del Derecho.

Inclusive antes de iniciar un expediente administrativo a un operador económico (y también dentro de cualquier momento del procedimiento), la SCPM podrá requerir a cualquier operador económico, institución y órgano ya sea del sector público o del sector privado, los documentos, informes o información que estime necesario a efectos de realizar sus investigaciones. También podrá citar a declarar a quienes tengan relación con los casos que investiga.<sup>6</sup> Esta facultad es reminiscente de los procedimientos de investigación de la Contraloría General del Estado y/o realizando una analogía fuera del Derecho Administrativo, también es similar a las facultades que tiene la Fiscalía dentro de las etapas de investigación previa o instrucción fiscal de los delitos que sean de su competencia.

Los operadores económicos requeridos deberán entregar la información en el tiempo ordenado, sin embargo, la SCPM no está obligada a atenerse, *contra su convicción*, al contenido de los mismos. Asimismo, ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de información. En relación a esta facultad, si bien la ley no lo denomina así en forma textual, se aplica el principio de primacía de la realidad, en virtud del cual la forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes investigados, no enerva el análisis que pueda realizar la autoridad de investigación sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídica que las contiene.

---

<sup>6</sup> Art. 48 LORCPM.

Otra facultad especial de investigación, consiste en que la SCPM no está obligada de avisar previamente al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previo a la apertura del expediente. Esto resulta a efectos de no advertir a un determinado operador económico que está siendo o va a hacer investigado, pues debemos recordar que gran cantidad información puede ser obtenida sin la ayuda o colaboración del investigado, sino de fuentes públicas y/o terceros que tengan relación con el caso concreto.

De lo dicho, se puede colegir que el legislador ha pretendido dotar de la mayor cantidad de herramientas posibles a la SCPM para que puedan llegar a la verdad de los hechos y tengan a su disposición toda la información posible previo a la aplicación de la ley.

No obstante, en contraprestación a las amplias facultades de investigación otorgadas, el principio general previsto en el artículo 58 de la LORCPM es que la carga de la prueba corresponde a la SCPM, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado, dentro de cualquier proceso de investigación.

La excepción a esta regla es el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas previstos en el artículo 11 ibídem. Si el investigado (i) negare, dificultare o impidiera el acceso a la información; (ii) dañare, ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico dentro de una investigación, se invertirá la carga de la prueba a quien haya incurrido en estas conductas, sin perjuicio de la aplicación de las demás sanciones establecidas en la ley.

El artículo 49 de la LORCPM detalla las facultades de investigación de la SCPM disponiendo:

*“Art. 49.- Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, las mismas que se ejercerán en el marco de la Constitución, la ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos:*

*1. Exigir que se le presenten, para su examen, todos los valores, libros, comprobantes de contabilidad, correspondencia, registros magnéticos o informáticos, incluyendo sus medios de lectura, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada o con las actividades inspeccionadas, sin que se pueda aducir reserva de ninguna naturaleza.*

*2. Notificar, examinar y receptar declaración o testimonio, a través de los funcionarios que se designen para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores, dependientes y a terceros, utilizando los medios técnicos que consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, grabaciones en video u otras similares. Para ello, la declaración se efectuará con la presencia de un abogado particular o un defensor público provisto por el Estado.*

*3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los establecimientos, locales o inmuebles de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, y cualquier otro documento relacionado con la conducta investigada, correspondencia comercial y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y podrá receptar las declaraciones voluntarias de las personas que en ellos se encuentren.*

*Cuando el lugar donde se realice la inspección sea el domicilio de una persona natural, se requerirá autorización judicial, en los términos previstos en esta ley.*

*En el acto de la inspección podrá tomarse y recuperarse copia de los archivos físicos, virtuales o magnéticos, así como de cualquier documento o información que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. De ser necesario el descerrajamiento en el caso de locales o establecimientos que estuvieran cerrados, se deberá contar con autorización judicial en los términos de esta Ley.*

*Cualquier otra información no relevante o ajena a la investigación, será mantenida hasta su devolución, con estricta reserva por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus funcionarios, siendo por tanto responsables del sigilo en que debe mantenerse en observancia del derecho a la intimidad de las personas.”*

### **2.1.2. Procedimiento Administrativo de Investigación y Sanción**

#### **~ Inicio del Procedimiento de Investigación**

El artículo 53 de la LORCPM prevé que el procedimiento de investigación podrá ser iniciado de cualquiera de las siguientes formas:

- a) De oficio por parte de la SCPM.
- b) A solicitud otro órgano de la Administración Pública.
- c) Por denuncia formulada por el agraviado.
- d) Por denuncia formulada por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.

En caso de iniciar por denuncia, esta deberá contener los requisitos previstos en el artículo 54 de la ley que son:

**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.*

Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que reúna estos requisitos. Si no los cumpliera, se otorgará al denunciante tres días para que complete la denuncia.

Inclusive si el denunciante desiste de la denuncia, la SCPM podrá continuar con la etapa de investigación y realizar todas las actuaciones que considere necesarias para determinar si existen o no indicios del cometimiento de una infracción.<sup>7</sup>

### **~ Solicitud de Explicaciones o Proceso Previo de Investigación**

En esta etapa procesal, previo al dictado de la resolución de inicio del procedimiento de investigación, la SCPM podrá realizar actuaciones previas de investigación con el fin de reunir información e identificar indicios razonables de la existencia de una infracción.<sup>8</sup>

En esta etapa, debemos diferenciar dos caminos distintos a seguir, dependiendo del origen de la etapa de investigación:

---

<sup>7</sup> Art. 59 Reglamento LORCPM.

<sup>8</sup> Art. 61 Reglamento LORCPM.

**a) En caso de inicio por Denuncia por parte del Agraviado o Denuncia por parte de un Interesado**

La denuncia podrá ser formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.<sup>9</sup>

En caso de que la denuncia sea completa o haya sido ya completada por el denunciante, se correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten sus explicaciones en el término de quince días.

**b) En caso inicio De Oficio por parte de la SCPM o a Solicitud de otro Órgano de la Administración Pública**

La SCPM podrá iniciar un procedimiento de investigación de oficio, **(i)** tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de conductas susceptibles de constituir infracción; **(ii)** como resultado de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la ley<sup>10</sup>, o **(iii)** tras recibir una solicitud de otro órgano de la Administración Pública de una posible infracción.<sup>11</sup>

El órgano de sustanciación abrirá un expediente y conducirá una *investigación preliminar*, debiendo presentar un informe en máximo ciento ochenta días desde la resolución de inicio de la investigación.

A los tres días de haber concluido el informe, se notificará al o los investigados concediéndoles el término de quince días para presentar explicaciones.

**~ Inicio de Investigación o Archivo de la Causa**

En este punto converge el procedimiento para todos los supuestos de inicio de la investigación por parte de la SCPM.

---

<sup>9</sup> Art. 57 Reglamento LORCPM.

<sup>10</sup> Art. 55 Reglamento LORCPM.

<sup>11</sup> Art. 56 Reglamento LORCPM.

Transcurridos el término para la presentación de explicaciones, con o sin haber recibido una contestación por parte del operador económico investigado, el órgano de sustanciación tendrá diez días para pronunciarse sobre el inicio de la investigación.

Existen dos situaciones posibles: **(i)** vencido el término de presentación de explicaciones, si la SCPM estima que existen presunciones de existencia de cualquiera de las infracciones previstas en la ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación y el plazo que durará la misma<sup>12</sup>; y **(ii)** si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado (o también si es que realizada la investigación no existiere mérito para la prosecución del procedimiento) ordenará el archivo de la causa mediante resolución motivada.<sup>13</sup>

### **~ Etapa de Investigación**

En caso de que la SCPM estime que existen indicios suficientes para iniciar una investigación, vencido el término de presentación de explicaciones, deberá emitir en el término de diez días una resolución motivada de inicio de la investigación y establecerá su plazo de duración, que no podrá ser mayor a ciento ochenta días, prorrogables por única vez en ciento ochenta días adicionales.<sup>14</sup>

Dentro de la etapa de investigación, la SCPM podrá requerir al investigado cualquier tipo de informes, documentos o información y realizará todas las actuaciones, procedimientos y análisis que considere necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades conforme lo previsto en la ley.<sup>15</sup>

Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la misma. De ser el caso, el informe deberá contener las medidas correctivas y/o sanciones que a su criterio deban imponerse.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Art. 56 LORCPM.

<sup>13</sup> Art. 57 LORCPM y Art. 63 Reglamento LORCPM.

<sup>14</sup> Art. 62 Reglamento LORCPM.

<sup>15</sup> Art. 64 Reglamento LORCPM.

<sup>16</sup> Art. 67 Reglamento LORCPM.

### ~ **Término de Excepciones**

Una vez concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará que se notifique con la denuncia y la formulación de cargos al denunciado, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días.

Si el demandado no contesta la denuncia en el término previsto, se continuará en rebeldía.<sup>17</sup>

### ~ **Término de Prueba y Alegatos**

El órgano de sustanciación ordenará la apertura de un término probatorio de sesenta días, prorrogables por un término de hasta treinta días adicionales, a criterio de la autoridad.

Durante esta etapa de prueba las partes podrán deducir las alegaciones y presentar o solicitar al órgano de investigación se practiquen las pruebas que consideren relevantes para la defensa de sus intereses.<sup>18</sup>

Una vez concluido el término probatorio, las partes podrán presentar alegatos en el término de diez días.<sup>19</sup> Si el órgano de investigación lo estimare conveniente, ordenará la convocatoria a audiencia pública, en la que los interesados podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.<sup>20</sup>

El órgano de investigación deberá emitir un informe final tras esta etapa probatoria, en el término de quince días. Este informe deberá contener **(i)** la enumeración y valoración de la prueba presentada, **(ii)** las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, **(iii)** la propuesta de exención o reducción del importe de la multa

---

<sup>17</sup> Art. 58 LORCPM y Art. 68 Reglamento LORCPM.

<sup>18</sup> Art. 69 Reglamento LORCPM

<sup>19</sup> Art. 59 LORCPM.

<sup>20</sup> Art. 60 LORCPM.

conforme lo previsto en la LORCPM. Este informe deberá ser remitido al órgano de sustanciación y resolución para que tome la decisión final.<sup>21</sup>

### **~ Resolución**

En el término de tres días de recibido el informe final, el órgano de sustanciación y resolución correrá traslado a las partes con el mismo, para que puedan presentar sus alegatos en el término de diez días. Si se considerare pertinente, la autoridad convocará a audiencia pública en la que los interesados puedan alegar y presentar documentos y justificaciones que estimen pertinentes.<sup>22</sup>

Habiéndose corrido traslado a las partes con el informe final, o una vez efectuada la audiencia pública, el órgano de resolución de la SCPM dictará resolución debidamente motivada en el plazo máximo de noventa días.<sup>23</sup>

El artículo 71 del Reglamento LORCPM, en su parte pertinente, señala que la resolución deberá contener:

- a) Los antecedentes del expediente.
- b) Las alegaciones aducidas por los interesados.
- c) Las pruebas presentadas por los interesados y su valoración.
- d) Los fundamentos de hecho y de derecho de la resolución.
- e) La identificación de las normas o principios violados y los responsables.
- f) La calificación jurídica de los hechos.
- g) La declaración de la existencia de infracción, y en su caso, los efectos producidos en el mercado.
- h) La responsabilidad que corresponda a los autores de la infracción.
- i) Las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes.
- j) La decisión sobre la aplicación, exención o reducción del importe de una multa.

---

<sup>21</sup> Art. 70 Reglamento LORCPM.

<sup>22</sup> Art. 71 Reglamento LORCPM.

<sup>23</sup> Art. 61 LORCPM.

En caso del cometimiento de una infracción también se impondrán las sanciones y medidas correctivas que establece la ley.

En cualquier momento antes de la resolución, el presunto o presuntos responsables podrán ofrecer un compromiso de cese referido al cese inmediato o gradual de los hechos investigados, o la modificación de aspectos relacionados a ellos. En caso de aprobarse, transcurridos tres años del cumplimiento del mismo, se ordenará el archivo del procedimiento.<sup>24</sup>

### **2.1.3. Consideraciones Particulares sobre el Procedimiento de Investigación y Sanción**

#### **a) Inconsistencias entre la LORCPM y el Reglamento LORCPM**

Al realizar la presente investigación, pudimos constatar que existen varias inconsistencias entre el procedimiento previsto en la LORCPM y en el Reglamento LORCPM. Principalmente, el Reglamento LORCPM establece términos y/o requisitos adicionales no previstos en la ley.

Solo a modo de ejemplo señalamos:

- La LORCPM prevé en su artículo 61 que, una vez efectuada la audiencia prevista dentro del término de prueba, o concluido el término de prueba, el órgano de resolución de la SCPM dictará resolución motivada en un plazo máximo de noventa días.

En contraposición a esto, el Reglamento LORCPM establece en sus artículos 70 y 71 que una vez concluido el término de prueba, el órgano de investigación tendrá un término de quince días para emitir un informe final y que, en el término de tres días de recibido por parte del órgano de resolución, se correrá

---

<sup>24</sup> Art. 63 LORCPM.

traslado a las partes con el contenido del mismo por diez días, y que además, se podrá convocar a las partes a una nueva audiencia pública.

Es decir, se establece un trámite distinto que, de seguirse tal y como dice la ley, añadiría un término de veinte y ocho días al proceso.

Todas estas situaciones no previstas en la LORCPM y que evidentemente resultan en franca contradicción.

Más allá de cualquier consideración respecto a qué procedimiento es más favorable o beneficia a las partes en cuanto al ejercicio de su derecho a la legítima defensa, resulta preocupante que existan este tipo de inconsistencias entre la ley y el reglamento, más aún en una materia de esta trascendencia.

En virtud de la jerarquía normativa que prescribe el artículo 425 de la Constitución de la República, sabemos que nunca puede un reglamento primar ni contradecir lo dispuesto en la ley que regula. Sin embargo, no deja de resultar paradójico el hecho de que un reglamento, que está llamado por su naturaleza a viabilizar la aplicación de una ley, más bien complique su aplicación.

Esto resulta más grave aún si tomamos en consideración que la normativa adjetiva o procesal es de Derecho Público, que no admite interpretación extensiva ni por analogía, sino que debe aplicarse en la forma expresamente prevista en la ley.

La consecuencia jurídica de estas contradicciones e inconsistencias es que se dejaría a las partes en una situación de inseguridad jurídica, y adicionalmente, dificulta las labores de los órganos de investigación y de resolución de la SCPM, abriendo la puerta a que se puedan alegar múltiples tipos de nulidades por violaciones al debido proceso y al proceso administrativo reglado que debe observar en todo momento una autoridad pública dentro de un proceso sancionatorio como el que hemos analizado.

## b) Vigencia del nuevo Código Orgánico Administrativo

El 07 de julio de 2017 se publicó en el Registro Oficial Suplemento 31 el Código Orgánico Administrativo (en adelante “COA”). Este cuerpo legal tiene por objeto regular el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público.<sup>25</sup>

El ámbito de aplicación de este cuerpo normativo es el siguiente:

*“Art. 42.- **Ámbito material.** El presente Código se aplicará en:*

- 1. **La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas.***
- 2. La actividad jurídica de las administraciones públicas.*
- 3. Las **bases comunes a todo procedimiento administrativo.***
- 4. El **procedimiento administrativo.***
- 5. La **impugnación de los actos administrativos en vía administrativa.***
- 6. La responsabilidad extracontractual del Estado.*
- 7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora.*
- 8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código.*
- 9. La ejecución coactiva.*

***Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código.”***

(el subrayado en negrita es propio)

---

<sup>25</sup> Art. 1 COA.

Se desprende de la disposición transcrita que el COA pasa a regular todo lo relacionado al procedimiento administrativo y a la impugnación de los actos administrativos en la vía administrativa.

Este código prevé un “procedimiento administrativo común” a ser aplicado por todas las instituciones públicas, conforme lo dispuesto en el Libro Segundo, concretamente de los artículos 134 a 216, y también prevé un procedimiento de impugnación general previsto en los artículos 217 a 234 *ibídem*.

Conforme la Disposición Final del COA, este cuerpo normativo entrará en vigencia luego de doce meses contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, esto es, el 07 de julio de 2018.

Surge entonces la interrogante de ¿qué va a ocurrir con todo el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en la LORCPM y su reglamento; y los medios de impugnación? La respuesta no es tan simple como pudiere parecer.

En primer lugar, cabe destacar que al igual que ocurrió cuando se expidió el Código Orgánico General de Procesos (en adelante “**COGEP**”), el legislador se olvidó por completo de la existencia de la LORCPM y su Reglamento, sin hacer mención expresa a la normativa de competencia en ningún momento, pese a tener disposiciones contradictorias entre ambos cuerpos normativos.

Independientemente de lo que pueda ocurrir en el futuro, consideramos importante describir y analizar todo el procedimiento administrativo sancionatorio especial previsto en la LORCPM por cuanto **(i)** es la normativa vigente a la fecha de la presente investigación y **(ii)** pese a cualquier modificación normativa que pueda ocurrir a futuro, servirá para dar contexto en forma atemporal al análisis realizado en el Capítulo Tercero de la presente investigación, pues todas las resoluciones sancionatorias dictadas durante los años 2016 y 2017, siguieron el procedimiento antes referido para su emisión previo a ser impugnadas ya sea en la jurisdicción contencioso administrativa o por la vía de acción de protección.

En segundo lugar, tenemos que observar las Disposiciones Derogatorias del COA, que si bien no hacen referencia expresa a la LORCPM, podría considerarse que se trata de una derogatoria tácita a las normas procedimentales propias de la normativa de competencia.

Las normas que sí son derogadas por el COA, en forma expresa, son: la Ley de Modernización del Estado<sup>26</sup> en su totalidad; los procedimientos sancionatorios contenidos en: el Código Orgánico Monetario y Financiero<sup>27</sup>; en la Ley Orgánica de Comunicación<sup>28</sup>; en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>29</sup>; en la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células<sup>30</sup>; y en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización<sup>31</sup>.

Sin embargo, la problemática gira en torno a la Disposición Derogatoria Primera del COA que dispone:

*“PRIMERA.- Deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando.”*

Aplicando en forma directa esta norma, debería entenderse derogado todo el procedimiento administrativo sancionador previsto en la LORCPM y su Reglamento, así como los recursos en vía administrativa actualmente previstos en los referidos cuerpos normativos y que serán analizados a continuación.

No obstante lo señalado, consideramos que el procedimiento administrativo sancionador en materia de Derecho de Competencia guarda peculiaridades que lo vuelven distinto al procedimiento sancionador general que pretende aplicar el COA,

---

<sup>26</sup> Disposición Derogatoria Segunda COA.

<sup>27</sup> Disposición Derogatoria Tercera COA.

<sup>28</sup> Disposición Derogatoria Cuarta COA

<sup>29</sup> Disposición Derogatoria Quinta COA

<sup>30</sup> Disposición Derogatoria Sexta COA

<sup>31</sup> Disposición Derogatoria Séptima COA

por las características propias de la materia y de los hechos investigados: tiempos de duración, etapas especiales, facultades propias y exclusivas de la SCPM que no se ven en otras áreas del Derecho Administrativo.

Por ello, solamente con el avance del tiempo podremos saber cómo aplicarán las normas procesales – indispensables para la efectiva tutela de los derechos – las autoridades en materia de competencia, o si se dictará posteriormente una normativa transitoria o especial que mantenga o cree un régimen especial para los procedimientos sancionatorios en materia de Derecho de Competencia.

#### **2.1.4. Recursos en la Vía Administrativa**

Sin perjuicio de la entrada en vigencia del COA, es menester analizar los recursos en la vía administrativa que franquea actualmente la LORCPM, muchos de los cuales han sido agotados por los operadores económicos previo a acudir a la sede judicial, en los procesos que analizaremos en el Capítulo Tercero de la presente investigación.

La LORCPM, a partir de sus artículos 65 a 72 regula el régimen de recursos en sede administrativa y jurisdiccional, así como las prescripciones y responsabilidades civiles y penales.

En materia de recursos administrativos, se prevén: **(i)** el Recurso de Reposición; **(ii)** el Recurso de Apelación o Jerárquico; **(iii)** el Recurso Extraordinario de Revisión.

En lo principal, se establece:

#### **~ Presunción de Legitimidad, Ejecutividad y Ejecutoría**

La LORCPM ordena en su artículo 65 que los actos administrativos emanados de las autoridades de la SCPM, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación, y están revestidos del carácter de estabilidad administrativa y señala que son impugnables conforme lo previsto en el artículo 173 de la Constitución que señala:

*“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.”*

Esta norma es casi igual a la contenida en el artículo 329 del COGEP que dispone:

*“Art. 329.- Presunciones del acto administrativo. Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.”*

### **~ Recurso de Reposición**

Los actos administrativos de los diferentes niveles de la SCPM podrán ser recurridos en sede administrativa mediante este recurso ordinario y horizontal de reposición, es decir, se presenta el recurso ante la misma autoridad que dictó el acto impugnado.

El término para interponer el recurso es de veinte días contados a partir del día siguiente de su notificación.

Transcurrido este término sin haberse interpuesto el recurso de reposición ni el de apelación, la resolución causará estado y se agotará la vía administrativa, quedando solamente la vía judicial.

El recurso se concederá solo con efecto devolutivo. Este *efecto devolutivo* debe entenderse en los términos en que fue concebido en el Código de Procedimiento Civil, vigente a la fecha de expedición de la LORCPM, y que ahora se lo conoce como recurso *sin efecto suspensivo* conforme el artículo 261, numeral 1 del COGEP. Consiste en que no se suspenderán los efectos de la resolución impugnada mientras se tramite el recurso.

El plazo máximo para tramitar, dictar y notificar la resolución será de sesenta días calendario.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Art. 66 LORCPM.

### **~ Recurso de Apelación o Jerárquico**

El recurso de apelación podrá ser elevado al Superintendente de Control de Poder de Mercado para su resolución, mediante recurso que se presentará ante éste.

Son susceptibles de este recurso los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de la LORCPM, así como también el acto administrativo que niegue el recurso de reposición.

El término para la interposición del recurso será igualmente de veinte días contados a partir del día siguiente de la notificación del acto recurrido. De no interponerse el recurso, el acto administrativo quedará firme.

Este recurso se concederá igualmente con efecto devolutivo o no suspensivo y deberá ser dictado y notificado dentro de sesenta días calendario.

Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa.<sup>33</sup>

### **~ Recurso Extraordinario de Revisión**

La legitimación activa, para interponer este recurso extraordinario de revisión la tienen **(i)** el Superintendente de Control de Poder de Mercado; **(ii)** los consumidores o **(iii)** los agentes de mercado que tengan un interés legítimo.

El objetivo del recurso es que el Superintendente pueda revisar:

- a) Errores materiales de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos impugnados.
- b) Aparición de pruebas o elementos posteriores.

---

<sup>33</sup> Art. 67 LORCPM.

c) Vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la SCPM.

El plazo de interposición de este recurso es de tres años desde que el acto o resolución recurrida haya quedado firme, pues este recurso cabe únicamente contra actos firmes.<sup>34</sup>

#### **~ Revocación de Oficio de Actos Administrativos**

El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.<sup>35</sup>

#### **~ Prescripción de las Facultades Administrativas y de las Sanciones**

La facultad de la SCPM de iniciar el proceso administrativo, por cualquiera de las formas que prevé el artículo 53 de la LORCPM, prescribe en cuatro años contados desde **(i)** el día en que hubiere tenido conocimiento de la infracción, o **(ii)** en infracciones continuadas, desde el día en que hayan cesado.

Las sanciones que imponga la SCPM por el cometimiento de infracciones prescriben en ocho años.

Cualquiera de estas prescripciones se interrumpe **(i)** por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado, tendiente al cumplimiento de la ley, y **(ii)** por los actos realizados por los interesados con el objeto de asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Art. 68 LORCPM.

<sup>36</sup> Art. 70 LORCPM.

## ~ Responsabilidades Civiles y Penales

Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por la LORCPM podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios en contra de los responsables.

Esta acción deberá ser tramitada en procedimiento sumario, ante un juez de lo civil y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoría de la resolución sancionatoria.<sup>37</sup>

Por otro lado, cuando la SCPM encontrare indicios de responsabilidad penal, notificará y enviará una copia del expediente a la Fiscalía General del Estado, a fin de que se inicien las investigaciones y acciones correspondientes, sin perjuicio de las sanciones administrativas que puedan imponerse en virtud de la LORCPM.<sup>38</sup>

## ~ Impugnación de la Resolución que ponga fin a la Vía Administrativa

Una vez analizado el procedimiento administrativo sancionatorio que sigue la SCPM, tendremos inevitablemente dos desenlaces posibles: **(i)** una resolución que absuelva al operador económico investigado; o **(ii)** una resolución condenatoria que determine que se produjeron violaciones a la competencia, traducidas en infracciones a la LORCPM.

La resolución que ponga fin al procedimiento administrativo, en cualquiera de los casos y conforme lo prevé la actual LORCPM y su reglamento, provendrá, o bien **(i)** del órgano de resolución de primera instancia de la SCPM, cuando se trate de una resolución de primera instancia o de un recurso horizontal de reposición; o **(ii)** de la máxima autoridad de la institución, esto es, el Superintendente de Control del Poder de Mercado, cuando se trate de un recurso de apelación o extraordinario de revisión.

Los administrados, en este caso el operador económico investigado, tiene a su arbitrio conforme lo previsto en el artículo 173 de la Constitución de la República, impugnar los actos administrativos – resoluciones de la SCPM – en la vía administrativa o en la

---

<sup>37</sup> Art. 71 LORCPM.

<sup>38</sup> Art. 72 LORCPM.

vía jurisdiccional. En caso de ya haber agotados los recursos de la vía administrativa, o de no desear interponerlos (pues son facultativos) se puede impugnar directamente ante la justicia ordinaria.

Los dos mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico ecuatoriano para la impugnación en sede judicial de estas resoluciones son, dependiendo de varios parámetros que analizaremos a continuación, (i) la Acción de Protección, o (ii) un Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo.

## **2.2. La Vía Constitucional**

La Constitución de la República, a partir de su artículo 84, crea mecanismos judiciales de efectivizar y garantizar los derechos contenidos en su parte dogmática. Las garantías constitucionales se convierten entonces, en herramientas de defensa de derechos fundamentales de los ciudadanos (instrumentos procesales), que tienen por objeto sancionar o anular actos violatorios de derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento jurídico, las garantías constitucionales, concretamente las garantías jurisdiccionales que son las que competen a la presente investigación, se encuentran reguladas tanto en la CRE como en la ley de la materia, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante “LOGJCC”).

### **~ Finalidad de las Garantías Constitucionales**

El artículo 6 de la LOGJCC establece la finalidad de las garantías constitucionales señalando:

*“Art. 6.- Finalidad de las garantías.- Las garantías jurisdiccionales tienen como finalidad la protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación.”*

**Las medidas cautelares tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho.**

*Salvo los casos en que esta ley dispone lo contrario, la acción de protección, el hábeas corpus, la acción de acceso a la información pública, el hábeas data, la acción por incumplimiento, la acción extraordinaria de protección y la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, se regulan de conformidad con este capítulo.”*

(el subrayado en negrita es propio)

A diferencia de lo que ocurre en los procesos contencioso administrativos, que como analizaremos más adelante, tienen por objeto principal efectuar un control de legalidad de los actos de la administración pública, las garantías jurisdiccionales declaran la vulneración de derechos de rango constitucional, en caso de existirlos, y ordenan una reparación integral que deberá necesariamente cubrir los daños causados por la vulneración del derecho.

#### **~ Disposiciones Comunes**

El Art. 86 CRE dispone:

*“Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:*

*1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución.*

*2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:*

*a) El procedimiento será sencillo, rápido y eficaz. Será oral en todas sus fases e instancias.*

*b) Serán hábiles todos los días y horas.*

*c) Podrán ser propuestas oralmente o por escrito, sin formalidades, y sin necesidad de citar la norma infringida. No será indispensable el patrocinio de un abogado para proponer la acción.*

*d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.*

*e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.*

*3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.*

*Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. Los procesos judiciales sólo finalizarán con la ejecución integral de la sentencia o resolución.*

*4. Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución, se hará efectiva la responsabilidad determinada en la ley.*

*5. Todas las sentencias ejecutoriadas serán remitidas a la Corte Constitucional, para el desarrollo de su jurisprudencia.”*

De la norma transcrita, se desprenden múltiples características sui generis que hacen de estos instrumentos procesal-constitucionales un procedimiento distinto a cualquiera de los procedimientos previstos en el COGEP.

Entre sus principales características encontramos:

- a) En cuanto a su legitimación activa, son extremadamente amplias, pudiendo ser interpuestas por cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad.
- b) Tienen un procedimiento expedito que se caracteriza por ser sencillo, rápido, oral e informal, en todas sus fases e instancias.

Adicionalmente, son hábiles todos los días y horas tanto para la interposición de las mismas, como para el señalamiento de las audiencias respectivas.

- c) Pueden ser interpuestas inclusive en forma oral, aunque este no es un hecho común en la práctica; sin formalidades; sin necesidad de citar la norma infringida en forma específica; y además, no es un requisito indispensable el patrocinio de un abogado para interponerlas.
- d) Las notificaciones a la contraparte se realizan por los medios más eficaces al alcance de los juzgadores, distinguiéndolas de los mecanismos de citación previstos en el COGEP.
- e) Una vez presentadas, se convocará inmediatamente a una audiencia pública, en la que se practicará y/o ordenará la práctica de prueba.

Tampoco requiere la parte demandada presentar una contestación por escrito, sino que contesta la demanda en la propia audiencia.

- f) Tampoco se exigen las mismas formalidades para la prueba que en los procedimientos regidos por el COGEP o el Código Orgánico Integral Penal (en adelante “COIP”).

Así, basta con presentar copias simples de la prueba documental que se tenga sin necesidad de certificarlas previamente ante la persona o institución que los emitió, ni ante un Notario Público.

Teniendo en cuenta estas características generales y comunes a todas las garantías jurisdiccionales, existen tres que son aplicables a las resoluciones de la SCPM: (i) la medida cautelar constitucional; (ii) la acción de protección; y (iii) la acción extraordinaria de protección. Conceptualizaremos todas las garantías mencionadas, sin embargo, a efectos de la presente investigación nos centraremos en la acción de protección.

### **2.2.1. Medidas Cautelares Constitucionales**

#### **~ Finalidad de las Medidas Cautelares**

Las medidas cautelares constitucionales son tienen por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de derechos reconocidos en la CRE o en tratados internacionales de derechos humanos.<sup>39</sup>

No existe una lista taxativa de medidas que puedan ser ordenadas por los jueces, sino que se establece como únicos requisitos que sean adecuadas a la violación que se pretenda evitar.

Podrán solicitarse en forma conjunta o independientemente de otras acciones constitucionales de protección de derechos, como la acción de protección.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Art. 26 LOGJCC.

<sup>40</sup> Art. 87 LOGJCC.

## ~ Requisitos de las Medidas Cautelares

Procederán las medidas cautelares cuando un juez tenga conocimiento de un hecho, por parte de cualquier persona, que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.<sup>41</sup>

Para determinar la gravedad de una violación o posible violación a derechos se tomará en cuenta si pueden ocasionar daños irreversibles y/o por la intensidad y frecuencia de la violación.

Tampoco procederán medidas cautelares cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección.

Resulta indispensable tener en cuenta también que la adopción de medidas cautelares no constituirá prejuzgamiento por parte del juzgador sobre si existe o no una violación de derechos, así como tampoco tendrá valor probatorio el hecho de que se hayan adoptado o no.<sup>42</sup>

Respecto de sus características de inmediatez, podrán ser ordenadas por el juez a la brevedad posible desde el tiempo que recibió la petición<sup>43</sup>, sin embargo, en la práctica suele ser frecuente, especialmente en los casos complejos, que para tener un mejor criterio los jueces convoquen a las partes a una audiencia oral y contradictoria previo al dictado de medidas cautelares.<sup>44</sup>

Los casos en que se han interpuesto medidas cautelares contra resoluciones de la SCPM consisten fundamentalmente en un intento por parte de operadores económicos sancionados, por suspender los efectos de una resolución condenatoria en su contra.

---

<sup>41</sup> Art. 27 LOGJCC.

<sup>42</sup> Art. 28 LOGJCC.

<sup>43</sup> Art. 29 LOGJCC.

<sup>44</sup> Art. 36 LOGJCC.

### 2.2.2. Acción de Protección

La Acción de Protección es una garantía jurisdiccional prevista en el artículo 86 CRE que dispone:

*“Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”*

#### ~ Naturaleza Jurídico-Procesal de la Acción de Protección

Autores como el constitucionalista ecuatoriano Ismael Quintana, señalan que:

*“[la acción de protección] es un proceso de conocimiento y no declarativo de derechos fundamentales. Esto quiere decir que una vez impugnado el acto o la omisión, el juzgador constitucional está en la facultad de entrar a resolver el fondo de la controversia constitucional, emitiendo un pronunciamiento sobre la eventual vulneración de derechos o, a la vez, negando su procedencia por inexistencia de violación de los mismos, lo cual implica que el juez puede dejar sin efecto o anular el acto impugnado u ordenar la actuación de quien ha incurrido en omisión y ya no solo suspenderlos, como ocurría con la acción de amparo. Lo que no puede ocurrir es que el juzgador declare un derecho o una situación a favor del legitimado activo dentro de una sentencia de garantía, asunto ajeno a la justicia constitucional.”* (Quintana, 2016, págs. 67-68)

La Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación de nuestra Carta Magna, se ha pronunciado al respecto manifestando:

*“Es así como el efecto de esta garantía jurisdiccional, de conocimiento y ampliamente reparatoria, no se circunscribe, como sí sucedió en el pasado con la extinta acción de amparo constitucional, a la suspensión provisional o definitiva del acto, efectos propios de una garantía constitucional cautelar que no decidía sobre el fondo del asunto controvertido y que permitía incluso, que una vez subsanadas las vulneraciones constitucionales identificadas por el juez constitucional, el acto pueda volver a ser emitido. Es precisamente esa una de las principales modificaciones y avances que reviste la acción de protección en relación a la extinta garantía constitucional, ahora, el juez constitucional, a partir del análisis de fondo del asunto controvertido, se encuentra en capacidad de dejar sin efecto el acto lesivo de derechos constitucionales.”<sup>45</sup>*

#### **~ Requisitos de Procedencia la Acción de Protección**

El artículo 40 LOGJCC establece tres requisitos indispensables para que proceda la interposición de esta garantía jurisdiccional:

- a) Violación de un derecho constitucional.
- b) Acción u omisión de autoridad pública, o de un particular, en determinados casos.
- c) Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

A efectos de la legitimación pasiva, la SCPM se encuentra dentro del supuesto previsto en el artículo 41, numeral 1, de la LOGJCC, que ordena:

*“Art. 41.- Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:*

---

<sup>45</sup> Sentencia No. 055-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0213-10-EP. Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011.

*1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio. [...]”*

Por otro lado, el artículo 42 ibídem establece siete supuestos de improcedencia de la acción:

**Art. 42.- Improcedencia de la acción.-** *La acción de protección de derechos no procede:*

*1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.*

*2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.*

*3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.*

*4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.*

*5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.*

*6. Cuando se trate de providencias judiciales.*

*7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.*

*En estos casos, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, declarará inadmisibile la acción y especificará la causa por la que no procede la misma.”*

A efectos de la presente investigación, consideramos importante analizar dos situaciones particulares respecto de esta garantía:

**a) Vía adecuada y eficaz**

El artículo 40, numeral 4 LOGJCC, en concordancia con el artículo 42, numeral 4 de la misma ley, establecen que la acción de protección procederá, cuando no exista otro mecanismo judicial eficaz para proteger el derecho, o que el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que no es la adecuada ni eficaz.

Pareciere entonces que nos encontramos frente a una paradoja, pues la propia finalidad y naturaleza de esta garantía jurisdiccional la convierten en el mecanismo idóneo para la defensa de derechos constitucionales.

Tocamos en este punto un tema que ha sido de amplio debate en la justicia ecuatoriano desde la vigencia de la actual Constitución de Montecristi y la LOGJCC: ¿es la acción de protección una garantía subsidiaria o residual?

Debe diferenciarse en primer lugar la diferencia entre subsidiariedad y residualidad. Quintana señala:

*“por subsidiaridad se entiende el requerimiento efectuado al accionante para que demuestre la inexistencia de otra vía adecuada y eficaz mediante la cual se procure la protección de derechos que, busca, sean tutelados mediante una acción constitucional; en cambio, por residualidad se infiere la necesidad de que el accionante agote previamente todas las vías judiciales con las que cuenta para que, posteriormente a aquello, proponga la acción constitucional.”* (Quintana, 2016, pág. 82)

Compartimos el criterio del autor, en el sentido de que, bajo ninguna interpretación podría considerarse a esta garantía como residual, pues ni la Constitución ni la Ley exigen en ningún momento el agotar otros medios legales para la defensa del derecho vulnerado.

Sin embargo, respecto de la subsidiaridad, sería erróneo considerar que la vía más adecuada y eficaz es el procedimiento contencioso administrativo, pues bajo ese criterio, no procedería la acción de protección contra ningún acto administrativo. Además, debe diferenciarse entre esta garantía que tiene naturaleza constitucional, de protección de derechos fundamentales y el proceso contencioso administrativo que es eminentemente de control de legalidad.

La Corte Constitucional ha dictado fallos contradictorios al respecto, señalando por ejemplo que:

*“Se ha venido sosteniendo con mucha frecuencia, inclusive por la Procuraduría General del Estado, con fundamento en el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, que: "Las resoluciones dictadas en un procedimiento por otras autoridades institucionales del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional".*

*Justamente cuando se trata de este tipo de actos es que algunos juzgadores dicen que tales son actos de mera legalidad y, como tales, la autoridad y la vía en la que deben tramitarse corresponden a lo contencioso administrativo o tributaria.*

*Conviene examinar si el criterio que se extrae es conforme al contenido de la norma y, fundamentalmente, a los que surgen de las dos disposiciones constitucionales antes referidas. En primer lugar, bajo la óptica de quienes sostienen la opinión antes mencionada, no cabe la acción contra actos de la administración pública, en los que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos; y, por lo mismo, deben ser demandados en sede judicial. Los actos de la administración pública surgen, generalmente, del denominado sector público, cuyas instituciones están detalladas en el artículo 225 de la Constitución vigente. [...]*

*En definitiva, en lo que atañe al tema, independientemente del contenido del acto de autoridad pública, la acción es procedente simple y llanamente si existe*

*violación constitucional, caso contrario sería un acto de mera legalidad, en cuyo evento procede su reclamo en las vías a las que se refiere el artículo 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, particular que, necesariamente, debe realizarse a través de sentencia, en donde se resuelve el asunto de fondo.”<sup>46</sup>*

En este fallo, frente a múltiples alegaciones de la Procuraduría General del Estado dentro de ese proceso, respecto de la residualidad de la acción, se pronunció la corte señalando que procederá la garantía jurisdiccional simple y llanamente si existe violación constitucional. Es decir, se trataría de una garantía extremadamente amplia y poco limitada.

Por otro lado, y con un criterio totalmente distinto, la misma Corte ha señalado que:

*“No obstante, es criterio de esta Corte Constitucional que no se puede restringir o limitar el alcance de la acción de protección a la existencia de recursos judiciales y administrativos de defensa, siendo que la condición de su procedencia es la vulneración de derechos constitucionales. De esta manera, se ha pronunciado este Organismo, en la sentencia N.0 016-13-SEP-CC, determinando que no existe otra vía más idónea para la tutela de derechos constitucionales que las garantías jurisdiccionales, entre ellas, la acción de protección.*

*“( ... ) En efecto, la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino*

---

<sup>46</sup> Sentencia No. 028-2010-SEP-CC, dictada en el caso No. 0173-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 290 de 30 de septiembre de 2010.

*únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz "( ... ) En efecto, la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales. No todas las vulneraciones al ordenamiento jurídico necesariamente tienen cabida para el debate en la esfera constitucional ya que para conflictos en materia de legalidad existen las vías idóneas y eficaces dentro de la jurisdicción ordinaria. El juez constitucional cuando de la sustanciación de garantía jurisdiccional establezca que no existe vulneración de derechos constitucionales, sino únicamente posibles controversias de índole infraconstitucional puede señalar la existencia de otras vías. El razonamiento que desarrolla la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece que la acción de protección procede cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz."*

*El sistema constitucionalista de derechos y justicia sobre el cual descansa actualmente la realidad ecuatoriana, modela a las garantías jurisdiccionales con determinadas características dirigidas principalmente a la protección de los derechos constitucionales. Así, el artículo 88 de la Constitución establece que el objeto de la acción de protección es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, en consecuencia de lo cual no puede ser considerada como el mecanismo adicional posterior de las acciones judiciales ordinarias, o peor aún, como un mecanismo absolutamente inválido frente a la activación de la vía judicial. En tal razón, el carácter subsidiario de la acción de protección ecuatoriana determina que esta procede exclusivamente cuando de un profundo estudio de razonabilidad del caso concreto realizado por la jueza o juez, se desprende la existencia de vulneración a derechos constitucionales. Por el contrario, si en dicho análisis judicial no se determina la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales, sino conflictos de índole infraconstitucional, a la jueza o juez*

*le corresponde determinar cuales son las vías judiciales ordinarias las adecuadas para la solución del conflicto.*<sup>47</sup>

En este fallo en cambio, la Corte adopta una posición radicalmente distinta estableciendo que, sin lugar a dudas, la acción de protección tiene carácter subsidiario, procediendo exclusivamente cuando de un profundo estudio de la razonabilidad del caso, el juzgador determine que existe violación de derechos constitucionales.

Lo que queda claro entonces, es que la acción de protección no es residual pero sí subsidiaria, conforme sus propios requisitos de procedencia e improcedencia. Sin embargo, al no tener una norma expresa o jurisprudencia vinculante que determine cuáles son los parámetros que deben ser analizados y ponderados para determinar si, en el caso concreto, nos encontramos o no frente a la vía más adecuada y eficaz, proponemos los siguientes criterios:

**a) La Materia**

Con materia nos referimos al objeto de la litis, en otras palabras, a si la vulneración del o de los derechos que se alegan en la demanda y que se ventile a lo largo del proceso, tiene el rango de constitucional o no.

La Constitución ecuatoriana de 2008 contiene un catálogo extremadamente amplio de derechos, situación que se debe a un intento del constituyente de elaborar una constitución extremadamente garantista. Sin embargo, ello no significa que cualquier violación, afectación o inobservancia a derechos reconocidos en nuestra norma suprema, tenga el carácter de “constitucional”.

Por ejemplo, si un ciudadano es propietario de un bien, pero ha perdido la posesión del mismo, evidentemente se está afectando a su derecho constitucional y fundamental de propiedad, sin embargo, existen vías expeditas para poder tutelar

---

<sup>47</sup> Sentencia No. 098-13-SEP-CC, dictada en el caso No. 1850-11-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 154 de 3 de septiembre de 2014.

el derecho vulnerado y reparar el daño causado, como una acción de reivindicación.

Los tratadistas constitucionales, al hablar sobre los derechos, señalan que todo derecho tiene un núcleo que es la base de cada derecho, y que en caso de vulnerarse o afectarse ese núcleo, eminentemente se trataría de una violación de grado constitucional. Pero si se afecta a “la periferia” de un determinado derecho, el grado de violación sería menor, o por lo menos no de grado constitucional, sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico establezca diversos mecanismos procesales para la defensa de ese derecho.

Ya hemos tratado en líneas anteriores la diferencia conceptual y desde el punto de vista de la naturaleza jurídica versus un recurso contencioso administrativo, la violación de derechos constitucionales y el control de legalidad. Sin embargo, la línea o la frontera que nos permite determinar si una violación tiene o no el rango de constitucional, se puede volver extremadamente borrosa dependiendo del caso concreto.

Conforme analizaremos en el Capítulo III de la presente investigación, en las acciones de protección interpuestas contra resoluciones sancionatorias de la SCPM, los principales derechos constitucionales que se alegan vulnerados tienen que ver con el derecho a la defensa, la motivación y la seguridad jurídica. Al analizar los fallos dictados por los diferentes jueces y tribunales, determinaremos si es que existe un criterio similar o definido respecto de si existe o no un estándar (y cuál es) que utilicen los juzgadores a efectos de determinar si la vía constitucional es idónea y eficaz para la impugnación de un acto administrativo o si debe acudir a la vía jurisdiccional.

#### **b) El Tiempo**

Al utilizar el término “eficaz” en la LOGJCC, el legislador abrió la puerta para el debate respecto de ¿qué debemos entender por eficacia?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, eficacia es “*la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”. Lo que se espera en todo proceso judicial, y especialmente en una garantía constitucional como la acción de protección, es la resolución de un problema jurídico, y la correspondiente satisfacción y/o reparación integral de la parte afectada, en el menor tiempo posible. Por ello, en la praxis jurídica, los argumentos generalmente utilizados para tratar de justificar la procedencia de las acciones de protección que impugnan actos administrativos, es que, debido a lo perjudicial del contenido de la resolución sancionatoria para el administrado, resulta demasiado extenso el tiempo que tardaría en resolverse un recurso en sede contencioso administrativa; mientras en la acción de protección se puede tener una sentencia de primera instancia en cuestión de semanas, en la jurisdicción contencioso administrativa puede tomar meses e incluso años.

La Corte Constitucional ha tomado ya una postura al respecto, manifestando:

*“A la jueza constitucional únicamente le bastó señalar que los motivos de la demanda eran de legalidad y que la condición de adecuado y eficaz de la garantía no tiene relación con la temporalidad, dejando de valorar de esta forma los argumentos constitucionales de la demanda, sin motivar sus alegaciones, sin haberle otorgado la oportunidad a la accionante para que, en un proceso sencillo, rápido y eficaz, justifique las alegaciones realizadas en la demanda y que la entidad accionada controvierta esas afirmaciones. En definitiva, lo que hizo fue tomar solo una parte de las alegaciones de la propia demanda, en la que la actora argumentaba las razones por las que acudía a la vía constitucional, por tratarse de un asunto de vulneración de derechos constitucionales, y no observó nada respecto del resto de alegatos que fundamentaba la omisión constitucional de la autoridad pública accionada, desconociendo el procedimiento constitucional para la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, provocando por lo tanto una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la accionante. [...]*

*Así las cosas, cabe recordar **que todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido a la protección de derechos; por lo tanto, es indiscutible que ante la***

**vulneración de derechos constitucionales, no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar garantías jurisdiccionales, pues este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, ya que el objetivo de las garantías es la tutela de los derechos constitucionales. Resulta obvio que las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas, cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, sosteniendo que son cuestiones de legalidad, así como cuando, a la inversa, a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional** (Corte Constitucional del Ecuador para el período de transición, sentencia No. 045-11-SEP-CC, caso No. 0385-11-EP, noviembre 24 del 2011).

**En todo caso, si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada, en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes, para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción, efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad; pero esta Corte Constitucional insiste, únicamente luego de un procedimiento, al menos rápido, en el que la parte actora pueda demostrar sus aseveraciones y la entidad accionada pueda controvertirlas, mas no en un primer auto, como el caso sub judice, en el que la juzgadora, sin justificación constitucional, se forma criterio en la primera actuación procesal, y en auto de calificación de la demanda inadmite la acción, basándose en elementos materiales de la causa.**<sup>48</sup>

(el subrayado en negrita es propio)

En este caso concreto, se discute respecto de una jueza que, en primera providencia y sin siquiera convocar a audiencia inadmitió una acción de protección que impugnada un acto administrativo, argumentando que se trataba de un tema eminentemente de control de legalidad.

---

<sup>48</sup> Sentencia No. 102-13-SEP-CC, dictada en el caso No. 0380-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 152 de 27 de diciembre de 2013.

La Corte en esta sentencia nos brinda las siguientes conclusiones: dado que todo el ordenamiento jurídico está dirigido a la protección de los derechos, ante una alegación de vulneración de derechos, debe realizarse un análisis con la respectiva argumentación jurídica, que sostenga de manera fundamentada y una vez escuchadas las partes, de si se trata o no de control de legalidad. Por ello, mal puede ningún juez constitucional rechazar una acción de protección en primera providencia argumentando que se trata de temas de legalidad.

Por otro lado, han existido ya fallos de organismos internacionales respecto de la demora en la administración de justicia en materia contencioso administrativa en el Ecuador, concretamente en el caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, resuelto por la Corte Internacional de Derechos Humanos, que en su sentencia señala:

*“82. El Tribunal advierte que el artículo 385 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determina que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción tiene como función proteger el derecho subjetivo de una persona que presuntamente ha sido vulnerado por un acto administrativo. En este sentido, la Corte observa que, a la luz de la ley citada, el proceso del recurso subjetivo debe durar entre 27 y 37 días hábiles, dependiendo de si la causa versa exclusivamente sobre cuestiones de derecho o de si además se abre una etapa probatoria. Asimismo, en esta normativa se indica que dentro de este tipo de proceso no se admiten incidentes.*

**83. Respecto a la complejidad de los recursos subjetivos o de plena jurisdicción presentados por la señora Salvador Chiriboga, la Corte hace notar que de acuerdo a la legislación ecuatoriana, tanto el objeto como el trámite de los mismos están diseñados para ser procedimientos sencillos y expeditos.** *Por otro lado, del análisis de la prueba alegada por las partes, se desprende que la actuación procesal de la señora Salvador Chiriboga fue acorde a la normativa interna y que, por el contrario, ha insistido reiteradamente a los tribunales para que resuelvan los recursos interpuestos. Además, este Tribunal considera relevante señalar que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la*

**conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos.**

84. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, **la Corte estima que el Estado excedió el plazo razonable en los procesos de los recursos subjetivos o de plena jurisdicción** No. 1016 y No. 4431 interpuestos por María Salvador Chiriboga, ya que hasta el momento han transcurrido catorce y once años, respectivamente, desde la presentación de las demandas, las cuales fueron interpuestas el 11 de mayo de 1994 y el 17 de diciembre de 1997, sin que a la fecha de la presente Sentencia se haya emitido un fallo definitivo sobre los asuntos planteados.

85. Por otra parte, la Comisión y los representantes argumentaron que en el presente caso se ha configurado una violación del artículo 25 de la Convención, ya que hasta la fecha no han sido resueltos con carácter definitivo los diferentes recursos intentados, por lo que la señora Salvador Chiriboga no ha tenido acceso a un recurso sencillo, rápido y efectivo. Por su parte, el Estado manifestó que el ordenamiento jurídico interno del Ecuador sí cuenta con recursos rápidos y sencillos para proteger los derechos alegados como violados por la señora Salvador Chiriboga.

86. El Tribunal ya señaló **la legislación interna en que se hallan consagrados los recursos subjetivos, mediante los cuales la señora Salvador Chiriboga pudo haber resuelto la situación jurídica del terreno expropiado, los cuales se caracterizan por ser recursos expeditos. Sin embargo, como lo ha reiterado en numerosas ocasiones esta Corte, la efectividad de los recursos no depende exclusivamente de que estén consagrados en la ley, sino que estos en la práctica sean rápidos y sencillos, y sobre todo que se cumpla con el objetivo de resolver sobre el derecho presuntamente vulnerado** (supra párr. 57).”

(el subrayado en negrita es propio)

Si bien este fallo resuelve sobre un caso en que se litigó en base a la ya derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y que el COGEP establece

procedimientos más expeditos, sirve como ejemplo de que en ocasiones, las trabas, demoras e incidentes de la vía ordinaria tienen como consecuencia que, a más de incumplir los términos legales, se genere un perjuicio mayor para el accionante, y que puede devenir en una mayor vulneración de derechos fundamentales.

Personalmente, consideramos que el criterio menos subjetivo es el de la materia y el grado de la violación de los derechos. Sin embargo, resulta indispensable considerar también que el factor tiempo no puede ser dejado del lado al momento de realizar un análisis sobre lo adecuado y eficaz que puede resultar interponer una acción de protección.

#### **b) Reversión de la Carga de la Prueba**

Otro criterio importante a tener en cuenta al momento de elaborar una estrategia procesal de litigio, es que a diferencia de lo que ocurre en el COGEP, tanto la CE como la LOGJCC prevén una diferencia sustancial respecto a la carga de la prueba y las presunciones probatorias.

El COGEP, establece como regla general, el principio *onus probandi incumbit actori*, que se traduce en que la persona que realice una alegación, especialmente sobre hechos, deberá probarla:

*“Art. 162.- Necesidad de la prueba. Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran. [...]”*

Asimismo, es importante recordar la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

*“Art. 329.- Presunciones del acto administrativo. Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.”*

Por otro lado, si bien este principio del Derecho Procesal se aplica también en la tramitación de las garantías jurisdiccionales<sup>49</sup>, existe una disposición especial que invierte la carga de la prueba cuando se trate de litigios ante instituciones públicas, como es el caso de la SCPM, señalando:

*“CE Art. 86.- Las garantías jurisdiccionales se registrarán, en general, por las siguientes disposiciones:*

*3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. **Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. [...]**”*

(el subrayado en negrita es propio)

*“LOGJCC Art. 16.- Pruebas.- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente. [...]*

***Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.** En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.”*

(el subrayado en negrita es propio)

---

<sup>49</sup> *“LOGJCC Art. 16.- Pruebas.- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. La recepción de pruebas se hará únicamente en audiencia y la jueza o juez sólo podrá negarla cuando la haya calificado de inconstitucional o impertinente. [...]*”

Evidentemente, esta presunción podría eventualmente brindar una ventaja a la parte accionante que impugne resoluciones sancionatorias de la SCPM en la vía constitucional.

### **~ Procedimiento de la Acción de Protección y Recursos**

Una vez interpuesta la demanda de acción de protección, el juez que haya resultado sorteada deberá calificarla en el término máximo de veinte y cuatro horas y en la misma providencia deberá señalar fecha para la audiencia, que no podrá llevarse a cabo en más de tres días desde la calificación de la demanda.<sup>50</sup>

Son competentes para conocerla cualquier juez de primera instancia, independientemente de la materia que sea su especialidad, del lugar donde se origina el acto u omisión y donde produce sus efectos.

La sentencia de una acción de protección es dictada en la misma audiencia, y posteriormente se notificará a las partes por escrito con el contenido de la misma.<sup>51</sup>

La parte accionante deberá aparejar a su demanda todas las pruebas de las que se considere asistido, sin las mismas formalidades previstas en el COGEP, y la parte accionada contestará a la demanda y anunciará y producirá sus pruebas en la misma audiencia.

Una vez dictada la sentencia, las partes podrán apelar en la propia audiencia o hasta tres días después de haber sido notificados por escrito. La apelación será conocida y resuelta por una de las salas de la Corte Provincial correspondiente.<sup>52</sup>

De considerarlo pertinente, la sala de apelación convocará a las partes a una audiencia o de lo contrario resolverá en mérito de los autos, en el término máximo de ocho días.

---

<sup>50</sup>Art. 13 LOGJCC.

<sup>51</sup> Art. 14 LOGJCC.

<sup>52</sup> Art. 86 CE y Art. 24 LOGJCC.

Si quien apela es el accionante, no tendrá efecto suspensivo la interposición del recurso. En este supuesto, resulta evidente que la pretensión del accionante (impugnación del acto administrativo sancionado en el presente caso) fue rechazada o que no se encuentra del todo conforme con una resolución parcialmente favorable, y por lo tanto la resolución sancionatoria debe cumplirse hasta tener un fallo de segunda instancia. *Contrario sensu*, si quien apela es la entidad pública demandada, entendiéndose que se dio paso a la pretensión de la parte accionante parcial o totalmente, el acto administrativo que fue impugnado no producirá efectos hasta la sentencia definitiva de segunda instancia.

No cabe la interposición del recurso extraordinario de casación, pues no está facultado ni en la Constitución ni en la LOGJCC, y por tratarse de Derecho Público, únicamente puede hacerse lo que está expresamente permitido.

Lo único que cabe contra una sentencia de segunda instancia de acción de protección es la Acción Extraordinaria de Protección.

### **2.2.3. Acción Extraordinaria de Protección**

#### **~ Naturaleza, Finalidad y Procedencia**

La Acción Extraordinaria de Protección es una garantía jurisdiccional prevista en el artículo 94 CRE que dispone:

*“Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.”*

Como su nombre lo indica, es una acción extraordinaria, que no debe ser confundida con una nueva instancia.

Asimismo, se la denomina acción y no recurso, debido a que en lo referente a la legitimación activa, pueden interponerla no solamente quienes hayan sido parte de un proceso sino también aquellos que debiendo ser parte no lo fueron.<sup>53</sup>

El término para su interposición es de veinte días contados desde la notificación por escrito de la sentencia o auto definitivo que se impugne y será conocida y resuelta por la Corte constitucional.<sup>54</sup> En la práctica, esto se traduce principalmente en dos supuestos: una vez emitida una sentencia de segunda instancia, ya sea de acción de protección o de única instancia en los procesos contencioso administrativos, la parte que no se encuentre conforme con la misma, y si se cumplieren los requisitos previstos en la Constitución y la Ley, podrá interponer esta acción extraordinaria de protección contra **(i)** el auto que niegue la procedencia de un Recurso de Casación en los procesos contencioso administrativos; **(ii)** la sentencia de los Recursos de Casación en los procedimientos contencioso administrativos; o **(iii)** la sentencia de segunda instancia de una acción de protección.

### **~ Procedimiento**

La acción deberá interponerse ante el propio órgano que dictó el auto o sentencia que dictó la decisión definitiva, para conocimiento y resolución de la Corte Constitucional.<sup>55</sup>

Se notificará a la contraparte y se remitirá el proceso a la Corte Constitucional en un término máximo de cinco días. Allí, deberá pasar un primer filtro que es la Sala de Admisión, que verificará que se cumplan los ocho requisitos previstos en el artículo 62 de la LOGJCC:

---

<sup>53</sup> Art. 59 LOGJCC.

<sup>54</sup> Art. 60 LOGJCC.

<sup>55</sup> Art. 62 LOGJCC.

- (i) Que exista un argumento claro sobre el derecho violado y la relación directa e inmediata, por acción u omisión de la autoridad judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso.
- (ii) Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión;
- (iii) Que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia;
- (iv) Que el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley;
- (v) Que el fundamento de la acción no se refiera a la apreciación de la prueba por parte de la jueza o juez;
- (vi) Que la acción se haya presentado dentro del término establecido en el artículo 60 de esta ley;
- (vii) Que la acción no se plantee contra decisiones del Tribunal Contencioso Electoral durante procesos electorales; y,
- (viii) Que el admitir un recurso extraordinario de protección permita solventar una violación grave de derechos, establecer precedentes judiciales, corregir la inobservancia de precedentes establecidos por la Corte Constitucional y sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional.

Si no se cumplen estos requisitos, se declarará la inadmisibilidad de la demanda, se archivará el expediente y se devolverá al juez o tribunal que dictó la decisión definitiva; esta providencia no será susceptible de apelación.

Si por el contrario, se cumplen los requisitos previstos, se procederá al sorteo para designar al juez ponente, quien elaborará el proyecto de sentencia que será puesto a conocimiento del pleno para su conocimiento y decisión.

La admisión de la acción no suspenderá los efectos de la sentencia o acto recurridos.

La Corte Constitucional tendrá el término de treinta días desde la recepción del expediente para conocer y resolver dictando la sentencia correspondiente<sup>56</sup>, sin embargo, este tiempo no se cumple en la gran mayoría de casos, teniendo que esperar meses para obtener una decisión definitiva.

De la sentencia dictada por la Corte Constitucional no cabe ningún recurso.

### **2.3. La Vía Judicial**

En la vía judicial existe un procedimiento expedito reglado en el COGEP para el conocimiento y la resolución de actos administrativos, se trata del Procedimiento Contencioso Administrativo.

#### **~ Competencia, Objeto y Legitimación Activa**

En toda controversia en la que el Estado o las instituciones que comprenden el sector público sean demandados – como es el caso de la SCPM –la competencia radicará en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del domicilio del actor; si el Estado es el actor, la competencia se fijará en el lugar de domicilio del demandado.<sup>57</sup>

El objeto del recurso contencioso administrativo es tutelar los derechos de los administrados, realizando el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público, sujetos al derecho administrativo. Asimismo, cualquier reclamo administrativo se extinguirá en sede administrativa con la presentación de una acción contencioso administrativa, y en consecuencia, una vez interpuesta una acción contencioso administrativa tampoco podrá interponerse ningún reclamo en la vía administrativa.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Art. 63 LOGJCC.

<sup>57</sup> Art. 299 COGEP.

<sup>58</sup> Art. 300 COGEP.

A diferencia de la amplia legitimación activa de la acción (Costa Cevallos, 2017) de protección, se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso administrativo, cuando se trate de impugnación de actos administrativos, únicamente **(i)** la persona natural o jurídica que tenga interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad de los actos administrativos; **(ii)** el titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento jurídico, que se considere lesionado por el acto impugnado y pretenda el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o su restablecimiento y **(iii)** la persona natural o jurídica que se considere lesionada por hechos, actos o contratos de la administración pública.

En suma, la legitimación activa se encuentra reducida básicamente a la persona afectada por el acto administrativo sancionador.

Dentro de las acciones que se tramitan en procedimiento contencioso administrativo previstas en el artículo 326 del COGEP, la que aplica en contra de resoluciones sancionatorias dictadas por la SCPM es la acción de plena jurisdicción o subjetiva.

Cabe señalar que frente a determinadas peticiones realizadas ante la SCPM también podría haber eventualmente una demanda de silencio administrativo, sin embargo, esta institución jurídica no es objeto de la presente investigación y, hasta la fecha de elaboración del presente texto, no ha existido recurso, tampoco se ha planteado ninguna demanda de silencio administrativo en contra de la SCPM.

### **2.3.1. La Acción de Plena Jurisdicción o Subjetiva**

La acción de plena jurisdicción o subjetiva ampara:

- a)** Un derecho subjetivo del accionante, **(i)** presuntamente negado, **(ii)** desconocido o **(iii)** no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos; y
  
- b)** Contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Art. 326 COGEP.

Por su parte, el artículo 69 de la LORCPM señala:

*“Art. 69.- Acción contenciosa.- De conformidad con el artículo 173 de la Constitución y con el carácter impugnabile de los actos administrativos, los actos administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado son susceptibles de impugnación, siempre que no se encuentren firmes, mediante acción o recurso contencioso de plena jurisdicción o subjetivo.*

*Para deducir la acción contenciosa no será necesario agotar la vía administrativa.*

*El término para interponer este recurso ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa es de noventa días contados a partir de la notificación del acto recurrido. El recurso contencioso de plena jurisdicción sólo tendrá efecto devolutivo.*

*Este recurso contencioso no es suspensivo respecto de las medidas preventivas y medidas correctivas en ningún caso, salvo la suspensión de la multa económica siempre que el perjudicado o sancionado rinda caución por el cincuenta por ciento de valor fijado por la autoridad de competencia, mediante póliza de seguro o garantía bancaria emitida a favor del Tribunal correspondiente.*

*El recurso contencioso de nulidad u objetivo se podrá proponer dentro del plazo de tres años desde la vigencia del acto recurrido. Este recurso sólo tendrá efecto devolutivo y no suspensivo.*

*La acción de protección sobre los actos emitidos por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no procede en los casos establecidos en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.*

*La reclamación o recurso presentado no suspende la investigación iniciada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”*

Debemos recordar que esta norma fue dictada años antes de la promulgación del COGEP, por lo que en ocasiones pareciere ser que contiene o regula situaciones en forma repetitiva. Mayormente el COGEP y la LORCPM guardan armonía en sus disposiciones, sin embargo, posteriormente analizaremos determinadas contradicciones existentes.

### **~ Procedimiento**

La acción contencioso administrativa se tramita mediante el Procedimiento Ordinario previsto en el COGEP<sup>60</sup>,

Este procedimiento puede resumirse en lo siguiente:

- (i) El accionante que interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, tendrá el plazo de noventa días para presentar su demanda, contados a partir del día siguiente a la fecha en que le fue notificado el acto impugnado.<sup>61</sup>
- (ii) Los requisitos de la demanda deberán cumplir lo previstos en los artículos 142 y 143 del COGEP, y a más de ello, deberá adjuntarse copia de la resolución o acto administrativo impugnados, con la razón de la fecha de su notificación y la relación circunstanciada del acto impugnado.<sup>62</sup>
- (iii) Presentada la demanda, el juzgador la calificará en el término máximo de cinco días. Si cumple todos los requisitos, ordenará que se cite a la parte demandada, de lo contrario, ordenará que se aclare y/o complete la demanda en el término de tres días; si cumple, se procederá conforme lo ya señalado, de lo contrario se ordenará el archivo de la demanda y los documentos aparejados a la misma.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Art. 326 COGEP.

<sup>61</sup> Art. 306 COGEP.

<sup>62</sup> Art. 308 COGEP.

<sup>63</sup> Art. 146 COGEP.

- (iv) Una vez admitida a trámite y practicada la citación, el demandado tendrá treinta días para presentar la contestación a la demanda; y si son varios los demandados, el término contará desde que se practicó la última citación.
- (v) El demandado tiene la posibilidad de reconvenir, en este caso, se correrá traslado al actor dentro de los tres días siguientes y le concederá el término de treinta días para contestar la reconvenición.
- (vi) Una vez transcurrido este término, con o sin contestación, dentro del término de tres días, el juzgador convocará a la Audiencia Preliminar, que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días.<sup>64</sup>

Esta audiencia tiene por objeto que las partes se pronuncien sobre las excepciones previas, la validez del proceso, la determinación del objeto de la controversia, se concede a las partes un espacio para la conciliación, y posteriormente deberán realizar el anuncio de los medios probatorios que producirán posteriormente.<sup>65</sup>

En la misma audiencia se fijará día y hora para que tenga lugar la Audiencia de Juicio.

- (vii) La Audiencia de Juicio se realizará en el término máximo de treinta días contados desde la Audiencia Preliminar.

En esta audiencia se practicarán todas las pruebas admitidas en la Audiencia Preliminar, se concederá a las partes un tiempo para sus alegatos finales y el juez dictará en forma oral la sentencia, que posteriormente será notificada por escrito.<sup>66</sup>

- (viii) Frente a las sentencias dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, no cabe recurso de apelación, por no estar expresamente previsto en la ley, conforme lo ordena el artículo 256 del COGEP, lo único

---

<sup>64</sup> Art. 292 COGEP.

<sup>65</sup> Art. 294 COGEP.

<sup>66</sup> Art. 297 COGEP.

que cabe es el Recurso Extraordinario de Casación, en los términos previstos en la ley.

### **~ Suspensión del Acto Impugnado**

Como una particularidad del procedimiento contencioso administrativo, se prevé en el artículo 330 del COGEP la posibilidad de suspender los efectos del acto impugnado.

Los únicos requisitos previstos en la norma son: que exista una petición de parte del accionante, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida.

En este orden, el juzgador podrá revocar la medida, en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación de las circunstancias que lo motivaron. En suma, se deben acreditar los dos requisitos propios de las medidas cautelares que la doctrina conoce como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la demora.

La Apariencia de Buen Derecho consiste en la presunción de que existe fundamento legal para emitir una medida cautelar. La suspensión tiene sentido cuando existe la necesidad de la protección provisional de un derecho, sobre todo cuando ésta es urgente en virtud de un daño ya producido o de inminente producción, por lo que el objetivo de dicha medida es establecer o mantener el objeto materia de la protección que se busca vía impugnación, para así determinar la procedencia o la improcedencia de las pretensiones del actor.

La apariencia del buen derecho no sólo supone un juicio valorativo de probabilidad sino también de verosimilitud, en relación con el derecho del solicitante; supone una credibilidad objetiva que puede desestimar una pretensión manifiestamente infundada o poco demostrable para así garantizar un derecho vulnerado.

Por otro lado, el Daño Irreparable por Peligro en la Demora Equivale al gravamen irreparable con que en se caracteriza el perjuicio que sufre una de las partes litigantes por una resolución que decide una cuestión no susceptible de su modificación. Debe demostrarse que, previa valoración de todos los intereses en conflicto, la ejecución del acto impugnado pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, es decir, que exista el peligro de que si se mantuviera la ejecución del acto impugnado, la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible”

*El periculum in mora* está referido a la amenaza de que el proceso principal se torne ineficaz durante el tiempo transcurrido desde que se traba la litis hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. Su existencia no está sustentada necesariamente en la posibilidad de que incidentes del demandado a lo largo del proceso impidan el cumplimiento de lo pretendido por el accionante, sino también en que el solo transcurso del tiempo constituye, de por sí, un estado de amenaza que merece tutela especial.

Es en este punto donde existe una contradicción directa entre lo previsto en el COGEP y la LORCPM. La LORCPM prevé en el inciso cuarto de su artículo 69 que, en caso de impugnación de una resolución sancionatoria, pueden suspenderse los efectos de la misma, siempre y cuando el perjudicado o sancionado rinda caución por el cincuenta por ciento del valor fijado por la autoridad de competencia, mediante póliza de seguro o garantía bancaria emitida a favor del Tribunal correspondiente.

Las diferencias principales que observamos son las siguientes:

- (i) En el COGEP, se requiere justificar el peligro en la demora y la apariencia de buen derecho para solicitar la suspensión de la resolución o acto administrativo impugnado; mientras que la LORCPM exige el rendimiento de una caución del cincuenta por ciento de la multa impuesta.

En la práctica, esta diferencia resulta considerable, por decir lo menos, pues las sanciones que puede imponer la SCPM conforme lo previsto en el artículo 79 de la LORCPM pueden llegar inclusive al doce por ciento del

volumen de negocios total del infractor, o a más de cuarenta mil salarios básicos unificados, que en el presente año 2018 asciende a la cantidad de quince millones cuatrocientos cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD \$15.440,00). Consignar esos valores es complejo más allá de lo grande que pueda ser cualquier operador económico e incidirá seguramente en su liquidez.

- (ii) La suspensión del acto impugnado es en el COGEP, una decisión que está a cargo del juzgador que deberá resolver en base a los argumentos de hecho y de derecho esgrimidos por las partes y a su sana crítica.

En cambio, la norma de la LORCPM es imperativa, si el operador económico rinde caución, está obligado el Tribunal que conozca el caso a suspender los efectos del acto, dejando de lado cualquier facultad discrecional o de decisión del juzgador, similar a lo que ocurre con la caución que se rinde dentro de los procesos de excepciones a la coactiva para suspender la ejecución del procedimiento de cobro.<sup>67</sup>

A efectos de resolver esta antinomia, es importante considerar, en primer lugar, que el COGEP aparentemente olvidó la existencia de la LORCPM, pues no la menciona en lo absoluto dentro de sus disposiciones transitorias, reformatorias ni derogatorias, pese a sí referirse de forma expresa a decenas de cuerpos normativos con los que existían eventuales antinomias.

Sin embargo, existe una disposición abierta, contenida en la Disposición Derogatoria Décimo Cuarta del COGEP que señala: *“Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma.”*

Por otra parte, la Constitución de la República establece en el inciso segundo de su artículo 425, que en caso de conflicto de leyes debe primar la jerárquicamente superior,

---

<sup>67</sup> Art. 317 COGEP.

sin embargo, nos encontramos frente a dos leyes orgánicas por lo que esta norma no resuelve el problema.

Sin embargo, el COGEP es eminentemente posterior a la LORCPM, y el Código Civil en su Título Preliminar, en lo referente a los conflictos de leyes, señala:

*“Art. 7.- La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes: [...]”*

**20. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir.** Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente; [...]”

(el subrayado en negrita es propio)

Tomando en cuenta lo expuesto, compartimos la conclusión a la que llegó también de Fabián T. Pozo, quien en un artículo informativo publicado en la revista jurídica online LexLatin, publicado el 22 de abril de 2016 – previo a que se dicten la gran mayoría de sentencias que analizaremos en el Capítulo III – señalaba que podríamos encontrarnos frente a una derogatoria tácita del inciso cuarto del artículo 69 de la LORCPM.<sup>68</sup>

Sin embargo, más allá de cualquier interpretación jurídica que podamos ofrecer, resulta más enriquecedor a efectos de la presente investigación, referirnos a cómo ha sido solucionada esta antinomia en la práctica por los distintos jueces y tribunales que han conocido impugnaciones a las resoluciones sancionatorias de la SCPM, lo cual será analizado en el capítulo siguiente.

---

<sup>68</sup> <http://lexlatin.com/opinion/el-nuevo-codigo-de-procesos-ecuatoriano-y-su-impacto-en-la-legislacion-de-competencia/>

### **2.3.2. El Recurso Extraordinario de Casación**

Para concluir el presente capítulo, nos referiremos al Recurso Extraordinario de Casación, que es el último recurso jurisdiccional – no constitucional – que se puede plantear en contra de las sentencias de única instancia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

#### **~ Naturaleza Jurídica, Legitimación Activa y Procedencia**

Como su nombre lo indica, se trata de un recurso extraordinario, que prevé causales específicas para su interposición y que solamente puede ser interpuesto por las partes que litigaron en un determinado proceso.

Procede en contra de las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, a efectos de la presente investigación, dictados por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en los procesos que conozcan respecto de acciones de plena jurisdicción o subjetivas en contra de actos administrativos dictados por la SCPM.<sup>69</sup>

Puede interponerlo únicamente la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto recurrido; no podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia o auto expedido en primera instancia – requisito no aplicable en las acciones de plena jurisdicción o subjetivas por ser de única instancia. En ningún caso cabe la adhesión al recurso de casación deducido por otro.<sup>70</sup>

Para fundamentar correctamente el recurso de casación, el recurrente deberá señalar en forma expresa:

- (i) Indicar la sentencia o auto recurrido, con individualización del juzgador que dictó la resolución impugnada, el número de proceso, los nombres de las partes procesales y la fecha en que fue notificada la sentencia o auto

---

<sup>69</sup> Art. 266 COGEP.

<sup>70</sup> Art. 277 COGEP.

impugnado, así como la fecha del auto que evacúe la solicitud de aclaración o ampliación, de ser el caso.

- (ii) Las normas de derecho que se estiman infringidas o solemnidades procesales que se hayan sido omitidas.
- (iii) La determinación de la o las causales en las que se fundamenta.
- (iv) La exposición de los motivos concretos en que se fundamenta el recurso, señalando de manera clara y precisa y la forma y la forma en que se produjo el vicio que sustenta la causal invocada.<sup>71</sup>

### ~ Causales

El artículo 268 del COGEP establece cinco causales en virtud de las cuales procederá un recurso de casación. Estas a su vez contiene sub-causales y de este modo tenemos las siguientes:

- a) Cuando respecto de normas procesales se haya incurrido en:
  - i. Aplicación Indebida; o
  - ii. Falta de Aplicación; o
  - iii. Errónea Interpretación

El requisito fundamental es que cualquiera de estas situaciones que puede presentarse respecto de normas procesales, haya (i) viciado el proceso de nulidad insubsanable; (ii) causado indefensión; y (iii) por la gravedad de la transgresión, haya influido en la decisión de la causa.

Como requisito adicional, la respectiva nulidad no debe haber sido subsanada en forma legal.

---

<sup>71</sup> Art. 267 COGEP.

- b)** Cuando la sentencia o auto recurrido:
- i.** No contenga los requisitos exigidos por la ley; o
  - ii.** En su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles; o
  - iii.** No se cumpla el requisito de la debida motivación.
- c)** Cuando se haya resuelto en la sentencia o auto:
- i.** Lo que no sea materia del litigio (vicio *extra petita*); o
  - ii.** Se haya concedido más allá de lo demandado (vicio *ultra petita*); o
  - iii.** Se omita resolver algún punto de la controversia (vicio *infra o citra petita*).
- d)** Cuando respecto de normas de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, se haya incurrido en:
- i.** Aplicación Indevida; o
  - ii.** Falta de Aplicación; o
  - iii.** Errónea Interpretación

Adicionalmente, cualquiera de estos vicios debe haber conducido a **(i)** una equivocada aplicación; o **(ii)** no aplicación, de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.

- e)** Cuando respecto de normas derecho sustantivo, incluyendo precedentes jurisprudenciales obligatorios, se haya incurrido en:
- iv.** Aplicación Indevida; o
  - v.** Falta de Aplicación; o
  - vi.** Errónea Interpretación

El requisito es que este vicio haya sido determinante en la parte dispositiva de la sentencia o auto.

## ~ Competencia y Procedimiento

El recurso de casación debe ser interpuesto ante el Tribunal que dictó la sentencia o auto recurrido, y que se limitará a calificar si el recurso ha sido interpuesto dentro del término previsto para el efecto – diez días posteriores a la ejecutoria del auto o sentencia; o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración<sup>72</sup> – y posteriormente será enviado a la Corte Nacional de Justicia, cuya Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo será la competente para conocer y resolver sobre el recurso interpuesto.<sup>73</sup>

Una vez recibido el recurso en la Corte Nacional de Justicia, se designará por sorteo a un Conjuez, quien en el término de quince días, examinará si el recurso cumple los requisitos formales previstos en el COGEP, y si lo admite o no.<sup>74</sup>

Este recurso, haciendo un símil a lo que ocurre con la acción contencioso administrativa, se convierte en un control de legalidad de la sentencia o auto recurridos. No procederá si lo que se pretende es la revisión de la prueba.

En la casación también podrá el recurrente solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia o auto recurrido, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia o auto pueda ocasionar a la contraparte.<sup>75</sup> Esta caución será fijada por el Tribunal y deberá ser consignada en el término de diez días posteriores a la notificación del auto de calificación del recurso.

Recibido el expediente por parte del juzgador, una vez pasado el filtro de la admisión, se convocará a las partes a audiencia en el término de treinta días.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Art. 266 COGEP.

<sup>73</sup> Art. 269 COGEP.

<sup>74</sup> Art. 270 COGEP.

<sup>75</sup> Art. 271 COGEP.

<sup>76</sup> Art. 272 COGEP.

## **~ Sentencia**

Dadas las múltiples causales en las que se puede fundamentar el recurso de casación, resulta lógico que dependiendo de la causal en que incurra la sentencia, deberá tener un efecto jurídico distinto.

Así tenemos:

- a)** Cuando se trate de la primera causal, referente a la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, la Corte Nacional de Justicia declarará la nulidad del auto o sentencia recurrido y dispondrá remitir el proceso, dentro del término máximo de treinta días, al órgano judicial que corresponda conocer el proceso en caso de recusación de quien dictó el auto o sentencia casada, a fin de que conozca el proceso desde el punto en que se produjo la nulidad, sustanciándola conforme a derecho.
- b)** Cuando se trate de la cuarta causal, referente a la errónea decisión en cuanto a las normas de valoración de la prueba, el tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo casará la sentencia o auto recurrido, pronunciando lo que corresponda.
- c)** Cuando se trate de cualquiera de las demás causales, el tribunal de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo casará la sentencia o auto recurrido en mérito de los autos, y expedirá la resolución que en su lugar corresponda, remplazando los fundamentos jurídicos erróneos por los que estime correctos.
- d)** Si se trata de falta de motivación, una de las sub-causales de la segunda causal, así no se modifique la parte resolutive de la sentencia, la Corte corregirá la motivación adecuándola a derecho.

- e) Si se casa la sentencia totalmente, quedará sin efecto el procedimiento de ejecución que se encuentre en trámite.<sup>77</sup>

La admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla, salvo que haya sido propuesto por organismos o entidades del sector público, como la SCPM o la Procuraduría General del Estado.<sup>78</sup>

Si ya se ha ejecutado el fallo que es casado, el juzgador que lo dispuso dejará sin efecto aquello que pueda deshacerse y dispondrá se liquiden los daños perjuicios respecto de lo que no pueda deshacerse, así como de la ejecución en general.<sup>79</sup>

Una vez analizado todo el marco jurídico procesal concerniente al procedimiento administrativo, impugnación por la vía constitucional y por la vía contencioso administrativa de las resoluciones dictadas por la SCPM, corresponde entonces en el tercer capítulo de la presente investigación, desmenuzar las sentencias de última instancia dictadas en ambas vías, para poder responder a la pregunta de investigación, determinado cuáles han sido los criterios aplicados por la justicia ecuatoriana, tanto respecto de normas procesales como de normas de derecho sustantivo en materia de Derecho de Competencia.

---

<sup>77</sup> Art. 273 COGEP.

<sup>78</sup> Art. 274 COGEP.

<sup>79</sup> Art. 276 COGEP.

### **3. CAPÍTULO II:**

#### **ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN CONTRA DE RESOLUCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO: PERÍODO 2016-2017**

##### **3.1. Selección de Sentencias a Analizar**

En el presente capítulo, analizaremos las sentencias que han sido dictadas en contra de resoluciones administrativas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Con objeto de delimitar el período de tiempo investigado, se revisarán todas las sentencias que se hayan dictado durante el período comprendido desde el 01 de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2017.

Las sentencias que se analizarán en el presente capítulo se dividen en dos grandes grupos: **(i)** las sentencias dictadas dentro de acciones constitucionales de protección y **(ii)** las sentencias dictadas dentro de procedimientos contencioso administrativos, específicamente recursos subjetivos.

El requisito que hemos planteado para la selección de procesos a analizar, es que la sentencia definitiva haya sido dictada dentro del período de tiempo antes señalado. Por sentencia definitiva entenderemos **(i)** la sentencia de apelación o segunda instancia dentro de los procesos de acciones de protección, en caso de haberla, y **(ii)** la sentencia del recurso de casación dictada dentro de los juicios contencioso administrativos, en caso de haberla. En los demás casos, se entenderá por sentencia definitiva la sentencia de primera o única instancia, respectivamente.

No tendremos en consideración las sentencias dictadas dentro de los procesos de acción extraordinaria de protección puesto que el objeto de la presente investigación es determinar cuáles son los criterios judiciales que han manejado los jueces del Ecuador dentro del período de tiempo analizado, determinando la procedencia de cada vía, así como las reglas de derecho e interpretaciones respecto de la LORCPM y su Reglamento que se hayan hecho. Por otro lado, la acción extraordinaria de protección tiene por objeto, como se analizó en el capítulo anterior remediar las violaciones a los derechos constitucionales y/o derechos humanos contenidas en los autos o sentencias

definitivos. Sin embargo, en caso de haberse interpuesto esta acción en contra de una de las sentencias analizadas, y haberse dictado una sentencia por parte de la Corte Constitucional a la fecha de elaboración de la presente investigación, realizaremos una breve mención respecto del veredicto dado y la motivación del mismo.

Adicionalmente, resulta importante destacar que las sentencias a analizarse deberán versar sobre impugnaciones a resoluciones dictadas por la SCPM, pues existen también procesos de acción constitucional de protección contra la SCPM pero que tienen por objeto impugnar, por ejemplo, decisiones dictadas dentro de procesos disciplinarios o sancionatorios (sumarios administrativos), ni concursos de méritos y oposición llevados a cabo por la entidad y que no tienen relación con la presente investigación.<sup>80</sup>

La fuente de información respecto de las decisiones dictadas, así como sus fechas y contenidos es la web oficial del Consejo de la Judicatura del Ecuador, específicamente el sistema online de consulta de procesos denominado “eSATJE” que puede ser encontrado en el siguiente link: “<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>”.

### **3.2. Metodología**

Con miras a mantener la objetividad y obtener un mejor producto de esta investigación, todas las sentencias serán analizadas bajo los mismos parámetros, que son los siguientes:

- a) Se hará una breve descripción o resumen de los antecedentes fácticos de cada caso.
- b) Se señalarán las pretensiones y excepciones interpuestas por las partes procesales.

---

<sup>80</sup> Ver proceso número 17371-2017-03519 seguido por el ciudadano Kevin Steeve Escobar Aroca en contra de la SCPM, sustanciado en segunda instancia por la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, cuyo problema jurídico radicó en determinar si dos sumarios administrativos instaurados en contra del accionante, una vez que había presentado su renuncia voluntaria a la entidad, vulneraron o no sus derechos constitucionales, tanto por la forma como por el fondo.

- c) Se analizará el contenido de las sentencias dictadas, para poder determinar cuáles son los criterios y/o reglas derecho que han manejado los jueces ecuatorianos, para poder determinar si existe o no una línea jurisprudencial constante o si, por el contrario, existen fallos disímiles respecto de los mismos puntos del derecho.

### **3.3. Listado de Sentencias a Analizar**

Las sentencias que cumplen los requisitos determinados en el punto 3.1. y que serán analizadas son las siguiente

### 3.3.1. Sentencias Acciones de Protección

No.	Actor	Demandado	No. Proceso	Juzgado / Tribunal que dictó la decisión definitiva	Fecha de la Decisión Definitiva
1	Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09332-2016-09198	Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas	09/Ene/2017
2	ANHEUSER- BUSH INBEV SA/NV	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09332-2016-10714	Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas	24/Ene/2017
3	OTECEL S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17203-2016-13281	Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	16/Feb/2017

4	Asociación de Bancos Privados del Ecuador "ASOBANCA"	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17203-2016-14498	Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	16/Feb/2017
5	Banco de la Producción S.A. PRODUBANCO	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09333-2016-00867	Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Samborondón, provincia del Guayas	21/Feb/2017
6	Banco de Loja	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17573-2016-00710	Unidad Judicial de Violencia Contra la Mujer y la Familia No. 3, con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha	24/Feb/2017
7	Banco Bolivariano	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09209-2016-06928	Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas	06/Mar/2017
8	Banco Guayaquil	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09281-2016-07106	Sala Especializada de lo Laboral de la Corte	03/Abr/2017

				Provincial de Justicia del Guayas	
<b>9</b>	Banco General Rumiñahui S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17230-2016-19522	Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	04/Abr/2017
<b>10</b>	Banco Pichincha C.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17203-2016-14600	Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	18/May/2017
<b>11</b>	INTERDIN S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17203-2016-14772	Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha	12/Jun/2017

### 3.3.2. Sentencias de Juicios Contencioso Administrativos

No.	Actor	Demandado	No. Proceso	Juzgado / Tribunal que dictó la decisión definitiva	Fecha de la Decisión Definitiva
1	Corporación El Rosado S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09802-2016-00608	Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil	29/Nov/2016
2	Corporación El Rosado S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09802-2016-00681	Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia	11/Abr/2017
3	OTECEL S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17811-2016-01347	Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia	21/Abr/2017

4	DISPROSA S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09802-2017-00869	Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil	24/Abr/2017
5	Augusto Patricio López Jaramillo	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09802-2017-00876	Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil	24/Abr/2017
6	Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09802-2015-00585	Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil	18/Jul/2017
7	Recuperación de Capital Contac Center RECAPT S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17811-2016-01271	Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia	19/Oct/2017

8	Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones CONECEL S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	09802-2016-00738	Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia	26/Oct/2017
9	ECONOFARM S.A.	Superintendencia de Control del Poder de Mercado	17811-2016-01610	Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia	14/Dic/2017

### **3.4. Análisis de las Sentencias dictadas en la Vía Constitucional durante el período 2016 – 2017**

En este acápite analizaremos las sentencias dictadas en procesos constitucionales de acción de protección en contra de la SCPM durante el período enero 2016 a diciembre 2017.

#### **3.4.1. CONECEL S.A. vs. SCPM [Juicio No. 09332-2016-09198]**

##### **a) Antecedentes Fácticos**

Esta acción de protección no está dirigida directamente en contra de una resolución sancionatoria de la SCPM por infracciones a la LORCPM, sin embargo, resulta importante revisarla pues tiene como origen uno de los casos más emblemáticos de la entidad de control y el primero en el que impuso una cuantiosa multa a un operador económico.

En el año 2016, la SCPM inició un procedimiento de investigación en contra de la compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, quienes entre otras cosas, se dedican principalmente a prestar el servicio de telefonía móvil a través de la operadora denominada “Claro”. La investigación nació a raíz de una denuncia de la empresa estatal Corporación Nacional de Comunicaciones “CNT” y tenía el propósito de determinar si CONECEL estaba perjudicando o no a la competencia al realizar contratos de arrendamiento a nivel nacional con personas naturales y jurídicas, que arrendaban sus terrenos para que la empresa pueda colocar sus antenas y demás equipos de transmisión de datos.

Específicamente, la investigación se enfocó en el hecho de que CONECEL incluía en todos sus formatos contractuales de arrendamiento, cláusulas de exclusividad que impedían que el arrendador suscriba otros contratos similares con otras operadoras de telefonía o empresas de telecomunicaciones, de modo que el predio sea de uso exclusivo del arrendatario así existan las condiciones físicas para que el predio pueda ser compartido por dos o más operadores económicos para el mejor cumplimiento de su objeto social. En caso de incumplir esta cláusula, el arrendador sería sujeto a

cuantiosas multas que llegaban inclusive al cuarenta por ciento del canon mensual mientras subsista el contrato de arrendamiento.

Otro punto analizado fue que existe un mercado reducido de predios aptos para la instalación de antenas de telecomunicaciones, dado que su ubicación debe responder a factores geográficos muy específicos, por lo que el acaparar predios exclusivos, significaría que eventualmente los competidores de la empresa investigada podrían no tener cobertura o tener una muy disminuida en determinadas zonas que serían de cobertura exclusiva de CONECEL.

Dentro de este procedimiento que ha sido popularmente denominado “*El Caso Antenas*”, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM, determinó que CONECEL cometió un abuso de poder de mercado, prohibido por la LORCPM y le impuso una multa cercana a los ciento treinta y nueve (139) millones de dólares americanos, tras determinarse que la empresa suscribió mil quinientos quince (1.515) contratos de arrendamiento durante el período analizado y que el ochenta y tres por ciento (83%) de ellos contenían la cláusula de exclusividad antes mencionada.

Asimismo, se dictó como medida preventiva la obligación a CONECEL de suspender provisionalmente las cláusulas de exclusividad de los contratos de arrendamiento e instalación de radio bases. Sin embargo, la empresa no acató esta medida. Por ello, la SCPM le inició un nuevo procedimiento administrativo-sancionador por incumplimiento e impuso una multa adicional de aproximadamente ochenta y tres (83) millones de dólares americanos.

La demanda que dio inicio al procedimiento que analizamos es una acción de protección interpuesta en conjunto con medidas cautelares constitucionales. El fundamento alegado por CONECEL fue que ha existido una presunta vulneración sistemática a los derechos de honor y buen nombre, seguridad jurídica, presunción de inocencia e igualdad de la empresa por haber iniciado “*una campaña de desprestigio generadora de daños sea en ruedas de prensa, eventos académicos, entrevistas, comunicados y tuits en contra de Conecel. Este proceder arbitrario es contrario al deber de confidencialidad y reserva de toda información atañe a los procesos que se*

*sustancian en la misma entidad, reserva que debe mantener todo funcionario en razón de su cargo, tal como lo impone el Art. 47 de la LORCPM”.*

Cabe resaltar que, a la fecha de interposición de la demanda – 13 de septiembre de 2016 – se encontraba aún pendiente de resolución por parte de la Corte Nacional de Justicia el recurso de casación interpuesto por CONECEL en contra de la resolución sancionatoria que le impuso la SCPM por el Caso Antenas – proceso que será también analizado más adelante – sin perjuicio de lo cual, existía, a criterio de los accionantes, una campaña mediática por parte de la entidad de control resaltando la multa impuesta al operador económico infractor y causando perjuicios a la reputación de la compañía – inclusive a modo de ejemplo de cómo no se debe proceder, como caso emblemático – pese a no existir a esa fecha una resolución firme.

En primera instancia, el juicio fue conocido y resuelto por la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil. Posteriormente, el recurso de apelación fue conocido y resuelto por los jueces de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

#### **b) Fundamentos de la Demanda**

La pretensión concreta de CONECEL fue:

*“a) Declarar la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica, al buen nombre, presunción de inocencia e igualdad de mi representada;*

*b) Disponer que la Superintendencia de control de Poder de Mercado representada por el Dr. Pedro Páez Pérez, en su calidad de Superintendente, se abstenga de emitir comunicados, opiniones, entrevistas, ruedas de prensa y toda comunicación por cualquier medio, sea radial, televisivo, impreso o de cualquier naturaleza, incluyendo redes sociales, respecto a hechos y actuaciones que existan y se susciten en el proceso sea administrativo o judicial contra Conecel, en el que se discute la legalidad de la multa impuesta de 82 millones de dólares o bien en procesos conexos- anteriores o*

*posteriores-, relacionados con los mismos hechos-, así se cumpliría con reparar y evitar que se prosigan vulnerando los derechos fundamentales de Conecel; y que se extienda a cualesquier nueva acción que la SCPM inicie contra la accionante;*

*c) Disponer que el señor Superintendente de Control de Poder de Mercado, Dr. Pedro Páez Pérez, máxima autoridad de la institución, instruya bajo su responsabilidad al personal administrativo pertinente de esta dependencia, de la obligación de guardar reserva y confidencialidad respecto al proceso de imposición de multa que existe en contra de Conecel, en los mismos términos que al señor Superintendente se le impone conforme lo solicitado en la letra anterior;*

*d) Disponer que el señor Superintendente de Control de Poder de Mercado retire de las cuentas de twitter (y demás cuentas en redes sociales) así como de la página web de la institución, todo comentario, opinión propia o de terceros que guarden relación con la multa impuesta a Conecel y que motiva esta medida de protección;*

*e) Disponer que estas medidas de reparación se mantengan hasta que la autoridad judicial se pronuncie en forma definitiva y firme sobre el tema en debate, salvaguardando de esta forma la presunción de inocencia de Conecel S.A. y su derecho de acceso a la justicia ordinaria como servicio público para la resolución de conflictos en un marco de transparencia, imparcialidad, idoneidad e independencia.”*

El problema jurídico fundamental identificado por la jueza de primera instancia fue averiguar y determinar si los hechos alegados por CONECCEL constituyen o no violación a derechos reconocidos por la Constitución de la República, concretamente las actuaciones de la SCPM que hicieron pública información sobre procesos administrativos sustanciados por esta entidad, a través de los diversos medios de comunicación y redes sociales.

Para realizar este análisis, la jueza transcribe el contenido de las disposiciones referentes a las garantías y derechos presuntamente vulnerados, esto es, la seguridad jurídica<sup>81</sup>, el debido proceso<sup>82</sup>, la presunción de inocencia – incluida dentro de las garantías del debido proceso - y la igualdad formal, material y no discriminación<sup>83</sup>. Contrasta estas garantías con las disposiciones contenidas en la LORCPM sobre el deber de reserva de la información contenidos principalmente en su 47 y artículo 3 del Reglamento que disponen:

*“LORCPM Art. 47.- Deber de secreto y reserva.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo.*

*La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia.*

*Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto,*

---

<sup>81</sup> CRE “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.”

<sup>82</sup> CRE Art. 76. Conforme se analiza en la propia sentencia, “El mencionado artículo establece de manera clara que en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, y éste podríamos indicar, es aquel que se debe seguir para asegurar los derechos y las garantías de las partes en un procedimiento jurídico. Es decir es un sistema de garantías, es un derecho establecido no en favor del Estado, sino de los sujetos que lo conforman. El debido proceso “esta concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos” (Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, de 15 de agosto de 2002, en Marcial Rubio Correa, La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional , Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, página 213).”

<sup>83</sup> CRE Art. 66, numeral 4

*la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Organos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información.*

**“Reglamento LORCPM Art. 3.- Confidencialidad de la información.-** *La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley.”*

CONECCEL logró demostrar que mediante resolución administrativa dictada con fecha 18 de agosto de 2016, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM le impuso una multa de ochenta y dos millones setecientos setenta y tres mil cincuenta y ocho dólares americanos con noventa y dos centavos (USD \$ 82.773 058,92), que fue impugnada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil, lo que fue probado con el acta de sorteo de la demanda. Con ello se demostró que la resolución sancionatoria de la SCPM aún no se encontraba firme y ejecutoriada.

El hecho de publicitar una sanción que aún no se encuentre firme contraviene expresamente lo dispuesto en el artículo 113 del Reglamento LORCPM que ordena:

**“Reglamento LORCPM Art. 113.- Publicidad de las sanciones.-** *Conforme a lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley<sup>84</sup>, las sanciones en firme serán publicadas, por una sola vez, en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, cuyo costo será asumido por el infractor. Se publicará un extracto de la resolución que establece las sanciones, si se encuentran en firme,*

---

<sup>84</sup> **LORCPM “Art. 87.- Publicidad de las sanciones.-** *Serán de conocimiento público y publicadas, en medios de amplia difusión, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones en firme impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.”*

*el mismo que contendrá la cuantía de las sanciones impuestas, el nombre o razón social de los sujetos responsables y la infracción cometida.”*

Mediante capturas de la página web oficial de la SCPM se demostró que se encontraban publicadas como artículos informativos las medidas preventivas ordenadas a CONECEL. También eran de público acceso en el mismo portal web pericias que formaron parte del expediente de investigación en la que constaban inclusive los nombres de los propietarios de los inmuebles arrendados a CONECEL, específicamente en las provincias de Manabí y Napo, donde constaba hasta su dirección domiciliaria. También se encontraban peritajes en relación al impacto que provoca la cláusula de exclusividad sobre el desarrollo de las redes de telefonía celular.

Otra prueba que resultó determinante fueron extractos de entrevistas concedidas a diversos medios de comunicación por el Dr. Pedro Páez Pérez, en ese entonces Superintendente de Control del Poder de Mercado, donde previo a la emisión de la resolución final en que se sancionó a la empresa por el incumplimiento de las medidas preventivas ya señalaba montos económicos aproximados de la sanción. También se adjuntaron múltiples publicidades en las que, a efectos de la lectura de la resolución sancionatoria de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, la SCPM convocó a una rueda de prensa bajo el slogan *“Multa a CONECEL, pasa la voz”*, lo cual, a criterio de la accionante, se trataba de un tratamiento diferenciado y sui generis pues nunca la superintendencia había actuado de esa forma con otros operadores económicos a los que se les había impuesto sanciones en la vía administrativa.

### **c) Resolución de Primera Instancia**

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, la jueza de primera instancia dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2016 y determinó que de la revisión de las pruebas aportadas y de la audiencia llevada a cabo:

*“[...] se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica, al debido proceso en lo referente a la garantía constitucional de presunción de inocencia por cuanto no existe aún un pronunciamiento en firme respecto a la resolución administrativa que se encuentra impugnada, y al derecho de igualdad, al*

*haberse expuesto la información relativa a la accionante y que formaba parte del proceso investigativo que llevó a cabo la Superintendencia de Control de Poder de Mercado pese al deber que tenían de guardar la reserva y secreto conforme lo establece el artículo 47 de la Ley ya mencionada.*

*Nuestro sistema de protección de derechos constitucionales, se rige en lo procesal, por las normas de la LOGJyCC misma que en su Art. 40, enumera los presupuestos de procedibilidad y eficacia para la procedencia de una acción de protección; sin embargo de ello nuestra jurisprudencia constitucional es clara al indicar: “Todo ordenamiento jurídico se encuentra dirigido hacia la protección de derechos constitucionales y legales; es evidente que ante la vulneración de derechos constitucionales no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar las causas, toda vez que este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales. Las garantías jurisdiccionales que se han previsto para la tutela de los derechos constitucionales deben buscar precisamente este fin, la protección de derechos constitucionales. Las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, argumentando que son cuestiones de legalidad, así como a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional a la justicia ordinaria.” (Sentencia No. 045-11-SEP-CC CASO No. 0385-11-EP emitido por la Corte Constitucional para el período de transición).”*

En consecuencia, declaró con lugar la demanda, declarando la vulneración de los derechos constitucionales alegados por CONECEL y dispuso como medidas de reparación:

- i.** Que tanto el Superintendente de Control de Poder de Mercado como cualquier otro funcionario de la SCPM se abstenga de dar información o comentarios, por cualquier medio, que tengan relación con el proceso administrativo y la sanción impugnada, en razón de las prohibiciones previstas en el artículo 47 de la LORCPM.

- ii. Asimismo, concedió el término de cinco (5) días a fin de que la SCPM retire de las redes sociales cualquier información que se haya subido respecto al proceso.
- iii. Estas medidas tienen un carácter de temporalidad, hasta que exista un pronunciamiento definitivo en sede judicial.

#### **d) Resolución de Segunda Instancia**

No conforme con la resolución dictada en primera instancia, la SCPM interpuso un recurso de apelación conforme lo previsto en el artículo 24 de la LOGJCC, por lo que el proceso pasó a conocimiento y resolución de la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

El fundamento principal de la apelación consistió en que la acción de protección planteada no cumplió con los requisitos previstos en los artículos 40 y 41 de la LOGJCC por no haber probado los accionantes la violación de sus derechos.

Concretamente, señalaron que se debe distinguir entre el proceso sancionador conductas anticompetitivas – Caso Antenas – y la sanción posterior interpuesta en un procedimiento administrativo distinto, por haber inobservado las medidas preventivas determinadas en el primer procedimiento. Si bien ambas resoluciones sancionatorias se encontraban a la fecha en proceso de impugnación en sede judicial, CONECEL alegó que la sanción del Caso Antenas ya era pública, por lo que en ningún momento se vulneró el honor o buen nombre de CONECEL al haberse referido públicamente la SCPM al procedimiento administrativo posterior por incumplimiento de estas sanciones.

Además, señaló que no existió anticipación de criterio ni prevaricato por parte de los funcionarios de la SCPM pues en todas las entrevistas concedidas utilizaron la expresión “*puede ser...*” lo que no aseguraba que se iba a imponer una sanción, ni sus montos.

La estrategia jurídica de la SCPM consistió en tratar de demostrar a la Sala que la acción de protección fue indebidamente planteada por hacer alusión a múltiples acciones por ellos realizadas – para tratar de probar la “vulneración sistemática a sus derechos” – pero que corresponden a procesos administrativos totalmente independientes.

Se llegó incluso a alegar por la SCPM que CONECEL “*pretende a través de la interposición de una acción de protección, pretende coartar los derechos de los usuarios de redes sociales*”, que las redes sociales se hicieron para difundir información y opinar – respecto a las alegaciones de un uso indebido de las cuentas de Twitter y otras redes sociales de la SCPM para “pasar la voz” sobre las ruedas de prensa previo al anuncio de la multa. Todo esto pretendía desvirtuar una de las pruebas de CONECEL en la que demostraban que la SCPM había retwitteado a sus más de quince mil seguidores un tweet de un usuario no verificado que, inclusive previo a la rueda de prensa, aplaudía que “*se haya remediado el engaño de CONCECEL*”.

La defensa de la SCPM consistió en que: “*CONECEL pretende que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado verifique qué usuario hace comentarios a favor o en contra de las resoluciones de la institución, pues los comentarios que realizan los usuarios de twitter no pueden ser tomados en cuenta como acciones de la SCPM. Esta afirmación tiene carácter de descredito hacia la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y no como plateó el accionante de la acción de protección, por lo que se puede evidenciar en el mismo twitter los criterios emanados por usuarios de la red respecto del tema, que nada tiene que ver la institución con dichos comentarios, pero cabe añadir que si aplauden ciertas personas las actuaciones de la SCPM, lo único que refleja es el trabajo eficiente de la institución.*”

En la parte resolutive de la sentencia, valorando todos los argumentos expuestos por las partes, la Sala determinó lo siguiente:

- i. Respecto del Derecho al Honor y Buen Nombre, la Sala realizó una interesante distinción entre el concepto de honor subjetivo y honor objetivo.

Para referirse al honor subjetivo, trajo a colación el criterio sentado por la Corte Constitucional de nuestro país en el fallo 001-14-PJO-CC, de 23-IV-2014, Caso No. 0067-11-JD, que señala “*existen derechos constitucionales cuyo ejercicio no puede darse por parte de una persona jurídica, debido a sus características propias, distintas a las de un ente corpóreo con características biológicas y psicológicas propias de los seres humanos*”. Es decir, esa valoración que cada hombre hace de sus cualidades, su estima y respeto de la dignidad propia, pertenece exclusivamente a las personas naturales.

Sin embargo, la buena reputación, la buena fama, el buen crédito, el buen nombre o lo que algunos llaman honor objetivo, esto es, la valoración que la sociedad o terceros hacen de una persona, es propio tanto de los entes corpóreos como de los entes morales o personas jurídicas que pueden ver lesionados su buen nombre a través de la divulgación de hechos concerniente a su entidad, cuando se las difame o se las haga desmerecer en la consideración ajena.

Sin embargo, pese a tener un derecho de honor objetivo que puede ser tutelado judicialmente, la Sala consideró que no se trata de un problema de índole constitucional sino que debe ser resuelto en la justicia ordinaria. Es más, se señaló explícitamente en la sentencia que lo que correspondería es una acción de responsabilidad extracontractual en contra del Estado ecuatoriano, para que dentro de ese proceso se discuta si es que las actuaciones de la SCPM constituyen un hecho ilícito que haya afectado efectivamente la reputación y buen nombre de CONECEL y que, en consecuencia, deba ser reparado o restaurado. El fundamento jurídico de esta aseveración son los artículos 9, numeral 11 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 217, numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial y el inciso segundo del artículo 2233 del Código Civil; acción que debería ser conocida por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en observancia al artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado.

También se señaló que no solo que es la vía ordinaria la adecuada sino también la “eficaz” en cuanto permitirá que, en caso de demostrarse los presupuestos necesarios para la responsabilidad extracontractual, de los funcionarios del Estado (en este caso el Superintendente de Control de Poder de Mercado), el damnificado reciba un resarcimiento económico por la afectación sufrida.

Para justificar su decisión, la Sala también se citó un criterio de la Corte Nacional de Justicia que señala: “3.3. *Tanto el artículo 20 de la Constitución Política de la República, vigente hasta el año 2008, como el artículo 11.9 de la actual Carta Constitucional, recogen el principio de responsabilidad objetiva del Estado, de indemnizar a los particulares por los perjuicios que les causaren los funcionarios o empleados públicos en el desempeño de sus cargos. La demanda que pretenda la reparación por daños provocados por el Estado debe ser conocida por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, sin que se requiera un acto administrativo impugnado...*”<sup>85</sup>

Por lo tanto, al amparo de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 42 LOGJCC la acción de protección resulta improcedente.

- ii. Respecto del Derecho a la Seguridad Jurídica: en este punto la Sala realiza nuevamente una diferenciación respecto del carácter bidimensional que tienen la seguridad jurídica y el derecho al debido proceso, citando a la Corte Constitucional que ha señalado que “*Ambas garantías bajo estudio constituyen principios de carácter bidimensional, dependiendo de la fuente de derecho de la que se trate. Dado que la seguridad jurídica implica la preexistencia de cualquier norma, constituye en sí misma la reivindicación de las normas y los mecanismos judiciales establecidos como formas de garantía de la tutela judicial efectiva, tanto si nacen de una norma contenida en la Carta Suprema, como de la legislación secundaria. Así, el principio puede ser protegido a través de su aplicación, tanto en sede*

---

<sup>85</sup> Resolución No. 0433-2013, de 17-VII-2013, expedida en el Juicio No. 0083-2011.

*constitucional como ordinaria, dependiendo de la fuente del derecho que se vea vulnerada”.*

En suma, señalan que para determinar cuál es la vía adecuada para efectivizar el derecho a la tutela judicial efectiva debe determinarse cuál es el rango de las normas o derechos que se alegan vulnerados.

La Sala concluye que las normas que se acusan vulneradas, concretamente los artículos 40 (sic) y 47 de la LORCPM, por tratarse de normas de carácter infra-constitucional, su presunto incumplimiento no puede ser conocido y resuelto en la vía constitucional. A este efecto, ya se ha pronunciado la Corte Constitucional manifestando que *“El criterio de diferenciación para determinar si procede la vía constitucional o la ordinaria para la protección de los derechos a la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica y el debido proceso en la garantía de aplicación de normas y derechos de las partes, será precisamente qué norma es la que se alega incumplida...”*<sup>86</sup>

Por ello, señalan que no se puede “ordinarizar” la acción de protección, recalcando que existen acciones fuera de la vía constitucional – como las acciones de daños ante una eventual violación del deber de secreto y reserva o inclusive una acción penal por revelación de secreto conforme lo previsto en el artículo 179 del Código Orgánico Integral Penal.<sup>87</sup>

Por lo tanto, al amparo de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 42 LOGJCC la acción de protección resulta improcedente.

- iii.** Respecto del Derecho a la Igualdad Formal y No Discriminación: la Sala consideró que CONECEL no demostró que en el proceso administrativo sancionador en el que se le impuso una multa por parte de la SCPM, haya

---

<sup>86</sup> Sentencia No. 020-13-SEP-CC, de 30-V-2013, Caso No. 0563-12-EP.

<sup>87</sup> **COIP Art. 179.- Revelación de secreto.-** *La persona que teniendo conocimiento por razón de su estado u oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño a otra persona y lo revele, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año.”*

sido tratado de manera diferente a otra empresa que se encuentren en situación similar respecto a los hechos por los que se inició dicho proceso administrativo; y, que más bien procura orientar tal discriminación a la presunta campaña de desprestigio realizada por el accionado, la que a criterio de los jueces corresponde su conocimiento a la justicia ordinaria (Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo); lo que genera que la acción de protección respecto al derecho a la igualdad alegado devenga en improcedente, en observancia a lo dispuesto en el numeral 1 del Art. 42 de la LOGJCC, es decir, no se ha demostrado una violación a derechos constitucionales.

- iv. Respecto a la Presunción de Inocencia, la Sala concluye que la SCPM, en uso legítimo de sus facultades, le impuso una multa a CONECEL, multa que inclusive ha sido impugnada en la vía contencioso administrativa, corrobora por lo que no aparece vulnerada la presunción de inocencia.

La Sala consideró que CONECEL pretende alegar la vulneración a este derecho en razón de una presunta campaña de desprestigio cuyo análisis corresponde a la justicia ordinaria.

Por ello, los jueces manifiestan que la acción de protección tiene un carácter subsidiario y residual pero que, a más de ello, tenía expedita el accionante la vía del Derecho a la Réplica previsto en el inciso primero del artículo 24 de la Ley Orgánica de Comunicación.<sup>88</sup>

En razón de todas las consideraciones expuestas, la Sala resolvió aceptar la apelación interpuesta por la SCPM y, revocando la sentencia de primera instancia, niega la acción de protección planteada por CONECEL.

---

<sup>88</sup> **“Art. 24.- Derecho a la réplica.-** Toda persona o colectivo humano que haya sido directamente aludido a través de un medio de comunicación, de forma que afecte sus derechos a la dignidad, honra o reputación; tiene derecho a que ese medio difunda su réplica de forma gratuita, en el mismo espacio, página y sección en medios escritos, o en el mismo programa en medios audiovisuales y en un plazo no mayor a 72 horas a partir de la solicitud planteada por el aludido.”

### **e) Acción Extraordinaria de Protección**

CONECCEL interpuso una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de segunda instancia, proceso que fue signado con el número 0560-17-EP.

En la demanda, los abogados de la empresa narraron nuevamente todos los fundamentos de hecho de la acción de protección, pero hicieron énfasis en que la sentencia dictada por la Sala vulneró su derecho constitucional a una debida motivación debido a existir múltiples incongruencias en su parte motiva.

La Corte Constitucional consideró que CONECCEL incurrió en el supuesto de improcedencia de la acción extraordinaria de protección previsto en el artículo 62, numeral 3 LOGJCC, es decir, que el fundamento de la acción no se agote solamente en la consideración de lo injusto o equivocado de la sentencia, por lo que inadmitió la acción, quedando en firme el fallo de segunda instancia.

### **f) Comentarios**

Esta sentencia resulta importante pues, si bien no versa directamente sobre una impugnación a una resolución de la SCPM en contra de un operador económico, se enmarca dentro de la fase de investigación y sanción administrativa por parte de la SCPM, presupuesto fáctica para que existan impugnaciones tanto en la vía judicial o constitucional, pues el objeto de la controversia es precisamente cómo debió o no debió actuar la entidad de control antes y después del dictado de una resolución sancionatoria por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Consideramos que varios hechos fueron probados en el proceso por parte de CONECCEL para demostrar que se cometieron múltiples irregularidades por parte de la SCPM, como por ejemplo: el hecho de invitar al público a una rueda de prensa para anunciar una sanción, sin haberla notificado siquiera al operador económico en cuestión; muy diferente hubiera sido convocar a una *“lectura de la resolución”* que hubiera aumentado la apariencia de imparcialidad y no deja entrever cuál iba a ser el contenido de la resolución que recién iba a ser leída por vez primera.

Adicionalmente, se probó que también antes de dictar la resolución, el máximo personero de la Superintendencia realizó declaraciones respecto de que durante el proceso de investigación “*CLARO engañó a la Superintendencia*” o de que se ha generado “[...] *un servicio de telefonía celular poco confiable y con cobertura irregular dentro del territorio nacional por un supuesto abuso dominante de [CONECEL].*” Evidentemente resulta contrario a las buenas prácticas, por decir lo menos, que existan este tipo de declaraciones por parte de la máxima entidad de una institución con potestad sancionadora previo a la emisión de una resolución.

Pero más allá de todo lo que haya podido demostrar CONECEL, no es menos cierto el argumento de la SCPM respecto de que en la demanda se confunden hechos correspondientes a dos momentos procesales distintos: el Caso Antenas y el proceso sancionatorio instaurado por incumplir las medidas preventivas dictadas en la resolución del Caso Antenas.

Resulta indispensable analizar también el fallo de segunda instancia que constituye la decisión final de la causa. Los jueces de la Sala, más que tomar en cuenta los argumentos de la SCPM, decidieron en contra de los propios argumentos de CONECEL. Esto se explica de la siguiente manera: la acción de protección fue inadmitida por, o bien no haberse probado violaciones a los derechos constitucionales, o tratarse de vulneraciones a derechos que debieron ser resueltas en la vía ordinaria, desvirtuando a los argumentos y prueba aportados por CONECEL.

Desde el punto de vista procesal, esto resulta lógico pues es el accionante quien tiene la carga de la prueba. A lo que nos referimos es que ni uno solo de los argumentos de la SCPM fue considerado en la parte resolutive del fallo para la decisión. Esto puede deberse, entre otros factores, principalmente al tipo de argumentos de utilizados por la defensa de la SCPM.

Aparte del argumento respecto de los múltiples hechos y etapas procesales distintas en base a los que CONECEL fundamentó su demanda, los demás argumentos de la SCPM consistieron en que **(i)** se pretende coartar los derechos de los usuarios de redes sociales y **(ii)** se pretende que la Superintendencia verifique qué usuarios hacen comentarios a favor o en contra de las resoluciones de la institución. Ninguno de estos argumentos responde a la pregunta o acusación formulada por CONECEL: de qué imparcialidad

estamos hablando cuando las cuentas de redes sociales oficiales de una entidad pública comparten mensajes, tanto propios como de otros usuarios, que condenan una conducta aún en investigación por parte de un operador económico, mucho antes de que exista una resolución de fondo.

Tampoco podemos dejar de considerar que, como indica la Sala, existen múltiples vías para combatir este tipo de abusos, en caso de que puedan probarse. El criterio de la Sala fue que se interponga una acción de responsabilidad extracontractual del Estado, pero esta acción tiene como objeto el resarcimiento de un daño – recordemos que bajo nuestro ordenamiento jurídico la acción de daños y perjuicios tiene un carácter resarcitorio y no punitivo, es decir, se impondría una indemnización económica pero únicamente hasta el monto de los perjuicios que hayan podido demostrarse.

No obstante, las pretensiones esgrimidas por CONECEL tenían un matiz completamente distinto. Evidentemente esto se debe a que no hubiera prosperado una acción de protección que pretenda un fin económico o pecuniario, sin embargo, por la forma en la que fue planteada la acción y de sus propias pretensiones se demuestra que lo que la empresa buscaba no era un resarcimiento material sino medidas propias del carácter de la reparación integral prevista en el artículo 18 LOGJCC, en virtud de la cual, los jueces constitucionales tienen un muy amplio margen decisorio respecto de cuáles serán las medidas que pueda ordenar para procurar que la víctima de una violación a derechos constitucionales vuelva al estado o situación previa al cometimiento de la violación, tales como precisamente una orden de cese de la conducta junto con la eliminación de comentarios de las redes sociales y abstención de pronunciamientos en medios de comunicación – recordemos que esta acción de protección se interpuso junto con una medida cautelar.

No compartimos el criterio de la Sala respecto de la no procedencia de la acción por tenerse como fundamento de la demanda normas de rango infra – constitucional.

Es cierto que los derechos tienen varias “dimensiones”, pudiendo tener una dimensión que, en caso de verse afectada configura una vulneración de rango constitucional, pero en otros casos, la afectación se trata de un tema de mera legalidad sin llegar al rango de violación constitucional. Evidentemente, este análisis debe hacerse caso por caso e inclusive, con un razonamiento distinto, pudo haberse llegado a la misma

conclusión de que las vulneraciones alegadas por CONECEL no configuran una violación de rango constitucional, sin embargo, nos apartamos del criterio de la Sala dado que su argumento básicamente se resume en que, el hecho de que se aleguen infringidas normas de la LORCPM ya de por sí vuelve infra constitucional al problema. Esto resulta en un absurdo puesto que, por ejemplo, si un participante en un concurso de méritos y oposición es discriminado y se irrespeta el proceso establecido en la Ley Orgánica de Servicio Público y las bases del concurso, evidentemente nos encontraremos frente a vulneraciones de disposiciones contenidas en normas de rango legal e inclusive reglamentario, pero no por ese simple hecho dejan de verse afectados derechos previstos en la Constitución de la República (derechos de participación, debido proceso, seguridad jurídica, idoneidad para el servicio público, principio de estricta legalidad) y en su dimensión constitucional – no solamente legal.

Tampoco realiza la Sala un análisis de fondo respecto de la presunta vulneración a la presunción de inocencia, limitándose a señalar que por el simple hecho de estar impugnadas las resoluciones dictadas en el Caso Antenas, así como la resolución por incumplir las medidas preventivas, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo esto evidencia que aún se presume la inocencia de CONECEL. Este argumento resulta falaz puesto que la alegación o acusación del accionante es precisamente que, previo al dictado de las resoluciones sancionatorias en la vía administrativa ya se había adelantado criterio por parte de la Superintendencia y/o se habían realizado actos contrarios a su buen nombre. Además, inclusive después del dictado de las resoluciones sancionatorias por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, ninguna se encontraba firme a la fecha por lo que aún debía mantenerse la presunción de inocencia hasta tener una resolución final en la vía contencioso administrativa.

Si bien esto constituye una omisión de la Sala, también coadyuva para ello el que CONECEL haya relatado hechos correspondientes a distintos momentos procesales en la demanda, de modo que no se precisó claramente en qué momento ocurrió qué violación y cómo se configuró.

### 3.4.2. ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV vs. SCPM [Juicio No. 09332-2016-10714]

#### a) Antecedentes Fácticos

Este ha sido otro de los casos más mediáticos que ha llevado la SCPM y curiosamente tampoco tiene que ver en forma directa con una infracción por conductas contrarias a la competencia que sean sancionadas por la LORCPM sino que se trata de una disputa relativa al procedimiento administrativo seguido dentro de un proceso de control de una operación de concentración.

A finales del año 2016, tras más de un año de negociaciones, la cervecera belga-brasileña AB InBev y la cervecería británica SAB Miller llegaron a un acuerdo para fusionarse. Esta constituyó una de las fusiones más grande a nivel mundial y la nueva empresa resultante de dicha operación pasó a denominarse “AB InBev”.

Esta fusión tuvo como resultado una megaempresa que juntó a múltiples reconocidas marcas de cerveza tales como *Corona*, *Budweiser*, *Stella Artois*, *Peroni*, *Beck's*, *Miller*, entre otras, reuniendo en su totalidad cerca de cuatrocientas (400) marcas y aproximadamente el treinta por ciento (30%) del mercado mundial. Esta operación se cerró por una cifra cercana a los ciento ocho mil millones de dólares americanos (USD \$108.000.000.000,00).

Evidentemente, una fusión de esta magnitud debe ser previamente aprobada por las autoridades de competencia locales de cada país o regionales (como es el caso de la Unión Europea) por las implicaciones que puede tener en cada mercado.

En Ecuador, la compañía SAB Miller era la propietaria de Cervecería Nacional – la empresa más grande del sector en el país – mientras que ANHEUSER-BUSH INBEV tenía una subsidiaria en el país denominada “Ambev Ecuador S.A.”. Las marcas más reconocidas que producía en el Ecuador Cervecería Nacional son *Pilsener*, *Pilsener Light*, *Club* y *Pony Malta*; mientras que Ambev Ecuador producía *Budweiser*, *Brahma*, *Biela* y *Maltín*.

Una vez puesta en conocimiento de la SCPM la notificación obligatoria de concentración por parte de ambos operadores económicos, la fusión fue autorizada, pero sujeta a ciertas condiciones obligatorias. Meses después, una vez que ya se había cerrado la operación, el Superintendente de Poder de Mercado, dentro del trámite administrativo en el que negó un recurso de apelación interpuesto por una tercera empresa que se oponía a la autorización de la fusión, de oficio, decidió modificar las condiciones originalmente impuestas e incluir la venta obligatoria de la marca “Club” a otro operador económico.

Por ello, AB InBev interpuso una acción de protección en contra de la autoridad de competencia.

## **b) Fundamentos de la Demanda**

La demanda fue interpuesta el 22 de noviembre de 2016, por parte de la compañía ANHEUSER-BUSH INBEV SA/NV. En primera instancia, el juicio fue conocido y resuelto por la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil.

AB InBev alegó que, tras el acuerdo comercial a nivel global llegado entre AB InBev y SAB Miller, conforme lo previsto en los artículos 14<sup>89</sup> y 16<sup>90</sup> de la LORCPM, con fecha 19 de noviembre de 2015 se presentó ante la SCPM la notificación obligatoria de concentración económica previo a la adquisición de las acciones de SAB Miller (Cervecería Nacional) por parte de AB InBev.

---

<sup>89</sup> **LORCPM 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. [...] **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. [...]

<sup>90</sup> **LORCPM 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: [...]

Luego de un extenso proceso de análisis, reuniones de trabajo entre las partes junto con la entidad de control, pedidos de información a otros operadores económicos y la realización de múltiples seminarios públicos sobre el mercado cervecero por parte de la SCPM, se dictó un informe técnico por parte de la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones que recomendaba autorizar la fusión, pero sujetarla a una serie de condiciones que deberían ser cumplidas por parte de los operadores económicos a fusionarse.

Finalmente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “**CRPI**”), órgano de la SCPM encargado de aprobar o negar la autorización, emitió un acto administrativo con fecha 06 de mayo de 2016 en el que aprobó la operación de concentración económica, subordinada a las condiciones estructurales y conductuales contenidas en el informe técnico de la Intendencia de Control de Concentraciones, añadiendo inclusive tres condiciones adicionales, que daban un total de once (11):

**i. Condición No. 1: Desinversión en Planta de Producción de Guayaquil**

AmBev Ecuador debía vender a un tercero independiente su planta de producción en Guayaquil, con una capacidad de producción de aproximadamente un millón de hectolitros anuales y otros activos que incluían, todos los equipos fríos de su propiedad y demás bienes relacionados con el proceso de producción cervecera. Además, debía desprenderse de todos sus activos de distribución (infraestructura, vehículos, equipos, personal, etc.).

El conjunto de todos estos activos debía incluirse dentro de un paquete atractivo de negocios a ser vendido a un tercero que se constituiría en un nuevo operador en el mercado cervecero ecuatoriano. Las condiciones contractuales debían asegurar la total pérdida de control, a perpetuidad, por parte tanto de AmBev Ecuador como de Cervecería Nacional sobre dichas estructuras productivas.

**ii. Condición No. 2: Desinversión Obligatoria en ciertas Marcas**

AB InBev debía proceder a la venta de un tercero independiente de las marcas *Zenda, Dorada, Biela y Maltín*.

Esta venta debía incluir los derechos de producción, distribución y comercialización correspondientes, el know how (recetas, fórmulas, procesos de elaboración, control de calidad, etc.), derechos de autor, derechos de diseño, nombres de dominio, patentes, derechos de propiedad intelectual e industrial, entre otros.

Nuevamente, se sujetó al igual que en la condición anterior a que sea de forma perpetua, y en un atractivo paquete de negocios con miras a que ingrese un nuevo competidor en el mercado ecuatoriano de la cerveza.

**iii. Condición No. 3: Licencia de Uso Obligatoria de la marca “Brahma”**

AB InBev debía conceder una licencia de uso y explotación de todos los derechos de propiedad intelectual, en conexión con la producción y distribución de la marca *Brahma* en todo el territorio nacional a un nuevo competidor del mercado por un período de diez años, mismo que podrá ser renovado en dos períodos por cinco adicionales por parte del nuevo operador económico, dando un total de veinte años de cesión obligatoria de la marca.

**iv. Condición No. 4: Acceso a la Red de Comercialización y Distribución**

Ab InBev garantizaría al nuevo o nuevos operadores económicos formados por el cumplimiento de las condiciones anteriores, acceso a su red de comercialización y distribución por un período de al menos tres años. Este acceso debería garantizar al nuevo operador precios de mercado para el uso de los servicios y el mismo alcance territorial que gocen las marcas de AB InBev,

v. **Condición No. 5: Límites en Publicidad en ciertas Marcas**

Ab InBev debería limitar y/o mantener, por un período de tres años a partir de la entrada efectiva del nuevo operador económico al mercado, un nivel de gasto de publicidad en las marcas *Pilsener, Club, Budweiser, BUD66* y *Pony Malta* que no supere el más alto de los siguientes valores alternativos: **(a)** el 8% de sus ingresos por venta del año inmediatamente anterior; **(b)** el valor resultante del promedio de gastos de publicidad de Cervecería Nacional de los tres años inmediatamente anteriores a la autorización de la fusión.

vi. **Condición No. 6: Uso Gratuito de Espacio en Congeladores y Refrigeradores**

AB InBev debía permitir que los comerciantes del canal tradicional de comercialización coloquen, en el espacio máximo de una bandeja dentro de cada uno de sus refrigeradores, cervezas artesanales y bebidas alcohólicas o no alcohólicas de productores artesanales y operadores de la economía popular y solidaria.

vii. **Condición No. 7: Compromiso “Hold Separate”**

La suscripción por parte de Ab InBev de un convenio de competencia “*Hold Separate*” mediante el cual se garantice que, mientras se implementen las condiciones 1, 2, 3 y 4 que en su conjunto implican el acceso al mercado de un nuevo operador económico, tanto AmBev Ecuador como Cervecería Nacional operarán de manera competitiva entre ellas, evitando cualquier tipo de comportamiento colusorio, manteniendo estructuras corporativas separadas y diferenciadas, estrategias publicitarias y comerciales independientes y autónomas. Además, deberán comprometerse a mantener el valor de las marcas a transferir para que sigan siendo activos valiosos para el nuevo operador económico.

**viii. Condición No. 8: Plataforma de E-Commerce**

AB InBev introducirá al mercado ecuatoriano una plataforma de e-commerce para la comercialización de cervezas artesanales.

**ix. Condición No. 9: Participación de los Trabajadores en la Empresa y Plazas de Trabajo**

Los trabajadores de la empresa resultante de la fusión deberán tener una participación de al menos un 5% en el capital social concentrado, independiente de la participación de los trabajadores que, eventualmente existiere a la actualidad en dicho capital social.

De igual modo, el operador económico concentrado mantendrá el mismo número de plazas de trabajo existentes a la fecha, excluyéndose los cargos gerenciales y de confianza.

**x. Condición No. 10: Acceso a Plantas de Embotellado y Botellas**

Los productores artesanales de cerveza, así como los que provengan de la economía popular y solidaria o de las MYPIMES tendrán derecho a acceder al proceso de embotellado en las plantas de embotellamiento del operador económico concentrado a precio de costo en el tiempo ocioso que tengan las referidas plantas. También podrán embotellar en botellas registradas como propiedad industrial del operador económico concentrado, que para el efecto liberará al menos el 20% de los diseño de las botellas registradas para el uso de los cerveceros artesanales.

Adicionalmente, trimestralmente el operador concentrado deberá organizar y financiar cursos relacionados con la producción de cervezas, sistemas de calidad, utilización de mecanismos innovadores para la producción, estrategias de comercialización, etc. dirigidos a productores artesanales.

**xi. Condición No. 11: Prohibición de Exclusividad**

Quedó expresamente prohibido a los operadores económicos concentrados y sus marcas, establecer condiciones de exclusividad en los contratos establecidos en los canales tradicionales y no tradicionales, afectando o que pudieran afectar a otros competidores, inclusive a los cerveceros artesanales.

Los operadores económicos suscribieron el 22 de julio de 2016 un compromiso de cumplimiento de estas condiciones y la transacción se concretó y ejecutó plenamente en octubre de 2016, operando el traspaso de la propiedad de las acciones y todas las demás transacciones de índole societario para que se concrete la fusión.

Paralelamente, Heineken International B.V. y la Asociación de Cervecerías del Ecuador interpusieron el 29 de mayo de 2016 un recurso de reposición en contra de la autorización de concentración. Asimismo, las compañías Cervecería Artesanal Austral BECKENAUSTRO Cía. Ltda. y Cervecería Nórdica comparecieron al proceso administrativo el 22 de junio de 2016 a través de una tercería coadyuvante. Ambos recursos y las tercerías fueron negados por la CRPI, principalmente por no tener legitimación activa para presentar este tipo de recursos al no ser partes procesales.

Tras esta negativa, Heineken International B.V., BECKENAUSTRO Cía. Ltda. y Cervecería Nórdica interpusieron recursos de apelación en sede administrativa. La Asociación de Cervecerías del Ecuador también lo hizo pero luego desistió del recurso.

Finalmente, el 15 de noviembre de 2016, el Superintendente resolvió negar el recurso de apelación presentado por Heineken, cuyo fundamento, entre otras cosas, era que el paquete de negocio que debía venderse al nuevo operador económico que ingrese al mercado era poco atractivo, y que debería añadirse a las condiciones establecidas otras como la inclusión de una marca más representativa en el mercado como la cerveza *Club*.

Sin embargo, el Superintendente dictó una providencia dentro del propio expediente de apelación, en la cual, en primer lugar negó el recurso de apelación presentado por

Heineken, y posteriormente, de oficio, concedió la pretensión principal de Heineken, ordenando que:

*“[...] además de las 11 condiciones de orden estructural y conductual a las que se subordinó la operación de concentración económica notificada obligatoriamente por el operador económico Anheruser-Bush InBeV SA/NV consistente en la adquisición de acciones por parte de Anheruser-Bush InBeV SA/NV ("AB InBev") y Compañía Sab Miller, se dispone la desinversión de la marca "Club", para lo cual:*

*a) Se deja sin efecto la resolución expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia el 22 de julio de 2016, en la cual se resolvió "Aprobar la propuesta de documento final "COMPROMISO DE CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES" de fecha 22 de julio de 2016, presentado por el operador económico Ambev Ecuador S.A. a través de su apoderado doctor Roque Bustamante Espinosa. 2. Autorizar la concentración económica entre los operadores económicos COMPAÑIA CERVECERA AIVIBEV ECUADOR S.A., subsidiaria de Anheruser-Bush InBeV SA/NV ("AB InBev"), con Cervecería Nacional CN S.A., DINADEC., y CERNYT S.A., subsidiarias de SABMILLER [...]"*

*b) Se dispone que el operador económico Ambev Ecuador S.A., en el término de diez (10) días presente un alcance a la Carta Compromiso de Cumplimiento de Condiciones incorporada el 22 de julio de 2016, en la cual se incluya la desinversión de la marca Club, para lo cual se ordena a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, realice el seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas por la autoridad de competencia y contenidas en el documento "COMPROMISO DE CUMPLIMIENTO DE CONDICIONES" y su ALCANCE para lo cual informará de manera semestral a la Comisión de Resolución de Primera Instancia.”*

En suma, la máxima autoridad de la SCPM, dentro de un expediente que tramitó un recurso de apelación interpuesto por la empresa Heineken, resolvió en forma paradójica (i) ratificar la resolución de la CRPI negando la apelación presentada junto con las pretensiones del actor, entre ellas, la venta de la marca *Club*; y (ii) de oficio, resuelve conocer la pretensión más importante del recurso de apelación presentado, ordenando que se venda la marca *Club* como la “condición número doce”, dejando sin efecto la autorización otorgada el 22 de julio de 2016.

Ab InBev alegó que no solamente es esto contradictorio con la naturaleza del recurso de apelación, sino que es además inejecutable pues producto de la resolución de la CRPI, y de la posterior suscripción del Compromiso por parte de los operadores económicos, se notificó ya en octubre de 2016 el Cierre de la Transacción con lo cual la transferencia de la propiedad quedó perfeccionada.

Cabe resaltar que la acción de protección fue interpuesta en conjunto con una medida cautelar, que fue negada en primera providencia por no justificarse los requisitos previstos en la LOGJCC.

La pretensión concreta de AB InBev consistió en que se declare la vulneración a sus derechos constitucionales al:

- Debido proceso, en cuanto a sus garantías de:
  - Ser juzgado por autoridad competente.
  - Ser juzgado con observancia al trámite propio para cada procedimiento.
- Derecho a la Defensa, por falta de notificación del Informe del Intendente de Control de Concentraciones y la falta de consideración de otro informe técnico incorporado al proceso por AB InBev.
- Debida Motivación
- Derecho a recurrir actos que decidan sobre derechos

- Derecho a la Seguridad Jurídica

En consecuencia, solicitó se dispongan como medidas de reparación integral:

- i. La restitución total de los derechos vulnerados, de manera que se restablezca la situación jurídica anterior a la violación de los derechos constitucionales declarados, de manera que se mantenga la vigencia plena del acto administrativo del 22 de julio de 2016 y las 11 condiciones detalladas en el Compromiso, impuestas por la SCPM.
- ii. La garantía de que no se vuelva a repetir el acto impugnado, mediante otro acto de similar naturaleza que exprese la misma intención y finalidad.

### c) Resolución de Primera Instancia

El juez de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil se declaró competente para conocer y resolver la acción, tras desechar una excepción de incompetencia de la SCPM quienes alegaban que por ser su domicilio la ciudad de Quito, ahí debió sustanciarse el proceso. El argumento principal fue que la LOGJCC establece que será competente también el juez del lugar donde el acto impugnado produzca sus efectos. Los mismos abogados de la SCPM manifestaron que la resolución impugnada tenía efectos a nivel nacional y los accionantes alegaron que la compañía accionante se encontraba domiciliada en Guayaquil y que ahí también debería producirse la desinversión en la cerveza *Club*.

Para iniciar la parte motiva de su resolución el juez realizó un análisis sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de protección al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 de la LOGJCC. El argumento principal de la SCPM consistía en que la demanda no cumplía estos requisitos, específicamente en lo que respecta a ser la vía adecuada y eficaz para la tutela de los derechos presuntamente vulnerados, indicando que lo adecuado era litigar en un procedimiento contencioso administrativo.

El análisis del juez fue el siguiente: existen tres requisitos de procedencia para la acción de protección (i) que se compruebe la violación de un derecho constitucional;

(ii) la acción de una autoridad pública o de un particular conforme las reglas previstas en la LOGJCC y (iii) la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho.

Dio inicio por el segundo requisito, ya que no fue controvertido que la SCPM se encuentra como legitimada pasiva para una acción de protección por ser una entidad del sector público.

Respecto del tercer requisito, a efectos de determinar si la vía era la adecuada y eficaz para proteger el derecho, el juez se refirió al precedente jurisprudencial vinculante emitido por la Corte Constitucional mediante sentencia No. 001-16-PJO-CC dentro del caso No. 0530-10-JP, en la que señala que:

*"Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido."*

Dentro de las consideraciones de este mismo precedente vinculante se hace referencia también a la sentencia No. 016-13-SEP-CC, que en su parte pertinente dice:

*"... la acción de protección es la garantía idónea y eficaz que procede cuando el juez efectivamente verifica una real vulneración a derechos constitucionales, con lo cual, no existe otra vía para la tutela de esos derechos que no sean las garantías jurisdiccionales."*

Por lo tanto, queda claro en virtud de la jurisprudencia vinculante citada, que en caso de constatarse vulneración a derechos de rango constitucional la única vía adecuada y

eficaz es la acción de protección u otra garantía jurisdiccional dependiendo del derecho vulnerado como es el caso del habeas corpus o habeas data.

La Corte Constitucional, asimismo, ha señalado dos requisitos puntuales que deben verificarse dentro del examen respecto de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho vulnerado: **(i)** que el derecho que se invoca no cuente con otra vía de tutela en la justicia constitucional, es decir, que no esté amparado por una vía procesal constitucional especial que se pueda considerar más idónea – como sería el caso de otra garantía jurisdiccional – que sería la vía adecuada y eficaz en ese caso; y **(ii)** debe constatarse que la vulneración a la que se alude en la acción de protección recaiga, sobre el ámbito constitucional del derecho vulnerado – mas no su dimensión legal.

La solución que ha dado nuestra Corte Constitucional para identificar el *thema decidendum* se encuentra recogida en la ya referida jurisprudencia vinculante, la cual señala:

*“Al respecto, esta Corte considera que la solución que debe utilizarse, en primer lugar, es la identificación del thema decidendum y su correspondencia con el objeto de la acción de protección. Es decir, cuando lo que se plantea en la demanda y se desprende de la comprobación de los hechos es una vulneración directa de derechos constitucionales, se estará ante el objeto primigenio de la acción de protección. En cambio, cuando lo que se pretenda es la declaración de un derecho subjetivo previsto en la legislación secundaria o en general, la aplicación de una norma infra constitucional para determinado caso o el reclamo por la falta de la misma, sin la presentación de hechos que determinen la existencia de una vulneración a derechos constitucionales, se tratará de un problema que puede ser resuelto por otras vías judiciales.”*

Para analizar entonces, si lo que se reclamaba era la vulneración de derechos fundamentales en su rango o dimensión constitucional, el juez consideró que el único derecho de los reclamados que se enmarcaba dentro de esta categoría era la motivación como garantía del debido proceso, pues para verificar si existió una vulneración a los

demás derechos reclamados (debido proceso en cuanto a trámite y juzgador competente, falta de notificación con informes, entre otros) se debe acudir a la vía contenciosa administrativa por tratarse de normas de procedimiento infra-constitucionales e inclusive observar la legalidad de la actuación en sede administrativa, lo que no corresponde al objeto de una acción de protección.

Respecto del derecho a una debida motivación, señala el juez que ésta ya ha sido referida por la Corte Constitucional en sentencia No. 010-14-SEP-CC dictada dentro del caso número 1250-11-EP: “[...] *la motivación tiene condiciones mínimas a saber: debe ser razonable, lógica y comprensible; así como también mostrar la conexión entre los enunciados normativos y los deseos de solucionar los conflictos, lo que a su vez implica oportunidad, adecuación y conveniencia de los enunciados normativos utilizados*”.

Con esto concluimos que para que exista motivación, deben concurrir dos presupuestos: **(i)** el anunciamiento de normas o principios jurídicos en los que se funda una decisión, y **(ii)** la explicación de la pertinencia de su aplicación al caso en concreto.

En el presente caso, el juez determinó que a lo largo de la parte resolutive de la resolución impugnada, el Superintendente de Control de Poder de Mercado únicamente realizaba un análisis consistente en que las condiciones establecidas por la CRPI no serían suficientemente atractivas para que un nuevo operador económico entre al mercado y que las marcas cuya venta y/o licencia se exige no tienen una cuota representativa dentro del mercado cervecero ecuatoriano, mas no señalaba ni una sola norma jurídica en base de la cual se decida añadir la condición de desinvertir en la marca *Club* así como tampoco se ha indicado cómo el caso concreto se resuelve con la aplicación de dichas normas – la pertinencia.

En consecuencia, y haciendo énfasis en que no se necesitó realizar un mayor análisis ni aplicar o inaplicar una norma infra-constitucional, se determinó que no se cumplió con una motivación conforme los estándares exigidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Al haberse verificado entonces los tres requisitos de procedibilidad para la acción de protección, se declaró con lugar la demanda interpuesta por AB InBev, declarando la nulidad de la parte pertinente de la resolución dictada por la SCPM donde se añadía la condición adicional previo a autorizar la operación de concentración, dejando vigente la parte en la que se rechazaba el recurso de apelación interpuesto por Heineken.

#### **d) Resolución de Segunda Instancia**

No conforme con la resolución de primera instancia, la SCPM interpuso un recurso de apelación que fue conocido y resuelto por los jueces de la Sala Especializada de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

Los argumentos esgrimidos por la SCPM para interponer el recurso de apelación fueron principalmente que la sentencia es nula por indebida motivación (conforme el artículo 76, numeral 7, literal l) CRE, misma norma invocada por el juez de primera instancia para declarar con lugar la acción de protección) por las siguientes consideraciones:

- i. “El juez a quo no procedió en primer lugar a la identificación del thema decidendum y su correspondencia con el objeto de la acción de protección y en forma directa acudió a la ilegalidad, sin considerar que lo que pretende el accionante a través de la acción de protección es que se le otorgue un derecho cuya competencia es exclusiva y excluyente de la SCPM. [...]*
- ii. El juez a quo inobservó en la sentencia dictada su deber fundamental de probar que los procedimientos ordinarios (contencioso – administrativos) no son eficaces para proteger los derechos de AB InBev, y se mantuvo en una interpretación personal de los hechos y las normas sometidos a la acción de protección. [...]*
- iii. En la sentencia, el juez acude al principio de subsunción de las normas legales, la cual está proscrita en el actual ordenamiento jurídico constitucionalizado donde el juez ya no es la boca muda de la ley, sino que la ley es un instrumento que éste dispone para hacer derecho en cada caso concreto. [...]*

- iv. El juez, al realizar una indebida motivación, comete la grave infracción de “error inexcusable” ya que haciendo una interpretación extensiva arribó a la errada conclusión que la motivación se agota con el simple hecho de mencionar normas legales y sentencias precedentes, pero sin explicar su pertinencia, conexión y convergencia [...] distorsionó esta acción constitucional generando inseguridad jurídica [...] se ha colocado en una actitud de atentar contra la seguridad jurídica y vulnerar los derechos del Estado [...]*
- v. El juez intencionalmente ignoró el precedente constitucional en cuanto a que la acción de protección no es una instancia adicional y tampoco está para solucionar problemas de mera legalidad [...]*
- vi. El juez actuó sin competencia en razón del territorio, en función de que el acto impugnado se dictó en la ciudad de Quito y por tener el actor un domicilio en la ciudad de Quito. [...]*
- vii. En la sentencia se dice que ‘queda probada la falta de motivación’ sin tomar en cuenta la motivación técnica, jurídica y económica completa desarrollada por la Superintendencia en la resolución impugnada [...].*

Al determinar el problema jurídico a resolver, la Sala se centró en los siguientes puntos:

- i.** Sobre la competencia o no del juez de primera instancia:

Se determinó que el juez a quo sí era competente en razón de que, pese a que la resolución impugnada fue dictada en la ciudad de Quito, el domicilio principal de Cervecería Nacional – titular de la marca *Club* – es en la ciudad de Guayaquil y ahí es donde debería producirse la desinversión.

- ii.** Respecto de si existe o no vulneración de derechos constitucionales en la sentencia subida en grado o si ésta atentó contra la seguridad jurídica o si se resolvió problemas de mera legalidad:

La Sala consideró que la SCPM vulneró el derecho al debido proceso al dictar de oficio, en el mismo auto que negaba un recurso administrativo de apelación, condiciones adicionales para autorizar la concentración económica, dejando sin efecto la resolución de la CRPI, habiendo transcurrido más de un mes desde el cierre de la operación y cuando ya se estaban cumpliendo los compromisos acordados por los operadores económicos.

Para llegar a esta conclusión se determinó que los presupuestos en los cuales una concentración económica puede ser impugnada y dejada sin efecto están previstos en el artículo 24 LORCPM y/o que la decisión debió ser analizada mediante un Recurso Extraordinaria de Revisión, previsto en el artículo 68 ibídem, que en su parte pertinente señala *“El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.”*.

En consecuencia, determinó que es la propia ley la que establece cuáles son los mecanismos o recursos de los que se dispone cuando un acto administrativo o resolución se encuentre en firme, por lo que la Sala difiere del criterio del juez a quo y determina que también existió vulneración al debido proceso, el derecho a la defensa y el derecho a la seguridad jurídica.

- iii.** Respecto de si el juez a quo identificó el thema decidendum y si consideró que la pretensión del accionante era el otorgamiento de un derecho de competencia exclusiva de la SCPM y sobre la falta de motivación:

La Sala analizó si el problema jurídico puesto a su conocimiento tiene cabida dentro de la esfera constitucional o si le corresponde a la justicia ordinaria. Por los fundamentos expuestos en el numeral anterior, la Sala consideró que existe vulneración de derechos constitucionales que no se limitan a la falta de motivación en la resolución impugnada y determinó que la sentencia de primera instancia se encontraba debidamente motivada.

En virtud de todas las consideraciones realizadas, la Sala dispuso en la parte resolutive de su sentencia modificar la sentencia de primera instancia declarando que ha existido vulneración de los derechos constitucionales a la seguridad jurídica, al debido proceso en sus garantías de ser juzgado por un juez competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento y a obtener una resolución motivada.

En consecuencia, se ratificó la nulidad del acto impugnado y como reparación integral se ordenó regresar a la situación anterior a la violación de derechos constitucionales.

#### **e) Acción Extraordinaria de Protección**

La SCPM interpuso una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de segunda instancia – proceso que fue signado con el número 0888-17-EP – alegando violaciones al debido proceso por tener vicios de argumentación y procedibilidad, entre los que se encontraban: defectos estructurales de la sentencia, desnaturalización de la acción de protección, falta de realización del control difuso de constitucionalidad, falta de control de convencionalidad, entre otros.

Si bien la acción fue admitida a trámite, en la sentencia dictada por el pleno de la Corte Constitucional se determinó que no existió vulneración de derechos constitucionales por lo que se negó la acción extraordinaria de protección, quedando en firme la sentencia de segunda instancia.

#### **f) Comentarios**

A diferencia de la acción de protección presentada por CONECEL, analizada en el punto anterior, en este caso los jueces constitucionales, tanto en primera como en segunda instancia, realizaron un análisis mucho más profundo de los requisitos de procedibilidad e improcedibilidad de la acción de protección.

Existen dos posiciones o criterios jurídicos opuestos respecto a la sentencia dictada en esta causa: (i) por un lado, podría considerarse que el Superintendente de Control de Poder de Mercado incurrió en un error procedimental – dejando de lado las consideraciones de fondo (si la operación de concentración contravenía o no la

LORCPM) – al resolver, de oficio, en la misma providencia en la que negaba un recurso de apelación presentado por un tercero, dejar sin efecto la autorización otorgada por la CRPI meses atrás; y (ii) por otro lado, puede considerarse que, al existir en el expediente pruebas que, a criterio del Superintendente demuestran que dado la operación de concentración, y las condiciones impuestas inicialmente por la SCPM, al ser insuficientes para tutelar la competencia en este mercado, el Superintendente bien podía, e incluso debía, reformar estas condiciones, independientemente la forma en que se lo haya instrumentado.

La violación al debido procedimiento en sede administrativo es un tema que podría considerarse, por antonomasia, propia del control de legalidad propio de la justicia contencioso – administrativa. Presumiblemente, la razón por la que se interpuso una acción de protección en lugar de un recurso subjetivo fue entre otras, el factor tiempo, dada la importancia de la operación económica que se estaba llevando a cabo e inclusive el hecho de que se habían tomado acciones para cumplir el compromiso realizado por los operadores económicos con la SCPM.

Es aquí donde puede evidenciarse la fina línea que divide en ciertos casos una vulneración de rango constitucional a una vulneración de rango legal de derechos consagrados en nuestra Carta Magna, más aún teniendo en cuenta que la Constitución del Ecuador tiene uno de los catálogos de derechos más extensos del mundo.

Tanto es así, que los criterios de los jueces de primera y segunda instancia son distintos: mientras en primera instancia se consideró que únicamente el juez era competente para conocer y resolver sobre la vulneración a la garantía y derecho de la motivación, la Sala consideró que existieron también vulneraciones de rango constitucional a los derechos al debido proceso, derecho a la defensa y a la seguridad jurídica.

No por ello deja de ser menos interesante el análisis que realiza el juez de primera instancia, amparándose ante todo en jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional para sustentar su decisión respecto de la procedibilidad de la acción y la justificación de si se trata de la vía adecuada y eficaz para tutelar la violación a derechos de rango constitucional.

En la parte sustantiva, consideramos que este caso es un ejemplo paradigmático de la importancia de la debida observancia a los procedimientos administrativos (y el debido proceso en general) y las consecuencias que su violación o inobservancia puede acarrear. La SCPM, como organismo encargado de velar y tutelar por la existencia de una competencia libre y justa en el país, en este caso en el mercado cervecero, es quien tomó la decisión de autorizar la fusión y las condiciones planteadas, mediante la resolución dictada por la CRPI.

Es factible que toda autoridad y entidad pública cometa errores en el desempeño de sus funciones, para ello existen vías previstas en el ordenamiento jurídico para que, en el caso de que estos errores se hayan materializado en actos administrativos – forma principal de manifestación de la voluntad administrativa – y hayan generado u otorgado derechos a terceros, sean dejados sin efecto (como por ejemplo, el recurso de revisión o la acción lesividad).

Además, es indispensable que hayan existido hechos, circunstancias o pruebas que hayan motivado el cambio de decisión de la SCPM. En nuestra opinión personal, es probable que los recursos de apelación interpuestos por los otros agentes del mismo mercado trajeran a la luz diversos hechos o situaciones que la SCPM no tomó en cuenta o no conoció previo al dictado de las condiciones iniciales y de la autorización de concentración, referentes a los efectos que esta operación de concentración iba a tener en el mercado.

Sin embargo, por motivos de índole procesal – el hecho de que las empresas como Heineken y los demás que interpusieron el recurso de apelación no eran partes procesales – estos recursos fueron desestimados. No obstante, la SCPM ya evidenció que sería necesario, a su criterio, la imposición de condiciones adicionales si es que se iba a autorizar la fusión.

Teniendo en cuentas lo resuelto en las sentencias de acción de protección, resulta paradójico el hecho de que, pese a que probablemente el Superintendente consideraba válidos los argumentos de fondo Heineken (respecto de la operación de concentración y la insuficiencia de las condiciones impuestas), se haya visto obligado a negar su recurso de apelación en aras de respetar garantías procesales, pero que, a criterio de

los jueces constitucionales, haya cometido vicios procesales al tratar de “enmendar el error”.

Pese a que no se lo indica de forma explícita en las sentencias, pero revisando el contenido de los fallos, consideramos que a criterio de los jueces que resolvieron las acciones de protección, lo procedente hubiera sido negar el recurso de apelación pero dar de baja la autorización conferida por la CRPI mediante otro tipo de procedimientos administrativos como la propia revisión o el recurso de lesividad, analizando en cada caso cuál se ajusta más a los requisitos de procedencia y que se encuentre dentro de los términos previstos en la ley.

Lo que esto resalta también, es la importancia que tiene la labor de una entidad de control como lo es la SCPM, especialmente cuando realiza el control previo o preventivo para evitar que se produzcan conductas contrarias a la competencia, como es el caso de la autorización para las operaciones de control.

En los distintos informes técnicos, de índole económicos y econométricos que fueron presentados tanto por las partes y verificados y contrastados por la SCPM previo a la emisión de la autorización por parte de la CRPI, se debieron haber demostrado los efectos que la fusión iba a tener en el mercado ecuatoriano. Precisamente es en virtud de estos efectos que se justificaría la razonabilidad o no de las condiciones a las que se sujetó la autorización.

Pero imaginemos el supuesto de que, en efecto, la SCPM hubiera cometido un error y se hubiera debido **(i)** o bien negar la autorización de concentración o **(ii)** bien haber impuesto condiciones adicionales o distintas a los operadores económicos.

De ser así el caso, un error procedimental, que a criterio de los jueces cometió el Superintendente, habría tenido como consecuencia el hecho de que se hubiera aprobado por sentencia de acción de protección – tanto en primera como en segunda instancia, así como tras la negativa de la acción extraordinaria de protección interpuesta - un monopolio o una concentración económica que sobrepasa los límites previstos en la LORCPM y que afecta a la competencia dentro del mercado cervecero.

Esto demuestra que, la forma (respecto a los procedimientos) en la que actúan las autoridades de control, en este caso el Superintendente de Control de Poder de Mercado, más allá de los fundamentos tanto fácticos como jurídicos de cualquier decisión que tomen, puede incluso llegar a vedar a la justicia ordinaria y constitucional la posibilidad de realizar un análisis respecto de los argumentos de fondo de sus decisiones, como en este caso las condiciones para la autorización de la fusión, puesto que, en caso de existir vulneraciones al debido proceso, todo proceso judicial, ya sea en la vía de acción de protección o ante la justicia contencioso administrativa, se centraría o tendría como argumento principal la imposibilidad que tenía la autoridad haber revocado un acto administrativo que concedía derechos, en la forma en que lo hizo (dentro de un expediente de apelación presentado por una tercera empresa).

### 3.4.3. OTECEL vs. SCPM [Juicio No. 17203-2016-13281]

#### a) Antecedentes Fácticos

La compañía OTECEL S.A. se dedica principalmente al negocio de las telecomunicaciones – mercado regulado en el Ecuador – y opera bajo el nombre comercial *Movistar*.

Como antecedente es necesario indicar que la entonces Superintendencia de Telecomunicaciones “SUPERTEL”, ente rector en la materia, ordenó a OTECEL en el año 2012 retirar vallas publicitarias en las que publicitaba la “*velocidad 4G*” con fundamento en que aún no se encontraban instaladas en el país redes móviles con velocidad LTE Avanzada.

OTECEL incumplió con esta disposición y en el año 2015 se interpuso una denuncia ante la SCPM alegando que la compañía estaba cometiendo actos de publicidad engañosa, una práctica desleal sancionada por el artículo 27 de la LORCPM.

Una vez iniciada la investigación y previo al dictado de la resolución final por parte de la CRPI, OTECEL presentó una propuesta de compromiso de cese conforme lo previsto en los artículos 89 y siguientes de la LORCPM. Posteriormente, la SCPM, a través de su Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, emitió un informe respecto de la propuesta de compromiso enviada por OTECEL, acogiéndolo solamente en forma parcial y recomendando que se realicen varias modificaciones sobre puntos sustanciales, como la calificación de la infracción que se reconocía haber cometido y se dispuso el pago de una millonaria multa, a más del compromiso del operador económico de subsanar los daños y perjuicios causados.

Acto seguido, previo a que exista ningún tipo de aceptación por parte de OTECEL de la nueva propuesta de compromiso, la SCPM convocó el día 05 de octubre de 2016, a través de la cuenta de la red social Twitter de la institución, así como por otros medios de comunicación, a los medios de comunicación y al público en general a una rueda de prensa en el auditorio de la institución con el fin de informar sobre el tema “*Compromiso de Cese OTECEL (Movistar)*”.

OTECCEL envió varias comunicaciones a la SCPM manifestándoles que la propuesta de compromiso modificada no había sido aceptada por la compañía, por lo que el procedimiento aún debía sustanciarse, y que de llevarse a cabo la rueda de prensa tomaría las acciones legales pertinentes.

No obstante lo expuesto, la rueda de prensa se llevó a cabo y tanto el presidente de la CRPI, como el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales informaron a la ciudadanía y a los medios de comunicación, que OTECEL había aceptado cometer actos de publicidad engañosa, y en consecuencia, anunciaron públicamente el compromiso de cese al que se habría llegado.

Una vez concluida la rueda de prensa, se publicaron múltiples boletines de prensa al respecto en el portal web de la SCPM, así como en sus cuentas de redes sociales, anunciando inclusive las medidas correctivas, medidas complementarias y el importe económico que OTECEL debería cumplir como parte del compromiso de cese.

La compañía, que no había aceptado compromiso de cese alguno, interpuso una acción de protección para defenderse de lo que consideraba, era un abuso por parte de la autoridad de competencia y una innegable mancha para su reputación y buen nombre.

#### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

El argumento central de OTECEL se centró en que la información compartida por la SCPM en su amplio despliegue informativo no era veraz.

Los derechos constitucionales que OTECEL alegó vulnerados fueron los siguientes:

##### **i. Derecho a la Información (Art. 18, numeral 1 CRE)**

Se alegó que el derecho a la información ha sido reconocido a nivel internacional por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, de conformidad al Art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Derecho consagrado en el Art. 18 de nuestra Constitución, como

de doble vía, que garantiza el derecho a intercambiar, producir y difundir información; y, a recibir una información veraz.

El constituyente configuró la información como un derecho – deber, de tal forma que quien ejerce el derecho a informar, tiene el deber de hacerlo de manera veraz, veracidad que constituye un rasgo nuclear típico y esencial del derecho.

A criterio de OTECEL, la SCPM difundió información que (i) difiere sustancialmente de los hechos que efectivamente sucedieron, (ii) no fue constatada con las comunicaciones cursadas por OTECEL a la SCPM, (iii) ha sido publicada con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, y (iv) la información no veraz fue difundida a nivel nacional e internacional a través de la página web y redes sociales de acceso universal, agravándose la violación en atención a su amplia difusión.

Manifestaron que, en su momento, cometieron la infracción de no haber retirado una valla publicitaria en la ciudad de Guayaquil, que señalaba “Velocidad 4G” en el año 2012. Además, que en esa época OTECEL cumplía con los parámetros técnicos para catalogar su tecnología como *velocidad 4G*, hecho que había sido reconocido por la SUPERTEL, que ordenó el retiro de la pieza publicitaria solamente porque la reserva del acrónimo *4G* se aplicaría una vez que se implanten en el país redes móviles con velocidad LTE Avanzada, lo cual a la fecha no ocurría. Por lo tanto, OTECEL nunca cometió publicidad engañosa pues, en efecto, su tecnología era 4G.

Asimismo, se hizo énfasis en que la propuesta de compromiso de cese de OTECEL en ningún momento reconoció haber incurrido en estos actos de publicidad engañosa y una admisión de esa magnitud no resultaría veraz a la luz de los elementos de prueba aportados en el expediente de investigación de la SCPM.

La información de la SCPM además no era verás, puesto que OTECEL remitió una propuesta de compromiso de cese “A”, posteriormente la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales remitió una diferente propuesta de compromiso de cese “B” que en ningún momento fue aceptada por la empresa.

En este segundo documento, OTECEL debía reconocer haber cometido actos de publicidad engañosa, realizar múltiples medidas correctivas entre las que se encontraban ruedas de prensa explicando el por qué se les impuso la multa, capacitar a varios estudiantes del país respecto de las distintas velocidades disponibles en telefonía móvil y pagar una multa de dos millones seiscientos mil dólares americanos (USD \$ 2.600.000,00).

La compañía alegaba que la SCPM mintió en la rueda de prensa pues se anunció un compromiso de cese que era inexistente, al haber enviado la SCPM un documento totalmente distinto, por más que haya sido aprobado por la CRPI, pues anunciaban como ciertas admisiones que nunca fueron realizadas por ellos.

Peor aún, una vez concluida la rueda de prensa, la SCPM no tuvo el mínimo interés en verificar, comprobar o contrastar si la información difundida al público efectivamente aconteció, ante lo manifestado por el representante de OTECEL. Luego de concluida la rueda de prensa y antes de emitir los Boletines de Prensa y subirlos a la página web, la SCPM no verificó si en el expediente investigativo se encontraban los escritos presentados por OTECEL, que expresaban su no aceptación al supuesto compromiso de cese del que se estaba informando.

Se adjuntaron como prueba peritajes informáticos que demostraban las publicaciones realizadas a través de internet, así como recortes de los principales diarios de circulación nacional, tanto públicos como privados, donde se publicitó la noticia.

**ii.** Presunción de Inocencia como garantía del Debido Proceso (Art. 76, numeral 2 CRE)

OTECCEL alegó que uno de los límites del derecho a la información es el honor, el buen nombre y la presunción de inocencia.

El Art. 8, número 2, de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que toda persona inculpada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

Se citaron varios precedentes de orden internacional como el *Caso Lizaso Azconobieta c. España*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró vulnerado este derecho porque después de la detención del supuesto acusado en el marco de una operación policial, el gobernador civil organizó una rueda de prensa en la que identificó al acusado por su nombre y se refirió al él sin matices ni reservas como infractor del ilícito investigado, aun cuando la investigación no había finalizado en el momento en el que se celebró la rueda de prensa. De esta manera, la rueda de prensa incitó al público a creer en la culpabilidad del acusado y prejuzgó la apreciación de los hechos por los jueces competentes.

El Art. 11, número 8, de la Constitución, prescribe que el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. Con la finalidad de desarrollar progresivamente el derecho constitucional a la presunción de inocencia, el Art. 47, de la LORCPM, establece un deber de secreto y reserva a la información que forma parte del proceso investigativo. Es importante recordar que los procesos investigativos de la SCPM inician como consecuencia de supuestas prácticas desleales de competencia y por tanto, contienen información sensible y privilegiada sobre aspectos técnicos, económicos e industriales atinentes a la actividad económica del operador investigado, siendo evidente que la SCPM tiene el deber de mantener el secreto y reserva de dicha información. Sobre todo, es trascendental recordar que el proceso investigativo terminará en sede administrativa con

una resolución que puede ser impugnada en sede judicial por el operador económico investigado, conforme lo permite el Art. 173 de la Constitución de la República. Por tanto, atribuirle al operador económico investigado el cometimiento de una infracción mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada, vulnera de manera directa, grave e inmediata el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

En el presente caso, OTECEL alegaba no haber cometido – ni haber reconocido haber cometido – actos de publicidad engañosa. La propuesta de compromiso presentada a la SCPM (compromiso de cese “A”), nunca identificó a la infracción materia de la propuesta como una infracción de publicidad engañosa. Por ello, la SCPM nunca debió haber informado públicamente sobre un supuesto “compromiso de cese” alcanzado como consecuencia de dicha infracción, ni tampoco podía condenar o establecer públicamente la responsabilidad de OTECEL dentro de un proceso que no ha concluido.

Reclamaron que La SCPM no puede hacer público el cometimiento de una infracción mientras no se declare la responsabilidad del operador económico investigado mediante sentencia ejecutoriada, más aún cuando se trata de un proceso protegido constitucionalmente por el deber de secreto y reserva. La presunción de inocencia se destruye cuando la entidad administrativa, obligada a mantener el secreto y reserva del proceso investigativo, condena públicamente al investigado, sometiéndolo a un escrutinio público parcializado que ya lo identifica como responsable de la infracción

**iii.** Derecho al Buen Nombre (Art. 66, numeral 18 CRE):

Se alegó que el amplio despliegue de información de la SCPM sobre el cometimiento de una infracción de publicidad engañosa, sin que exista previamente una resolución administrativa ni peor aún una sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad por dicho ilícito, vulneró el nombre de OTECEL.

Este derecho protege el prestigio o el reconocimiento que dentro de la sociedad tiene la persona jurídica y que se configura como un derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas.

Manifesaron que ser sentenciado prematura y falazmente frente a la sociedad como una persona jurídica que incurrió en conductas de publicidad engañosa tiene un efecto devastador en su derecho al buen nombre, pues expone al titular del derecho a un cuestionamiento y escarnio social derivado de la valoración moral que hace la sociedad sobre los actos ilícitos investigados.

Como pretensión concreta, se solicitó:

*“1. Declarar que los actos impugnados vulneraron los derechos: a la información, la presunción de inocencia y al buen nombre.*

*2. Reparación integral a través de las siguientes medidas:*

*2.1. Rectificación de la información de forma inmediata, obligatoria y gratuita, por los mismos medios de comunicación que ha sido difundida( Twitter, rueda de prensa y Boletines de Prensa en la Página WEB).*

*2.2. Mantener reservado el proceso investigativo en la SCP, mientras no exista sentencia ejecutoriada, atendiéndose de publicar información sobre este proceso en la web, medios de prensa, redes sociales.*

*2.2.1 Abstenerse de otorga entrevistas y rueda de prensa sobre este caso, hasta la existencia de sentencia ejecutoriada por autoridad judicial.*

*3. Medida de reparación integral por el daño material e inmaterial causado, compensación económica de conformidad al Art. 18 y 19 de la LOGJCC.”*

OTECCEL hizo énfasis en que no se impugnaba acto administrativo alguno sino derechos constitucionales, por lo que la vía era la idónea para conocer y resolver la controversia.

### **c) Resolución de Primera Instancia**

El caso fue conocido y resuelto en primera instancia por la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito.

La jueza que sustanció el proceso realizó de igual forma el análisis de procedibilidad de la acción de protección conforme lo previsto en el artículo 41 de la LOGJCC.

Respecto del acto violatorio de derechos constitucionales, se consideró lo siguiente:

#### **i. Respecto del Derecho al Debido Proceso:**

La jueza consideró que no puede verse vulnerado este derecho por cuanto no se estaba siguiendo un procedimiento administrativo entre OTECEL y la SCPM que haya sido irrespetado. Esto en referencia no al procedimiento del compromiso de cese, sino a lo que fue calificado por la jueza como “un oficio de reclamo” remitido por parte de OTECEL para solicitar que no se lleve a cabo la rueda de prensa, por lo que queda expedita la vía ordinaria para reclamar violaciones al debido proceso.

En otras palabras, los actos presuntamente vulneratorios de derechos por parte de la SCPM – rueda de prensa, difusión en boletines de prensa y redes sociales de un compromiso de cese con CONECEL – no se realizaron dentro del marco de un procedimiento administrativo por lo que no existe un procedimiento reglado que pueda ser irrespetado.

**ii.** Respecto del Derecho a la Seguridad Jurídica:

Se manifestó que tanto el debido proceso como la seguridad jurídica se refieren específicamente al proceso – en el sentido procesal de la palabra – y que en el presente caso no existe un proceso iniciado sino únicamente petitorios, sin que tampoco se hayan agotado las vías de reclamo respecto de estos.

**iii.** Respecto del Daño Ocasionado:

La jueza consideró que OTECEL no se refirió ni pudo probar un daño real ocasionado ni en la acción propuesta (escrito de demanda) ni en su intervención en la audiencia pública, donde el objeto primordial era demostrar de ser posible el daño causado.

Por lo que no tiene asidero su pretensión de reparación integral del daño material e inmaterial causado.

**iv.** Respecto de la Vulneración a los Derechos Constitucionales:

Los actos impugnados por OTECEL deben ser analizados a fin de determinar si fueron vulnerados, y de ser así, si fue en su rango legal o constitucional.

Se consideró que OTECEL voluntariamente se sometió al procedimiento de compromiso de cese contenido en el artículo 89 y siguientes de la LORCPM y los actos que impugna derivan de un acto administrativo que la jueza consideró válido – la resolución de la CRPI que aprobaba el compromiso de cese “B” – que a su criterio, fue dictada conforme las normas legales vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Realizó una enunciación de las normas de la LORCPM y su Reglamento respecto del procedimiento para la tramitación de compromisos de cese y concluyó que el procedimiento se ha cumplido conforme las pruebas

presentadas y que OTECEL, conforme la propia naturaleza de esta figura jurídica, al proponer un compromiso de cese reconoció haber cometido una conducta ilegal y se comprometió a remediarla.

Además, interpretó que al ser facultativa la posibilidad de los operadores económicos por constar en la ley la palabra “*podrá*”, si OTECEL consideraba que no podría comprometerse a cesar la conducta objeto de investigación y subsanar los daños causados, su opción sería no presentar propuesta alguna.

Sin embargo, la propuesta una vez presentada, pudo haber sido desistida y/o retirada por el operador económico a fin de que no se continúe con dicho trámite y se alcance una resolución que condene o absuelva.

Por lo tanto, la voluntad de continuar con el compromiso de cese, presentando observaciones a la propuesta revisada de la SCPM, OTECEL ha demostrado desear continuar con dicho procedimiento, y mal pueden los actos que nacen de la voluntad de una persona vulnerar sus propios derechos constitucionales.

La jueza concluyó que en este caso, las partes se encontraban frente a un acto voluntario de la accionante en que decidió acogerse al inciso primero del Art. 89 de la LORCPM y el primer inciso del Art. 114 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, al presentar una Propuesta de Compromiso de Cese ante la autoridad correspondiente, el cual es un acto que no acarrea violación de derechos constitucionales. Por lo tanto, no se encontró vulneración o violación a su derecho a la información veraz y a la presunción de inocencia.

Respecto a la argumentación de OTECEL de que con dicha información se vulneró el derecho al buen nombre de la compañía al comunicarse que se reconoció que existió publicidad engañosa, se consideró que no había pruebas suficientes para corroborar esta afirmación

Además, la información emitida por la SCPM en sus boletines de prensa, página web, redes sociales, etc. fue de una resolución emitida por la CRPI, acto que “es público y

no reviste de reserva como sí lo hacen las actuaciones del procedimiento de investigación previos al dictado de dicha resolución”.

El cumplimiento de las normas infra-constitucionales por parte de los ciudadanos y las personas del Estado Ecuatoriano, es el derecho a la seguridad jurídica, establecido en el Art. 82 de la Constitución de la República, en virtud del cual no se puede alegar vulneración de derechos por una persona a fin de desconocer normativa vigente, a la cual en el presente caso libre y voluntariamente se sometió el accionante.

En virtud de todos los antecedentes de hecho y derecho expuestos, la jueza negó la acción de protección propuesta por no haberse verificado la vulneración de derechos constitucionales.

#### **d) Resolución de Segunda Instancia**

No conforme con la sentencia de primera instancia, OTECEL interpuso un recurso de apelación que fue conocido y resuelto por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Pichincha.

Tras conocer el caso, la Sala resolvió:

- i.** La resolución administrativa publicitada, constituye un acto administrativo emitido por la CRPI, sin que exista restricción para el efecto, pues, el artículo 47 LORCPM<sup>91</sup> regula el deber de secreto y reserva de quienes

---

<sup>91</sup> “**Art. 47.- Deber de secreto y reserva.-** Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo.

*La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia.*

*Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto, la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Organos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información.”*

participan en la realización del proceso de investigación o en la tramitación de los expedientes, sin referir dicha limitación par al a autoridad (SCPM), pues consta de la Disposición General Tercera de la propia ley la regulación sobre la publicidad de las resoluciones.

Esta norma dispone:

*“Tercera.- Publicaciones.- Todas las resoluciones en firme de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se publicarán en el Registro Oficial, en su página electrónica y en la Gaceta Oficial de la Superintendencia.*

*Las resoluciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado entrarán en vigencia desde su notificación a las partes. [...]*

*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá, cuando el interés público lo justificare, ordenar la publicación de un extracto de esas resoluciones en uno de los diarios de mayor circulación a nivel nacional, cuyo costo será asumido por el infractor.”*

Por lo tanto, si el accionante pretende impugnar resoluciones administrativas dictadas por la SCPM tiene la vía expedita para hacerla en ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, además en la propia vía administrativa se prevén recursos de reposición y apelación, además de un artículo extraordinario de revisión, por medio de los cuales podrán revisarse los errores materiales de hecho o de derecho existentes en actos administrativos.

Estos serían los mecanismos idóneos para la revisión de la resolución en la que se aceptó el compromiso de cese propuesto por OTECEL, respecto de la infracción que se le ha imputado como aceptada – y que el accionante señala que no ha aceptado – ya que claramente corresponden a asuntos de legalidad y no constitucionalidad.

- ii. Respecto al derecho a la comunicación e información, se resaltó que no procede una alegación de vulneración a este derecho en virtud del contenido de las normas antes citadas de la LORCPM y especialmente a que la información generada en instancias públicas está regida por el principio de publicidad por mandato constitucional, y será reservada por excepción.
- iii. Respecto al derecho al buen nombre, la Sala se limitó a citar a la Corte Constitucional ecuatoriana que ha señalado en la sentencia Sentencia N. 047-15-SIN-CC, dentro del caso Caso N. 0009-12-IN:

*“Así, cuando un individuo se considere afectado en su reputación o dignidad, tiene el derecho, de conformidad con los artículos 75 de la Constitución de la República y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos , de acceder a la justicia y mecanismos judiciales idóneos que permitan la pronta reparación del derecho vulnerado. Es decir, el Estado deberá garantizar el acceso efectivo a mecanismos judiciales idóneos que permitan la reparación del derecho, entre ellos el derecho penal. En otras palabras, al verse vulnerado el derecho al honor de un individuo, el afectado tiene el derecho de acudir a la justicia para someter esta controversia a que sea resuelta por los jueces pertinentes quienes realizarán sus actuaciones con apego al marco constitucional y legal vigente, a efectos de precautelar la seguridad jurídica.”*

Y manifestó que cada garantía jurisdiccional tiene su ámbito de protección específico.

Por lo expuesto, la Sala resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, negando la acción constitucional de protección planteada por OTECEL, principalmente puesto que:

- i. La Constitución y la Ley establecen otros mecanismos para impugnar los actos administrativos desfavorables en sede administrativa como en sede judicial.

- ii. La LOGJCC establece como requisito sine qua non en su artículo 40 la inexistencia de otro mecanismo adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.
- iii. Que en las pretensiones se solicita la corrección o reserva de información relacionada con la legitimidad activa, lo que corresponde a una acción constitucional distinta.

Esta sentencia de segunda instancia se encuentra firme y ejecutoriada. Ninguna de las partes interpuso una acción extraordinaria de protección.

#### **e) Comentarios**

Este caso presenta muchas similitudes con la acción de protección interpuesta por CONCECEL. En lo principal, podemos observar que se trata de situaciones que pudieron haber sido evitadas o manejadas en modo distinto desde la propia SCPM.

Por un lado, es comprensible el deseo de la autoridad de publicitar sus primeras “sanciones emblema” y en cierto punto de pretender generar o fomentar una cultura de competencia en el país demostrando que inclusive los grandes operadores económicos también están sujetos a las mismas reglas de juego que aplican para todos.

No obstante, resulta evidente desde nuestro punto de vista que hubo un mal manejo de la información y la forma en que fue comunicada por la Superintendencia. Es más, la LORCPM y su Reglamento prevén de manera puntual formas en que la entidad de control puede hacer públicas las sanciones y resoluciones como es el caso de publicaciones en diarios, portales web, capacitaciones o admisiones que pueden ser ordenadas en la propia resolución sancionatoria, entre otras.

Pero en el caso que nos ocupa, existen múltiples aristas que deben ser tomadas en cuenta. Es evidente que la voluntad de OTECEL, tras el análisis que debieron haber realizado sus directivos junto con su equipo jurídico, fue la de celebrar un compromiso de cese para evitar posteriores consecuencias que pudieran derivar de la culminación de un proceso de investigación con una resolución sancionatoria. Por otro lado, es

obligación de la SCPM también respetar el debido proceso y los pasos previstos tanto en la LORCPM como en su reglamento para la tramitación y celebración de los compromisos de cese.

Si bien OTECEL presentó una propuesta de compromiso “A”, que fue modificada por la SCPM en una propuesta de compromiso “B” que fue publicitada en múltiples medios de comunicación, debían por lo menos tener la aceptación del operador económico para que se pueda hablar de un “compromiso”. En esta etapa procesal, OTECEL aún podía manifestar que no estaba de acuerdo con esas condiciones y que prefería continuar con el procedimiento de investigación conforme lo establecido en el segundo inciso del artículo 91 de la LORCPM. Haciendo una analogía, es como si un abogado diera una rueda de prensa anunciando haber ganado un determinado caso cuando aún está pendiente de realizarse la audiencia de juicio donde se dictará sentencia.

Esa es la postura con la cual OTECEL sustenta su acción de protección: la información difundida por la SCPM no es veraz – la Superintendencia, a su criterio, miente al público – y lo que es peor, no solamente que la información no es veraz sino que fue difundida a sabiendas de que no lo es y sin importar sus consecuencias. Esto lo pretenden demostrar con las comunicaciones dirigidas por parte del representante legal de la SCPM a OTECEL pidiéndole que no se lleve a cabo la rueda de prensa que ha sido anunciada.

Muy criticable resulta también desde nuestro punto de vista las resoluciones tanto de primera como de segunda instancia, porque en ambos casos no se valora la totalidad de argumentos presentados por OTECEL y no se ha logrado justificar el por qué, a criterio de los jueces, no se ha probado la violación de un derecho de rango constitucional. Peor aún, en la parte resolutive de las sentencias se analizan derechos constitucionales que no han sido alegados como vulnerados por las partes y se dejan de analizar otros que sí lo fueron.

Además, hay ciertos argumentos en las partes resolutive de las sentencias que nos han llamado la atención y que creemos no son sostenibles. Por ejemplo, el hecho de señalar que existen otras vías adecuadas y eficaces para impugnar los actos administrativos es

contradictorio pues en ningún momento se está impugnando acto administrativo alguno – ni siquiera la resolución de la SCPM en la que aprueba la propuesta de compromiso “B” – sino lo que es reclamado por OTECEL es su derecho al honor y buen nombre por las falsas declaraciones realizadas por la SCPM.

También se da a entender en las sentencias que, si OTECEL voluntariamente decidió someterse a un procedimiento para la aprobación de un compromiso de cese, que debe atenderse a las consecuencias por ser un acto voluntario. Esto resulta absurdo pues no se está cuestionando en ningún momento la voluntariedad o no del sometimiento a este procedimiento, lo que se cuestiona es si se vieron vulnerados derechos constitucionales o no del operador económico por el manejo de la información realizado por la SCPM.

También se hace una errónea interpretación, a nuestro criterio, del deber de reserva que debe mantener la SCPM previsto en el artículo 47 de la SCPM. La jueza señala que, a su criterio, los funcionarios que “participan de la investigación” son los únicos obligados a guardar reserva sobre el caso y que, por tanto, si otros funcionarios de la propia SCPM, superiores jerárquicos que no intervinieron directamente en la investigación, difunden mediante ruedas de prensa, etc. sus resultados, esta obligación de confidencialidad y reserva no les es extensible – contraviniendo expresamente la ley. Peor aún, señalan que se trata de información pública lo cual es falso conforme lo previsto en el artículo 47.

Respecto de la pretensión de reparación integral de OTECEL, en la que solicitan compensación económica, coincidimos con los jueces en que no se aportaron pruebas y se demostró un daño real – con un nexo causal a la SCPM – y cuantificado o cuantificable que pueda o deba ser resarcido.

En suma, más allá de las pretensiones de qué parte resultaron triunfadoras en el presente caso, consideramos que la SCPM, como entidad pública de control, pudo y debe manejarse de una manera distinta respecto de los procesos que tramita. No hay ningún inconveniente en tener y publicitar casos emblemáticos, pero siempre y cuando las resoluciones se encuentren en firme y se hayan respetado los procedimientos. Esto sirve para generar confianza institucional y credibilidad en la labor de esta muy importante entidad. Más allá de que se hayan declarado con o sin lugar las acciones de protección interpuestas en contra de la SCPM en este sentido, estos casos pueden

generar tanto en los operadores económicos como en la sociedad una sensación de que están siendo embaucados cuando son investigados por la SCPM y peor aún, cuando ya se encuentran en trámite procesos voluntarios en los que están asumiendo una determinada responsabilidad y obligándose a cumplir medidas correctivas, como lo es un compromiso de cese.

### 3.4.4. ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO vs. SCPM

#### a) Antecedentes Fácticos

En este punto englobaremos siete acciones de protección distintas, interpuestas por distintas entidades del sistema financiero ecuatoriano, dado que todas versan sobre los mismos hechos, impugnan un mismo acto administrativo dictado por la SCPM y tienen casi idénticos fundamentos de hecho y pretensiones (e inclusive resoluciones).

El 13 de diciembre de 2016, la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM dictó la Resolución SCPM-CRPI-0075-2016, en el marco de un proceso investigación instaurado por una denuncia en contra de la Asociación de Bancos Privados del Ecuador “ASOBANCA” y sus afiliados: Banco del Austro, Banco Bolivariano, Banco Capital, Banco CITI, Banco COOPNACIONAL, Banco General Rumiñahui, Banco Finca, Banco Guayaquil, Banco Internacional, Banco de Loja, Banco de Machala, Banco Pichincha, Banco ProCredit y Banco Produbanco.

El proceso versó sobre presuntas prácticas desleales cometidas por la banca privada en razón de que no habían implementado el dinero electrónico para apertura de cuentas, como forma de pago ni de ninguna otra forma.

Mediante la referida resolución, la CRPI resolvió acoger las medidas preventivas sugeridas por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales en un informe constante en el proceso, y adoptar las siguientes medidas preventivas que debían ser cumplidas por la banca privada:

“2.- [...]”

- a. *El cese de las presuntas prácticas desleales investigadas, en aras de buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios absteniéndose inmediatamente de realizar y difundir por cualquier medio impreso, televisivo, de redes sociales, alusiones denigratorias al medio de pago Dinero Electrónico, conforme a la ley.*

*Esta medida preventiva consiste en la orden de cese de la conducta, apariencia de buen derecho, es urgente en el tiempo, se adecua a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar, su tiempo de duración se extiende hasta la resolución final del procedimiento, no origina daño irreparable y no viola derechos fundamentales, por lo tanto es legalmente procedente. Cuéntese con la Superintendencia de Bancos en lo que corresponda;*

- b. Procedan a la implementación de la creación de cuentas de dinero electrónico a efectos de facilitar las transacciones a los usuarios, consumidores o entidades que hayan optado como medio de pago el dinero electrónico; para lo cual deberán realizar los tramites correspondientes según la Regulaciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera que haya emitido para tales efectos, en un termino que no se podrá extender mas allá de 30 días desde la notificación de la resolución de adopción de las medidas preventivas solicitadas.*

*Esta medida preventiva consiste en la adopción de comportamientos positivos, tiene apariencia de buen derecho, es urgente en el tiempo, se adecua a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar, su tiempo de duración se extiende hasta la resolución final del procedimiento, no origina daño irreparable y no viola derechos fundamentales, por lo tanto es legalmente procedente. Cuéntese con la Superintendencia de Bancos en lo que corresponda; y,*

- c. Se les prohíbe el rechazar, negar u obstaculizar transacciones en dinero electrónico, y prestar las facilidades – propias y de las entidades de servicios auxiliares – que tienen como partes integrantes de los sistemas monetario y financiero nacional, a los usuarios por medio de su tarjeta de debito o crédito, para recargar/transferir valores a su cuenta virtual de dinero electrónico, por medio de un POS. De esta manera, usuario tendría mayor numero de puntos de transferencias para realizar transacciones con este medio de pago, generando dinamismo y diversificación en los mercados.*

*Para tales efectos, el Banco Central, pondrá a disposición el Interfaz de Programación de Aplicaciones (API) del Sistema de Dinero Electrónico a efectos que permitan a proveedores de servicios auxiliares de pago o a usuarios a facilitar aplicaciones de transacciones con este medio de pago, generando dinamismo y diversificación en los mercados. Esta medida preventiva consiste en la adopción de comportamientos positivos, tiene apariencia de buen derecho, es urgente en el tiempo, se adecua a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar, su tiempo de duración se extiende hasta la resolución final del procedimiento, no origina daño irreparable y no viola derechos fundamentales, por lo tanto es legalmente procedente. Cuéntese con la Superintendencia de Bancos en lo que corresponda*

*3.- Las medidas preventivas dispuestas en el numeral 2 de la presente resolución estarán vigentes hasta la resolución definitiva del proceso investigativo que lleve adelante la Intendencia de investigación de Practicas Desleales.”*

Frente a esta resolución de la SCPM que, en definitiva, tenía como objeto obligar a la banca privada a aceptar el dinero electrónico a través de una medida preventiva, la gran mayoría de sus destinatarios que interpusieron, por cuenta separada, acciones de protección impugnándola.

Los procesos instaurados fueron los siguientes:

- i.** Asociación de Bancos Privados del Ecuador “ASOBANCA” vs. SCPM [Juicio No. 17203-2016-14498]

Esta acción de protección fue conocida y resuelta, en primera instancia, por la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito. La jueza de primera instancia rechazó la acción de protección interpuesta.

Apelada la decisión, fue conocida y resuelta por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que declaró sin lugar la apelación confirmando la sentencia de primera instancia.

Ninguna de las partes planteó una acción extraordinaria de protección.

- ii.** Banco de la Producción S.A. PRODUBANCO vs. SCPM [Juicio No. 09333-2016-00867]

Esta acción de protección fue conocida y resuelta, en primera instancia, por la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Samborondón, provincia del Guayas .

PRODUBANCO y su defensa técnica no asistieron a la audiencia en el día y hora señalados por lo que, aplicando de forma supletoria las normas del Código Orgánico General de Procesos, se declaró el abandono de la causa.

- iii.** Banco de Loja vs. SCPM [Juicio No. 17573-2016-00710]

Esta acción de protección fue conocida y resuelta, en primera instancia, por la Unidad Judicial de Violencia Contra la Mujer y la Familia No. 3, con sede en el cantón Quito, provincia de Pichincha.

La jueza de primera instancia rechazó la acción de protección interpuesta.

Ninguna de las partes planteó un recurso de apelación.

- iv.** Banco Bolivariano vs. SCPM [Juicio No. 09209-2016-06928]

Esta acción de protección fue conocida y resuelta, en primera instancia, por la Unidad Judicial Norte 1 de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

La jueza de primera instancia rechazó la acción de protección interpuesta.

Banco Bolivariano interpuso un recurso de apelación que fue conocido y resuelto por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas.

El Tribunal de Segunda instancia, con un voto de mayoría, revocó el fallo de primera instancia, declarando en consecuencia, con lugar la acción de protección interpuesta.

La SCPM planteó una acción extraordinaria de protección que, a la fecha de elaboración de la presente investigación, aún se encuentra tramitándose.

Esta constituye la única acción de protección aceptada – a falta de resolución por parte de la Corte Constitucional– por las entidades bancarias en contra de la SCPM.

**v. Banco Guayaquil vs. SCPM [Juicio No. 09281-2016-07106]**

Esta acción de protección fue conocida y resuelta, en primera instancia, por la Unidad Judicial de Garantías Penales con competencia en Delitos Flagrantes de Guayaquil, provincia del Guayas. El juez de primera instancia rechazó la acción de protección interpuesta.

Apelada la decisión, fue conocida y resuelta por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que declaró sin lugar la apelación confirmando la sentencia de primera instancia.

Ninguna de las partes planteó una acción extraordinaria de protección.

**vi.** Banco General Rumiñahui vs. SCPM [Juicio No. 17230-2016-19522]

Esta acción de protección fue conocida y resuelta, en primera instancia, por la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito, del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. La jueza de primera instancia rechazó la acción de protección interpuesta.

Apelada la decisión, fue conocida y resuelta por Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que declaró sin lugar la apelación confirmando la sentencia de primera instancia.

Ninguna de las partes planteó una acción extraordinaria de protección.

**vii.** Banco Pichincha C.A. vs. SCPM [Juicio No. 17203-2016-14600]

Esta acción de protección fue conocida y resuelta, en primera instancia, por la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito, provincia de Pichincha. La jueza de primera instancia rechazó la acción de protección interpuesta.

Apelada la decisión, fue conocida y resuelta por Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que declaró sin lugar la apelación confirmando la sentencia de primera instancia.

Ninguna de las partes planteó una acción extraordinaria de protección.

**b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

Los argumentos de las demandas interpuestas por las diferentes entidades del sistema financiero versaron principalmente en lo siguiente:

- i.** La SCPM no es competente para dictar resoluciones que obliguen a la banca a implementar o no el dinero electrónico, pues conforme lo previsto en la Constitución de la República, así como en el Código Orgánico Monetario y Financiero, la única función del Estado a la que le corresponde esto es la Función Ejecutiva, que se ve representada por la Junta de Política y Regulación Política y Monetaria (en adelante “**JPRMF**”).
- ii.** La JPRMF dictó con fecha 29 de agosto de 2016, la previo al inicio de la investigación en contra de la banca privada, la Resolución No. 274-2016-M que contiene las “*Normas para la Gestión del Sistema de Dinero Electrónico*” en donde se estableció la voluntariedad de la participación de las entidades financieras en el sistema de dinero electrónico.

Esto fue corroborado tanto por boletines dictados por la JPRMF, una vez se hicieron públicas las actuaciones de la SCPM y las acciones de protección interpuestas por la banca privada.

Asimismo, el Ministerio Coordinador de la Política Económica se pronunció públicamente

Las pretensiones consistieron en lo siguiente:

- i.** Se pidió conjuntamente con la acción de protección, medidas cautelares constitucionales que consistían en la suspensión de las medidas preventivas dictadas por la SCPM hasta que se resuelva el fondo del caso.
- ii.** Declarar que la resolución impugnada vulnera múltiples derechos constitucionales como:
  - a.** Derecho constitucional a opinar y expresar el pensamiento libremente en todas sus formas y manifestaciones (CRE Art. 66 y Art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).
  - b.** Derecho a la Defensa (CRE Art. 76, numeral 7, literales a), b), c) y h)).

- c. Debido Proceso (CRE Art. 76, numeral 6, literal I)).
  - d. Derecho de Libertad (CRE Art. 76, numeral 28, literal d)).
  - e. Seguridad Jurídica (CRE Art. 82)
  - f. Principio de Estricta Legalidad (CRE Art. 226)
  - g. Funciones del Banco Central del Ecuador como único organismo competente en materia de política monetaria (CRE Art. 303, numeral 6)
- iii. Disponer como medida de reparación integral el dejar sin efecto la resolución impugnada.

### c) Resoluciones

Las resoluciones de los jueces de primera instancia, así como de las Salas que conocieron los recursos de apelación interpuestos tuvieron los siguientes criterios para desechar las acciones y apelaciones:

- i. Se trata de un tema de mera legalidad que pudo y debió haber sido impugnado en la vía administrativa y/o judicial.
- ii. Conforme lo previsto en el artículo 62 LORCPM<sup>92</sup>, las medidas preventivas son una potestad del órgano de control, pudiendo dictarlas

---

<sup>92</sup> “**Art. 62.- Medidas preventivas.-** El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas

inclusive antes del procedimiento. Por lo que mal pueden alegar ninguno de los accionantes el no haber sido notificados dentro del proceso de investigación.

- iii. Los accionantes no han logrado demostrar cómo se ha vulnerado el derecho al debido proceso.

Únicamente se han limitado a señalar que las medidas preventivas deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que pretende evitar, pero no han podido justificar cómo estas medidas les causaron un daño, ni se ha evidenciado procesalmente que sean desmedidas, desproporcionadas o innecesarias, menos que violenten derechos constitucionales que ameriten ser dilucidados a través de una acción constitucional de protección.

- iv. La SCPM no ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica ni el derecho de libertad pues no se evidencia de modo alguno, que las medidas preventivas tengan la finalidad de obligarle a la banca privada a hacer algo o dejar de hacer algo que no esté prohibido por ley. Además, las medidas tienen un carácter temporal que tiene como finalidad únicamente el preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento de investigación se refiere, esto es, asegurar la eficacia de la resolución definitiva en caso de ser pertinente, o de lo contrario podrán ser revocadas.
- v. La SCPM tiene competencia para controlar y regular las operaciones de concentración económica; para prevenir, prohibir y sancionar las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios.
- vi. Las medidas preventivas dictadas por la SCPM no constituyen políticas monetarias ni de regulación del sistema de dinero electrónico, sino que

---

*preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.”*

constituyen medidas para que los bancos adopten un comportamiento positivo frente al dinero electrónico y así evitar el daño que pudiera causar a los usuarios conductas consideradas como desleales. Es decir, que la SCPM, con las medidas preventivas emitidas, cumple con el fin para el cual fue creada, que es evitar las practicas desleales, con el propósito de mantener un mercado justo y equilibrado, buscando el bienestar de los usuarios quienes están en la libertad de utilizar el dinero electrónico en sus relaciones comerciales y de pago.

Por otro lado, la resolución de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en el recurso de apelación interpuesto por Banco Bolivariano – única decisión que fue favorable al accionante – se fundamentó en lo siguiente:

- i. Respecto del Derecho a la Libertad de Expresión, se trata de una fórmula general que concibe el ejercicio de este derecho en su acepción más extensa y es lo que se ha denominado como libertad de expresión en estricto sentido; es decir, la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, información, manifestaciones por cualquier medio de expresión, así como el derecho a no ser molestado por ellas.

En conclusión, la Corte Constitucional determina que el derecho constitucional a la libertad de expresión es un derecho que encuentra sus límites razonables en los derechos de los demás; así como la responsabilidad ulterior por opinión es un principio que se encuentra recogido de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el fin de tutelar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, así como la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública (Resolución de la Corte Constitucional, publicada en el R. O. Suplemento 799 de 18 de Julio del 2016).

Este derecho comprende una doble dimensión; la dimensión individual de quien tiene el derecho a expresar sus ideas; y una dimensión colectiva referida al derecho de todas las personas de recibir pensamientos, ideas,

información, opiniones de quien las expresa. Los dos derechos deben ser protegidos simultáneamente. En consecuencia el literal a) de la Resolución de la SCPM vulnera el derecho a opinar y expresarse libremente contenido en el artículo 66, numeral 6 CRE.

- ii. Sobre el supuesto conflicto de competencias entre la SCPM y el Banco Central y la JPRMF, se debe estar a lo dispuesto en la CRE y el Código Orgánico Monetario y Financiero, norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y norma rectora en la materia, respectivamente.

Sobre la base de estas normas se ha creado y regulado el dinero electrónico como medio de pago siendo el Banco Central del Ecuador la única entidad autorizada para gestionarlo y la JPRMF la encargada de regularlo. Esto debe respetarse por mandato del principio de legalidad contenido en el artículo 226 CRE.

Por ello, la resolución dictada por la SCPM rebasa sus atribuciones, ya que no se puede obligar a entidades del sistema financiero a implementar la creación de cuentas de dinero electrónico, cuando la JPRMF, en uso de sus facultades exclusivas, dispuso que la creación de estas cuentas es voluntaria.

#### **d) Comentarios**

Dentro de los procesos analizados existe la particularidad de que todas las acciones de protección fueron rechazadas, tanto en primera como en segunda instancia, salvo la apelación interpuesta por el Banco Bolivariano.

Llama la atención también que la Sala que dictó la única resolución favorable es la misma Sala que rechazó la apelación interpuesta por Banco Guayaquil.

También, es un factor que se da a lo largo de todos los procesos el hecho de que, para negar la acción de protección, uno de los argumentos principales fue la existencia de otras vías adecuadas y eficaces. Los operadores económicos que impugnaban las

resoluciones centraron este argumento en el hecho de que, si bien no desconocían la existencia de otras vías tanto administrativas como judiciales, ninguna de ellas cumpliría el requisito de eficacia dado que tenían un término fatal para implementar el dinero electrónico.

Una de las percepciones que deja la lectura de las múltiples sentencias es que en ninguna, salvo la que le da la razón al Banco Bolivariano, realizan un análisis profundo respecto de la supuesta arrogación de funciones de la SCPM, de facultades exclusivas de la Función Ejecutiva, concretamente del Banco Central y de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. Las sentencias que desechan las acciones de protección se limitan a decir que al ser facultad de la SCPM dictar medidas preventivas, la actuación se enmarcó dentro de la ley, pero no justifican cuál es el límite que deben observar dichas medidas o cómo en el presente caso, no entran en un potencial conflicto con atribuciones exclusivas de otras entidades públicas. Contrariando la naturaleza propia de la justicia constitucional y de las garantías jurisdiccionales – esto es, la tutela de derechos fundamentales – las resoluciones parecieren ser mas propias de procedimientos civiles o penales en los que toda la carga de la prueba corresponde al actor y señalan en repetidas ocasiones que no se han probado vulneraciones de derechos, que no se ha probado daños causados, entre otros, pero sin argumentos de peso que demuestren por qué no ha existido vulneración a derechos de rango constitucional, más allá del mero hecho de que la SCPM está legalmente facultada para dictar medidas preventivas.

No obstante, es importante señalar que el resultado de estos procesos judiciales se vio afectado directamente por la “*Ley Orgánica para la Reactivación de la Economía, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera*”, vigente tras su publicación en el Registro Oficial el 29 de diciembre de 2017, reformó múltiples normas del Código Orgánico Monetario y Financiero, lo que trajo como consecuencia que el dinero electrónico deje de ser absolutamente controlado por el Banco Central del Ecuador para que pueda ser manejado por la iniciativa privada, pudiendo las distintas entidades financieras implementar sus propias billeteras electrónicas e incentivo para el uso del dinero electrónico.

### **3.4.5. INTERDIN S.A. vs. SCPM [Juicio No. 17203-2016-14772]**

#### **a) Antecedentes Fácticos**

La empresa pública YACHAY EP, presentó una denuncia ante la SCPM en contra de INTREDIN S.A. y otras entidades del sistema financiero, concretamente emisoras y administradoras de tarjetas de crédito, por el presunto cometimiento de prácticas anticompetitivas por abuso de poder de mercado en el mercado concreto de procesamiento de pagos mediante tarjetas de débito y crédito.

El día 12 de septiembre de 2016, la SCPM convocó a una rueda de prensa junto con YACHAY EP que tuvo como finalidad informar a los medios de comunicación y a la ciudadanía sobre una denuncia formal presentada en contra de INTERDIN S.A. y otros operadores económicos, por prácticas monopólicas.

En dicha rueda de prensa, se le concedió la palabra a la empresa pública denunciante para que exponga públicamente su denuncia. A la fecha de presentación de la acción de protección, ya había iniciado el procedimiento de investigación, no obstante, no existía resolución firme aún.

Ese mismo día, la SCPM publicó en su cuenta oficial en la red social Twitter el contenido íntegro del video de la rueda de prensa.

Posteriormente, el 22 de septiembre de 2016, en el marco del referido proceso de investigación, la SCPM dictó mediante resolución de la CRPI medidas preventivas en contra de INTERDIN y los demás investigados. Nuevamente, la SCPM hizo públicas estas medidas y dio a conocer públicamente el contenido de la resolución en su página web oficial.

Adicionalmente, el presidente de la CRPI y el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, celebraron una segunda rueda de prensa en la que comunicaron a los medios que la CRPI dictó una resolución de medidas preventivas contra los investigados, leyendo el contenido de las mismas.

INTERDIN S.A. consideró que todos estos hechos vulneraron múltiples derechos constitucionales, así como las normas de confidencialidad y reserva ordenadas por la SCPM, por lo que interpuso una acción de protección.

#### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

INTERDIN S.A. alegó que, al igual que en cualquier otro procedimiento administrativo, la SCPM está obligada a garantizar el debido proceso y demás derechos constitucionales de las partes. Debido a que la SCPM tiene competencia para sustanciar y resolver las denuncias presentadas para investigación, está obligada a actuar con absoluta imparcialidad e independencia frente a las partes procesales. Además, con la finalidad de garantizar los derechos constitucionales del operador económico investigado a la presunción de inocencia y buen nombre, la SCPM y sus funcionarios están obligados a guardar la confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos que hubieren tenido conocimiento a través de los procedimientos iniciados.

Por lo tanto, resulta contrario a todas sus facultades y las normas que rigen el procedimiento de investigación, el haber efectuado una rueda de prensa conjunta con YACHAY EP, en calidad de denunciante, y haber realizado múltiples publicaciones en la prensa respecto de hechos que aún no habían sido probados y cuando no existía una resolución administrativa firme.

Consideraron que esta actitud era abusiva, arbitraria, que desconocía la naturaleza confidencial del procedimiento de investigación, y que tenía el evidente objetivo de dañar la imagen de las compañías denunciadas, de forma injustificada ante los ojos de la ciudadanía. Más aún, resulta contradictorio que el propio Superintendente haya manifestado en la rueda de prensa que la denuncia y el procedimiento de investigación son reservados.

Los accionantes manifestaron en el libelo de su demanda que: *“El superintendente reconoció que la denuncia es reservada, pero nunca indica cuál es la excepción que permite violar el deber de reserva, siendo evidente que la sola afirmación de que el caso está relacionado a tecnologías de información o comunicación de importancia*

*sistémica, no constituye ninguna excepción o justificación para tal efecto. Además resulta sumamente grave que el superintendente que resolverá en última instancia la denuncia manifieste que ya no estamos en la condición de pagar cero dólares en términos de subsanación. El superintendente ha adelantado su criterio sobre la denuncia presentada y su resultado, siendo evidente que la presunción de inocencia ha sido impunemente agredida.”*

Por ello, la dimensión constitucional del problema radica en que los actos impugnados –entendidos como acciones y no actos administrativos – han difundido públicamente información y actuaciones de un proceso de investigación de carácter confidencial, reservado y secreto, desconociendo que no existe resolución firme o sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad de INTERDIN S.A. por el cometimiento de una infracción, vulnerando:

- i.** La presunción de inocencia consagrada en el artículo 76, numeral 2 de la Constitución.
- ii.** El derecho al buen nombre de INTERDIN S.A., consagrado en el artículo 66, número 18 CRE.
- iii.** El derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 CRE.

Para evitar que la acción fuera denegada por alguna de las causales de improcedencia previstas en la LOGJCC, el accionante recalcó en el libelo de la misma que ésta no pretendía impugnar acto administrativo alguno, ni tampoco discutir aspectos de mera legalidad atinentes al proceso investigativo; que no buscaba suspender, entorpecer o paralizar la investigación realizada por la SCPM, sino garantizar que dentro del proceso de investigación que a la fecha se encontraba en marcha, se respeten los derechos fundamentales que han sido violados a través de los actos impugnados que han difundido información, secreta y reservada.

Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 88 CRE, lo que buscaban era el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales a la presunción de inocencia

como una garantía esencial del derecho al debido proceso, y el derecho al buen nombre y seguridad jurídica, vulnerados de manera grave y directa por los actos impugnados, así como su reparación integral

La pretensión concreta fue:

1. *“Declare que los actos impugnados en la sección II de la presente acción vulneraron:*
  - (i) *El derecho constitucional a la presunción de inocencia.*
  - (ii) *El derecho constitucional al buen nombre.*
  - (iii) *El derecho constitucional a la seguridad jurídica.*
  
2. *Ordene la reparación integral: en relación con la vulneración a la presunción de inocencia como una garantía del debido proceso; en relación con la vulneración al derecho constitucional al buen nombre.”*

### **c) Resolución de Primera Instancia**

En primera instancia, el proceso fue conocido y resuelto por la Unidad Judicial Especializada Tercera de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia del cantón Quito, provincia de Pichincha.

La sentencia, en su parte resolutive, realizó una extensa conceptualización de la figura del “acto administrativo”, su significado y alcance. Se trajo a colación el contenido del numeral 4 del artículo 42 LOGJCC que señala como causal de improcedencia de la acción de protección *“Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”*.

### **~ Respeto de los Requisitos de Forma**

Si bien los accionantes manifestaron, precisamente para evitar caer en esta causal, que no impugnan acto administrativo alguno, dentro del libelo de la demanda se dice *“Identificación de los actos impugnados: La presente acción de protección se dirige*

*contra los siguientes actos emitidos por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado ( en adelante “la SCPM), una autoridad pública no judicial”*

Por lo tanto, la jueza de primera instancia consideró que si bien se encuadraba el reclamo dentro de las normas de la LOGJCC, dichas normas no se refieren solo a actos sino a hechos, por lo que la accionante no ha agotado las vías para su reclamo.

Añadió que la acción, en los términos que se ha sido planteada, no puede confundirse con la unidad jurisdiccional ni con el derecho a la tutela judicial efectiva, que dispone de acciones y recursos que garantizan el control de la legalidad de los actos u omisiones administrativas, principios que se encuentran establecidos en los artículos 167, 168, 169 y 173 de la CRE.

Por ello, consideró que la reclamación de INTERDIN S.A. corresponde a hechos o aspectos de mera legalidad, mismos, que deben ser tratados en la vía ordinaria respectiva, manifestando que *“Pretender sacarle del ámbito de mera legalidad el asunto de esta acción de protección, para llevarlo a la categoría de garantía constitucional, es un despropósito que desnaturaliza la esencia de la misma consagrada en la Constitución, en sus artículos 86 y 88.”*

#### **~ Respecto del Fondo de la Demanda**

Sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales, la jueza se limitó a conceptualizar los derechos señalados por el accionante en la demanda, y posteriormente señalar que, de la revisión de la prueba aportada por las partes, no se ha justificado que desde que se inició el proceso de investigación la SCPM haya violado estos derechos ya que los hechos relatados por la accionante se refieren a actos anteriores al proceso de investigación (la rueda de prensa de 2 de septiembre de 2016) y el proceso investigativo inició en la SCPM el 12 de septiembre del mismo año, por lo que no se ha demostrado la vulneración de tales derecho.

En relación a la violación del derecho al buen nombre de INTERDIN S.A., se señala que la accionante ha transcrito partes de la rueda de prensa con YACHAY EP en el libelo de la demanda, en las cuales en parte alguna se determina que el Superintendente

se refiere a INTERDIN S.A. en sus declaraciones y realice afirmaciones sobre operador económico alguno.

Así también, del peritaje presentado por la accionante se corrobora que los videos que se encuentran en la página web de la SCPM no ha sufrido modificaciones con lo que se ratifica lo mencionado que en dichos videos de la rueda de prensa no se hace referencia a la accionante.

Por lo expuesto, resolvió negar la acción de protección planteada.

#### **d) Resolución de Segunda Instancia**

INTERDIN S.A. apeló de la decisión, y la apelación fue conocida y resuelta por la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

La sala consideró lo siguiente:

##### **i. Respetto de la Presunción de Inocencia:**

La rueda de prensa fue realizada en forma previa al inicio formal del procedimiento de investigación.

Indican que de la prueba que ha sido aportada al proceso, no se evidencia vulneración a la garantía de presunción de inocencia que acusa INTERDIN S.A. pues no se ha expuesto por parte de los personeros de la SCPM juicio anticipado u opinión que atente contra dicha garantía, pues la presunción de inocencia como parte del derecho al debido proceso constitucional, no es otra cosa que la observancia del estatus jurídico de inocente que tiene una persona, hasta que quien lo acusa de la comisión de alguna infracción, demuestre lo contrario, es decir, hasta que dicho estado haya sido desvirtuado y se haya probado su culpabilidad y esta condición haya sido determinada por autoridad competente. Así la garantía de que en todo proceso sancionatorio, el punto de partida sobre el que se construye el proceso, sea la inocencia del acusado.

Más allá de la rueda de prensa inicial, respecto de las publicaciones realizadas en Twitter por parte de la SPCM respecto de las medidas preventivas ordenadas, la Sala consideró que el artículo 47 LORCPM determina el deber de reserva especificando que ésta se extiende a la prohibición de divulgar sobre los hechos y actuaciones que forman parte de la investigación, no así la adopción de medidas determinadas en la Ley, ni la puesta en conocimiento de las acciones adoptadas por la autoridad en razón de las facultades que le otorga la Ley. En este sentido, no consideraron que existió afectación a la garantía de la presunción de inocencia ni del derecho al debido proceso.

**ii.** Respeto del Derecho al Buen Nombre:

Toda vez que, a criterio de la Sala, los actos ejecutados por la SPCM eran perfectamente lícitos y conforme a derecho, se señaló que el llevar a efecto los actos permitidos por la ley, no podrían entenderse como un atentado al buen nombre de la accionante, mucho más si se considera que la misma CRE consagra en su artículo 18, numeral 2, el derecho que tienen las personas, en forma individual o colectiva, a acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas, precisando además que no existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley, mandato constitucional por el cual la información generada en instancias públicas está regida por el principio de publicidad, siendo la reserva una excepción.

**iii.** Respeto del Derecho a la Seguridad Jurídica:

Se acusó por parte de la accionante la inobservancia del artículo 47 LORCPM por parte de la SPCM, por lo que al no haberse justificado ésta, coincidiendo incluso las partes en la audiencia que la formalización de la denuncia con la que se daría inicio al proceso de investigación en contra de INTERDIN S.A. fue posterior a la denuncia pública realizada por YACHAY EP en rueda de prensa

Por lo expuesto, la Sala desechó el recurso de apelación presentado, ratificando la sentencia de primera instancia.

Ninguna de las partes interpuso una Acción Extraordinaria de Protección.

#### **e) Comentarios**

Al igual que en los casos de CONECEL y OTECEL, se trata de una nueva acción de protección interpuesta en contra de la SCPM relacionada al manejo de información en un proceso investigativo.

Personalmente, consideramos que las sentencias dictadas tanto dentro de primera como de segunda instancia no se encuentran debidamente motivadas ya que no se adentran dentro del problema jurídico real que fue puesto a conocimiento de los juzgadores.

Ambas sentencias determinaron que no existió ni un solo derecho constitucional vulnerado por parte de la SCPM. No obstante, existen muchas actuaciones por parte de la SCPM respecto de las que no se pronunciaron las sentencias, y otras en las que no aplicaron las normas de la LORCPM en la forma adecuada.

En el presente caso, se trata de un hecho sui generis el hecho de que un denunciante – inclusive previo al inicio formal de un procedimiento de investigación por presuntas violaciones a la SCPM – sea presentado en una rueda de prensa altamente mediática por parte del órgano de control para presentar públicamente los hechos que denunciaba. ¿Dónde queda entonces la igualdad prevista en la CRE? ¿Por qué dar un tratamiento diferenciado a determinados denunciantes frente a otros? Independientemente de la resolución del procedimiento de investigación, si cualquier ciudadano presenta una denuncia ante la SCPM existen unas probabilidades extremadamente remotas, por no decir casi nulas, de que la superintendencia lo invite a dar una rueda de prensa, convocada y publicitada por la propia entidad, para exponer su denuncia. ¿Por qué obrar de forma distinta cuando se trata de una empresa pública? La razón de que estas prácticas no ocurran es precisamente la presunción de inocencia hasta que no exista una resolución firme que determine la responsabilidad o inocencia

del operador económico investigado. Es evidente que habrá repercusiones en la imagen de cualquier operador económico – más allá de que puedan o no probarse los perjuicios concretos en un proceso judicial – pues su percepción pública se verá afectada; inclusive resultando absuelto del procedimiento.

El argumento utilizado para desechar el posible adelantamiento de criterio o predisposición por parte de la SCPM fue que el proceso formalmente no había iniciado. No obstante, consideramos que estos hechos indudablemente dan a suponer una determinada inclinación por parte de la SCPM, y a todo evento, no contribuyen a la imagen que debe proyectar como una institución seria e imparcial debido a las muy amplias facultades y responsabilidades que la LORCPM le otorga.

Respecto de la segunda violación alegada – las publicaciones de las medidas preventivas en Twitter – la sentencia de segunda instancia se adentró un poco más en los hechos pero no tampoco pudo justificar debidamente cómo estas publicaciones no resultaban vulneratorios al artículo 47 LORCPM

Esta norma señala claramente:

*“Art. 47.- Deber de secreto y reserva.- Quienes tomaren parte en la realización de investigaciones o en la tramitación de procedimientos o expedientes previstos en esta Ley o conocieren tales expedientes por razón de su cargo, labor o profesión, están obligados a guardar confidencialidad, reserva y secreto sobre los hechos de que hubieren tenido conocimiento a través de ellos, en aplicación de las normas de este capítulo.*

*La obligación de confidencialidad y secreto se extiende a toda persona que en razón del ejercicio de su profesión, especialidad u oficio, aun cuando no formare parte de la Superintendencia, llegare a conocer de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en las disposiciones de la presente Ley y en las leyes y reglamentos de la materia.*

*Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales, que pudieren corresponder a los infractores del deber de sigilo, confidencialidad o secreto,*

*la violación de este deber se considerará como causal de destitución. Sólo podrán informar sobre aquellos hechos o circunstancias a los Jueces, Tribunales y Órganos competentes de la Función Judicial y sólo por disposición expresa de juez o de los jueces que conocieren un caso específico, Función que mantendrá la confidencialidad de la información.”*

La disposición contiene múltiples elementos. En primer lugar, tenemos el elemento subjetivo, esto es, quiénes están obligados a guardar el deber de secreto y reserva. La norma señala claramente que esta obligación se extiende a todos quienes tomaren parte de la realización de investigaciones o tramitación de los procedimientos o expedientes e inclusive la amplía más, señalando que serán todos quienes por su labor, cargo o profesión estén obligados a guardarla – ni siquiera se limita a los funcionarios de la SCPM.

Respecto del segundo elemento, el contenido objetivo de la norma – el ámbito de protección de la información – se establece que no se podrá revelar respecto de información contenida en los expedientes, investigaciones y denuncias fundadas en la LORCPM.

Por último, tiene un elemento sancionatorio que establece que serán responsables de sanciones civiles y penales.

El argumento de la SPCM – aceptado por los jueces – fue que al no existir un procedimiento formal (expediente) iniciado previo a la rueda de prensa de YACHAY EP no era aplicable dicha disposición. Nos preguntamos entonces ¿qué sentido tiene una norma que establece márgenes de protección tan amplios si de todas maneras se revelará esta información al público previo a la existencia de una resolución firme?

En el caso de INTERDIN S.A., cómo podemos hablar de que el contenido material de esta norma – e inclusive su espíritu – iba a ser respetado si previo a la existencia de un procedimiento la ciudadanía y los medios ya conocían que fue denunciado. Resultaba entonces en la práctica inaplicable la parte de la norma que prohíbe revelar denuncias realizadas a la SCPM pues la propia entidad ya reveló estos hechos, antes inclusive de abrir el expediente respectivo.

Si bien podría considerarse debatible lo antes señalado, argumentando que aplicando estrictamente el espíritu de la norma, no puede vulnerarse el deber de secreto y reserva previo a la investigación, lo que de ninguna manera consideramos justificable es la publicación de las medidas preventivas aplicadas y el argumento utilizado por la Sala para desechar la acción presentada.

Desde nuestro punto de vista, la providencia o auto que dicta medidas preventivas dentro de un procedimiento de investigación por parte de la SCPM es parte del expediente y por lo tanto se encuentra cubierto por esta disposición que señala textualmente que no se podrá revelar “*información contenida en los expedientes*”. El argumento de la Sala fue que, al no señalar el artículo 47 LORCPM textualmente “medidas preventivas” debemos entender que a estas no aplicaba el deber de reserva y que por tanto mal podía sancionarse a la SCPM por obrar dentro de las facultades otorgadas por Ley. Consideramos que este argumento es insostenible pues las medidas preventivas son sin duda alguna parte del expediente.

Además, los jueces debieron interpretar cuál es el sentido o razón de ser del artículo 47 LORCPM a efectos de poder aplicarlo, más allá de su interpretación literal. ¿Qué debemos entender entonces a qué se limita la expresión “*información contenida en los expedientes*” del artículo 47 LORCPM? Las consecuencias de esta falta de interpretación tal vez resulten ser más evidente si hacemos una analogía con el proceso penal. Qué grave sería si una persona que está siendo investigada o procesada – y que no podemos saber si resultará condenado o absuelto – sea publicitada en los medios de comunicación por haberse dictado en su contra, por ejemplo, presentaciones periódicas ante el juzgado. Evidentemente esto generaría un cambio en la percepción de terceros respecto de si cometió o no los hechos por los cuales es investigado. En caso de resultar absuelto inclusive, resultaría difícil que se pueda quitar ese estigma.

Además, algo que resulta un patrón común en todas estas acciones de protección a las que nos hemos referido respecto al manejo de información de la SCPM – CONECCEL, OTECEL, INTERDIN S.A. – las sentencias se encuentran motivadas de una forma que consideramos incompleta. Resultaría fácil si cualquier juzgador, al conocer una acción de protección y realizar el examen de procedencia se limitara a enunciar las

disposiciones contenidas en la LOGJCC y señalar que “hay otra vía adecuada y eficaz” o que “no se ha constatado vulneración de derechos fundamentales”. Por ello, es labor de los juzgadores indicar expresamente por qué se cumplen o no los requisitos y fundamentar sus sentencias.

En el presente caso, si los jueces consideraban que lo denunciado no se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 47 LORCPM debían señalar como es que, a su criterio, debía ser aplicado este artículo.

### **3.5. Análisis de las Sentencias dictadas en la Vía Contencioso Administrativa durante el período 2016 – 2017**

En este acápite analizaremos las sentencias dictadas en procesos contencioso administrativos iniciados en contra de la SCPM durante el período enero 2016 a diciembre 2017.

#### **3.5.1. CORPORACIÓN EL ROSADO vs. SCPM [Juicio No. 09802-2016-00608]**

##### **a) Antecedentes Fácticos**

Corporación El Rosado S.A. es una compañía constituida en la ciudad de Guayaquil. Actualmente el “Grupo El Rosado” es uno de los operadores económicos más importantes del país y se ha diversificado en múltiples negocios, teniendo entre sus principales a hipermercados, centros comerciales, ferreterías, jugueterías, cines y franquicias de comida rápida como *Mi Comisariato*, *Ferrisariato*, *Mi Juguetería*, *Rio Store*, *RioCentro Shopping*, *El Paseo Shopping*, *Supercines*, *Radio Disney*, *Carls Jr.*, *Chili's*, *Red Lobster*, entre otros.

La SCPM inició una investigación preliminar el 20 de Julio del 2013 a Corporación El Rosado, que más adelante derivó en el inicio de una investigación formal relacionada a supuestas infracciones a la LORCPM, concretamente en lo referente a prácticas desleales tipificadas en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> “**Art. 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...]”

**2.- Actos de engaño.-** Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.”

El fundamento de la investigación consistió en que Corporación El Rosado realizó múltiples actos de publicidad, tanto radial como televisiva, respecto del producto “Aceite Light Mi Comisariato” que comercializaba en sus distintos establecimientos. La SCPM determinó tras la sustanciación del procedimiento de investigación que dichos aceites no cumplían en realidad los requisitos para ser considerados aceites “light”, como lo es el hecho de ser bajo en grasas y calorías y resolvió sancionar al operador económico investigado.

Posteriormente, Corporación El Rosado impugnó la resolución sancionatoria de la CRPI mediante un recurso subjetivo.

### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

El acto administrativo impugnado por parte de Corporación El Rosado fue la resolución dictada con fecha 11 de abril de 2016 por parte de la CRPI, así como la correspondiente providencia dictada el 12 de mayo de 2016 que negó el recurso de ampliación solicitado, mediante las cuales la SCPM resolvió declarar responsable a la accionante por prácticas contrarias a la LORCPM y establecer las sanciones correspondientes.

En su parte pertinente, la resolución dispuso:

- 1. “Acoger parcialmente el informe [...] emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.*
- 2. Multar al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., por un valor de tres millones noventa y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y seis dólares americanos 19/100 (USD 3.094.456,19) por haber incurrido en la conducta infractora establecida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.*
- 3. Ordenar al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. que la multa sancionadora sea pagada dentro del término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente Resolución [...].*

4. *Imponer como medida correctiva, que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., por el lapso de tres meses, realice una campaña publicitaria en los principales medios de comunicación masivo, incluyendo prensa, radio, televisión y redes sociales, mediante la cual se difunda a los consumidores y al público en general las características, los requisitos y las condiciones necesarias para que un producto alimenticio sea considerado como “light”.*
5. *El estudio y diseño de la campaña publicitaria deberá ser presentada para la aprobación de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en un término máximo de 30 días. La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales contará con el término máximo de cinco días para aprobar la agenda y el tiempo para la ejecución discurrirá inmediatamente de aprobado el plan. Los costos de las diferentes etapas de la campaña publicitaria correrán a cargo del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.*
6. *Que dentro de la campaña publicitaria deberá se anunciará que se está dando cumplimiento a una medida correctiva adoptada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como sanción al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. [...]”*

Los argumentos de Corporación El Rosado fueron los siguientes:

- a) El procedimiento administrativo está viciado de nulidad por cuanto:
  - i. Inicialmente, el cargo imputado era relacionado a prácticas engañosas con actividades de publicidad referentes a los aceites light. Posteriormente, el momento en que la CRPI se pronunció sobre aspectos ajenos al Informe de Resultados y Formulación de Cargos vulneró el principio de congruencia, afectando el derecho a la defensa del operador económico investigado.

Situación que se agrava dado que Corporación El Rosado vio afectado su derecho a la defensa al no tener oportunidad de contradecir, alegar o presentar pruebas de descargo al respecto, por no habersele notificado oportunamente.

- ii. La SCPM se ha pronunciado en el Informe de Resultados y Formulación de Cargos, con fundamento en normas de la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley Orgánica de Salud, materias que no son de su competencia, por lo que se habría violentado el principio de legalidad al arrogarse la atribución de control desde tales ópticas.

Estos informes constituyen el antecedente y fundamento del acto administrativo impugnado.

- iii. Existe un Informe Final Ampliatorio que fue declarado confidencial por parte de la SCPM, distinto al único informe al que sí tuvo acceso Corporación El Rosado, por lo que al no habersele notificado de la forma prevista en el artículo 71 del Reglamento LORCPM<sup>94</sup>, privando al operador económico del derecho a la defensa. Esto también generó la nulidad del acto administrativo dictado y provocó el cese de competencia de la SCPM.
- iv. La CRPI dividió la continencia de la causa sin fundamento, ya que el artículo 66 del Reglamento LORCPM<sup>95</sup> confiere dicha potestad al órgano de investigación únicamente, y que en la etapa procesal en que se encontraba el procedimiento, ya se había evacuado información proporcionada por los operadores económicos dentro de la causa. Por lo tanto, pretender mantener la confiabilidad, reserva y secreto era extemporáneo.

---

<sup>94</sup> “**Art. 71.- Etapa de resolución.-** Una vez recibido el informe final y en el término de tres (3) días, el órgano de sustanciación y resolución correrá traslado con el mismo a las partes, las que podrán presentar alegatos ante dicho órgano en el término de diez (10) días. [...]”

<sup>95</sup> “**Art. 66.- Acumulación de expedientes.-** El órgano de investigación, de oficio o a solicitud de los interesados, podrá ordenar la acumulación de expedientes cuando entre ellos exista una conexión directa.”

- v. La resolución es nula por adolecer de falta de motivación, al haber omitido pronunciarse sobre todos los argumentos expuestos por Corporación El Rosado, en cuanto a **(i)** la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a la aplicación de la multa económica; **(ii)** la forma de determinación del mercado relevante; y **(iii)** la pertinencia de las medidas correctivas.
  
- vi. La resolución es nula por cuanto no se habría demostrado la subsunción de Corporación El Rosado en las conductas prohibidas indicadas en la formulación de cargos, esto es, las actividades de publicidad. El Rosado señalaba que únicamente contaban con la etiqueta del producto la leyenda “light” pero que no necesariamente lo promocionaban así en medios de comunicación masivos.

Al efecto, pese a que la carga de la prueba le correspondía a la SCPM, Corporación El Rosado solicitó a varios medios de comunicación televisivos radiales y escritos que certifiquen haber prestado el servicio de publicidad en los últimos cinco años a Corporación El Rosado, recibiendo todas las respuestas negativas. Por lo tanto, la SCPM no habría aportado medios probatorios para demostrar que se realizó publicidad.

- vii. La participación del accionante en el mercado relevante de aceites “light” es marginal (no supera el 0,08%) en comparación con otros operadores económicos, por lo que no afectó al interés general. Consecuentemente, en proporción a dicha participación, se debe calcular la multa.
  
- viii. La SCPM no explicó el procedimiento adoptado para determinar el mercado relevante de aceites “light”, argumentando que el mismo se compone de aceites comunes y light conjuntamente, fijándolo en trece millones setecientos cincuenta y tres mil ciento treinta y ocho dólares americanos 63/100 (USD \$13.753.138,63) para el año 2014, lo cual implicó la aplicación de una multa desproporcional con la trascendencia de las conductas atribuidas a Corporación El Rosado, cuando su volumen de

ventas por concepto de aceites “light” fue de tan solo cincuenta y siete mil trescientos sesenta dólares americanos 80/100 (USD \$57.360,80).

- ix.** Las medidas correctivas son impertinentes, inútiles y onerosas por cuanto Corporación El Rosado cesó la conducta que habría afectado el derecho de competencia con anterioridad al inicio del proceso investigativo, e implicaría realizar publicidad sobre los requisitos de productos “light” distintos a los aceites, así como erogaciones superiores a los ingresos generados por las ventas referidas.

La SCPM, en su contestación a la demanda, se excepcionó de la siguiente manera:

- i.** El problema jurídico consiste en la determinación de la adecuación de la conducta de Corporación El Rosado a lo descrito en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, falseando la competencia mediante actos de engaño, induciendo al público a comprar un producto que no reunía las condiciones científicas y técnicas para ser considerado “aceite de soya light”.
- ii.** En la demanda se ha confundido el concepto de falta de motivación con indebida motivación, y que a lo largo del procedimiento se ha respetado el debido proceso, así como los principios de legalidad y legitimidad.
- iii.** La sanción impuesta en la Resolución – acto impugnado – obedece a los mismos cargos contenidos la Formulación Inicial, esto es, por haber incurrido en prácticas de engaño tipificadas en la LORPM. La mención de normativa contenida en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y Ley Orgánica de la Salud no implica arrogación de competencias, sino supletoriedad.
- iv.** La afectación al interés general no es atribuible a la participación marginal en el mercado, sino al daño potencial que pueden sufrir los concurrentes, consumidores o el orden público.

- v. La publicidad pasiva es más alta, eficaz y eficiente que la activa, considerando que el ciclo publicitario es perfecto en atención al posicionamiento y dimensiones del canal de distribución constituido por los supermercados “Mi Comisariato”, que son de propiedad de Corporación El Rosado, por lo que la sola etiqueta ya es publicidad, al igual que el mismo producto o su ubicación dentro de la tienda de expendio.
  
- vi. El mercado relevante se encuentra compuesto por el mercado del producto o servicio y el mercado geográfico, y así lo determinó la SCPM por intermedio de la IIPD.
  
- vii. Además del engaño informativo, podría existir un perjuicio en cuanto al precio que enfrenta el consumidor pues al vender un aceite regular al precio de uno “light”, que se entiende contiene beneficios adicionales, sin tenerlos, significaría una afectación directa al consumidor.
  
- viii. El mercado relevante está constituido por todos los aceites vegetales comestibles en virtud de la posibilidad de sustitución que puede realizar el consumidor debido a la similitud de sus características, excepto los de oliva ya que a pesar de ser también comestible, en Ecuador el precio de éste varía considerablemente.
  
- ix. Para el cálculo de la multa se aplicó lo establecido a partir del artículo 81 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esto es la sanción hasta con el 10% del volumen de negocio total del operador económico en el ejercicio inmediatamente anterior a la imposición de la multa. El concepto de Volumen de Negocios se define en el artículo 6 de la LORCPM, y artículo 5 de su Reglamento. La base para el cálculo del importe de la multa se estructura según el artículo 96 ibídem, es decir el volumen de negocios realizado en el mercado relevante.
  
- x. Sí fue considerado como atenuante para la graduación de la multa el hecho del cese de la conducta investigada.

- xi.** La división de la continenencia de la causa efectuada mediante providencia del 18 de diciembre de 2015, las 15h30, fue realizada con amparo en el ordenamiento jurídico.
- xii.** El Informe Final de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales fue declarado confidencial por la CRPI en providencia del 18 de diciembre del 2015 a las 15h30 a fin de no conculcar el derecho a la confidencialidad de los demás operadores económicos sujetos de investigación.

### **c) Sentencia**

La demanda fue conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, provincia del Guayas.

El objeto de la controversia se delimitó en: *“Determinar si para la expedición de la resolución de fecha 11 de abril del 2016 dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y la correspondiente providencia de ampliación de 12 de mayo del 2016, mediante el cual se impuso a la Corporación El Rosado S.A. una sanción pecuniaria, se la realizó amparada en la ley y el debido proceso.”*

El proceso se resolvió con una decisión de mayoría, existiendo un voto salvado.

La Sala se pronunció en el siguiente sentido:

- i.** Respecto de la excepción de Improcedencia de la Acción por cuanto el acto administrativo goza de presunciones de legalidad y legitimidad, así como la inexistencia de violación de norma alguna, de nulidad del procedimiento, así como de la resolución por encontrarse debidamente motivados, efectivamente corresponde a la Sala realizar el examen de legalidad al acto administrativo impugnado.

- ii.** La Negativa Pura y Simple de los fundamentos de hecho y de derecho únicamente reafirma la carga de la prueba, que corresponde a la parte accionante.
- iii.** No existe incumplimiento de los requisitos legales exigidos para la presentación de la demanda, situación que ya fue analizada al momento de dictar el auto de calificación respectivo.
- iv.** Respecto de si el Informe Final fue notificado conforme lo dispuesto por el artículo 71 del Reglamento LORCPM:

El Tribunal identificó que durante la fase investigativa, la SCPM asignó al expediente el número SCPM-IIPD-2013-015, y durante la fase resolutive, el número SCPM-CRPI-2015-076, dentro del cual se emitieron los actos administrativos finalmente impugnados. Ambas fases se encuentran directamente interrelacionadas ya que se orienta al mismo fin, esto es determinar la existencia, participación y grado de responsabilidad de los operadores económicos en eventuales prácticas de competencia desleal, de manera que la primera habilita a la segunda, o la segunda requiere ampliaciones de actuaciones o informes a la primera, como ha ocurrido en el presente caso.

Conforme obró del expediente procesal y de la exposición de las partes en la audiencia respectiva, el Informe Final dictado dentro de la fase investigativa no fue notificado a Corporación El Rosado dentro del plazo y forma reglamentariamente establecidos. Esto se debe a que el Informe Final – que analizaba y emitía conclusiones respecto de varios operadores económicos dentro del mercado de los “aceites light” – fue recibido por parte de la CRPI para dar inicio a la fase resolutive y en la primera providencia posterior a este hecho, el presidente de la CRPI dispone avocar conocimiento del mismo, incorporarlo al expediente, pero

fundamentalmente, declarar su carácter de confidencialidad conforme el artículo 3 del Reglamento LORCPM.<sup>96</sup>

Si bien este hecho no se opone a lo dispuesto en el artículo 71 ibídem, el propósito de esta norma es evidentemente, en atención a un trámite reglado, que el operador económico investigado pueda realizar la contradicción oportuna de los argumentos que haya recabado la autoridad en la fase investigativa, de manera que se garantice el acceso transparente a las actuaciones de la entidad pública y el derecho a la defensa. En el presente caso, debía darse esta interpretación siendo Corporación El Rosado uno de los operadores económicos sobre los cuales se pronunciaba el Informe Final.

Posteriormente, el presidente de la CRPI pidió a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales que emita un informe ampliatorio individualizando a cada operador económico involucrado. Ninguno de estos dos informes fueron debidamente notificados al accionante.

Al dejar de notificarlos de la manera como el reglamento dispone, se impidió a Corporación El Rosado conocer oportuna y formalmente el contenido total del mismo, o al menos de forma parcial (si la intención es conservar sigilo o reserva de información potencialmente sensible respecto de otros operadores económicos involucrados), proporcionando las reproducciones de las partes pertinentes al accionante, siendo en ese contexto necesario señalar que la notificación del informe ampliatorio resulta ineficaz al no notificarse el informe final que amplía.

Por lo tanto, en el estado constitucional de derechos y justicia como es la República del Ecuador, no es sostenible que el sujeto investigado sea privado de conocer todas y cada una de las fases del proceso instaurado en su contra (en este caso, se trata de una fase investigativa, directamente

---

<sup>96</sup> “**Art. 3.- Confidencialidad de la información.-** La información y documentos que haya obtenido la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en la realización de sus investigaciones podrán ser calificados de reservados o confidenciales, de oficio o a solicitud de parte interesada. La Superintendencia establecerá el instructivo para su tratamiento en el marco de la Constitución y la ley.”

relacionada con una fase resolutoria: las actuaciones de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales nutren, habilitan, promueven, dan paso sinérgicamente a las actuaciones de la CRPI), por lo que se ha violentado las garantías establecidas en el artículo 76 CRE, específicamente sus numerales 3 que en su parte pertinente expresa *“Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”*; numeral 7 que ordena: *“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. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.”*

Por todo lo expuesto, tomando en cuenta que es una garantía al debido proceso notificar al presunto responsable de la infracción administrativa de los hechos imputados en su contra y de la sanción que se deriva de tales hechos, se encuentra demostrada tal vulneración al no haberse notificado al actor del informe final de la etapa de investigación.

v. Respecto de si el acto impugnado está debidamente motivado:

En cuanto a la determinación del mercado relevante (de los aceites “light”), elemento esencial para la determinación de la base imponible de la sanción pecuniaria, la resolución sancionatoria solo expresa en su numeral 9.6 el monto total al que asciende dicho mercado, sin especificar la fuente de esta información, su modo de obtención, o cualquier otro detalle técnico que permitiese entender la fijación de dicho monto, lo cual hace de ésta una información carente de sustento fáctico que haya sido incorporado en el documento, de manera que no hay antecedentes al respecto que permitan discernir el criterio adoptado para incorporarla en el razonamiento matemático para el cálculo de la sanción pecuniaria.

Si bien en la contestación a la demanda, existe una amplia explicación conceptual del mercado relevante, en dicho momento procesal tampoco se ha

explicado al Tribunal el procedimiento adoptado por la autoridad para materializar tales criterios en la referida suma y transcribirlos hacia la resolución, por lo que tratándose de un elemento importante, existe una motivación diminuta ya que no se ha explicado de manera suficiente el origen, metodología, temporalidad o recursos considerados por la autoridad para determinar el mercado relevante de aceites “light”.

Respecto de la motivación de la decisión administrativa, la Sala cita al Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez, quien en su obra *“Manual de Derecho Administrativo”*<sup>97</sup> expresa: “[...] La motivación tiene que basarse en fundamentos de hecho y de derecho. La motivación de hecho son las causas, los antecedentes y circunstancias históricas ciertas, verdaderas y existentes que dan origen a la decisión administrativa, en otros términos, es la constancia real de que el motivo existe en un caso concreto. La motivación de derecho, son las normas jurídicas de derecho público que se invocan y se aplican para crear, modificar, reconocer o extinguir un derecho, un deber o un interés social. [...] La motivación se equipara a la explicación y a la justificación que hay que considerar para la toma de una decisión administrativa. La motivación sirve al administrado para conocer de una manera objetiva los antecedentes que dieron origen a la decisión administrativa; darse cuenta si se observó el principio de legalidad; como medio de prueba para la protección de los derechos subjetivos que se hayan conculcado; y para analizar si hubo una justa y legal decisión administrativa”.

Es decir, no basta que los actos contengan una relación de hechos y una transcripción de normas jurídicas, sino que debe tratarse de hechos ciertos, reales, y coherentes en la línea de tiempo, que a su vez derivarán en una decisión lógica por parte de la autoridad, es decir, además de repetir lo establecido en un cuerpo jurídico al momento de expedir un acto por parte de las entidades públicas, es fundamental incluir el razonamiento jurídico de la autoridad con base a un procedimiento previo, cuyas premisas deben revelar

---

<sup>97</sup> Editorial Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, 2005, págs. 143 y 144.

hechos ciertos ya que, de no hacerlo, el procedimiento y el acto estarían viciados de error.

Entonces, la motivación no es una mera formalidad, como lo ha expresado ya la ex Corte Suprema de Justicia, en la serie XVIII de la Gaceta Judicial número 13, año CXIX, págs. 5609 a 5619 que expresa: “[...] *La motivación resulta pues la única garantía para proscribir la arbitrariedad y el elemento jurídicamente diferenciador de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad...*”.

Por ello, la ausencia de explicación sobre la forma de obtención de la información del mercado relevante, ha viciado la motivación de la Resolución sancionatoria.

Por los motivos expuestos, la Sala resolvió aceptar la demanda, declarando la nulidad de la resolución sancionatoria

#### **d) Recurso de Casación**

La SCPM interpuso un recurso extraordinario de casación frente al fallo que les era desfavorable. Sin embargo, el recurso no pasó a conocimiento del pleno y fue inadmitido por parte del congreso que calificó su admisibilidad.

El fundamento de esta negativa consistió en que la SCPM, al fundamentar el recurso, realizó todo un alegato en relación con la prueba producida en el proceso, pero se fundamentó en el numeral 3 del artículo 268 del COGEP, relativo a las sentencias extra, ultra e infra petita. A criterio del congreso, la SCPM confundió esta norma con el supuesto previsto en el numeral 4 ibídem, respecto a los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba.

Concluyó entonces que existe confusión por parte de la SCPM en la fundamentación del recurso, por lo que, en los términos que ha sido deducido, se evidencia *“falta de análisis de la Ley de la materia, y ante la falta de determinación clara de los casos y los vicios en las normas supuestamente infringidas, es imposible que el recurso pueda prosperar. Es imprescindible que exista una total interconexión entre los casos*

*invocados, la determinación de las normas jurídicas violadas y el yerro que le corresponde a cada una de las normas nominadas como supuestamente infringidas, situación que no ha ocurrido en la especie”.*

Se citó inclusive al tratadista Humberto Murcia Ballén, cuando sostiene que: *“las causales de casación vienen constituir el piso o la base sobre los cuales se deben edificar los cargos, los ataques, las objeciones, o las censuras, términos éstos que al fin y al cabo, son sinónimos, y que el recurrente le formula a la sentencia impugnada. Lo que sucede es que los diferentes ataques o censuras pueden estar separados, o pueden agruparse; lo importante en este segundo supuesto, es que la serie de censuras que se agrupan en un solo cargo tengan relación íntima con la causal que se invoca en éste”.*

Por ello, quién conoce del recurso de casación, para admitirlo o inadmitirlo, no está facultado para realizar una interpretación extensiva del recurso; en consecuencia, no puede suplir las deficiencias y enmendar los errores de quién recurre.

En definitiva, se consideró que el recurso es impreciso en su formulación y no satisface las exigencias de admisibilidad previstas en los artículos 267 y 268 del COGEP por lo cual se inadmitió a trámite.

#### **e) Acción Extraordinaria de Protección**

La SCPM interpuso una acción extraordinaria de protección respecto del auto de inadmisión del recurso de casación. No obstante, esta acción tampoco prosperó al ser negada nuevamente en la sala de admisión de la Corte Constitucional, correspondiéndole el número de trámite 0796-17-EP.

El motivo fue que el fundamento de la acción consistía en que el conjuez de casación *“no aplicó en debida forma las normas previas y claras contenidas en la Ley de la materia para el efecto” en la admisión de su recurso de casación.*” Esto se enmarca dentro de la causal de inadmisión de la acción extraordinaria de protección tipificada en el numeral 4 del artículo 62 de la LOGJCC que establece como obligación de la

sala de admisión verificar que *“el fundamento de la acción no se sustente en la falta de aplicación o errónea aplicación de la ley.”*

Con ello, quedó firme la resolución dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil.

#### **f) Comentarios**

Pese a ser este el primer juicio contencioso administrativo analizado en el presente trabajo, se puede evidenciar ya las distintas esferas de control que realizan los jueces constitucionales que conocen y resuelven sobre violaciones de derechos fundamentales, mientras que los tribunales de lo contencioso administrativo realizan estrictamente un control de legalidad.

Sin embargo, no se puede dejar de pasar por alto que, si bien en este tipo de procedimientos se puede atacar directamente, por ejemplo, la aplicación y/o interpretación de una determinada norma por parte de la entidad de control – como el artículo 71 del Reglamento LORCPM – las consecuencias de los hechos en que se fundamenta la demanda, acarrear consecuencias similares a las revisadas en los procesos constitucionales.

Corporación El Rosado, a través de la impugnación de la resolución sancionatorio, alega la vulneración de derechos fundamentales como lo es el debido proceso, al no poder conocer y contradecir oportunamente los informes realizados, así como vulneraciones a la garantía de una debida motivación.

El propio artículo 71 del Reglamento LORCPM señala, en su inciso cuarto, que toda resolución debe obligatoriamente contener: *“los antecedentes del expediente, las alegaciones aducidas por los interesados, las pruebas presentadas por estos y su valoración, los fundamentos de hecho y derecho de la resolución, la identificación de las normas o principios violados y los responsables, la calificación jurídica de los hechos, la declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias*

*agravantes y atenuantes concurrentes y la decisión sobre la aplicación, exención o reducción del importe de la multa.”*

Por lo tanto, podemos determinar que a más de la motivación ordinaria, por así llamarla, prevista en la Constitución de la República, en materia de Derecho de Competencia nos encontramos frente a una *motivación reglada* que exige la puntualización y desarrollo de los puntos antes citados.

Otra situación que queda en evidencia es la importancia de respetar los procedimientos previstos en la etapa de investigación y resolución por parte de la SCPM, ya que estas normas procesales son normas adjetivas o normas – medio que tienen un fin en concreto que es garantizar los derechos al debido proceso de las partes y consecuentemente la seguridad jurídica.

Casos como este nos demuestran que, independientemente de la contundencia o lo bien hechos que puedan estar realizados los informes económicos y determinadas las afectaciones a un mercado determinado por parte de operadores económicos, la SCPM debe ser muy cauta en la forma en la que lleva los procedimientos pues de lo contrario, éstos serán declarados nulos al momento de realizar un control de legalidad mediante un recurso subjetivo, independientemente del fondo del asunto.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe destacar que o fueron solamente temas formales o procedimentales los que llevaron a la declaración de nulidad de esta resolución. También existieron importantes temas de fondo que fueron tratados como parte de la indebida motivación, concretamente la determinación del mercado relevante.

La adecuada o inadecuada determinación de un mercado relevante al momento mismo de iniciar un procedimiento de investigación, no se diga ya en la etapa de resolución, es de suma importancia pues si no existe este parámetro que viene a delimitar el marco de actuación analizado del operador económico, o si es que cambia durante la investigación, no solamente que se vulnera el principio de congruencia sino que no mal podría determinarse que existió una real o potencial afectación a dicho mercado relevante.

### **3.5.2. CORPORACIÓN EL ROSADO vs. SCPM [Juicio No. 09802-2016-00681]**

#### **a) Antecedentes Fácticos**

Este caso tiene nuevamente como parte accionante a Corporación El Rosado, no obstante, se trata de la impugnación a una resolución dictada dentro de un procedimiento de investigación diferente, por hechos distintos.

La SCPM inició un procedimiento de investigación mediante providencia dictada el 05 de agosto de 2014. El objeto de esta investigación fue la supuesta imposición de medidas abusivas por parte de Corporación El Rosado a sus proveedores con supuesta dependencia.

La SCPM, omitió dictar un acto administrativo en el que formule cargos a Corporación El Rosado, y para subsanar esta violación procesal que fue debidamente denunciada por el operador económico investigado, con fundamento en el artículo 68 LORCPM, la propia SCPM interpuso un recurso extraordinario de revisión, de oficio, que fue conocido y resuelto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, mediante el cual reformó actos de simple administración pretendiendo subsanar los vicios de procedimiento incurridos. Este recurso de revisión fue resuelto mediante providencia dictada con fecha 20 de febrero del 2016. Posteriormente, se interpuso un recurso horizontal de aclaración y ampliación que fue resuelta con fecha 23 de marzo del 2016.

Esta resolución, así como su correspondiente ampliación, fueron impugnadas por parte del operador económico investigado.

#### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

Los argumentos de Corporación El Rosado fueron:

- i.** La Resolución es ilegal porque ha sido dictada sin competencia material y en violación de normas expresas sobre la procedencia del Recurso de Revisión.

- ii. La Resolución es ilegal porque implica el ejercicio de competencias no asignadas al Superintendente (“retrotraer el tiempo procesal”), con efectos tampoco previstos en la ley.
- iii. La competencia de la Intendencia se encuentra caducada y, por tanto, se están violando las garantías del debido proceso de El Rosado.

Esto en razón de que han transcurrido más de setecientos (700) días desde la emisión de la providencia que dio inicio a la etapa de investigación (05 de agosto de 2014), dado que en ningún momento fue suspendido el procedimiento administrativo.

Conforme lo previsto en los artículos 55, 56 y 62 del Reglamento LORCPM, el plazo máximo que podrá durar la etapa de investigaciones de ciento ochenta (180) días, prorrogables por una sola vez por la misma duración. Y que, la prórroga también se encuentra vencida al haber sido dictada mediante providencia del 30 de enero de 2015 por ciento ochenta (180) días adicionales.

- iv. La resolución es ilegal porque el Recurso de Revisión no cumplió los requisitos de procedencia contemplados en el artículo 68 LORCPM.
- v. La SCPM no tenía competencia para revisar actos de simple administración, por lo que se vulneró el principio de legalidad (artículo 226 CRE y los artículos 44 y 68 LORCPM).
- vi. La SCPM ha pretendido aplicar el artículo 130, numeral 8 del Código Orgánico de la Función Judicial<sup>98</sup>, para convalidar actos, siendo esta facultad única y exclusiva de los jueces, lo que acarrea nulidad de la resolución objeto de

---

<sup>98</sup> “**Art. 130.- FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.-** Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: [...]”

8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión; [...]”

impugnación por falta de competencia material y violación del principio de unidad jurisdiccional.

- vii.** La SCPM ha notificado a Corporación El Rosado, con fecha 03 de julio de 2015, con un Informe de Resultados en el que se concluye que habría este operador económico impuesto medidas abusivas a sus proveedores con supuesta dependencia. Pese a ello, la Intendencia omitió formular cargos en contra de Corporación El Rosado en evidente vulneración del artículo 68 del Reglamento LORCPM, vulnerando en consecuencia, el derecho a la defensa (artículo 76, numeral 7 CRE). Y que pese a los vicios señalados, la Intendencia continuó con la sustanciación de la investigación fuera de los plazos contemplados en la ley.

Su pretensión concreta consistió en que *“se declare la ilegalidad y nulidad de la Resolución del 20 de febrero de 2016 y su providencia de aclaración y ampliación del 23 de marzo de 2016, dictadas dentro del Recurso Extraordinario de Revisión N° SCPM-IIAPMAPR- 023-2013-DC2-RER-008-DS.”*

La SCPM se excepcionó señalando que:

- i.** Improcedencia de la acción propuesta, en virtud de que se ha impugnado un procedimiento legal que se encuentra establecido en la LORCPM y normativa conexas.
- ii.** Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y derecho de la demanda.
- iii.** El proceso administrativo SCPM-IIAPMAPR-023-2013-DC2-RER-008 y todas las actuaciones llevadas a cabo en el mismo son legales y legítimas.

Su pretensión concreta consistió en que se rechace por improcedente la demanda planteada.

### c) Sentencia

La demanda fue conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil.

El objeto de la controversia, determinado por el Tribunal fue *“Analizar si la resolución dictada dentro del recurso de revisión No.- SCPM-IIAPMAPR-023 2013-DC2RER-008VS y la providencia de ampliación y aclaración del 23 de marzo del 2016 fueron emitidas observando el debido proceso establecido en la norma legal correspondiente.”*

En la parte motiva de la sentencia, la Sala realizó el siguiente análisis:

- i. Son actos de simple administración los que preparan y se integran en la elaboración del acto principal y final que surte efectos jurídicos sobre los administrados (acto administrativo final).

Los actos de simple administración pasan a integrar la voluntad administrativa, pero no son impugnables por sí mismo, ergo, si no son susceptibles de impugnación, tampoco lo son de recurso alguno, instaurado a petición de parte o de oficio ya que constituyen parte del procedimiento, esto es de la sucesión de actos que se realizan para la conformación definitiva del acto administrativo, el cual resuelve la situación de fondo del sujeto examinado o procesado.

- ii. El Superintendente resolvió en el Recurso de Revisión respecto de actos de simple administración emitidos dentro del expediente, a fin de subsanar la falta de formulación de cargos oportunamente denunciada por el operador económico en sede administrativa. Estos actos no contienen una declaración unilateral de la voluntad de la SCPM que afecte derechos subjetivos, sino que se trata de actos procedimentales de simple administración.

Tanto es así, que la LORCPM distingue entre un órgano de investigación y un órgano de resolución, correspondiéndole al primero brindar los

insumos que utilizará el segundo para emitir el acto administrativo correspondiente (resolución) que declarará si el sujeto controlado cometió alguna infracción.

Esta falta de pertinencia sobre el Recurso de Revisión vicia de ilegitimidad su pronunciamiento, en concordancia con el numeral 3 del artículo 76 CRE que establece la observancia del trámite propio y la competencia del juzgador o autoridad como una garantía del derecho al debido proceso y a la defensa.

- iii.** No obstante lo mencionado, por otro lado, llaman la atención del Tribunal dos circunstancias:
  - a.** El efecto de temporalidad que se endilga a la situación procesal administrativa mediante la resolución del Recurso de Revisión (acto impugnado), que no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, pues las circunstancias que provocan la suspensión de plazos o términos son taxativas (ej.: interrupción natural o civil, la suspensión legal, convencional o judicial en ciertas materias o instancias), mas no resulta aplicable al efecto de nulidad que declaró la autoridad emisora del acto controvertido – el Superintendente – es decir, los plazos de prescripción o caducidad no se interrumpen a menos que expresamente así lo haya dispuesto la norma.
  - b.** La declaratoria de nulidad que no afecta a todos los actos emitidos con posterioridad al momento en que habría ocurrido el vicio que motivó el recurso de revisión (algunos elementos de naturaleza probatoria), de manera el Superintendente ha elegido algunos actos que a su criterio se verían afectados y otros que no, lo cual constituye una vulneración al principio de seguridad jurídica y a las garantías constitucionales del debido proceso, derecho a la defensa y a contar con el tiempo necesario para la preparación de ésta, de forma especial si de acuerdo a la autoridad se configuró un incidente tan sensible como la nulidad.

La Sala cita al tratadista Agustín Gordillo, quien en su libro “Tratado de Derecho Administrativo” señala:

*“El principio del debido proceso como garantía adjetiva.- [...] Es jurídicamente necesario poder conocer las actuaciones que se refieren a uno – derecho a la vista y fotocopia de un expediente-; hacerse asistir o representar por letrado, ofrecer y producir la prueba de descargo de que uno desea valerse, controlar la producción de la prueba de cargo y de descargo, alegar sobre ella, presentar escritos, etc. Todo ello, como cuestión fundamental, debe poder hacerse antes del dictado de la resolución que versará sobre los derechos o intereses que afectan o puedan afectar a la persona de que se trata, para que su eficacia no se vea disminuida. Comprende también, en este mismo aspecto, el derecho a que la decisión que se dicte sea suficientemente motivada, resuelva todas las cuestiones propuestas y no resuelva cuestiones no propuestas, se haga cargo de los principales argumentos del interesado, etc. Estos recaudos de validez del acto administrativo pueden igualmente ser encuadrados dentro de la garantía del debido proceso en sentido sustancia, o garantía de razonabilidad [...]”*

Por lo tanto, es insostenible que la supuesta nulidad afecte solo a ciertas piezas procesales generadas con posterioridad al vicio y no a todas, incluso bajo el pretexto de eficiencia administrativa, ya que el espectro de influencia del vicio declarado generó una afectación global desde una etapa procesal específica.

- iv.** Mediante providencia del 30 de enero de 2015, se amplió el plazo de la fase de investigación en ciento ochenta (180) días, por lo que el proceso de investigación debía concluir hasta el 31 de julio de 2015, lo que no ha ocurrido pues del expediente constan actuaciones procesales posteriores, excediendo el plazo legal inicial e inclusive su extensión.

Esto implica que, al momento de la expedición de la manifestación de la voluntad de la autoridad administrativa (resolución) la potestad

investigadora de la SCPM se encontraba caducada, lo cual incide a su vez en la motivación del acto administrativo pues las normas de derecho que le sirven de fundamento han sido aplicadas erróneamente.

Dado que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es evidente que los vicios detectados sobre el acto impugnado alcanzan también a la providencia de aclaración y ampliación dictada posteriormente.

Por lo expuesto, la Sala resolvió admitir la demanda presentada por Corporación El Rosado y, en consecuencia *“se declara la ilegalidad y nulidad de los actos administrativos impugnados, así como la caducidad de la potestad investigadora de la entidad vencida.”*

#### **d) Recurso de Casación**

La SCPM interpuso un recurso extraordinario de casación frente a la sentencia dictada por el tribunal de lo contencioso administrativo.

Este recurso no tuvo una sentencia de fondo dado que fue inadmitido por el conjuer de la Corte Nacional de Justicia, encargado de la calificación del mismo.

Esto se debió a que el fundamento de la casación era el numeral 1 del artículo 268 del COGEP, que manifiesta que procederá el recurso de casación *“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, que hayan viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión y hayan influido por la gravedad de la transgresión en la decisión de la causa, y siempre que la respectiva nulidad no haya sido subsanada en forma legal.”*

Esta causal del recurso de casación se fundamenta en el irrespeto a normas procesales que, por la gravedad de la vulneración, haya viciado al proceso de nulidad insubsanable o causado indefensión.

### **e) Acción Extraordinaria de Protección**

La SCPM interpuso una acción extraordinaria de protección respecto del auto de inadmisión del recurso de casación.

No obstante, esta acción tampoco prosperó al ser negada nuevamente en la sala de admisión de la Corte Constitucional, correspondiéndole el número de trámite 1172-17-EP.

### **f) Comentarios**

Estos dos primeros juicios contencioso administrativos comparten el hecho de que el control de legalidad en virtud del cual los tribunales y sentencias correspondientes, determinan que los actos administrativos de la SCPM son nulos, no se refieren a normas sustantivas de la LORCPM ni del Reglamento LORCPM sino que se trata de normas procedimentales.

Nuevamente, queda en evidencia la importancia de la labor de la SCPM al momento de conocer, tramitar y resolver procedimientos de investigación por presuntas vulneraciones a los tipos penales administrativos previstos en la ley.

Si bien consideramos que el fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es acertado y está debidamente motivado, no es menos cierto que una deficiente actuación de la SCPM al momento de sustanciar sus investigaciones puede tener resultados catastróficos y contrarios a los principios y propósitos de la LORCPM.

Para que exista un efectivo sistema de control del poder de mercado, no basta con tener una ley o normas que regulen el procedimiento, sino que es una pieza clave el contar con autoridades debidamente preparadas para que sustancien estas investigaciones cumpliendo todas las normas constitucionales y legales, garantizando el debido proceso y la seguridad jurídica. Una deficiente actuación de la superintendencia en su actividad procesal podría acarrear severas consecuencias como el hecho de que

operadores económicos que estén cometiendo prácticas monopólicas terminen absueltos por errores de los funcionarios que violentaron el debido proceso.

Ya en la parte sustantiva, resulta importante considerar el criterio emitido por la sala respecto de los actos que son objeto del recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 68 LORCPM. Conforme consta del texto de la norma, solo procede contra [...] *actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. [...] El recurso extraordinario de revisión se interpone sólo contra actos firmes.*”

Este criterio deberá ser atendido tanto por operadores económicos como por los funcionarios de la SCPM, específicamente para excluir a los actos de simple administración – que tampoco son impugnables ante los tribunales de lo contencioso administrativo por mandato expreso del artículo 326, numeral 1 del COGEP<sup>99</sup> – de este recurso por estar fuera de su ámbito.

---

<sup>99</sup> **Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.** *Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;*

*1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o **actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos.** Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos. [...]*”

### **3.5.3. OTECEL S.A. vs. SCPM [Juicio No. 17811-2016-01347]**

#### **a) Antecedentes Fácticos**

Este es un nuevo caso de la compañía OTECEL S.A., dedicada al sector de las telecomunicaciones bajo el nombre comercial *Movistar*, que tiene estrecha relación con la acción de protección analizada en el punto 3.4.3. del presente trabajo.

A efectos de entender de mejor manera la cronología con la se llevaron a cabo la acción de protección y este recurso subjetivo tenemos lo siguiente:

- La demanda que analizamos en este acápite, correspondiente a la justicia contencioso administrativa, fue planteada con fecha 28 de julio de 2016.
- La demanda de acción de protección fue interpuesta con fecha 17 de noviembre de 2016, y tenía por objeto tutelar derechos constitucionales de la compañía como el buen nombre, entre otros, en relación a la difusión de la SCPM de la aprobación de un compromiso de cese que, a criterio de la compañía, no había sido aún aceptado.
- La sentencia de primera instancia de la acción de protección fue dictada con fecha 24 de noviembre de 2016, declarando sin lugar la demanda interpuesta por OTECEL S.A.
- La sentencia de segunda instancia de la acción de protección fue dictada con fecha 16 de febrero de 2017, ratificando la sentencia de primera instancia, y en consecuencia, declarando sin lugar la demanda interpuesta por OTECEL S.A.
- La sentencia del presente recurso subjetivo fue dictada con fecha 09 de marzo de 2017.

Es decir, la acción de protección fue presentada y resuelta, en sus dos instancias, mientras se tramitaba el proceso contencioso administrativo, previo incluso a la interposición del recurso de casación.

Este proceso contencioso administrativo tiene como antecedente una denuncia presentada por la señora Marina de Lourdes Garzón Ruiz en contra de OTECEL S.A. por presuntas prácticas desleales que habría cometido el operador económico durante los años 2010 y 2011, al no haber retirado una valla publicitaria en la que anunciaba tecnología “4G”, pese a resolución expresa de la entidad rectora en ese entonces, la Superintendencia de Telecomunicaciones “SUPERTEL”, de que debían proceder al retiro de la misma.

Cabe destacar que OTECEL S.A. ya fue sancionado de forma previa por este mismo hecho en dos ocasiones: **(i)** la primera por la SUPERTEL que impuso dos multas, una por el cometimiento de la infracción y una segunda por no acatar esta resolución y retirar la publicidad en el tiempo indicado; y **(ii)** por una juez de garantías penales en el marco de un proceso de defensa del consumidor instaurado por la misma denunciante.

Otra precisión importante es que los hechos investigados ocurrieron con anterioridad a la vigencia de la LORCPM.

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la SCPM dictó un acto administrativo declarativo, con fecha 06 de febrero de 2015, en el cual resolvió archivar la causa, principalmente porque **(i)** la LORCPM solamente debía aplicarse cuando exista una vulneración al interés público y no se podía aceptar que el mantenimiento de una sola valla publicitaria podía mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del consumidor, **(ii)** lo que no provocaba una afectación al normal funcionamiento del mercado ni peor aún otorgaba a OTECEL una ventaja competitiva significativa, por lo que no existían elementos que hubieran configurado una práctica desleal. En adelante nos referiremos a esta decisión como *“la resolución de archivo de primera instancia en vía administrativa”*.

La denunciante, señora Lourdes Garzón Ruiz, interpuso un recurso de apelación a esta decisión, mismo que fue conocido y resuelto por el economista Pedro Páez, en su calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado. El Superintendente rechazó el recurso de apelación interpuesto, considerando principalmente que en caso de existir la decisión de sancionar a OTECEL, esta fuera contraria a la normativa constitucional y legal que recogen el principio “non bis in ídem”, esto es, que no se puede juzgar a una persona dos veces por lo mismo, y en este caso se trataría de una tercera sanción a OTECEL por los mismos hechos.

Consideró también que mucho menos podría juzgarse a OTECEL cuando la propia Intendencia de investigación correspondiente analizó ya la denuncia planteada y encontró que al amparo de la LORCPM no existía base alguna para tal juzgamiento. Esta resolución fue dictada el 12 de junio de 2015 y en adelante nos referiremos a la misma como “*la resolución de apelación en vía administrativa*”.

Aproximadamente medio año después, el Ing. Christian Ruiz Hinojosa, en su calidad de Superintendente Subrogante de Control del Poder de Mercado, dispuso el inicio de oficio de un recurso de revisión respecto de la resolución de archivo de primera instancia en vía administrativa, mediante providencia dictada el 22 de enero de 2016, amparándose en el artículo 68 de la LORCPM.

Mediante resolución dictada el 24 de marzo de 2016, en adelante “*la resolución del recurso de revisión*”, el Superintendente Subrogante declaró que se cumplían los presupuestos de hecho y de derecho para que proceda el recurso de revisión, y que en consecuencia, se dejaba sin efecto la resolución de archivo de primera instancia en vía administrativa.

OTECCEL solicitó la aclaración y ampliación de la resolución del recurso de revisión, misma que fue acogido parcialmente por la SCPM y fue notificada mediante providencia con fecha 18 de abril de 2016.

OTECCEL interpuso entonces la demanda contencioso administrativa, acción de plena jurisdicción o subjetiva, en contra de la resolución del recurso de revisión por considerar que había sido dictado en forma ilegal.

## **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

Los fundamentos de la demanda de OTECEL fueron los siguientes:

- i.** Tanto la resolución de archivo de primera instancia dictada por la Intendencia respectiva, así como la resolución de apelación en vía administrativa, constituyen actos administrativos declarativos de derechos que nunca pudieron haber sido objeto de un recurso de revisión, sino que lo único que procedía era que la SCPM inicie un proceso judicial de lesividad para poder revocarlos.
- ii.** Los actos materia de la denuncia hacían referencia a hechos ocurridos en los años 2010 y principios del año 2011, en los cuales la única norma aplicable era la “Ley Especial de Telecomunicaciones” y su Reglamento (norma que posteriormente sería reemplazada por la “Ley Orgánica de Telecomunicaciones”), y la SUPERTEL era el único organismo técnico a la época a cargo de la supervisión y control de los operadores que intervenían en ese mercado.
- iii.** La LORCPM entró en vigencia el 13 de octubre de 2011, y conforme su Disposición Transitoria Tercera, los procesos iniciados con anterioridad por otras autoridades (SUPERTEL) debían seguir sustanciándose por dichas autoridades en base a la ley propia.
- iv.** La presentación de la denuncia el 23 de enero de 2015 no implicaba que la SCPM debiera conocer y sancionar hechos que ya fueron investigados por la entidad facultada para hacerlo, más aún cuando ya existían dos sanciones interpuestas por la SUPERTEL y otra en el marco de un proceso de defensa del consumidor por los mismos hechos.

En consecuencia, la SCPM no podía pronunciarse respecto de situaciones que ya fueron conocidas y resueltas por otro organismo del Estado facultado para el efecto.

v. No se cumplían los requisitos exigibles para que proceda la revocatoria o modificación de la resolución de archivo dictada por la intendencia vía recurso de revisión, conforme lo dispuesto por el Superintendente subrogante.

vi. Existe un error grave por cuanto el recurso de revisión se lo planteó respecto de la providencia de archivo dictada por la intendencia de investigación, acto que jurídicamente no podía ser materia de revisión al no ser un acto firme, tanto así que se interpuso un recurso de apelación en el término oportuno.

Tampoco se cumplirían los requisitos de procedencia del recurso de revisión, esto es, justificar errores materiales de hecho o de derecho existentes en el referido acto administrativo.

vii. En la resolución del recurso revisión no existe ninguna referencia sobre las razones que justifican los errores cometidos en la expedición de la resolución de apelación en la vía administrativa.

viii. Sin justificar el irrespeto al principio universal “non bis in ídem” aplicado en la resolución de apelación, el Superintendente subrogante cambia de criterio sin nuevos elementos que lo justifiquen.

ix. Se ha atentado contra la estabilidad y revocabilidad de los actos administrativos y la institución jurídica de la lesividad, el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el debido proceso.

La SCPM estaba obligada a iniciar un juicio de lesividad si quería revocar dichos actos conforme lo previsto en las normas del ERJAFE.

x. La resolución del recurso de revisión es nula pues pretende la aplicación retroactiva de la LORCPM a hechos ocurridos cuando aún no estaba vigente.

- xi.** Existe ilegalidad en la resolución del recurso de revisión pues no se cumplen los requisitos exigidos para su procedencia formal conforme el artículo 68 de la LORCPM.
- xii.** Inclusive en el supuesto no consentido de que hubiere procedido un recurso de revisión, este debió interponerse contra la resolución de apelación que puso fin al procedimiento administrativo y no contra la resolución de archivo dictada por la intendencia.

Por los motivos expuestos, la pretensión concreta de OTECEL fue que, en la sentencia a dictarse se declare:

*“1.- La NULIDAD de la Resolución de 24 de marzo de 2016 Expediente SCPM-IIPD-2015-008-RER-006-DS y su aclaración de 18 de abril de 2016, por incompetencia del señor Superintendente de Control del Poder de Mercado para expedirla, puesto que para revocar los actos administrativos que contenían declaración de derechos favorables a OTECEL S.A. obligatoriamente debió haber iniciado una acción de lesividad;*

*2.- En SUBSIDIO y en caso de que mi pedido anterior no sea aceptado, solicito se declare nula y se deje sin efecto la Resolución de 24 de marzo de 2016 Expediente SCPM-IIPD-2015-008-RER-006-DS y su aclaración de 18 de abril de 2016, en virtud de que el referido acto administrativo comporta la retroactividad de la LORCPM; y,*

*3.- En SUBSIDIO y en caso de que mis pedidos anteriores no sean aceptados, solicito se declare ilegal y se deje sin efecto la Resolución de 24 de marzo de 2016 Expediente SCPM-IIPD-2015-008-RER-006-DS y su aclaración de 18 de abril de 2016, en virtud de que el referido acto administrativo incumple los requisitos establecidos para el recurso extraordinario de revisión según lo dispone el Art. 68 de la LORCPM.”*

La SCPM contestó la demanda interponiendo las siguientes excepciones:

**i.** Respecto de las sanciones administrativas impuestas por la SUPERTEL:

Las dos resoluciones se refieren al incumplimiento de cláusulas contractuales mas no a sanciones por prácticas desleales en derecho de competencia económica. Tanto es así, que el artículo 28 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, vigente a la época, tipificaba como infracción: *“Cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de telecomunicaciones”*

Por lo tanto, la SUPERTEL resolvió sobre hechos contractuales que afectaban derechos directamente de las partes intervinientes en el mimo, y al entrar en vigencia la LORCPM, recaía en la SCPM la facultad de investigar prácticas desleales.

En suma, si bien OTECEL fue sancionado por incumplimiento en las cláusulas de concesión de su contrato, este incumplimiento no está relacionado con el derecho de competencia.

**ii.** Respecto del juicio seguido por violación a derechos del consumidor:

El pronunciamiento judicial se lo hizo en base a normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (en adelante **“LODC”**), mal se puede pensar que existen varias resoluciones en contra de OTECEL en base a la misma normativa.

Además, la denuncia presentada ante la Defensoría del Pueblo respecto de la publicidad de OTECEL versa sobre una infracción publicitaria que contraviene la LODC, cuyo objeto es normar relaciones entre proveedores y consumidores, es decir, el perjudicado en este caso es el consumidor que tiene la facultad de denunciar ante el órgano competente.

**iii.** Respecto de la denuncia que dio inicio a la investigación de la SCPM:

Conforme lo previsto en el artículo 1 de la LORCPM, su objeto es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar 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.

Las afirmaciones de OTECEL no corresponden a la verdad procesal, pues si bien la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales archivó el proceso, no fue por los fundamentos de OTECEL sino por una indebida interpretación de la autoridad sobre el espíritu de la norma y la finalidad y objeto de la prevención y corrección de las Prácticas Desleales Cometidas por parte de operadores económicos que, según el análisis realizado en esa etapa investigativa, no se encontraron indicios para proseguir con la misma.

Por otro lado, la resolución de archivo dictada por la Intendencia, que fue apelada por la denunciante, no constituye un acto declarativo de derechos trascendentales a favor de OTECEL ya que, al ser impugnado en vía administrativa, necesariamente se debe estar a la espera de la resolución del jerárquico superior (Superintendente) que confirme o no, el archivo de la causa.

**iv.** Respecto de la Apelación de la denunciante y la resolución dictada por el Superintendente a favor de OTECEL :

Si bien la resolución de apelación dictada por la máxima autoridad de la SCPM, que confirma la inocencia de OTECEL se fundamentó en el principio “*non bis in ídem*” es facultad del Superintendente, subrogante en este caso, conforme lo previsto en el artículo 68 de la LORCPM revisar los errores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la SCPM dentro de los tres (3) años posteriores a que el acto o resolución haya quedado firme.

v. Respetto de los fundamentos del Recurso de Revisión:

Se aplicó este recurso en virtud de que la resolución de apelación se encontraba en firme.

Indiscutiblemente el Recurso de Revisión procede solo contra actos firmes, si bien OTECEL se refiere a la resolución de archivo por parte de la Intendencia e indica que no se encontraba firme puesto que fue apelado, no indica que el Recurso de Apelación fue resuelto por lo cual la resolución de archivo de la intendencia quedó en firme, según lo previsto en el artículo 67 de la LORCPM.<sup>100</sup>

En virtud de lo expuesto, el Superintendente Subrogante aperturó, de oficio, el Recurso de Revisión, es decir, cuando el último acto de la máxima autoridad ya se encontraba en firme, puesto que no se había planteado impugnación en ninguna vía – ni administrativa ni judicial – entendiéndose que la judicial debía interponerse en los noventa (90) días que establece la ley, sin embargo, la SCPM sí estaba facultada para revisar los actos administrativos generados en el proceso de investigación.

Señala que el hecho generador para iniciar el Recurso Extraordinaria de Revisión fue el informe emitido por la Intendencia de Prácticas Desleales, con fecha 17 de diciembre de 2015, mediante el cual pone en conocimiento del Superintendente que

*"[...] 1.- No se trata de "una sola valla", sino del incumplimiento a los requerimientos de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sentando de manera continua su incumplimiento a sacar del mercado la publicidad con respecto a 4G, sin estar autorizado, por otro lado, una sola valla pudo*

---

<sup>100</sup> **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.

*Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa."*

*influenciar indebidamente al consumidor. Por otro lado, una sola valla, fue lo que quedó de toda la publicidad que se expuso. La valla no ha "mermado", es decir, ha reducido la capacidad de elección del consumidor, puesto que más bien lo ha inducido a creer que OTECEL brindaba servicio que no estaba autorizado, por lo que más bien pudo determinarse no sólo como actos de engaño a través de la publicidad (art. 27, núm. 2) sino como Influencia indebida contra los consumidores aprovechándose del desconocimiento (art. 27, núm. 10).*

*2.- No se puede establecer con precisión la afectación al mercado porque no existe un informe económico del mercado relevante, en especial no se ha investigado cómo se benefició OTECEL, en cuanto a la venta de equipos telefónicos.*

*3.- Aunque es evidente que para que una denuncia prospere debe existir legítimo interés y la propia LORCPM en su artículo 53 lo configura, no es necesario que el beneficio sea para el denunciante, sino del bienestar general, puesto que ciertamente no solucionamos temas entre pares, y las denuncias ante esta entidad no son para resarcir los daños que sufren los consumidores [...]"*

**vi.** Respecto de la Resolución del Recurso de Revisión:

El accionante desconoce las facultades de revisión previstas en el artículo 68 de la LORCPM.

De la revisión del expediente se evidenció que las conductas que constituyen Práctica Desleal (actos de engaño), jamás fueron ni siquiera investigadas, mucho menos sancionadas por otros órganos de la administración pública, por lo cual, a través de las facultades legales conferidas al Superintendente de Control del Poder de Mercado, se dispuso investigar las conductas denunciadas a partir de la vigencia de la LORCPM, hecho que en nada afecta los derechos del actor ya que la SCPM

está ejerciendo las facultades investigativas conferidas en la ley que rige la materia.

La Ley establece las atribuciones que tienen los órganos de la SCPM – procedimientos reglados que garantizan la seguridad jurídica – por lo que no se puede alegar nulidad por falta de competencia, ya que los servidores facultados para emitir actos administrativos se encuentran debidamente señalados en la ley, y las facultades del Superintendente concretamente en el artículo 44 LORCPM.

Respecto de la seguridad jurídica, el artículo 82 CRE establece dos elementos sine qua non para que se efectivice este derecho: **(i)** la existencia de una norma previa y **(ii)** la aplicabilidad de la misma. En este caso, la LORCPM entró en vigencia el 13 de octubre de 2011 y es aplicable en materia de derecho de competencia económica a partir de su vigencia, por lo cual mal podría aducirse un irrespeto al principio de seguridad jurídica por parte del Superintendente subrogante.

**vii.** Respecto del Recurso de Lesividad anunciado en la Demanda:

En el caso concreto, existieron evidentes errores fácticos y jurídicos en los actos administrativos revocados, que no correspondían a la verdad material y objetiva de la investigación.

Tampoco se había analizado el efecto de las prácticas denunciadas producto de lo cual era inoperante resolver lo que correspondía en materia de derecho de competencia, esto es, los hechos de la publicidad y los efectos supervinientes de la misma que presuntamente han afectado la esencia y naturaleza del mercado y por ende a los consumidores.

Su la LORCPM permite al Superintendente revocar sus propios actos, no se puede aducir adquisición de derechos subjetivos por parte de OTECEL, mucho más cuando en la resolución de apelación jamás se estableció que el operador económico no haya incurrido en la conducta investigada, lo que

se dijo erradamente es que la referida conducta ya fue juzgada. Por lo tanto no existen derechos adquiridos a favor de OTECEL:

La SCPM ha actuado en todo momento en defensa de los intereses colectivos – ya que esa es la razón de ser del Estado en general – lo cual ha ocurrido respetando el “*cauce formal*” es decir dentro de un procedimiento legal amparado en la LORCPM, por lo que mal se puede afirmar que el acto no está revestido de legalidad y legitimidad y mucho menos que para ejercer la facultad de revocatoria deba preceder una declaratoria de lesividad, cuyo objeto es permitir a la entidad pública comparecer en busca del auxilio del órgano jurisdiccional, para corregir la evidente lesión a un particular o al interés público, lo cual se deriva del acto cuestionado; es decir la acción de lesividad constituye un procedimiento de carácter especial entablado por la propia administración, que no procede en el caso de la SCPM, pues existen dos disposiciones en la LORCPM que establece la facultad de revocar en cualquier momento sus actos o los emitidos por los órganos inferiores, los artículos 65 y 68 de la ley, a fin de que se deje sin efecto legal un acto administrativo, por cuanto la misma autoridad lo considera ilegal en contra de un particular o lesivo para sus propios intereses.

**viii.** Respecto de la Propuesta de Compromiso de Cese:

Por último, más allá de todo lo expuesto, OTECEL presentó una propuesta de compromiso de cese que fue aceptada por la CRPI. Que dicha resolución se encuentra ya ejecutoriada y es de conocimiento público.

Se vuelve insólito que OTECEL reconozca que ha incurrido en prácticas desleales, presentando un compromiso de cese, y por otro lado interponga una acción contencioso administrativa, impugnando lo actuado por la SCPM.

Por todo lo señalado, la SCPM solicitó que en sentencia el tribunal declare:

- “1- Declarar la legalidad y eficacia de los actos administrativos impugnados;*
- 2. Declarar sin lugar la declaratoria de nulidad solicitada por el actor, sobre los actos impugnados, materia de esta acción contenciosa;*
- 3. Declare legal, legítima y eficaz, la resolución de 24 de marzo de 2016 emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente SCPM-IIPD-2015-008-RER-006-DS;*
- 4. Declare legal, legítima y eficaz, la providencia de 18 de abril de 2016 emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado dentro del Expediente SCPM-IIPD-2015-008-RER-006-DS;*
- 5. Que se declare como prueba plena la aceptación del incumplimiento a la LORCPM, específicamente de las practicas establecidas en el Art. 27, (actos de engaño), por parte del operador económico OTECEL S.A., mediante el escrito de compromiso de cese de fecha 28 de septiembre de 2016, expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.”*

Además, la SCPM interpuso una excepción previa de Falta de Legitimación Activa de OTECEL por cuanto al haber reconocido el operador económico accionante, en forma expresa al presentar su compromiso de cese, el haber incurrido en una conducta de práctica desleal, *ipso jure* deja de ser titular del derecho que se presume violentado por estar consiente de que ha cometido su infracción, en consecuencia, no puede considerar lesionados sus derechos por parte de la autoridad cuando ésta pretende subsanar un error material del ente de control utilizando un mecanismo previsto en la ley.

### **c) Sentencia**

Este proceso fue conocido y resuelto por el Tribunal Distrital de lo Contencioso No. 1 con sede en Quito.

Los jueces de la Sala consideraron lo siguiente:

- i.** Se negó en la Audiencia Preliminar la excepción previa de falta de legitimación activa por parte de OTECEL señalando que el compromiso de cese que habría presentado el accionante ante la SCPM de ninguna manera enerva la posibilidad de que pueda ejercer su derecho constitucional y legal para impugnar en vía jurisdiccional el o los actos administrativos que considere vulneraron sus derechos subjetivos, por cuanto dicho documento de manera alguna, aprobado o no puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva a la que todos las personas tienen derecho el cual está contemplado en el artículo 75 de la CRE.
- ii.** El Tribunal realizó un análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 65 y 68 de la LORCPM, referentes a la posibilidad del Superintendente de revisar sus actos mediante el Recurso de Revisión y consideró que ambas normas, limitan la aplicación de la revocatoria del o los actos administrativos, a que dicha revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico (artículo 65 LORCPM) y a que el recurso se refiera a actos administrativos emitidos con errores de hecho y/o derecho que sean de desgravamen o desfavorables (artículo 68 LORCPM).
- iii.** Los actos administrativos revocados, contrariamente a lo afirmado por la SCPM no han cumplido con los elementos y requisitos constantes en el artículo 68 LORCPM, ya que evidentemente no contienen un acto de gravamen o desfavorable – entendiendo conforme la doctrina que actos de gravamen o desfavorables son aquellos que limitan las potestades y libertades de los administrados por la imposición de una sanción.

Por el contrario, en el caso concreto, a través de los mismos actos administrativos revocados, se ratificó la inocencia de OTECEL S.A: por lo que se incumplió con el requisito de que la revocatoria, a través del recurso de revisión, debía actuar respecto de un acto de gravamen o desfavorable dado que los actos revocados generaron sin duda derechos subjetivos a favor del accionante como lo son el de inocencia y seguridad jurídica.

Dichas decisiones no solo beneficiaban a OTECEL sino que fueron el resultado de reconocer que hubo procesos previos por parte de la SUPERTEL, por lo tanto, ya no se encontraban dentro de la esfera de las potestades de la administración pública para, en virtud del principio de autotutela, revocarlos por sí y ante sí.

De haber considerado que estas decisiones atentaban contra el interés público, lo que debió proceder es un juicio de lesividad para retirar de la vida jurídica a este acto administrativo. Al no haberse procedido de esta manera y haberse expedido la resolución del recurso de revisión, evidentemente se ha obrado con falta de motivación.

- iv.** Por lo expuesto, el Tribunal considera que se han violentado los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso de OTECEL debido a la falta de motivación con la que se expidió la resolución del recurso de revisión, que revocaba la resolución de archivo de la intendencia y la resolución de la apelación en vía administrativa.

Por lo expuesto, el Tribunal resolvió declarar con lugar la demanda de OTECEL y declarar la nulidad de la resolución del recurso de revisión y su providencia de ampliación.

#### **d) Recurso de Casación**

No conforme con la sentencia dictada, la SCPM interpuso un Recurso de Casación. Sin embargo, este recurso fue inadmitido por el congreso de admisión de la Corte Nacional de Justicia.

El fundamento de la inadmisión fue que la SCPM interpuso el recurso de casación amparado en la causal cuarta del artículo 268 del COGEP que señala: *“Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho sustantivo en la sentencia o auto.”*

Sin embargo, al fundamentar su recurso, se refiere a los actos administrativos revocados y hace referencia a que el Tribunal a quo solamente analiza partes de normas de la LORCPM omitiendo analizar el concepto y que interpretan erróneamente el artículo 89 de la LORCPM.

Sin embargo, la valoración de la prueba es una facultad exclusiva y excluyente de los jueces y tribunales de instancia, sin que a los jueces y congresos de casación les está permitido revalorizarla o revocarla, por lo que toda alegación que gire en torno a la valoración de derechos resulta alejada a la naturaleza de esta causal que se centra en los errores de derecho de normas que contengan preceptos jurídicos de valoración probatoria.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que para la proposición jurídica completa de la causal cuarta se deben cumplir con los siguientes requisitos establecidos en reiterada jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia ha señalado que

*“[...] la causal tercera de la Ley de Casación (entiéndase causal cuarta) tiene que ver con “la interpretación y aplicación de la ley reguladora de la prueba en la apreciación de los hechos, a fin de que prevalezca la apreciación que debe hacerse de acuerdo a derecho y no la apreciación que con su criterio individual hiciera el juez o tribunal apartándose de la interpretación ajustada a la ley; la causal pues procede*

*cuando el juez o tribunal ha dado por establecidos los hechos violando las disposiciones legales que regulan la prueba y porque los hechos deben ser comprobados con arreglo a la ley y a los medios probatorios establecidos por ella (Exp. 51 96, R.O. 22, 10-IX-96).”*

*El recurrente está obligado a explicar y precisar en qué consiste individualmente cada precepto relativo a la valoración de la prueba mal apreciado o dejado de apreciar o explicando cuál es el que se dio por existente, comentándolo además en conjunto y en relación con las demás normas y que ese error ha repercutido en la decisión impugnada, pues si el error existe, pero el Juez o Tribunal no basó en los errores de derecho su decisión resulta intrascendente, sin que proceda por ello, la casación.”<sup>101</sup>*

El conjuer de casación consideró que, en el presente caso, se tiene que el impugnante no ataca la legalidad de la sentencia, sino que se refiere de forma única y reiterativa a los actos impugnados en sede administrativa mediante recurso de revisión, y en sede contencioso administrativa mediante el recurso subjetivo interpuesto, es decir que del análisis realizado al libelo de la casación se desprende que en el caso *sub júdice* no se ha cumplido con la argumentación jurídica técnica requerida para la procedencia de la causal cuarta del COGEP, pues si bien la institución casacionista señala un cúmulo de normas que estima supuestamente infringidas, **(i)** no llega a determinar ninguna norma que contenga un precepto jurídico de valoración de la prueba, **(ii)** tampoco precisa la forma en la que se produjo la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de esos preceptos, así como **(iii)** tampoco correlacionan con las normas de derecho que supuestamente no fueron aplicadas o fueron indebidamente aplicadas.

En conclusión, se determina que el recurso interpuesto por la SCPM no se ha fundamentado la forma en la que la existencia del primer yerro fue determinante por carambola y generó la violación indirecta de las normas de derecho infringidas, por tanto al no encontrarse debidamente fundamentados estos cargos se colige que este recurso no reúne los requisitos para su procedencia por lo que se inadmite esta causal.

Por lo expuesto, se inadmitió el recurso por no cumplir con los requisitos del artículo 267 del COGEP:

---

<sup>101</sup> Registro Oficial No. 393 de 20 de agosto de 2001. Página 21.

### **e) Acción Extraordinaria de Protección**

La SCPM interpuso una acción extraordinaria de protección respecto del auto de inadmisión del recurso de casación. Este proceso fue signado en la Corte Constitucional con el número 1217-17-EP.

Al igual que ocurrió con el recurso de casación, esta acción tampoco pasó la sala de admisión de la Corte Constitucional.

Se determinó que la SCPM ha fundamentado su recurso en supuestas aplicaciones erróneas de normas infra-constitucionales, pretendiendo que la Corte Constitucional realice un análisis concerniente a normas previstas en la LORCPM, lo cual no corresponde a la naturaleza de una acción extraordinaria de protección.

### **f) Comentarios**

En comparación con los dos procesos contencioso de Corporación El Rosado que fueron analizados previamente, encontramos que en este proceso juicio encontramos muchos más argumentos de las partes procesales.

No deja de sorprender el hecho de que nuevamente se trate de un juicio en el que fue declarada con lugar la demanda por un vicio o error procesal ocasionado por la SCPM, y no solo eso, sino que nuevamente se trata de un vicio en el que la entidad reguladora incurrió para tratar de subsanar lo que, a su criterio, eran errores previos incurridos en el expediente de investigación: en ocasiones anteriores fue la falta de formulación de cargos y en este caso un cambio de parecer de ciento ochenta grados por parte del Superintendente subrogante respecto del criterio emitido en la resolución del recurso de apelación en vía administrativa por parte de la máxima autoridad de la Superintendencia.

Lo principal que podemos rescatar del presente recurso es, a nuestro criterio, lo límites que indican los jueces de la Sala respecto de la procedencia del recurso de revisión. Si bien no inventan nada fuera de lo previsto en la LORCPM, resulta importante la interpretación que realizan de la posibilidad de iniciar un recurso de revisión,

especialmente en lo referente al requisito de que el acto administrativo que pretenda revocarse cause gravamen o sea desfavorable.

Resulta evidente que carece de todo sustento jurídico el argumento de la SCPM de que los actos administrativos que pretendían revocarse no habían otorgado derechos subjetivos a OTECEL. Sin embargo, el razonamiento de la corte se centra en el hecho de que estos actos no eran de gravamen o desfavorable para OTECEL. Si bien se fundamentan en doctrina respecto de los actos de gravamen o desfavorables para el administrado, la LORCPM ni el Reglamento LORCPM indican que el acto a revocarse no pueda ser de gravamen o desfavorable para la propia SCPM.

Es menester insistir nuevamente en la importancia de la diligencia debida y preparación de todos los profesionales que intervienen en este tipo de procedimientos: tanto abogados de las partes, como la propia SCPM y los jueces.

A nuestro criterio, esta interpretación del artículo 68 de la LORCPM pudo haber sido perfectamente analizada y resuelta – definiendo el alcance y ámbito de esta disposición – por la Corte Nacional de Justicia en el recurso de casación. No obstante, el recurso fue correctamente inadmitido pues para que se analice la correcta aplicación o no de esta norma, debió fundamentarse en la causal respecto a errores referentes a normas de derecho, mas no a preceptos jurídicos aplicables en la valoración de la prueba.

Sin embargo, no deja de llamar la atención el hecho de que se haya archivado en primer lugar una investigación por parte de la Intendencia, determinando que no hay un perjuicio real, sin haber siquiera determinado cuál es el mercado relevante. Por ello, resultaba medular en el presente caso determinar el alcance de los actos sobre los cuales puede interponerse un recurso de revisión. En caso de que proceda también contra actos desfavorables o de gravamen a la SCPM (y en consecuencia al mercado y al Estado) – evidentemente debiendo emitirse un acto que cumpla todos los requisitos de la debida motivación – sí se hubiera podido revisar mediante este recurso los actos administrativos de archivo de la investigación.

Un hecho que a nuestro criterio queda sin ser tratado a fondo es el compromiso de cese aprobado por la CRPI. En primer lugar, de los hechos se desprende que una vez

planteada una propuesta de compromiso de cese, OTECEL inició un procedimiento contencioso administrativo para dejar sin efecto el recurso de revisión, y en consecuencia, evitar cualquier sanción posterior que pudiera darse. Sin embargo, no es menos cierto lo alegado por la SCPM respecto de que el hecho de presentar un compromiso de cese implica el reconocimiento voluntario de una infracción a la LORCPM. Lo que cabría analizar es la estrategia jurídica de los patrocinadores de OTECEL y las circunstancias que los llevaron a actuar de esa manera.

Decimos que queda en el limbo puesto que en la acción de protección interpuesta por OTECEL, se reclamaba la aprobación de un “compromiso de cese B” distinto al “compromiso de cese A” que fue propuesto por la compañía.

Este compromiso de cese B que fue aprobado por la CRPI con fecha 28 de septiembre de 2016 – posterior a la demanda contencioso administrativa y previo a la demanda de acción de protección – se encuentra publicado en el portal web de la SCPM y ni en la acción de protección ni en el juicio que analizamos se ha resuelto sobre la legalidad del mismo. Entre las medidas correctivas a las que obliga este compromiso a OTECEL se encuentran **(i)** una subsanación económica por un valor superior a los dos millones y medio de dólares americanos; **(ii)** el cese inmediato de las conductas y **(iii)** la promesa de abstención de reincidir en esas conductas.

Entendiendo así los hechos, nos encontraríamos frente a una victoria pírrica por parte de OTECEL dado que si bien, con la sentencia obtenida, se ratificaba su estado de inocencia respecto de cualquier infracción a la LORCPM relacionada al no retiro de la valla publicitaria sobre publicidad 4G, al seguir vigente el compromiso de cese de igual forma debió pagar una multa y cumplir con el resto de medidas correctivas acordadas.

Lo que sí aseguró OTECEL actuando de esta manera es el hecho de haber cancelado un determinado monto por concepto de multa que, tras los análisis jurídicos y económicos realizados por sus abogados patrocinadores, pudo haber sido mucho mayor en caso de haber continuado la investigación y haberse dictado una resolución sancionatoria en sede administrativa.

No obstante, no consideramos que éste sea el caso dado que uno de los principales argumentos de la compañía dentro del presente juicio fue que al tratarse de una sola valla publicitaria, tal como recoge el informe de Intendencia que resuelve archivar la investigación, no se pudo haber causado una afectación o alteración significativa al mercado y mucho menos se obtuvo una ventaja competitiva por parte de la empresa. Además, debe tenerse presente que la SCPM ya hubiera contado con muy poco tiempo para realizar su investigación teniendo en consideración los plazos de caducidad recogidos en la LORCPM y probablemente, no le hubiera alcanzado el tiempo para cumplir con todos los términos y etapas de investigación y resolución previo a que opere la caducidad de su facultad sancionadora respecto de estos hechos.

### 3.5.4. DISPROSA S.A. vs. SCPM [Juicio No. 09802-2017-00869]

#### a) Antecedentes Fácticos

DISPROSA S.A. (en adelante “**DISPROSA**”) es una compañía ecuatoriana domiciliada en el cantón Guayaquil, que tiene como actividad económica principal la distribución y comercialización al por mayor de productos de consumo masivo y cuidado personal.

DISPROSA presentó el 8 de junio de 2015 una denuncia en sede administrativa a la SCPM en calidad de operador económico afectado por otra compañía, INDUSTRIAS ALES S.A. (en adelante “**ALES**”) por presuntos abusos de poder de mercado.

La SCPM admitió a trámite la denuncia mediante providencia dictada el 20 de julio de 2015 por la Intendencia de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “**IIAPMAPR**”).

Conforme lo previsto en el 55 y 56 de la LORCPM, se inició una etapa de investigación previa que terminó mediante providencia dictada el 24 de agosto de 2015, dando inicio a la investigación formal.

Aproximadamente dos meses después, el 27 de octubre de 2015, el Intendente de la IIAPMAPR dispone que se remita un memorando para que se delegue a la Intendencia Zonal el desarrollo de la investigación. Otro mes después, el 19 de noviembre de 2015, el Intendente General autoriza a la Intendencia Zonal 8 para que continúe la sustanciación del procedimiento administrativo.

Conforme lo previsto en el artículo 62 del Reglamento LORCPM, la etapa de investigación no puede exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables por una sola vez por el mismo plazo, contado desde la fecha de la resolución que inicia el proceso de investigación formal.

Recién el 15 de febrero de 2016, el Intendente Zonal 8 avocó conocimiento del expediente, prorrogando la etapa de investigación por cincuenta y cinco (55) días

adicionales a fin de que el denunciante y el denunciado pudieran ejercer sus derechos. La Intendencia Zonal 8 exigió la práctica de algunas diligencias y recabó información documental de otros órganos administrativos, así como de personas naturales y jurídicas vinculadas de una u otra forma al proceso investigativo.

El 13 de abril de 2016, pocos días antes que finalice la etapa de investigación, se remitió el Informe de Resultados de la Etapa Investigativa. El 30 de mayo de 2016 el Intendente puso fin a la etapa de investigación y ordenó la apertura de la fase de sustanciación.

Ya en la fase de sustanciación, el órgano de investigación se encontraba obligado en virtud del artículo 70 del Reglamento LORCPM a emitir un Informe Final, proponiendo de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones aplicables a criterio de la intendencia. Sin embargo, la SCPM nunca dictó el referido informe, incurriendo a criterio de DISPROSA en una actitud omisiva o de silencio que le a provocado perjuicios, al haberse apartado del principio de legalidad.

La SCPM no se pronunció hasta el 26 de abril de 2017, fecha en que expidió una diminuta resolución en la que resolvió terminar el procedimiento y archivar el expediente por preclusión de la facultad del órgano investigador para emitir el informe final.

DISPROSA impugnó esta resolución, en primer lugar, mediante un recurso de reposición en sede administrativa que fue negado. Posteriormente, impugnó nuevamente la referida resolución mediante una acción de plena jurisdicción o subjetiva.

#### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

DISPROSA impugnó la resolución que ordenaba el archivo del procedimiento haber precluido la facultad del órgano investigador para emitir el informe final, por considerar que le era perjudicial y que, a todo evento, era obligación de la SCPM sustanciar el procedimiento y que, por su negligencia y constantes retardos injustificados en la sustanciación de la causa, dictó un acto administrativo mediante el

cual, al concluir la investigación, ALES quedaba impune a su criterio. Por ello, la demanda fue interpuesta en contra de ALES y también en contra de la SCPM.

La pretensión concreta era que se declare la nulidad de **(i)** la resolución de archivo del proceso y **(ii)** la resolución que negaba el recurso de reposición planteado. Y en consecuencia, que se obligue a la SCPM a continuar el trámite que en derecho corresponda.

Los argumentos de ALES fueron los siguientes:

- i.** El Intendente Zonal 8 resolvió dar por terminado el procedimiento de investigación y archivar el expediente en forma legítima, dado que precluyó su facultad investigativa para emitir el informe final dentro de la denuncia presentada por DISPROSA.
- ii.** Toda autoridad administrativa y judicial debe respetar los trámites previstos en los cuerpos normativos respectivos, lo que implica el cumplimiento de las etapas procesales en el tiempo y forma pertinentes. Por ello, si no se han ejercitado oportunamente estas etapas, han precluido.
- iii.** La pretensión de DISPROSA viola el principio de preclusión procesal, el cual prohíbe el regreso o la renovación de momentos procesales ya extinguidos y consumados.
- iv.** Falta de legitimación pasiva dado que ALES nada tiene que ver respecto de un acto administrativo dictado por la SCPM, independientemente de que sus efectos le beneficien.

Los argumentos de la SCPM fueron:

- i.** DISPROSA ha fundamentado su demanda en normas del ERJAFE, que es aplicable a la Función Ejecutiva mientras que la SCPM pertenece a la Función de Transparencia y Control Social.

- ii. Los actos administrativos impugnados (resolución de archivo del proceso y resolución que niega el recurso de reposición), fueron emitidos por autoridad competente.

Además, el principio de legalidad comprende la existencia de igualdad jurídica y respeto al debido proceso, considerando los tiempos precluíbles en que una investigación debe encausarse.

Para que el pronunciamiento de la autoridad pública pueda considerarse legal debe reunir varios elementos como: competencia, sometimiento a la CRE y demás normas del ordenamiento jurídico y a sus facultades y potestades de hacer o no hacer algo, sin perjuicio de que conforme el artículo 65 de la LORCPM sus actos administrativos se presuman legítimos y estén llamados a cumplirse desde su notificación.

- iii. Las resoluciones impugnadas gozan de la presunción de legitimidad.
- iv. No puede exigírsele jurídicamente a la SCPM que continúe con la sustanciación del expediente si ya han precluido las etapas procesales constantes en la ley.
- v. Para que un acto administrativo sea válido debe emanar de autoridad competente, no lesionar ningún derecho subjetivo y no tener vicios de forma insubsanables.

DISPROSA no ha atacado ningún requisito de fondo en la emisión de los actos impugnados que alega han vulnerado el procedimiento, por lo que se encuentra legitimada la actuación de la administración.

### c) Sentencia

La demanda fue conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil.

Se fijó como objeto de la controversia: *“Analizar la viabilidad de declarar la ilegalidad y nulidad de las resoluciones emitidas el 26 de abril de 2017 y 21 de julio de 2017 por el Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-2015-017, así como de obligar a dicha autoridad que continúe el trámite que en derecho corresponda.”*

Las consideraciones de la Sala fueron

- i.** ALES, pese a ser el operador económico denunciado por DISPROSA, desde el punto de vista procesal ha sido incorrectamente demandado pues de acuerdo a los argumentos de la accionante no se convierte en legítimo contradictor y su calidad de sujeto controlado no le permite esgrimir defensa que justifique los pronunciamientos de la SCPM, por lo que se acepta la excepción previa de falta de legitimación pasiva.

Por ello, el resto de la sentencia se dirigirá únicamente a la SCPM.

- ii.** Los jueces coincidieron en que, al no haber controversia respecto de los hechos que han sido probados y aceptados por todas las partes, el caso se resume en una cuestión de puro derecho: determinar si operó o no la preclusión de las facultades investigativas de la SCPM dentro del procedimiento de investigación en contra de ALES.
- iii.** Trajeron a colación múltiples citas doctrinarias de autores como Cabanellas, Couture y Chiovenda respecto del concepto del concepto de preclusión, que se resume en: *“Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo o por haberse realizado otro incompatible con aquél”*.
- iv.** Consideró la Sala acertado el criterio contenido en la providencia de archivo de la causa por parte de la SCPM que señala:

*“[...] En esta línea de análisis, la Autoridad debe señalarse estrictamente a lo establecido en la norma, es decir, para este caso en particular, los órganos de investigación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deben emitir los actos administrativos y de simple administración acorde el trámite del procedimiento de investigación señalado en la LORCPM y su Reglamento de Aplicación, en el tiempo y en la forma que la ley y su reglamento de aplicación lo prevea, de lo contrario acarrearía nulidades, caducidades, prescripciones o preclusiones dentro del proceso administrativo...”*

Por tanto, si alguna de esas fases del procedimiento administrativo fuese ejecutada sin la competencia necesaria en razón del tiempo, necesariamente viciaría de nulidad las actuaciones sucesivas o posteriores, por lo que es entendible que en aplicación del principio de eficiencia administrativa (a partir de esa etapa), la SCPM haya optado por archivar el expediente, conducta que no obsta las responsabilidades de naturaleza administrativa, civil o penal en la que se encuentren potencialmente incurso los funcionarios respectivos.

- v. A más de lo expuesto, conforme lo prescrito en el artículo 70 de la LORCPM<sup>102</sup>, establece que el plazo de prescripción de las acciones es de cuatro (4) años a partir del conocimiento del supuesto hecho infractor, por lo que no puede confundirse el concepto de caducidad con el de cosa juzgada.

Ergo, si la denuncia fue presentada el 8 de junio de 2015, esto implica que la facultad investigativa y determinadora de responsabilidades de la SCPM no ha prescrito, por lo que no existe impedimento jurídico alguno para que, en el ágil ejercicio de sus competencias, la SCPM puede atender las

---

<sup>102</sup> *“Art. 70.- Prescripción de las facultades administrativas y de las sanciones.- La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio o a petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que día en que hayan cesado. [...] La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendiente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados con el objeto de asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes.”*

circunstancias denunciadas en sede administrativa por DISPROSA, observando las solemnidades y formalidades necesarias para que sean cumplidos los objetivos institucionales de la Superintendencia.

Esto en concordancia con el artículo 227 de la CRE que señala: *“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”*

- vi. Debe entenderse que, aunque ciertamente la preclusión ha sido aplicada de forma correcta en esta ocasión por parte de la SCPM, para evitar posteriores vicios del procedimiento administrativo, deben emitirse los actos de simple administración y/o actos administrativos en la oportunidad que prevé el ordenamiento jurídico para el ejercicio de sus competencias, ya que de no serlo, esto generará las responsabilidades de naturaleza administrativa, civil o penal, según estimen los órganos de control o autoridades administrativas o jurisdiccionales competentes.

Por todo lo expuesto, se declaró sin lugar la demanda presentada por DISPROSA.

Notificada la sentencia a las partes, ninguna interpuso un Recurso de Casación ni mucho menos una Acción Extraordinaria de Protección, que conforme lo previsto en el artículo 61, numeral 3 de la LOGJCC, requiere haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios.

#### **d) Comentarios**

En este caso nos encontramos frente a un caso sui generis que no ocurre en la mayoría de procedimientos administrativos sancionadores, dado que la figura del “denunciante”, en los términos que se encuentra prevista en la LORCPM y el Reglamento LORCPM se asimila más, realizando una analogía, a la figura del acusador particular en materia penal. Si bien pueden existir denunciar que pongan en marcha procedimientos administrativos sancionadores, en la gran mayoría de casos se

trata únicamente de un trámite entre la entidad pública, en calidad de acusadora y sustanciadora, en contra del administrado.

Consideramos que la decisión del Tribunal es acertada debido a que jurídicamente, la resolución de archivo de la causa tenía fundamentos jurídicos sólidos. No obstante, eso no quiere decir que la SCPM haya sustanciado el procedimiento de una manera correcta ni mucho menos.

A nuestro criterio, el gran error de esta demanda fue su pretensión concreta, específicamente cuando solicitaba que, al dejar sin efecto la resolución de archivo del proceso, así como la resolución del recurso de reposición, la SCPM continuara sustanciando el trámite. Esta pretensión nunca estuvo llamada a prosperar por dos razones principales: (i) si bien los retardos en la sustanciación del proceso pueden ser imputables a la SCPM, al encontrarnos en una acción de plena jurisdicción o subjetiva, DISPROSA debía justificar en su demanda vicios, ya sean de forma o de fondo, de tal magnitud que ameriten expulsar los actos administrativos impugnados del ordenamiento jurídico. No obstante; únicamente se limitaron a demostrar que existieron retrasos por parte de la SCPM sin justificar el vicio que esto producía.

Y, sin perjuicio de lo señalado, (ii) inclusive en el supuesto que el Tribunal hubiese encontrado algún vicio – que a nuestro criterio no existe – en los actos administrativos impugnados, la consecuencia hubiese sido que se declare la nulidad de los mismos. El efecto que tiene la nulidad es retrotraer el proceso a la etapa previa a que se dicte. Por lo tanto, si se declaraba la nulidad la resolución de archivo de la causa y se ordenaba que, en consecuencia, la Intendencia continúe sustanciando el procedimiento, es decir, emita el Informe Final que correspondía, de igual manera hubiera caducado la facultad de la SCPM puesto que ya había transcurrido el término previsto en la ley para emitir el informe, lo cual despojaba de toda competencia a sus funcionarios. Un informe final dictado sin competencia eminentemente hubiera sido declarado nulo.

Más allá de lo expuesto, consideramos inaceptable el hecho de que la SCPM demore de manera excesiva como en el presente caso la tramitación de un expediente de investigación, especialmente considerando que en otras circunstancias puede operar la caducidad de todo el procedimiento sin que pueda volverse a sustanciar.

Al igual que ocurría con el manejo de la información analizado en las acciones de protección de CONECEL, OTECEL, entre otras, este tipo de acciones debilita la imagen institucional de la SCPM pues estos hechos dejan únicamente dos posibilidades, ninguna de las cuales favorece a la institución: **(i)** o la Intendencia respectiva fue extremadamente negligente en la sustanciación de la investigación; o **(ii)** de forma dolosa se retardó la sustanciación del proceso precisamente para evitar imponer una sanción al operador denunciado; es decir, o fue un error de buena fe o un error de mala fe.

Sea cual fuere el caso, DISPROSA se vio inmerso en una situación compleja al ver archivado el proceso de investigación de su denuncia, por una excesiva demora de la SPCM.

Por ello el llamado de atención que hacen también los jueces que resolvieron la causa, al determinar que, si bien en este caso se actuó conforme a derecho, en otros similares pueden existir responsabilidades civiles, penales e inclusive administrativas.

### **3.5.5. AUGUSTO PATRICIO LÓPEZ JARAMILLO vs. SCPM [Juicio No. 09802-2017-00876]**

Este juicio merece un tratamiento breve en el presente trabajo debido a que es prácticamente igual al juicio analizado en el numeral anterior, seguido por DISPROSA S.A. en contra de la SCPM.

En este caso el señor Augusto Patricio López Jaramillo presentó, por sus propios derechos una denuncia en contra de la compañía INDUSTRIAS ALES S.A. por presuntas prácticas de abuso de poder de mercado. La única diferencia con el procedimiento seguido por DISPROSA es la fecha de presentación de la denuncia, que fue el 20 de noviembre de 2015.

Posteriormente la SCPM mediante providencia emitida con fecha 28 de abril de 2017 (dos días después de la resolución que disponía el archivo de la investigación a DISPROSA), resolvió el archivo de la investigación por haber precluido el tiempo que tenía la SCPM para emitir el Informe Final. Al igual que en el caso de DISPROSA, la resolución fue impugnada mediante un Recurso de Revisión que fue negado.

En base a ello, el señor Augusto Patricio López Jaramillo presentó una demanda de acción de plena jurisdicción o subjetiva pretendiendo que se declare la nulidad de la resolución de archivo de la causa, así como de la resolución que resuelve el recurso de revisión.

Los dos procesos fueron defendidos por el mismo abogado patrocinador por lo que las demandas son virtualmente idénticas. Ambas fueron conocidas y resueltas por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Guayaquil, por lo que las sentencias son, de igual forma, prácticamente idénticas.

Lo que sí llama la atención es que existiendo formalmente no una, sino dos denuncias y proceso de investigación instaurados en contra de INDUSTRIAS ALES S.A., ambos hayan sufrido retardos similares y hayan concluido con la misma resolución de archivo, pese a ser dos procesos que se sustanciaban en cuerda separada.

### 3.5.6. DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA ECUATORIANA DIFARE S.A. vs. SCPM [Juicio No. 09802-2015-00585]

#### a) Antecedentes Fácticos

Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A. (en adelante “**DIFARE**”) es una compañía domiciliada en la ciudad de Guayaquil, que tiene por objeto social principal dedicarse a la industrialización, importación, exportación, compraventa, distribución de productos farmacéuticos y agroquímicos de toda clase.

Actualmente la compañía es una de las farmacéuticas más grandes el Ecuador, teniendo más de tres mil cuatrocientos (3400) puntos de venta en todo el país a través de sus farmacias que operan bajo el nombre comercial “*Farmacias Cruz Azul*” y “*Farmacias Comunitarias*”. Desde el año 2002 también cuentan con la cadena de farmacias “*Pharmacy’s*”. Varias de estas farmacias operan bajo el modelo de franquicia, en virtud del cual DIFARE actúa como franquiciante de múltiples personas naturales y jurídicas, lo que ha convertido a Cruz Azul en la franquicia más grande del país en sector.

En el año 2015, la SCPM, a través de su Intendencia de Abogacía de la Competencia, realizó a DIFARE una solicitud de información fundamentada en sus facultades de investigación previstas en el artículo 48 de la LORCPM<sup>103</sup>. Entre los múltiples ítems que la Superintendencia solicitó al operador económico se solicitó completar un documento denominado “*Plantilla No. 4.- Información sobre las Ventas de las farmacias propias y franquiciadas.*”

Como su nombre lo indica, este documento debía contener información puntual y a detalle respecto de las ventas realizadas tanto por las farmacias propias como de sus franquiciadas. Al efecto se concedió un plazo a DIFARE para presentar esta documentación. No obstante esto, tras múltiples prórrogas concedidas, y varios

---

<sup>103</sup> “**Art. 48.- Normas generales.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estime necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate. [...]”

comunicados de DIFARE solicitando más tiempo para poder presentar dicha documentación en razón de que no la poseían sino que debía ser recabada con todos sus franquiciados en forma individual, se terminó presentando la plantilla en forma extemporánea.

Tras lo sucedido, la Intendencia de Abogacía de la Competencia emitió un informe que fue aprobado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia y que tuvo como consecuencia el dictado de la resolución emitida por la CRPI con fecha 30 de junio de 2015 – acto administrativo impugnado, que en su parte pertinente, resolvió:

*“1. Aprobar el Informe No. SCPM-IAC-013-2014, remitido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia mediante memorando SCPM-IAC-240- 2014-M de 31 de julio de 2014, por la Intendencia de Abogacía de la Competencia, en el cual **se concluye que el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., no suministró a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado la información requerida dentro del término que se le concedió.***

*2. Sancionar al operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., por el retardo de 22 días término en la entrega de información requerida por la Intendencia de Abogacía de la Competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, con la imposición de una multa sancionadora de doscientas veinte (220) Remuneraciones Básicas Unificadas, cada una de USD.340,00 (TRESCIENTOS CUARENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA), suma que asciende a la cantidad de USD 74.800,00 (SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA). [...]*

*4. Por cuanto el operador económico Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE SA. entregó la información solicitada dentro del término dispuesto por esta Comisión mediante Resolución de 21 de agosto de 2014 no se le impone multas coercitivas normadas en el artículo 85 de la LORCPM y artículo 105 y siguientes del Reglamento de la LORCPM”.*

(el subrayado en negrita es propio)

En suma, se impuso DIFARE una multa sancionadora, por el valor de doscientas veinte (220) remuneraciones básicas unificadas vigentes a la fecha del cometimiento de la infracción, con fundamento en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM<sup>104</sup>.

### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

DIFARE impugnó esta resolución en la jurisdicción contencioso administrativa fundamentándose en que se ha vulnerado el principio de congruencia procesal, dado que la Intendencia de Abogacía de la Competencia, frente al presunto retardo en la entrega de la información, inició un expediente para imponer una multa coercitiva con fundamento en el artículo 84, literal d) de la LORCPM<sup>105</sup>, en concordancia con el artículo 105 y siguientes del Reglamento LORCPM<sup>106</sup>, pero que posteriormente, terminó fundamentando su resolución en el artículo 79 LORCPM concerniente a las multas sancionadoras. En consecuencia, existió una violación en el derecho a la defensa.

También se alegó falta de motivación de la resolución impugnada dado que (i) desconoció el principio de legalidad; y (ii) omitió la aplicación de los criterios contenidos en los artículos 80, 81 y 82 de la LORCPM concernientes a los criterios para la imposición de las sanciones, las circunstancias agravantes y las atenuantes.

---

<sup>104</sup> “**Art. 79.- Sanciones.-** [...] Quien no suministrar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.”

<sup>105</sup> **Art. 85.- Multas coercitivas.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas: [...] **d.** Al cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 50.”

<sup>106</sup> “**Art. 105.- Multas coercitivas.-** En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando: **a)** Exista una resolución mediante la cual se imponen sanciones. **b)** Se han dejado de cumplir los compromisos o condiciones establecidas en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. **c)** Se ha dejado de cumplir lo ordenado en resoluciones, requerimientos o acuerdos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. **d)** Se ha incumplido con la obligación de suministrar la información que requiere la Superintendencia así como prestar la colaboración que esta requiera. **e)** Se ha dejado de cumplir lo ordenado mediante resolución motivada con respecto a medidas preventivas y/o medidas correctivas.”

Subsidiariamente, DIFARE alegó que el cálculo realizado por la SCPM respecto de que ha existido veinte y dos (22) días de retraso en la entrega de información es erróneo, debido a que la información requerida fue entregada mucho antes de lo que la CRPI manifiesta en el acto impugnado.

Esto lo justifican por dos razones: (i) el cálculo de los veinte y dos días debe hacerse desde la fecha en que la Intendencia notificó a DIFARE con la última prórroga concedida y no desde la fecha de expedición de la resolución, lo cual añadiría un día extra para la presentación de la información requerida; y (ii) precisamente en ese día extra DIFARE entregó a la SCPM por primera ocasión la Plantilla No. 4 solicitando una prórroga adicional, que nunca fue contestada por la SCPM.

Su pretensión concreta consistió en que:

*“Con los antecedentes, fundamentos de hecho y derecho expuestos, acudo ante este Tribunal con el presente recurso subjetivo o de plena jurisdicción, con el fin de que en sentencia se declare la ilegalidad de la Resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente No. SCPMCRPI-2014-0033, de fecha 30 de junio de 2015, y en consecuencia, se exima a mi representada del pago de la multa (...)*

*En consecuencia, solicito de manera expresa se revise el error cometido por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al atribuir a DIFARE el retraso infundado de 22 días término respecto de la entrega de la información de la Plantilla No. 4, considerando que este número de días fue utilizado como agravante por esta entidad de control, para el cálculo también erróneo del importe del valor de la multa.”.*

La SCPM contestó la demanda señalando que realizó una primera solicitud de información a DIFARE el 25 de marzo de 2014 y que, conforme consta del expediente administrativo, existieron varias prórrogas para la entrega de la referida información.

Posteriormente, mediante escrito ingresado el 03 de julio de 2014 por parte de la abogada de DIFARE, se señaló que es cierto que en los Contratos de Franquicia que

mantiene la compañía se encuentra la obligación expresa de las farmacias franquiciadas a entregar información a DIFARE relacionada con el funcionamiento de su negocio, y entre esa información uno de los ítems al que se puede acceder es al de ventas. Y que una vez accedido a ese ítem la compañía reconoció que se limitaron a acceder al volumen de ventas pero sin descender al desglose de la información que requiere la SCPM en la Plantilla 4, por lo que la compañía se prestó a realizar un levantamiento de información manual, punto a punto a nivel nacional, solicitado una prórroga no menor a sesenta (60) días hábiles para cumplir con esta actividad.

En respuesta a este oficio, la Intendencia competente, bajo prevenciones legales, concedió una última prórroga de cinco días improrrogables desde el día siguiente a la notificación para que entregue la información faltante y cumpla lo requerido por la SCPM. Este tiempo máximo tuvo su fundamento en que mediante el requerimiento inicial de información enviado el 09 de mayo de 2014, ya se indicó el alcance puntual de la información requerida por lo que DIFARE tuvo, a criterio de la SCPM, mucho más de sesenta (60) días para recabar esa información.

No obstante, el 22 de julio DIFARE solicita una última prórroga de cinco (5) días adicionales para entregar la información y, mediante esta acción contencioso administrativa, pretende desconocer lo dispuesto por la Intendencia que le concedió un término improrrogable para que remita la información. En consecuencia, a criterio de la SCPM, la compañía tuvo el tiempo suficiente desde el 25 de marzo al 14 de julio de 2014 para que pueda remitir la información requerida.

Además, alego que existieron varias reuniones de trabajo entre las partes tendientes a establecer de mejor forma y claridad los requerimientos de la SCPM por lo que mal puede alegarse desconocimiento del alcance de la información solicitada.

A criterio de la SCPM, DIAFRE actuó en todo momento con intencionalidad de retardar injustificadamente la entrega de la información, a sabiendas de que tenía libre disposición sobre sus franquiciadas y que además, lo expuesto en la demanda es contradictorio a lo expuesto por la compañía en una reunión de trabajo mantenida con la SCPM el 08 de enero de 2014, en la cual el operador económico señaló que los contratos de franquicia eran de naturaleza abierta, con independencia y autonomía de

los franquiciados, por lo que no tenía acceso a la información de ventas de los franquiciados. La SCPM adjunta varios contratos de franquicia en los cuales consta la obligación expresa de tener a disposición del franquiciante acceso físico y/o virtual a sus registros.

A más de lo expuesto, la información entregada por DIFARE, incluso en la fecha alegada por el operador económico, sigue siendo incompleta.

Por ello, una vez que la SCPM declaró incumplido a DIFARE, abrió un término de prueba por seis (6) días a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa. Al verificar que **(i)** efectivamente el retardo en el cumplimiento de la entrega de información se debió a la falta de coordinación con sus franquiciadas; y **(ii)** que DIFARE pretendió a la SCPM respecto de la información a la cual tenía acceso y que fue desmentido por la propia Intendencia en virtud de los contratos de franquicia, se impuso la multa que es impugnada por el operador económico.

Por último, la SCPM puntualizó que la multa impuesta fue una multa sancionatoria por no entregar la información en el tiempo otorgado, y no como una “*represalia caprichosa por parte de la Autoridad*” sino que debido a la inoportuna e incompleta entrega de información, se retardó el estudio del mercado que se analizaba, y por motivo deliberado y/o negligente del incumplimiento de lo previsto en la LORCPM, la SCPM sancionó a DIFARE.

Con lo expuesto, las excepciones de la SCPM fueron:

*“Con fundamento en el derecho y los hechos expuestos, en síntesis, propongo las siguientes excepciones, unas en subsidio de otras:*

*1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.*

*2. Legalidad, legitimidad y ejecutividad del acto administrativo impugnado.*

*3. Improcedencia de la acción propuesta, en virtud que en la demanda no se establece cual es el derecho vulnerado, negado, desconocido o no reconocido.*

*4. Falta de cumplimiento de requisitos materiales para la admisión de la pretensión del Actor...”.*

### **c) Sentencia**

La demanda fue conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil.

Cabe puntualizar que la demanda se tramitó, por la fecha de su presentación, con las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, supletoriamente con el Código de Procedimiento Civil, al no encontrarse vigente a la fecha el COGEP.

Respecto de las excepciones interpuestas por la SCPM, los jueces manifestaron lo siguiente:

**i.** Respecto de la Negativa Pura y Simple de los Fundamentos de Hecho y Derecho de la Demanda:

No siendo una excepción en su definición, se refiere al traslado fáctico que hace quien se opone a los dichos de la demanda del accionante, por lo que, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil: *“Art. 113.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo. El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. Impugnados en juicio una letra de cambio o un pagaré a la orden, por vía de falsedad, la prueba de ésta corresponderá a quien la hubiere alegado.”;*

- ii.** Respeto de la excepción de Legalidad, Legitimidad y Ejecutividad del Acto Administrativo Impugnado:

En efecto, los actos administrativos gozan de las presunciones de legalidad y legitimidad, en cuanto cumplan con las condiciones establecidas por los principios y normas de Derecho Público, es decir, la competencia del funcionario que emite el acto, el seguimiento del trámite correspondiente al asunto y el respeto al derecho a la defensa del administrado, condiciones que se resumen en las normas constitucionales del debido proceso contenidas en el artículo 76 de la CRE.

- iii.** Respeto de la Improcedencia de la Acción por no haberse señalado en la demanda cuál es el derecho vulnerado, negado, desconocido o no reconocido:

DIFARE ha basado su demanda sobre lo establecido en el artículo 173 de la CRE el cual permite la impugnación de todos los actos que emanen del poder público, sin excepción, por lo que goza de suficiente derecho para comparecer ante la Función Judicial y ejercer el derecho de impugnación que creyere pertinente;

- iv.** Respeto de la Falta de Cumplimiento de Requisitos Materiales para la Admisión de la Pretensión de la Accionante:

La pertinencia o impertinencia de las alegaciones, que deriva en la procedencia o improcedencia de la demanda, es un asunto enteramente jurisdiccional, por lo que corresponde a este Tribunal, decidir conforme las normas internacionales, constitucionales o legales que regulan el marco de la comunicación y libertad de expresión que se discuten en este proceso, así como la existencia o no de los requisitos necesarios para emitir un criterio judicial.

Respecto del fondo de la controversia, el Tribunal indicó que la materia de la litis – denominada también “objeto de la controversia” en el COGEP – se trabó sobre la

legalidad en el procedimiento y en la argumentación utilizada por parte de la CRPI para la expedición del acto administrativo contenido en la Resolución de 30 de junio de 2015.

v. Respetto de la Violación al Principio de Congruencia

Analizando uno de los primeros argumentos de DIFARE, respecto a la vulneración al principio de congruencia, la sala trajo a colación un fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia emitida el 10 de agosto de 2011, a las 16h30<sup>107</sup> que señala:

*"«El principio de congruencia impone la estricta correspondencia que debe existir entre el contenido de las resoluciones judiciales y las peticiones-pretensiones y defensas- que conforman el tema decidendum. De suerte que un pronunciamiento jurisdiccional será congruente si emite juicio sobre todas, las peticiones, y respetando los elementos de ellas (sujeto, objeto y causa) », así lo afirma Gladis E. de Midón en su obra la Casación - Control del juicio de hecho, pág. 471, Buenos Aires-2001.*

Cabe recalcar que el procedimiento administrativo se inicia con base en el Informe de la Intendencia de Abogacía de la Competencia, signado con el No. SCPM-IAC-013-2014, remitido a la CRPI, con memorando SCPM-IAC-240-2014-M de 31 de julio de 2014, el cual en sus conclusiones establece: « (...) consta de los antecedentes del presente informe que la Distribuidora Farmacéutica Ecuatoriana DIFARE S.A., no ha entregado la información requerida por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (...).» Y agrega: « (...) Esta Intendencia determina que existe incumplimiento de la obligación de “suministrar información que requiere la Superintendencia, así como de prestar la colaboración que esta requiera...”.

Es decir, lo que se trató y resolvió en el acto administrativo impugnado es sobre el incumplimiento de uno de los deberes que tiene DIFARE, como operador económico,

---

<sup>107</sup> Expediente 406-2009, publicada en la Gaceta Judicial. Año CXI. Serie XVIII, No. 10. Página 3934.

sujeto a la supervisión de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, lo cual se constituye como materia principal del acto administrativo impugnado.

**vi. Respeto de la Falta de Motivación:**

DIFARE alegó falta de motivación como consecuencia del irrespeto al principio de legalidad, y la omisión de la aplicación de criterios para establecer la sanción, de conformidad con los artículos 80, 81 y 82 de la LORCPM.

El penúltimo inciso del artículo 79 LORCPM dispone, en virtud del cual se sancionó a DIFARE, ordena: *“Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.”*

La conducta a la que se hace alusión a la norma se refiere estrictamente a una omisión declarada por parte del sujeto pasivo. Al respecto, la Sala consideró pertinente referirse al *principio de tipicidad*, contenido dentro de las garantías del debido proceso en el artículo 76 CRE que señala:

*“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: [...]*

*3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”*

De acuerdo con el artículo 85 de la LORCPM, el mecanismo pertinente, para exigir el cumplimiento del deber contenido en el artículo 50 ibídem, es la multa coercitiva, especialmente si de parte del operador económico, existe o se evidencia un interés en colaborar con el ente regulador, lo cual se puede fácilmente determinar de la lectura

del expediente administrativo, el cual contiene varias solicitudes y peticiones con el fin de conseguir prórrogas para entregar a la Superintendencia, la información requerida, con el nivel de detalle exigido.

Consta del expediente que DIFARE ingresó varios escritos con referencia “*Entrega de Información*”, lo cual es avalado en la propia resolución sancionatoria que inclusive indica que, al haber presentado el operador económico parte de la información solicitada no se le impone multas coercitivas.

Es decir, la misma Resolución reconoce que la información sí fue entregada, solamente que fuera del plazo concedido que, además, no es un plazo legal, existiendo un tinte de discrecionalidad en los requerimientos de la Superintendencia al solicitar una cantidad considerable de información en poco tiempo.

A esto debe sumársele dos informes periciales presentados por DIFARE, peritajes electrónicos respecto del sistema informático que utiliza la compañía con sus franquiciados, que en sus conclusiones determina, entre otras cosas, que **(i)** las franquiciadas tienen su propio sistema de facturación; **(ii)** las franquiciadas facturan con sus propio RUC; **(iii)** que cada franquiciada utiliza su propio sistema de contabilidad y control de inventarios; **(iv)** que el sistema informático que utilizan las franquiciadas para conectarse con DIFARE no contempla una conexión en línea, y en consecuencia, DIFARE no puede acceder a los computadores de los franquiciados y extraer toda la información que poseen; **(v)** DIFARE necesita la autorización de cada franquiciada para acceder a sus sistema operativo, caso contrario, no puede hacerlo; **(vi)** DIFARE no puede acceder en línea a las ventas totales diarias de sus franquiciados.

En suma, existe una imposibilidad material para que la DIFARE pueda extraer y comprimir toda la información que reposa en las bases de datos de cada una de las franquiciadas, específicamente en cuanto a *VENTAS* se refiere, y presentarlas dentro de los irrazonables plazos otorgados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

Esto demuestra que existe de por medio un eximente de responsabilidad por fuerza mayor, por cuanto el sistema informático mediante el cual se relacionan las empresas

en franquicia no es compatible con las exigencias del ente regulado, exigencias que tampoco les pueden ser obligadas a cumplir por cuanto no es de su competencia hacerlo.

Por lo expuesto, la Sala concluyó que sí existe un retraso en la entrega de la información solicitada, mas no una omisión, por lo que es incompatible la sanción con los motivos, existiendo una incongruencia en la motivación de la resolución impugnada.

Se encuentra que la decisión tomada por la SCPM, mediante la CRPI, carece de lógica entre la conducta tipificada y la sanción, dado que la demora o atraso en la entrega de la información tiene como consecuencia la imposición de multas coercitivas para el cumplimiento del requerimiento. No se pudo comprobar por parte de la SCPM que existió real omisión de entrega de información.

A esto, se agrega que DIFARE, pudo justificar, con prueba documental y pericial debidamente actuada, las razones por las cuales no era fácticamente posible cumplir con el requerimiento de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en los plazos que se le concedían.

Por lo expuesto, la Sala concluyó que *“resulta innegable que se ha demostrado, la errónea tipificación de la infracción, al ser evidente que se configuró un retraso y no falta de entrega de la información; se probó, y así consta en el proceso, que DIFARE, cumplió con la entrega de la información requerida antes de que pudiese ser declarada incumplida; es decir, el 01 de agosto de 2014 la Superintendencia ya poseía la información, mientras que la declaratoria, se efectuó el 21 de agosto de 2014, por lo que al desvanecerse el motivo de desavenencia entre ente regulador y regulado, no procede la imposición ni de multas coercitivas ni de multa sancionatoria.”*

Con fundamento en los argumentos señalados, el Tribunal decidió aceptar la demanda interpuesta por DIFARE, y en consecuencia, declarar la nulidad por carencia de motivación del acto administrativo impugnado.

#### **d) Recurso de Casación**

La SCPM interpuso recurso de casación en contra de la sentencia dictada. Este recurso se encuentra todavía tramitándose en la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, a la fecha de elaboración del presente trabajo.

#### **e) Comentarios**

Este caso tiene matices distintos a los analizados anteriormente, pues si bien se trata de un tema de naturaleza eminentemente procesal, también incluye la primera interpretación jurisdiccional de la procedencia de las multas coercitivas y de las multas sancionatorias previstas en la LORCPM.

Resulta fundamental a efectos de analizar la resolución, contrastar los argumentos y alegaciones realizadas por las partes procesales y contrastarlas con la resolución emitida por parte de los jueces.

La posición de DIFARE, más allá de la falta de motivación que fue la pretensión concedida por los jueces, fue el hecho de que existió una vulneración al principio de congruencia por parte de la SCPM al iniciar un expediente para imponer una multa coercitiva y terminar imponiendo una multa sancionatoria, situación que no fue analizada a profundidad por el tribunal.

El principio de congruencia resulta fundamental a efectos de que el administrado que se enfrenta a un procedimiento investigativo o sancionatorio pueda ejercer su derecho a la defensa. ¿Cómo podría un operador económico enfrentar un cargo de la SPCM si no conoce los hechos de los que se le acusa, o si en su defecto, se defiende de un cargo y termina siendo sancionado por otro sin haber tenido oportunidad de contradecirlo?

Esto resulta lógico si tenemos en consideración que las multas coercitivas y las multas sancionatorias son conceptualmente distintas y tienen diferentes requisitos, objetos y consecuencias.

Por un lado, las multas sancionatorias, como su nombre lo indica, tienen por objeto sancionar a operadores económicos que, en el caso que nos ocupa – penúltimo inciso del artículo 79 LORCPM – **(i)** no suministre información requerida por la SCPM; **(ii)** hubiere suministrado información incompleta o **(iii)** hubiere suministrado información incorrecta. Estas penas podrán ser de hasta quinientas (500) remuneraciones básicas unificadas.

Por otro lado, las multas coercitivas se encuentran reguladas en el artículo 85 de la LORCPM y se establece expresamente que, podrán ser interpuestas independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de cualquier otra medida de ejecución forzosa prevista en la ley. Su objetivo es obligar a operadores y agentes económicos en general a realizar cualquiera de las cinco conductas tipificadas en el artículo antes referido. En el caso que nos ocupa, podemos encontrarnos frente al supuesto contenido en el literal c) *“cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la SCPM”* y/o al literal d) *“cumplimiento del deber de colaboración establecido en el artículo 50 LORCPM”*. Estas sanciones pueden ser de hasta doscientas (200) remuneraciones básicas unificadas.

Un hecho que resulta curioso es que, DIFARE en ningún momento alega que el retraso en la entrega de la información sea una conducta punible solamente mediante una multa coercitiva o solamente mediante una multa sancionatoria. A nuestro criterio, la conducta por la cual fue sancionada DIFARE cabe perfectamente dentro de ambos tipos. Por una parte, podría multársele para compelerle a entregar la información de la Plantilla 4 completa (multa coercitiva) y por otro lado, en caso de incumplir – como a criterio de la SCPM lo hizo – debería imponerse una multa sancionadora por falta de cumplimiento de lo ordenado por la SCPM y/o violación al deber de colaboración con la SCPM. El problema, es que no se puede iniciar un procedimiento administrativo por un tipo de multa y sancionarse por otro.

Pese a lo expuesto, el Tribunal en su resolución que termina siendo por indebida motivación, señala textualmente que ha existido una *“errónea tipificación de la infracción al ser evidente que se configuró un retraso y no una falta de entrega de la información”*. En suma, los jueces consideran que en el caso de existir una entrega de

información parcial no cabe una multa sancionatoria por incumplimiento, lo cual es totalmente falso y contrario a lo expresamente dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM que sanciona no solamente la falta de entrega de información sino la entrega de información incompleta y/o incorrecta también.

Adicionalmente, el Tribunal califica – pese a no haber sido solicitado expresamente por DIFARE – que el retraso en la entrega de información se debió a *fuerza mayor*, por lo que no procede la imposición de ningún tipo de multa, ni coercitiva ni sancionadora.

Concluiremos entonces manifestando que, es un nuevo caso en el que un operador económico queda libre de una sanción – en este caso por no entregar información en forma oportuna a la SCPM – debido a errores procesales cometidos por la propia entidad.

Más allá de las razones y justificativos que pueda DIFARE tener para no haber entregado la información en el tiempo solicitado, no fue un hecho controvertido el que haya existido un retardo en la entrega de información (así sea por imposibilidad de conseguirla). El problema nace por el mal manejo del expediente administrativo por parte de la SCPM al iniciarlo para imponer una multa coercitiva y terminar imponiendo una sancionatoria cambiando el tipo penal – administrativo.

Por ello, consideramos que pese a no estar fundamentada la sentencia de una manera adecuada, evidentemente existía un vicio en el acto administrativo impugnado que acarrearía a la postre su nulidad. Sin embargo, muy distinto hubiera sido el escenario si la SCPM hubiera iniciado el proceso sancionatorio y resuelto solamente respecto de una multa coercitiva. Ahí la sanción hubiera estado correctamente impuesta – con la agravante de estar demostrado el flagrante engaño en una de las reuniones de trabajo iniciales en las que DIFARE negó poseer cualquier información de sus franquiciadas – , y en caso de ser impugnada, probablemente los argumentos hubieran tenido que ser radicalmente distintos y versar sobre las justificaciones para el retardo de la entrega de información y con seguridad se hubiera argüido, en ese supuesto, fuerza mayor o caso fortuito que impedía entregar la información en el tiempo proporcionado – situación que fue resuelta sin haber sido alegada.

### 3.5.7. RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER RECAPT S.A. vs. SCPM [Juicio No. 17811-2016-01271]

#### a) Antecedentes Fácticos

RECUPERACIÓN DE CAPITAL CONTAC CENTER RECAPT S.A. (en adelante “RECAPT”) es una compañía domiciliada en la ciudad de Quito que tiene por objeto social, entre otros, el prestar servicios de call center.

RECAPT participó en un proceso de contratación pública, concretamente un proceso pre contractual de subasta inversa, conforme lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante “LOSNCPP”), convocado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante “IESS”) para la contratación de un “*Sistema Integral para la Gestión, Agendamiento e Interrelación en la Atención de Salud y Mejoramiento de los servicios que brinda el IESS a sus usuarios*”, en otras palabras, un call center para los usuarios del IESS. El proceso, que inició en el año 2011, estuvo signado con el número SIE-IESS-015-2011.

Otras compañías que participaron en el mismo proceso fueron SOLNET S.A. (en adelante “SOLNET”) y CRONIX CÍA. LTDA. (en adelante “CRONIX”).

Debemos precisar que conforme lo previsto en el artículo 47 de la LOSNCPP se define al procedimiento de subasta inversa de la siguiente manera:

*“Art. 47.- Subasta Inversa.- Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPUBLICAS. [...]”*

En otras palabras, un procedimiento de subasta inversa consiste en que varios oferentes pujan por quién oferta el precio más bajo para proveer al Estado, en la figura de la institución pública contratante, de un determinado bien o servicio. Resulta fundamental tener noción de estos conceptos pues como se verá más adelante, resultan

indispensables para la definición de un mercado relevante frente a una investigación y/o sanción por parte de la SCPM.

CRONIX presentó una denuncia ante la SCPM, con fecha 01 de octubre de 2013, en contra de RECAPT y SOLNET alegando un supuesto “*contubernio*” (acuerdo horizontal) entre ambas empresas para la presentación de ofertas.

Tras el proceso de investigación correspondiente, la CRPI de la SCPM, dictó el 07 de septiembre de 2015 una resolución sancionatoria en contra de RECAPT considerándola infractora de los artículos 11, numerales 6 y 21 de la LORCPM por falsear y distorsionar la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja dentro del proceso de contratación pública convocado por el IESS, imponiéndole en consecuencia una multa de poco más de dos millones trescientos mil dólares americanos 00/100 (USD \$2.300.000,00).

En su parte pertinente, esta resolución dispuso:

*“I. Acoger parcialmente el Informe Nro. SCP-IIAPMAPR-054-2015 de 09 de abril de 2015 [...] en lo principal el análisis, conclusiones y recomendaciones que determinan que:*

*"La infracción tiene objeto anticompetitivo de conformidad con el numeral 4 del artículo 8 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, y está exenta de la aplicación de la regla de mínimos de conformidad con el artículo 9 de dicho reglamento [...] que los operadores económicos [...] en calidad de personas jurídicas, han adecuado su conducta a la hipótesis descrita en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, falseando la competencia en la presentación de ofertas y en la etapa de puja del proceso de contratación pública No.SIE-IESS-015-2011; y, consecuentemente incurriendo en la infracción muy grave descrita en el literal a), numeral 3 del artículo 78 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]"*

*2. Imponer al operador económico RECAPT [...] la multa sancionadora de DOS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO CENTAVOS (US\$ 2.334.265,32). [...]*

*6. Medida correctiva.- [...] que se remitan copias certificadas a la oficina de sorteos de la Corte Provincial de Pichincha a efectos de que se radique la competencia en uno de los señores jueces de lo civil [...] de ser procedente se sirva declarar la nulidad de pleno derecho del proceso de contratación número SIE-IESS-015-2011 que a criterio de esta Comisión debería ser a partir de la adjudicación de la oferta.”.*

RECAPT impugnó esta resolución ante la justicia contencioso administrativa.

#### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

Los argumentos de RECAPT para impugnar la resolución sancionatoria dictada por la SCPM fueron principalmente:

- i.** En la resolución no se prueba de manera contundente que RECAPT haya incurrido en las conductas prohibidas por las que fue sancionada.
- ii.** Indebida motivación de la resolución.
- iii.** La CRPI se extralimitó en sus competencias al evaluar aspectos del procedimiento pre contractual de subasta inversa, concluyendo además, en una desproporcionada e injustificada sanción.
- iv.** RECAPT apeló la resolución de la CRPI ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado, quien en una nueva resolución – que también estaba indebidamente motivada – confirma la resolución de la CRPI pero únicamente con base en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM, vulnerando derechos subjetivos y constitucionales de la compañía.

- v. La resolución del recurso de apelación en vía administrativa confirmó que no se ha incurrido en el numeral 21 del artículo 6 de la LORCPM.
- vi. Se presentaron seis (6) compañías al proceso pre contractual de subasta inversa, resultando cuatro (4) de ellas descalificadas por no cumplir con los requisitos mínimos para que sus ofertas puedan ser aceptadas – entre ellas CRONIX.
- vii. El Informe Jurídico y Técnico emitido por el IESS dentro del procedimiento pre contractual, con fecha 26 de enero de 2012, evidencia que luego del respectivo análisis, se habilitó a RECAPT y SOLNET por ser las únicas empresas que lograron cumplir con los requisitos y condiciones especificadas en los pliegos de contratación.

Del propio análisis que hace la Comisión Técnica, se observa de manera clara y fehaciente que en ningún momento RECAPT fue un obstáculo para que intervengan otras compañías a presentar sus ofertas y compitan en iguales condiciones en el procedimiento de contratación, siendo por tanto única y exclusivamente la negligencia de las otras participantes la razón por las que fueron descalificadas.

- viii. RECAPT resultó adjudicataria del contrato por haber ofertado el precio más económico para el IESS.

Es decir, una autoridad competente determinó la legalidad del proceso y adjudicó un contrato administrativo. Ahora la SCPM quiere observar un procedimiento de contratación pública sin tener competencia para hacerlo.

- ix. La resolución de la CRPI contiene un sinnúmero de errores evidentes, como por ejemplo, que en la resolución impugnada la SCPM como medida correctiva, solicite que sea un juez de lo civil quien declare la nulidad del contrato administrativo.
- x. Existieron múltiples nulidades en el procedimiento de investigación, como por ejemplo, el no contar con RECAPT en una audiencia ordenada el 12 de

junio de 2015 o no contar con CRONIX ni SOLNET en una segunda audiencia convocada posteriormente.

- xi.** La SCPM nunca contestó el recurso de aclaración y ampliación solicitado a la CRPI.

Pero posteriormente, tras al resolver el recurso de apelación, el Superintendente dispuso: "*Primero.- Negar los recursos interpuestos [...]*".-

- xii.** La conducta denunciada y toda la investigación y análisis de la SCPM se realizaron por una presunta infracción al numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, sin embargo, con base a hechos encaminados para esa decisión, se decide sancionar en base al numeral 6 sin una investigación prolija.
- xiii.** Nada tiene que ver el hecho de que RECAPT y SOLNET hayan contratado al mismo profesional para que les brinde asesoramiento en el servicio de call center en materia de telecomunicaciones, hecho que fue considerado por la SPCM como un indicio de una práctica restrictiva.
- xiv.** La SCPM ha tomado como indicios de prácticas restrictivas hechos que no los son, como por ejemplo, **(i)** las ofertas de RECAPT y SOLNET contemplen un software denominado "*Dragon Suite*" ya que por su calidad representa la mejor opción para brindar el servicio ofertado; o **(ii)** el que en ambas ofertas en determinados documentos se utilice la palabra en inglés "*day*" o "*days*" ya que son palabras de uso común; **(iii)** que la traducción del manual "*Softwitch*" presentado por ambas empresas es igual en texto, pese que se entiende que existe una traducción literal.
- xv.** Los hechos denunciados por CRONIX y que fundamentan la resolución serían relevantes si nos enfrentáramos al tipo previsto en el numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM – acuerdo entre proveedores y compradores – pero este no es el caso como ha confirmado la propia SCPM.

- xvi.** La SCPM determinó múltiples irregularidades en el proceso de contratación sin ser una entidad competente para regular o evaluar la legalidad de ningún proceso de contratación pública.
- xvii.** La SCPM tuvo una “*manifiesta intención*” de sancionar a RECAPT.
- xviii.** La SCPM debió definir el mercado relevante, de acuerdo con el artículo 5 de la LORCPM en razón de la necesidad de la certeza de los resultados de la conducta en la competencia del mercado.

La mera cita del concepto de mercado relevante realizada por la SCPM no constituye una adecuada motivación y demuestra que no se realizó ningún análisis técnico de los componentes necesarios del mercado relevante.

- xix.** Una fijación indebida del mercado relevante trastorna el juicio del organismo de control, haciendo imposible delimitar el marco en el que pudo darse o no una conducta anticompetitiva, mancillando el derecho a la seguridad jurídica de RECAPT y el principio de legalidad.
- xx.** La norma en base a la cual se sanciona – artículo 11, numeral 6 de la LORCPM – es una norma “paraguas” o de cláusula abierta que contiene o puede contener un sinnúmero de supuestos.

Mal puede alegarse que se ha motivado o comprobado que RECAPT ha incurrido en esta conducta prohibida con SOLNET ni con el IESS, si la SCPM ni siquiera tiene claro qué conducta específica dentro de la cláusula paraguas fue la que presuntamente se incurrió.

- xxi.** La CRPI no ha justificado por qué la supuesta infracción debía ser categorizada como “muy grave” a efectos de la imposición de la multa correspondiente, ni tampoco se esgrimen argumentos para aplicar el máximo valor de la multa prevista en la ley.

Adicionalmente, se ha incurrido en manifiesta ilegalidad en el cálculo de la sanción, cuando sin análisis alguno se determina un monto arbitrario que a criterio de la SCPM corresponde al volumen total de negocios de RECAPT en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, pues para el mismo se ha sumado el valor total del contrato adjudicado, que tiene una duración de dos años por lo que no entra dentro de ese período.

- xxii.** La SCPM vulneró múltiples garantías del debido proceso así como el derecho a la seguridad jurídica.
  
- xxiii.** La SCPM incurrió en indebida motivación al no justificar: **(i)** la definición del mercado relevante, **(ii)** la fijación de la gravedad de la conducta; **(iii)** la proporcionalidad de la sanción y **(iv)** el monto de la multa.

Por lo expuesto, RECAPT solicito como pretensión concreta:

*“1) Se declare en sentencia la ilegalidad y nulidad del acto administrativo contenido en la resolución de 15 de enero de 2016, misma que causó estado al rechazarse la aclaración y ampliación mediante providencia de fecha 15 de marzo de 2016, en la cual se rechaza el Recurso de Apelación y por ende, se confirma el contenido y la multa interpuesta a RECAPT mediante Oficio No. SCPM-CRPI-2015-0291 de fecha 7 de septiembre de 2015, la misma que también deberá ser anulada. Adicionalmente, solicito que se deje constancia que no existió una conducta anticompetitiva que vulnere el ordenamiento jurídico ecuatoriano por parte de RECAPT;*

*2) Que se indemnice a RECAPT por los daños y perjuicios ocasionados por la ilegal y nula actuación de la Superintendencia de Control de Poder del Mercado;*  
*y,*

*3) Que, en la sentencia contencioso administrativa se determine de forma explícita el monto a ser cancelado por la parte demandada.”*

La SCPM, en su contestación a la demanda argumentó lo siguiente:

- i.** La denuncia presentada por CRONIX sí indicaba que SOLNET, RECAPT y el IESS habrían adecuado su conducta a la infracción establecida en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM.
- ii.** En todo momento se observó el debido proceso y en todo momento la Intendencia a cargo de la investigación respetó la presunción de inocencia de los investigados, dándoles oportunidad de contradecir y contestar sin ninguna restricción.
- iii.** No se han vulnerado las normas señaladas en la demanda, esto es, al debido proceso, principio de legalidad, observancia del trámite propio ni seguridad jurídica.
- iv.** La multa es proporcional a la infracción cometida, que ha sido aplicada en virtud del principio de legalidad observando la LORCPM y se la ha motivado debidamente conforme el artículo 80 *ibídem*.

Se tomó en consideración la magnitud de las restricciones del mercado, a los consumidores y a la competencia, que derivaron de la conducta sancionada.

Solamente un monto debidamente motivado – y elevado – como el que se impuso como sanción, puede cumplir con la finalidad preventiva propia de los regímenes sancionatorios a nivel administrativo.

- v.** La facultad de determinación del mercado relevante en un proceso sancionador es facultad privativa de la SCPM, conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM.

Se lo ha definido conforme lo previsto en la norma antes citada, así como siguiente los parámetros fijados por la Junta de Regulación de la LORCPM, publicados en su Resolución No. 6.

- vi.** La acción procesal de la SCPM fue totalmente legítima.
- vii.** Los indicios de responsabilidad hallados por la SCPM fueron corroborados también por la Contraloría General del Estado, pero con un diferente enfoque dado el ámbito de sus competencias.
- viii.** RECAPT sí se benefició del contrato, ya que la nulidad se efectuó luego de la terminación del mismo.
- ix.** Las pretensiones de RECAPT son ilegítimas y tendientes a enriquecerse ilícitamente vía una pretensión infundada y carente de derecho.

Por lo expuesto, la SCPM interpuso las siguientes excepciones:

*“1) Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho;*

*2) Inadmisibilidad de la demanda en virtud de que esta, no cumple con los requisitos legales exigidos para su presentación;*

*3) Nulidad de lo actuado por clara violación de las solemnidades y el cumplimiento de formalidades propias de todos los juicios e instancias.*

*4) Legalidad y legitimidad del Procedimiento Administrativo y todas las actuaciones llevadas a cabo en él;*

*5) Improcedencia de la acción en virtud de que el actor en su pretensión no presenta proposiciones jurídicas completas sino simples interpretaciones; y,*

*6) Falta de cumplimiento de requisitos materiales para la admisión de la pretensión del Actor de que se declare la nulidad del Procedimiento Administrativo.*

7) *Falta de legitimación pasiva en la causa puesto que no se ha contado con los miembros del órgano de sustanciación y resolución (CRPI) que dictaron el acto impugnado, por lo que no se puede trabar la Litis.*

8) *Solicita de deseche la demanda, condenando a RECAPT al pago de las costas procesales en que incurra la SCPM.*

9) *Se condene a RECAPT al pago de los daños y perjuicios derivados del abuso de derecho de acción en que han incurrido.”*

### **c) Sentencia**

La demanda fue conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito.

El Tribunal consideró que el *thema decidendum* de la causa – objeto de la controversia – se contraía a determinar la legalidad o no de la resolución impugnada mediante la cual la SCPM estableció una multa a RECAPT por haber incurrido en la conducta tipificada en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, por haber falseado y distorsionado la competencia en la presentación de las ofertas y en la etapa de puja dentro del proceso de contratación pública SIE-IESS-015-2011.

No obstante, también se determinó que existen varios problemas jurídicos que el Tribunal debe resolver y éstos fueron sus pronunciamientos

#### **i. Respetto de si la SCPM actuó fuera de sus competencias.**

El Tribunal observó que, si bien la SCPM a efectos de cumplir con el procedimiento de investigación debió revisar el proceso pre contractual convocado por el IESS, no se evidencia de ninguna manera injerencia del ente regulador en materia de competencia en un ámbito que le esté evidentemente reservado a otro tipo de entidades.

Por lo expuesto, no se detectó un accionar fuera de sus competencias por parte de la SCPM.

- ii. Respecto de si existió o no un exceso de competencias por parte de la SCPM al resolver una sanción en contra de RECAPT bajo el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, que habría sido encausado por el numeral 21 de la misma disposición.

Revisado el expediente administrativo, el Tribunal evidenció que en la providencia de inicio del procedimiento con la que se notificó a RECAPT sí se indicaba que existían presunciones del cometimiento de las infracciones tipificadas tanto en los numerales 6 como 21 del artículo 11 de la LORCPM por lo que no se evidencia exceso alguno en las competencias del organismo.

Adicionalmente, señala que las dos causales estuvieron correctamente invocadas por la SCPM al momento de iniciar la investigación puesto que en esa etapa estaban implicadas RECAPT, SOLNET y el IESS por lo que todas ellas podían ser potencialmente objeto de sanción.

- iii. Respecto de si existió o no efectivamente una conducta anticompetitiva por parte de RECAPT en el proceso denunciado ya que la SCPM presuntamente nunca probó la supuesta conducta anticompetitiva al no haber determinado el mercado relevante.

El Tribunal inició su análisis definiendo primeramente qué debe entenderse por mercado relevante. Para ello, citó al tratadista Gabriel Martínez Medrano en su obra *“Control de los Monopolios y Defensa de la Competencia”*, quien invocando una decisión de la Comisión Europea de Competencia dictada en 1985, establecía como mercado relevante “[...] *el espacio comercial en cuyo interior debe evaluarse la potencia económica de la empresa en cuestión en relación con sus competidores.*”

También se pronunciaron sobre la importancia de definir un mercado relevante, citando al mismo tratadista quien subraya que este debe ser determinado para cada caso concreto ya que es lo único que permitirá [...]saber qué competidores reales de las empresas afectadas son capaces de restringir su actuación en el mercado e impedirles actuar sin presión competitiva efectiva.”

Asimismo, se citó al artículo 5 de la LORCPM que define los parámetros para determinar un mercado relevante.

Por lo expuesto, el Tribunal determinó que la SCPM sí ha considerado dentro del Informe de la Intendencia competente los parámetros previstos en la LORCPM al considerar que en el caso concreto materia de la investigación se trata de un servicio delimitado por los pliegos de contratación del cual, no se puede establecer un posible sustituto ya que al estar de por medio un proceso de selección, quien oferte algo distinto sería simplemente descalificado, determinando como mercado relevante al servicio para el cual se convocó al concurso, teniendo como mercado geográfico todo el territorio nacional en virtud de lo establecido en los pliegos.

En razón de que los procesos de contratación del sector público se ciñen por las disposiciones de la LOSNCP, la determinación de un mercado relevante tiene que estar enmarcada efectivamente en los términos en los que se va a contratar, para cada caso concreto de acuerdo a las bases o pliegos, por cuanto es necesariamente en este marco en el cual se desarrollaría la entrega del servicio a ser contratado.

Concluye el Tribunal que sí existió la determinación de un mercado relevante por parte de la SCPM, que inclusive elaboró un informe pericial al respecto.

- iv. Respecto de si el acto administrativo impugnado se adolece de falta de motivación, al no explicar en qué consistió la conducta prohibida realizada por RECAPT.

Analizada la resolución sancionatoria no se detecta la supuesta falta de motivación alegada en virtud de que la CRPI elabora un extenso análisis de los hechos y normas en los que se fundamenta para imponer la sanción.

Respecto de las alegaciones de RECAPT de la necesidad de que haya existido afección al mercado en el caso particular para determinar que existió una conducta anticompetitiva, el Tribunal ordenó la práctica de dos informes periciales (i) para determinar si en el mercado relevante existió o no vulneración a la competencia de los proveedores; y (ii) otro encaminado a establecer cuál fue la empresa proveedora del servicio de call center que más se apegó a los intereses de la entidad contratante.

En este contexto, dentro del juicio contencioso administrativo salió a relucir la existencia o preminencia de las reglas denominadas “*regla per se*” y “*regla de la razón*” como estándares de evaluación de conductas prohibidas en la LORCPM. El Tribunal consideró que de los informes periciales ordenados, se analizó que las dos reglas no son excluyentes entre sí, toda vez que depende del tipo penal administrativo a ser aplicado para que, según el caso, se determine si la sola infracción preestablecida es suficiente para imponer una sanción o si debe determinarse necesariamente que haya existido una afectación al interés económico en general.

El Tribunal consideró que el tipo penal administrativo contenido en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM es una infracción que se sanciona per se, es decir, no se exige demostrar que haya existido un perjuicio real sobre el bien jurídico que protege la norma, bastando que el órgano de control detecte, entre otros particulares, un acto u omisión, acuerdo o práctica concertada cuyo objeto sea restringir, falsear o distorsionar la competencia, para el caso concreto, en una subasta inversa electrónica. Esto

en razón de que la norma precitada indica que serán sancionadas estas conductas tanto por su *objeto* como por su *efecto*.

Por ello, el Tribunal consideró que basta que los comportamientos de los operadores económicos investigados tengan por objeto los efectos descritos en el tipo penal administrativo para que se incurra en la infracción, independientemente de la verificación del resultado de la limitación, restricción, distorsión o falseamiento de las condiciones de competencia. Por lo que debe tenerse en consideración las causas que generan dichas conductas y no las consecuencias o efectos de las mismas.

No se requiere que necesariamente exista el perjuicio sino que basta con que el proceder tenga la aptitud para provocarlo, pues de otra manera no se encontraría sentido al modo verbal empleado por el legislador en la LORCPM.

En consecuencia, contrario a lo sostenido por RECAPT, en el caso particular no tenía que haberse necesariamente producido una afección al mercado par que la SCPM haya podido proceder con la determinación de la responsabilidad y consecuente sanción.

- v. Respecto de si existieron nulidades procesales, por vulneración al derecho a la defensa de RECAPT al no contar con su presencia en la audiencia de 12 de junio de 2015 y otra posterior a la que no fueron convocados.

El Tribunal observó que el numeral 3 del artículo 78 de la LORCPM automáticamente califica como muy graves al desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 11 LORCPM por expresa disposición legal, sin que se requiera un análisis adicional por parte de la CRPI.

Respecto del cálculo de la sanción, el Tribunal determinó que el monto de la multa fue calculado tomando en cuenta el doce por ciento (12%) del monto total del contrato que le fue adjudicado a RECAPT, lo que a criterio

de la SCPM corresponde al doce por ciento (12%) del volumen total del negocio dentro del mercado relevante.

Además, conforme lo dispuesto en el artículo 79 de la LORCPM, la SPCM tenía varias opciones para calcular el monto a ser impuesto como multa sancionatoria a RECAPT, pero no se desprende que haya tenido facultades la SCPM para calcular el monto en la forma en que lo hizo.

Si bien esta disposición posibilita varias formas de sancionar por parte de la SCPM, analizadas las mismas el Tribunal detectó que de acuerdo a los criterios utilizados por la SCPM para la imposición de la sanción, debía multársele en relación al volumen de ventas del ejercicio económico anterior tal y como señala la norma, no considerando el valor del contrato adjudicado (mercado relevante).

De lo expuesto, el Tribunal evidenció que al solventar la sanción de la multa a ser impuesta a RECAPT, la SCPM incurrió en una indebida motivación.

Por todo lo señalado, el Tribunal detectó que existe una nulidad respecto de la determinación de la multa por parte de la SCPM, más no respecto del cometimiento de la infracción por parte de RECAPT que a criterio del Tribunal sí fue demostrado dentro del procedimiento y fue plenamente justificado por la CRPI en la resolución sancionatoria.

En consecuencia, tampoco se ha justificado la necesidad de que exista una reparación económica a RECAPT en concepto de daños y perjuicios.

Por ello, aceptó parcialmente la demanda y declaró la nulidad de la resolución impugnada, dejando en consecuencia sin efecto la multa impuesta, negándose las demás pretensiones.

#### **d) Recurso de Casación**

Todas las partes procesales interpusieron recursos de casación de la sentencia dictada por el Tribunal, por diferentes motivos:

- i.** La SCPM fundamentó su casación en el caso dos del artículo 268 del COGEP, alegando que la sentencia contenía en su parte dispositiva decisiones incompatibles, contraviniéndose múltiples normas de la Constitución de la República, así como los artículos 1, artículo 4 numerales 2, 7 y 19, y el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM.
- ii.** RECAPT fundamentó su casación en los casos dos y cinco del artículo 268 del COGEP.

Respecto del caso dos, por no cumplirse el requisito de motivación de la sentencia.

Respecto del caso cinco, por errónea interpretación de normas de derecho sustantivo, concretamente de los artículos 5 y artículo 11, numeral 6 de la LORCPM, así como errónea interpretación del artículo 76, numeral 7, literal i) de la CRE.

En la audiencia correspondiente, la SCPM argumentó que no cabe lugar a dudas – conforme lo corroborado por el Tribunal en la propia sentencia recurrida – que RECAPT incurrió en actos colusorios pero que, pese a ello, los jueces declararon la nulidad de la resolución por cuanto la SCPM presuntamente no tenía la facultad legal para observar otros criterios para imponer la multa establecidos en el artículo 79 de la LORCPM.

Indicaron que esto tuvo como consecuencia que se deje en impunidad la conducta ilegal verificada en el proceso de investigación y sanción sustanciado por la SCPM, adoptando así una decisión contraria a las consideraciones de la sentencia.

Por ello, solicitaron que se deje a salvo su derecho para volver a resolver el proceso de sanción al haber quedado evidenciado el cometimiento de una conducta restrictiva.

RECAPT argumentó que hubo una errónea interpretación del artículo 11, numeral 6 de la LORCPM por cuanto esta norma se refiere de manera puntual a las conductas que se realicen en el marco de la actividad contractual, cuyo objeto o efecto sea afectar la competencia, por lo que para la configuración de la misma se debía identificar tres elementos **(i)** que la conducta sea realizada en el marco de la contratación pública, **(ii)** que su objeto o efecto sea el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia y **(iii)** que exista una real afectación a la competencia. En el presente caso, RECAPT señalaba que no se cumplieron las dos últimas condiciones.

Alegaron que sus actuaciones nunca se realizaron con el objeto de distorsionar un mercado, sin que exista ningún documento o aseveración cuyo objetivo sea falsear la competencia en un mercado determinado. Además, los procesos de compras públicas están reglados por lo que no se buscó restringir la participación de otros competidores, debiéndose tener en cuenta que cada oferente es responsable de las ofertas que presente, siendo una decisión unilateral de la entidad contratante calificar la mejor oferta.

Por último indicaron que los jueces no pueden simplemente afirmar que basta la verificación de la existencia del comportamiento para que de manera automática se incurra en el tipo penal – administrativo pues esto contradice el mandato literal de la norma, siendo necesario demostrar que se ha dado una efectiva distorsión de la competencia sin que se pueda aplicar el concepto de sanción per se, pues de adoptar ese criterio la SCPM en este caso puntual y en los futuros, estaría completamente exenta de valorar si ha existido una real afectación al mercado o no.

La Corte Nacional de Justicia, en la primera sentencia dictada en el país que analiza el fondo de una sentencia en materia de derecho de competencia, determinando el alcance y forma de aplicación de normas sustantivas de la LORCPM, inició analizando la diferencia entre la regla per se y la regla de la razón.

Se consideró el informe pericial ordenado por el Tribunal, en el cual el Dr. Marcelo Marín Sevilla, perito especialista en Derecho de Competencia Económica indicó que:

*“13.- Regla de la Razón y Regla Per se.-*

*Es importante ver la esencia y el espíritu de la LORCPM, para ello debemos dirigirnos a la Exposición de Motivos que sirvió de base para la aprobación de la LORCPM por parte de la Asamblea Nacional en el año 2011, [...] El proyecto zanja definitivamente la discusión acerca de si, en el Derecho de la Competencia ecuatoriano, se aplica la regla per se o la regla de la razón, adoptando la postura europea de la razón, sobre todo aquella producto de su reciente proceso de modernización. Queda claro y sin discusión alguna señor Intendente, que la regla a aplicar en el Derecho de Competencia ecuatoriano, es la REGLA DE LA RAZÓN [...]*

*13.1.- [...]En el análisis de daño y perjuicio al mercado, es importante la valoración de acuerdo a la regla de la razón. Si hablamos de regla de la razón, necesariamente hay que evaluar los efectos que la conducta examinada ha provocado o no en el mercado, volviéndose de esta forma el examen económico del mercado que supuestamente se considera afectado riguroso además y detallado, procediendo solo la sanción al operador económico si se llegara a demostrar que los efectos de su actuar en el mercado perjudicaron al consumidor o produjeron daños a la competencia o mercado... Es decir, las prácticas anticompetitivas serán prohibidas y sancionables siempre y cuando en un mercado determinado se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor.”.*

La Corte precisó que la *regla per se* históricamente se ha aplicado en casos de gran incidencia para todo un país o regiones significativas del mismo, o incluso bloques económicos estatales, donde los operadores económicos involucrados han tenido un ingente poder de mercado o han ostentado una cuestionable posición de dominio, lo cual no se desprende que tenga que ver con este caso concreto ni con las compañías involucradas en el procedimiento que devino en la resolución impugnada.

Cita también la Corte al tratadista Guillermo Cabanellas, quien a su vez parafrasea a Otamendi analizando la Ley de Defensa de la Competencia argentina, manifestando que:

*“Otamendi expone que el requisito de afectación del interés económico general nos dice que no hay en esta ley ninguna conducta de por sí ilegal. Cada caso debe ser analizado y en atención a los factores particulares que lo rodeen establecer si la conducta es o no beneficiosa para la comunidad. Hasta puede ocurrir que una conducta sea punible en ciertas condiciones y en otras no [...] De no ser así, la redacción del artículo 1 de la L.D.C. no tendría sentido.*

*Probada la existencia de una conducta anticompetitiva, simultáneamente habría una posibilidad de perjuicio para el interés económico general, y no habría nada más que demostrar o rebatir respecto de este último elemento del tipo legal. Pero no es esto lo que sostiene la Exposición de Motivos de la Ley 22.262, ni las fuentes de la norma examinada [...]*

*La jurisprudencia ha resuelto otras cuestiones relativas a la figura de perjuicio al interés económico general. Así, ha confirmado la posición de la Exposición de Motivos de la Ley 22.262 -Análisis del Articulado 1- en el sentido que el elemento que compone la figura del ilícito definido en el artículo 1 de la L.D.C. es el peligro concreto, en cada caso particular, de perjuicio al interés económico general, y no la mera posibilidad abstracta de tal perjuicio.”.*

Tomando en cuenta, específicamente lo dispuesto en el último párrafo de la cita transcrita, la Corte toma como referencia la clasificación de los delitos e infracciones en el Derecho Penal que los califica como (i) delitos de peligro concreto y (ii) delitos de peligro abstracto. Para ello citan al tratadista ecuatoriano de Derecho Penal, Ernesto Albán Gómez, quien señala:

*“Inclusive la doctrina ha hecho una subdivisión: delitos de peligro abstracto y de peligro concreto.*

*Los primeros son aquellos en que se describe una conducta cuya sola realización crearía la situación de peligro para el bien protegido; lo que quiere decir que la*

*ley presume, por las experiencias previas, que cada vez que se realiza la conducta tipificada surge la situación de peligro.*

*En los delitos de peligro concreto, la tipicidad exige que se compruebe que el peligro existió realmente, y en estos casos la ley hace referencias expresas a la posibilidad del peligro.*

*La doctrina debate respecto a la admisión de los delitos de peligro abstracto. Un importante sector los considera inaceptables, al menos alguno de ellos, por constituir amenazas muy remotas a los bienes protegidos. Para otro sector, sin embargo, la protección penal es más eficaz y cumple más adecuadamente los objetivos de política criminal porque no hace falta probar el peligro de la conducta, que se supone es evidente. Tal ocurre, por citar dos casos, en los delitos contra la salud (Arts. 216 y 217) o en los delitos contra los recursos naturales (Arts. 251 a 253).” Ernesto Albán Gómez, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, tomo 1, (Quito: edit. Ediciones Legales Edle S.A., 2015)”*

La Corte indica que podría ser que el artículo 11 de la LORCPM contenga infracciones de peligro abstracto pues describe multitud de infracciones, pero que especialmente analizando el numeral 6 de dicha norma, se debe tener muy en cuenta que tal numeral contiene infracciones de peligro concreto, al cual se le debe aplicar por tanto la *regla de la razón* y no se tratan de mero peligro abstracto (en cuyo caso sí podría aplicarse la *regla per se*) pues claramente se tipifica un listado de infracciones sancionables por *su objeto o efecto*, por lo que este numeral tiene una tipificación específica que debe ser tenida en cuenta y respetada.

En base a lo expuesto, la Corte concluye que cuando la SCPM sanciona un operador económico por el artículo 11, numeral 6 de la LORCPM, debe aplicar la *regla de la razón* que exige que se compruebe que los operadores económicos han perjudicado a la competencia o al consumidor o al mercado, en el mercado relevante que la propia SCPM defina en cada caso concreto. Además, la sanción debe ser aplicada en forma proporcional pues no es lo mismo impedir la competencia que restringirla o falsearla o distorsionarla, siendo evidentemente lo primero, lo más grave.

Por todo lo expuesto, la Corte resolvió aceptar los recursos de casación presentados por las partes y casar la sentencia dictada por el Tribunal, dejándose a salvo el derecho de la SCPM para imponer la multa respectiva siempre y cuando exista mérito para ello, analizando el caso nuevamente conforme la regla de la razón.

Ninguna de las partes interpuso una acción extraordinaria de protección y la sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia se encuentra firme y ejecutoriada.

#### **e) Comentarios**

Esta sentencia, dictada el 19 de octubre de 2017, resulta de especial trascendencia por ser la primera en la cual la Corte Nacional de Justicia, máximo órgano de interpretación y aplicación de la ley en el Ecuador, dictó una sentencia de fondo en materia de Derecho de la Competencia, determinando cómo debe aplicarse una norma sustantiva de la LORCPM.

Esto la convierte en una sentencia que ha marcado un hito en la justicia en materia de Derecho de Competencia en el país, pero también abre la puerta a múltiples de discusiones, que pretenderemos resumir a continuación.

El punto central de debate, tanto para el Tribunal que conoció del caso como de la Corte al resolver los recursos de casación interpuestos, fue el determinar si debía aplicarse el artículo 11, numeral 6 de la LORCPM tomando en consideración la *regla de la razón* o la *regla per se*, por lo que resulta importante conceptualizar estas dos figuras.

Como su nombre lo indica, la *regla per se* implica que una conducta prohibida debe ser sancionada por el solo hecho de haber ocurrido, similar a lo que ocurre con las contravenciones en materia de Derecho Penal, es decir, no se debe analizar la intencionalidad del operador económico infractor sino que bastará que haya realizado la conducta prohibida para que se le imponga la sanción respectiva, independientemente de si su conducta produjo o no un daño real a la competencia (bien jurídico protegido) en el mercado relevante.

Por otro lado, la *regla de la razón* implica que debe confirmarse que efectivamente existió una distorsión de la competencia que afectó al mercado. Es decir, requieren un análisis más profundo y una investigación más rigurosa por parte de la entidad de control, para determinar la realidad de las prácticas económicas y comerciales de los operadores económicos dentro del mercado relevante, para determinar si la conducta es sancionable o no.

La aplicación de la regla de la razón, trae como consecuencia que pueda existir una determinada situación donde, a pesar que los hechos sean los mismos, un determinado operador económico sea sancionado y otro absuelto dentro de un proceso de investigación, ya sea por su tamaño o cuota del mercado relevante o por los efectos que causó su conducta en el mercado relevante.

Otra puntualización que debe realizarse es que el análisis de las infracciones en aplicación de la *regla per se* y de la *regla de la razón* es propio del Derecho de Competencia Estadounidense (Antitrust). En dicho país, la tendencia inicial fue aplicar estrictamente la *regla per se*, sin embargo, la tendencia en los últimos tiempos – inclusive revirtiendo precedentes jurisprudenciales más antiguos – ha sido aplicar la *regla de la razón*, aunque en casos concretos o para prohibiciones concretas sigue aplicándose la *regla de la razón*.

En el Derecho de Competencia Europeo, se ha preferido analizar las conductas anticompetitivas *por el objeto* y *por el efecto*. El profesor Signes de Mesa señala:

*“De los términos que utiliza el artículo 101.1 del TFUE, es posición común colegir que, para caer en el ámbito de la prohibición, no es necesario que los acuerdos o prácticas hayan producido, de forma efectiva y real, una restricción de la competencia. Es suficiente con que tal restricción sea el «objeto» perseguido por la conducta; esto es, se exige que ésta tenga por finalidad el restringir la competencia, con independencia que hubiera o no llegado a ponerse en práctica. Por lo tanto, comprobada su finalidad restrictiva, no hay necesidad de examinar su concreta repercusión en el mercado. Ello ha llevado a afirmar que la prohibición del Tratado tiene un marcado carácter «preventivo», toda vez que no se precisa acreditar «a*

*posteriori» que la práctica haya ocasionado un daño efectivo a la competencia, sino que bastará con que aquella tenga la «aptitud» para provocar dicho daño para que se activen los resortes de la legislación «antitrust».*

*Ahora bien, de la misma manera, las conductas que produzcan un «efecto anticompetitivo» quedarán incursas en la prohibición de la norma aún cuando su intención no fuese esa, es decir, resultará irrelevante la intención de las partes. Por lo tanto, aquellas conductas colusorias que alcancen ese «efecto anticompetitivo» estarán prohibidas, independientemente de si «de facto» producen un «efecto» restrictivo de la competencia. Por eso algunos autores califican a la prohibición del artículo 101.1 TFUE de «prohibición de carácter objetivo», ya que la infracción se considerará realizada no sólo en aquellos casos en los que los operadores económicos actúen de forma intencional, sino también en aquellos otros en los que simplemente se produzca un resultado contrario a la competencia, aunque éste no haya sido buscado a propósito”.* (Signes de Mesa, Fernández Torres, & Fuentes Naharro, 2013, pág. 113)

Estos dos tipos de análisis no son propuestas doctrinarias que hayan sido en menor o mayor medida adoptada por cada sistema de Derecho de Competencia, sino que obedecen a una lógica de protección distinta: mientras en Estados Unidos el objetivo principal del ordenamiento *Antitrust* es la eficiencia o bienestar económico en general – no del consumidor en sí mismo – en Europa el objetivo, partiendo del mismo cuerpo normativo que contiene estas normas (el TFUE), es el buen funcionamiento del mercado interno o comunitario y la protección a los consumidores. Por ello, un mismo hecho puede tener dos consecuencias jurídicas distintas dependiendo de bajo qué ordenamiento se lo juzgue.

Consideramos que el análisis del artículo 11 de la LORCPM debe hacerse aplicando esta segunda distinción por varios motivos:

- i. El artículo 11 de la LORCPM, guardando ciertas diferencias, contiene los mismos supuestos del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que comprueba la influencia que este cuerpo normativo

tuvo al redactar la disposición de la ley ecuatoriana. Esto lo corroboró el perito especialista en el informe ordenado por el Tribunal Contencioso Administrativo.

- ii. El propio texto del artículo 11 de la LORCPM señala que están prohibidos y serán sancionados “*todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.*”

Esto llevaría a pensar que, cumpliendo el imperativo de la LORCPM, debemos analizar el objeto y/o el efecto de las conductas anticompetitivas.

Tal y como señala el profesor Signes de Mesa, esto llevaría a que los operadores económicos sean responsables en tres circunstancias **(a)** cuando concertadamente acuerden realizar una práctica restrictiva, que sea apta para cumplir este fin (prohibición por el objeto), así no la lleve a cabo; **(b)** cuando concertadamente se acuerde poner en marcha una práctica restrictiva y se logre este cometido (prohibición por el efecto); y **(c)** cuando, sin querer afectar la competencia – sin intencionalidad – una determinada práctica de dos o más operadores económicos cause una afectación a la competencia en el mercado relevante (prohibición por el efecto).

Si bien en estos dos últimos supuestos no resulta trascendente a efectos de la determinación de responsabilidad la intencionalidad del operador económico, ésta sí podría incidir en la cuantificación de la sanción a ser impuesta.

- iii. La LORCPM, ni el Reglamento LORCPM, mencionan o hacen referencia a la *regla de la razón* y a la *regla per se*, en todo momento hablan de *prohibiciones por el objeto* y *prohibiciones por el efecto*.

iv. El artículo 13 de la LORCPM es claro al señalar:

*“Art. 13.- Regla de mínimos.- Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y /o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. La Junta de Regulación determinará los criterios para la aplicación de la regla de mínimos.”*

Estos criterios de aplicación de la Regla de Mínimos fueron establecidos ya en la Resolución No. 3 de la Junta de Regulación de la LORCPM.

Continuando con la lógica del ordenamiento jurídico ecuatoriano en este punto concreto, por el solo hecho de existir excepciones en virtud de la regla de mínimos, podría afirmarse que el legislador estaría prohibiendo la aplicación de la *regla per se* – en el supuesto que fuera aplicable – al tener la autoridad de control en cada caso concreto que realizar un análisis respecto de si se ha verificado o no una afección significativa de la competencia en el mercado relevante.

Pese a lo expuesto, ni el Tribunal ni la Corte realizaron este análisis. Resulta sorprendente, por decir lo menos, que el máximo órgano de aplicación de justicia del Ecuador para resolver este punto de más peso a un informe pericial de un experto en la materia que a la doctrina y jurisprudencia comparadas y a los propios antecedentes de la LORCPM.

Otro punto que resulta sorprendente es la *novedosa* aplicación por parte de la Corte de una clasificación de los delitos, propia del Derecho Penal (peligro abstracto y peligro concreto) al Derecho de Competencia. Una cosa es realizar una analogía con estas figuras pero otra muy diferente es analizar un artículo de la LORCPM utilizando doctrina penal y determinar cómo debe aplicarse en base a esto.

Como consecuencia de la sentencia dictada, la Corte – posiblemente de forma involuntaria incluso – ha generado un importante precedente que determina que la

*regla per se* (en caso de que se quiera realizar este tipo de análisis) no aplica en materia de acuerdos horizontales prohibidos por el artículo 11 de la LORCPM, concretamente en su numeral 6. Esto genera incertidumbre respecto de si cabe o no entonces una sanción *per se* en base a otros de los numerales de la misma disposición, y la duda de cómo saber qué regla aplica en cada numeral.

Además, consideramos que ni la Corte ni el Tribunal profundizaron en su análisis aplicando el sentido literal de la disposición del artículo 11 LORCPM que prohíbe conductas anticompetitivas por su objeto y por su efecto. Si la SCPM, con elementos de convicción determinó que se produjo una afectación al mercado relevante – el proceso pre contractual de subasta inversa – resultaría irrelevante la intencionalidad con la que obraron las partes y la conducta debería ser por sí misma sancionada.

Tampoco señalan ni la Corte ni el Tribunal si es aplicable el análisis de “*regla de la razón vs. regla per se*” o el análisis de “*prohibiciones por su objeto vs. prohibiciones por su efecto*” sino que únicamente resuelven en base al primer análisis por así haber sido argumentado por las partes, pero sin realizar una interpretación propia de cómo debe entenderse la LORCPM y si el primer análisis cabe siquiera en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, deberemos esperar para poder observar qué ocurre en futuros casos similares, y si los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y la Corte Nacional continúan aplicando este criterio o no.

### **3.5.8. CONSORCIO ECUATORIANO DE TELECOMUNICACIONES S.A. CONECEL vs. SCPM [Juicio No. 09802-2016-00738]**

#### **a) Antecedentes Fácticos**

La compañía “Consortio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL”, es una empresa de telecomunicaciones domiciliada en la ciudad de Guayaquil, que se dedica principalmente a prestar servicios de telefonía móvil a través de su nombre comercial “CLARO”.

El juicio que analizaremos a continuación derivó del denominado *Caso Antenas* que ya fue tratado al analizar la acción de protección seguida por CONECEL en contra de la SCPM, en el acápite 3.4.1. del presente trabajo.

Retrotrayéndonos al *Caso Antenas* este tuvo como inicio una denuncia interpuesta ante la SCPM por la empresa pública “Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP” por supuesto abuso de poder de mercado en contra de CONECEL en razón de las cláusulas de exclusividad contenidas en ciertos contratos de arrendamiento de inmuebles en los que CONECEL instaló infraestructura de telecomunicaciones (antenas, radio bases, entre otros) y que, según la CNT, al establecer esta exclusividad – por la limitación física de predios existentes en las zonas óptimas para la instalación de estos equipos – esto constituye una barrera que no le permita instalar en tales predios su propia infraestructura.

Este proceso de investigación culminó con la imposición de una multa a CONECEL por parte de la SCPM, el 7 de febrero de 2014, por un monto aproximado de ciento treinta y ocho millones y medio de dólares americanos 00/100 (USD \$138.500.000,00). A la fecha de elaboración del presente trabajo, esta multa se encuentra impugnada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil, estando ya dispuestos autos para sentencia, en el juicio signado con el número 09801-2014-0125.

Mientras se tramitaba la investigación en la SCPM, previo al dictado de la resolución sancionatoria que impuso la multa, se dispuso mediante providencia dictada el 30 de

abril de 2013, como medida preventiva provisional conforme lo previsto en el artículo 62 de la LORCPM<sup>108</sup>, la suspensión por parte de CONECEL de las cláusulas de exclusividad que mantenga en los contratos de arrendamiento de antenas.

Posteriormente, en la resolución sancionatoria, se dispuso que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR) de la SCPM, investigue y haga el seguimiento relacionado con el cumplimiento de las medidas preventivas.

El 19 de marzo de 2014, la IIAPMAPR emitió un informe en el que sostuvo que CONECEL habría incumplido las medidas preventivas. Sin embargo, la CRPI dictó una providencia con fecha 06 de mayo de 2014 y declaró que la IIAPMAPR no era competente para conocer el supuesto incumplimiento en razón de haberse impugnado el tema principal – la resolución sancionatoria – ante la justicia contencioso administrativa, por lo que la SCPM ya no es competente para seguir conociendo el proceso administrativo y se dispuso su archivo.

No obstante esto, la IIAPMAPR inició el 05 de noviembre de 2014 una nueva investigación sobre el mismo tema – cumplimiento de medidas preventivas por parte de CONECEL – que culminó con la emisión del acto administrativo que se impugna en el presente juicio.

Esta resolución, en su parte pertinente, resolvió:

*“Imponer la multa de USD OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL CINCUENTA Y OCHO con 92/100 (\$82.773.058,92)*

---

<sup>108</sup> **“Art. 62.- Medidas preventivas.-** El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar. [...]”

*dólares de los Estados Unidos de América, al operador económico Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, por incumplimiento de una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, infracción prevista en el literal d) numeral 1) del artículo 78 de la LORCPM, relacionada con la adopción de medidas preventivas adoptadas por parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.”*

CONECEL impugnó esta resolución ante mediante una acción de plena jurisdicción o subjetiva que dio inicio al presente juicio.

### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

Los argumentos de CONECEL fueron los siguientes:

- i.** La resolución de la CRPI, con fecha 06 de mayo de 2014, en la que declaraba que la SCPM había perdido toda competencia respecto del expediente administrativo por haber sido impugnado ante la justicia contencioso administrativa constituye un acto administrativo firme que impedía la emisión de la providencia de 05 de noviembre de 2014 en la cual la IIAPMAPR disponía iniciar un nuevo expediente administrativo para revisar el cumplimiento de las medidas.
- ii.** La resolución de 06 de mayo de 2014 fue dictada por la CRPI, ergo no podía ser revocada por el Intendente de la IIAPMAPR en atención a su rango inferior, ni siquiera por la propia CRPI al no haber recursos previstos en la LORCPM que permitan esta posibilidad, lo cual generó el agotamiento de la vía administrativa, quedando únicamente facultados a interponer una acción de lesividad conforme lo previsto en el COGEP, concretamente en su artículo 303, numeral 4<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> **Art. 303.- Legitimación activa.** *Se encuentran habilitados para demandar en procedimiento contencioso tributario y contencioso administrativo:[...] 4. La máxima autoridad de la administración autora de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pueda anularlo o revocarlo por sí misma. [...]*

Con esta actuación, se habría vulnerado el derecho a la seguridad jurídica de CONECEL.

- iii. CONECEL niega haber incumplido la medida preventiva pues esta consistía en una obligación de no hacer, lo cual requería únicamente abstenerse de ejercer los derechos derivados de las cláusulas contractuales de exclusividad, pues la medida preventiva emitida por el ente de control no contiene acción positiva específica alguna, de las previstas en el artículo 62 de la LORCPM.

Por tratarse de un hecho negativo, la carga de la prueba recayó en la SCPM quien no demostró la existencia de la conducta acusada.

- iv. El acto impugnado sanciona a CONECEL acusándolo de que, al no haber realizado actos positivos – pese a no haber estado dispuesto en la providencia que dictó las medidas preventivas – “*causó ignorancia*” de la suspensión a los arrendadores de inmuebles, permaneciendo así las barreras de entrada a competidores como CNT.

Literalmente, la SCPM señala en el acto impugnado:

*“¿[Cómo los dueños de los terrenos, en los que el operador económico CONECEL S.A., tiene instaladas su radio bases, se enterarían de los cambios que afectan el contrato sin que realice acciones de cumplimiento de la resolución de la CRPI?, la respuesta es bastante obvia: no lo sabrían, por lo que si otro operador económico en telecomunicaciones solicitaría arrendar uno de sus terrenos para instalar sus equipos, seguramente, dentro de esta hipótesis, el dueño del terreno negaría esa solicitud [...] para el propietario todavía pesa la cláusula de exclusividad del contrato suscrito, manteniéndose de este modo las barreras de entrada a los otros operadores económicos en telecomunicaciones”*,

CONECEL alega que esta tesis queda destruida al considerar que la SCPM difundió boletines de prensa que fueron publicados en varios medios de

circulación nacional en los que daba a conocer la medida preventiva, que era pública y notoria.

- v. Respecto del monto de la multa, el artículo 79 de la LORCPM establece que las infracciones leves – como la que nos ocupa en el presente caso – son sancionables hasta el ocho por ciento (8%) del volumen de negocios del presunto infractor y uno de los criterios establecidos en el artículo 80 *ibídem* para fijar la multa es la dimensión y características del mercado afectado por la infracción.

En concordancia con lo previsto en el artículo 96 del Reglamento LORCPM, se debe tomar como referencia el volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada.

No obstante, la SCPM consideró indebidamente como mercado relevante al de telecomunicaciones, cuando debió ser el de arrendamiento de bienes inmuebles, susceptibles de instalación de la infraestructura de telecomunicaciones y sus sustitutos, conforme lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM, generando una equivocada, inconstitucional y desproporcionada multa, desequilibrando la relación entre la infracción y la sanción.

- vi. No existe prueba que acredite que el mercado de telecomunicaciones ni el inmobiliario se hayan visto afectados por el supuesto incumplimiento.
- vii. La CRPI no explicó en el acto impugnado por qué se impuso el monto máximo de la multa, lo cual configura una indebida motivación ya que no se indicó la pertinencia del derecho aplicado sobre el hecho sancionado.

Por ello, la pretensión concreta de CONECEL consistió en que se declare la ilegalidad de la resolución dictada el 18 de agosto de 2016 en la cual se le impone una multa de ochenta y dos millones setecientos setenta y tres mil cincuenta y ocho dólares

americanos 92/100 (USD \$82.773.058,92) por haber presuntamente incumplido la resolución de medidas preventivas dictada por la SCPM, por **(a)** no haber observado el debido proceso, **(b)** falta de motivación respecto de la configuración de la infracción prevista en el tipo penal administrativo en virtud del cual se sanciona a CONECEL y **(c)** el valor de la multa impuesta transgrede el principio de proporcionalidad y la obligación de motivación.

Los argumentos de la SCPM fueron los siguientes:

- i.** El 09 de marzo de 2015 una ejecutiva de CNT ingresó un oficio dentro del expediente administrativo en el que señalaba que visitó predios en los que encontró las mismas limitaciones de acceso que impidieron ejecutar el plan expansivo de la empresa pública pues las cláusulas de exclusividad o de prevención de interferencia continuaban vigentes.
- ii.** Existen contratos que han sido remitidos por CONECEL a la SCPM, escrituras públicas que contienen renovaciones de contratos de arrendamiento, suscritas con posterioridad a la imposición de medidas preventivas, y en los cuales se ratifica la cláusula de exclusividad.
- iii.** El expediente de investigación preliminar por el incumplimiento de lo establecido en una resolución de medidas preventivas de la SCPM se encuadra en lo señalado como infracción por el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM<sup>110</sup>  
  
Este es un expediente autónomo, distinto al expediente que sancionó a CONECEL por prácticas de abuso de poder de mercado, y la SCPM tenía plenas facultades y competencias para sustanciarlo.
- iv.** La inobservancia de una resolución de autoridad competente se fundamenta en la acción u omisión de los administrados frente a una acción

---

<sup>110</sup> “**Art. 78.- Infracciones.-** Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. **1.** Son infracciones leves: [...] **d.** Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. [...]”

o decisión de la administración, cuyo incumplimiento tiene como consecuencia la imposición de una sanción, según los artículos 78 y 79 de la LORCPM.

La postura de CONECEL implica que la resolución de la CRPI carece de fuerza y obligatoriedad para su cumplimiento. Las medidas preventivas adoptadas por la CRPI tienen como propósito fundamental que los servicios que prestan las entidades públicas o privadas se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan el interés general, orientada hacia un correcto desenvolvimiento del mercado, cuidando el interés común por sobre el particular.

Visto así, CONECEL debió probar haber dado cumplimiento a la resolución expedida por la Comisión el 13 de abril de 2013, sin embargo argumentó que el cumplimiento de la resolución no requería actos positivos de su parte, por cuanto la autoridad no lo ordenó.

- v. La SCPM realizó múltiples diligencias para comprobar el cometimiento de la infracción. Entre ellas, un informe pericial sobre los quinientos ochenta (580) contratos suscritos entre CONECEL y los propietarios de los inmuebles dados en arriendo.

En este informe se determinó que CONECEL eliminó mediante adendas a los contratos realizados la cláusula de exclusividad, sin embargo, incluyó una cláusula denominada “*Prevención de Interferencias*” en virtud de la cual todos los arrendadores se comprometen a comunicar a CONECEL sobre su intención de conceder el uso, goce, aprovechamiento o explotación, de parte o todo el inmueble, bajo cualquier título legal, a otras empresas que se dediquen a las telecomunicaciones.

Por lo tanto, CONECEL permanece incurriendo en prácticas abusivas y continúa incumpliendo las medidas preventivas.

Además, atendiendo al adagio *“en derecho las cosas se deshacen como se hacen”* CONECEL, en cumplimiento de las medidas preventivas, no bastaba que se abstenga de ejecutar derechos contractuales, sino que estaba obligado a suspender las cláusulas de exclusividad realizando formalmente notificaciones a sus arrendadores y realizar las debidas reformas o adendas de manera formal y por escrito, al igual que fueron instrumentados los contratos originales.

- vi.** La SCPM observó el principio de proporcionalidad para la imposición de la multa, evaluando atenuantes y agravantes, y el volumen total de negocios de CONECEL.
- vii.** El mercado relevante en efecto es el de las telecomunicaciones y no el de arrendamiento de inmuebles.

La SCPM justificó su análisis manifestando que subdividió el mercado relevante en **(a)** “prestación del servicio móvil avanzado de SMA” que comprendería las prestaciones ofrecidas por un operador de telecomunicaciones a otro, como lo son el acceso a un inmueble donde se ha instalado infraestructura de telecomunicaciones, denominada “co-habitación” y **(b)** en el mercado de la prestación del servicio móvil avanzado, correspondiente a las prestaciones de un operador de telecomunicaciones a los usuarios o consumidores finales , es decir el “servicio de voz móvil”.

Además, verificó que en el primero de estos sub mercados CNT EP tuvo la intención de acceder a ciertos inmuebles donde se encontraba instalada la infraestructura de CONECEL, para poder expandir su actividad en el mercado.

También, a efectos de identificar el mercado del producto, se examinó cuál es el mercado principal y cuáles son sus accesorios. Bajo este contexto, el mercado de inmuebles en arriendo se relaciona con el mercado del producto “servicio de telecomunicaciones”.

Para que exista el servicio de telecomunicaciones, como cualquier otro producto, es necesario que el servicio pase por un proceso técnico y sistemático que permita su obtención, es decir, deben concurrir medios, recursos o insumos que entren al proceso productivo de los servicios en telecomunicaciones, entre los que se encuentran las radio bases que por su naturaleza deben estar situadas en bienes inmuebles, sea en edificios o casas en las ciudades o en terrenos adecuados en las zonas no habitadas, y que permitan al operador económico desplegar su red de servicios al mercado, en este caso las telecomunicaciones.

- viii.** Para la emisión del acto administrativo impugnado se observó el principio de legalidad, por cuanto a CONECEL se le garantizaron todos sus derechos al debido proceso y a la defensa. También se cumple la motivación.

En base a ello, la pretensión concreta de la SCPM fue **(a)** negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; **(b)** legalidad, legitimidad y ejecutoriedad de las actuaciones administrativas; **(c)** improcedencia de la acción propuesta en virtud de haberse impugnado un procedimiento legal establecido en la LORCPM y normativa conexas; y **(d)** excepción previa de falta de legitimación en la causa de la parte demandada por cuanto el acto impugnado fue emitido por los miembros de la CRPI, quienes no han sido demandados.

### **c) Sentencia**

La demanda fue conocida y resuelta por los jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2 con sede en Guayaquil.

Respecto de las excepciones interpuestas por la SCPM, el Tribunal resolvió:

- i.** Respecto de la Negativa Pura y Simple de los Fundamentos de Hecho y de Derecho de la Demanda:

El artículo 169 del COGEP determina que la carga de la prueba corresponde al actor, conforme será analizado en sentencia de fondo.

**ii.** Respecto de la Legalidad, legitimidad y ejecutoriedad de las actuaciones administrativas:

El examen de legalidad, así como la tutela de derechos de las personas, y respectiva confirmación de las presunciones que revisten a los actos administrativos corresponde al Tribunal de acuerdo a lo establecido en los artículos 299 y 300 del COGEP, que definen la competencia para atender controversias jurisdiccionales cuando el demandado sea el Estado o las instituciones del sector público, debiendo ser motivo de análisis y exposición en la resolución escrita los elementos directamente relacionados con el control de legalidad de los antecedentes pertinentes.

**iii.** Respecto de la Improcedencia de la Acción propuesta en virtud de haberse impugnado un procedimiento legal establecido en la LORCPM y normativa conexas:

El artículo 173 de la CRE tutela la posibilidad de que los actos administrativos sean impugnados tanto en vía administrativa como judicial por parte de los ciudadanos, por lo que el ejercicio de tal derecho se encuentra amparado por el máximo cuerpo normativo de nuestra legislación. La verificación de procedencia acerca de la pretensión será objeto de la sentencia de fondo.

**iv.** Respecto de la Excepción Previa de Falta de Legitimación Pasiva en la causa al no haber citado a los miembros de la CRPI:

El numeral 1 del art. 304 COGEP establece que la demanda se podrá proponer en contra de la autoridad o las instituciones y entidades del sector público de quien provenga el acto, por lo que al haberse dirigido la presente acción en contra de la SCPM, a través de su representante legal, ésta se

adecua al precepto jurídico. Por lo tanto, se rechaza la excepción previa

En la parte motiva de la sentencia, el Tribunal consideró:

- v. La resolución que impuso las medidas preventivas a CONECEL es clara, y señala:

*“2) Que se ordena como medida preventiva de manera provisional la suspensión de las cláusulas de exclusividad que constan en los contratos de arrendamiento suscritos entre el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL para el arrendamiento de inmuebles destinados a la instalación de radio bases y sus infraestructuras complementarias.”.*

La SCPM tenía múltiples especies de medidas preventivas conforme el artículo 62 de la LORCPM y la entidad optó por disponer la suspensión de las cláusulas contractuales pactadas, esto es, una intervención sobrevenida de las relaciones de derecho privado entre CONECEL y sus arrendadores, omitiendo de forma concreta alguna otra medida legalmente viable que coadyuvase en la modulación pertinente del pronunciamiento de la entidad de control. Esto trajo como consecuencia una medida de efecto ipso-jure, lo cual constituye para fines de la aplicación de la medida, una falta de claridad semejante a que una autoridad judicial disponga la retención de un crédito del sistema financiero o en poder de terceros, o la prohibición de enajenar inmuebles, pero mas omitiendo disponer en el mismo pronunciamiento que se notifique a los terceros para que cumplan la orden judicial.

Por ello, en criterio del Tribunal, cuando la SCPM dispuso *qué hacer* – para lo cual estaba plenamente facultada – debió especificar también el *cómo*, lo cual no se aprecia en la providencia que impuso las medidas preventivas. Ergo, resulta ilógico que se pretenda trasladar obligaciones asociadas a la manera de cumplir tal medida sobre CONECEL, cuando la entidad no lo especificó a pesar de que la norma rectora de su materia sí le facultaba para ello. Este era el camino que debía seguirse conforme el principio de

legalidad contenido en el artículo 226 de la CRE que rige el Derecho Público.

Es decir, el sujeto obligado a coordinar acciones para el cumplimiento de los fines institucionales es la misma SCPM dentro de sus competencias, no el administrado.

- vi. No se aprecia en la providencia que dictó las medidas preventivas, la manera en que la suspensión de los efectos jurídicos de las cláusulas de exclusividad cumple los parámetros de intensidad, proporcionalidad y necesidad respecto del daño que pretenden evitar, conforme lo previsto en el artículo 62 de la LORCPM, silencio que ha sido obviado por la SCPM al iniciar el proceso de verificación del cumplimiento de las medidas que culminó con el acto impugnado.
  
- vii. Respecto de la alegación de la SCPM que señala que debe distinguirse entre (a) el procedimiento administrativo que impuso la sanción por abuso de poder de mercado y en el marco del cual se dictaron las medidas preventivas y (b) el procedimiento administrativo iniciado para verificar el cumplimiento de dichas medidas y que culminó en el acto impugnado, el Tribunal consideró que si el derecho sobre el tema de fondo no ha sido definido mediante sentencia ejecutoriada – pues continúa tramitándose el juicio contencioso administrativo por la imposición de la multa – y al que se encuentra necesariamente asociada la adopción o cumplimiento de medidas provisionales que tienen una naturaleza eminentemente accesorias e incluso sujeta a condición o plazo según la LORCPM, al pretenderse administrar o investigar las conductas de manera independiente se está desconociendo la estructura normativa integral de la LORCPM, así como el principio de seguridad jurídica.

El Tribunal enfatizó en que existe una dicotomía: el acto administrativo principal – respecto del cual se sigue un juicio contencioso administrativo distinto – bien puede (a) ser ratificado en sentencia, ergo la tesis de las medidas cautelares resulta eventualmente sostenible; pero (b) ante la

posibilidad de que sea declarado ilegal o nulo en todo o en parte, las actuaciones realizadas hasta el momento por la SCPM adquieren automáticamente una naturaleza dañosa que se retrotrae al momento en que fueron dictadas e implica potenciales responsabilidades del Estado y sus funcionarios.

- viii.** Respecto del cumplimiento de las medidas provisionales, tras múltiples informes periciales adjuntados por las partes al proceso se ha probado que solamente un (1) contrato de los quinientos ochenta (580) contiene una cláusula de interferencia.

Es decir, las medidas fueron cumplidas por CONECEL en quinientos setenta y nueve (579) casos, pese a que, como ya se expuso, no se encontraba la compañía obligada a realizar acción positiva alguna por cuanto la SCPM no lo dispuso expresamente pese a encontrarse en el marco de sus facultades. En consecuencia, la conducta adoptada por CONECEL respecto de las relaciones contractuales de arrendamiento denota un proactivo intento de coadyuvar al cumplimiento de los fines de la entidad de control pese a su omisión, conducta que logró una efectividad superior al noventa y nueve por ciento (99%) en el universo de contratos examinados.

Por ello, el Tribunal discrepa con calificar como “*cláusula de interferencia*” a la cláusula contenida en ese único contrato mediante la cual se obliga al arrendador a notificar a CONECEL acerca de un eventual interés de terceros operadores en ingresar al mismo bien, lo cual no constituye un vicio o limitación del consentimiento del arrendador, sino una obligación contractualmente pactada que generará un efecto colateral e independiente, si llegase a existir interés de personas ajenas al contrato, lo cual no fue impedido por la SCPM al disponer la medida provisionales que se refirió única y exclusivamente a cláusulas de exclusividad.

- ix.** Respecto de la determinación del mercado relevante, resulta evidente que no se trata del mercado de las telecomunicaciones sino el de arrendamiento de bienes inmuebles con destino comercial.

Si fuese el mercado de las telecomunicaciones, como lo expresa la SCPM que acogió el criterio de la resolución sancionatoria por abuso de poder de mercado que se encuentra impugnada, entonces se debió determinar el monto total del mercado en atención a cada sub-actividad del mismo para que exista relevancia o mejor proporcionalidad.

Es decir, para poder determinar a cuánto asciende el impacto provocado por la falta de adopción de la medida preventiva en un solo caso, pues a la larga, se le ha impuesto una multa a CONECEL por parte de la CRPI por ese incumplimiento, mientras que en los quinientos setenta y nueve restantes sí cumplió lo ordenado.

- x. Respecto de la proporcionalidad de la sanción, el artículo 79 de la LORCPM determina que se podrá multar por el cometimiento de una infracción leve con *hasta* el ocho por ciento (8%) del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

El hecho de que el legislador utilice la palabra “*hasta*”, preposición que establece el límite o techo máximo de la multa, conlleva al Tribunal a determinar que la SCPM no realizó un correcto ejercicio de ponderación al considerar que el incumplimiento de los contratos analizados por los peritos es solamente uno de quinientos ochenta.

El Tribunal consideró que se trata de una multa progresiva, que debe ser graduada en atención a los atenuantes y agravantes de cada caso concreto. Para ello, citan al profesor Cabanellas que define al término “*progresivo*” de la siguiente manera:

*“[...] Que va aumentando en cantidad o potencia. En sucesiva perfección o mejora. Fiscalmente, el gravamen en aumento acelerado cuanto mayor es la riqueza o la renta. En lo penitenciario, de continua o escalonada amplitud hacia el condenado y su reintegro a la libertad.”, definición que permite concluir que para calificar un evento como progresivo, se entiende que evoluciona de lo menor hacia lo mayor, de menos a más, no al revés*

*ya que entonces el concepto aplicable es REGRESION, pág. 826: “Retroceso que se considera perjudicial en lo político, social o económico.”. Diccionario de Ciencias Jurídicas de Guillermo Cabanellas de Torres, editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires Argentina, 2012, pág. 777”.*

Sin embargo, consideró que el Tribunal para imponer la multa partió de un criterio *regresivo* en lugar de uno *progresivo* como manda la LORCPM, lo cual configura un vicio en la motivación de la cuantía de la multa impuesta.

Por los motivos expuestos, el Tribunal resolvió aceptar la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo impugnado y del procedimiento sancionador, dejando a salvo el criterio de la SCPM para que, en caso de considerar la viabilidad de imponer una multa, observe el principio de proporcionalidad en relación a la infracción cometida.

#### **d) Recurso de Casación**

No conforme con la sentencia del Tribunal, la SCPM interpuso un recurso de casación.

El primer fundamento del recurso era el caso dos del artículo 268 del COGEP, por cuanto la sentencia dictada adoptaba decisiones contradictorias en su parte resolutive y por no estar debidamente motivada.

Alegó la SCPM que existe una contradicción por cuanto el Tribunal dejó a salvo el derecho de la SCPM para que, en caso de considerarlo viable, imponga una multa observando el principio de proporcionalidad.

Es inconcebible que el Tribunal establezca que no existió el incumplimiento de la resolución de medidas preventivas, que declare la nulidad de un procedimiento completo por cuanto el derecho de fondo aún no ha sido resuelto en un juicio contencioso distinto, pero que deje a salvo la facultad de la entidad de volver a resolver respetando el principio de proporcionalidad que a criterio del Tribunal fue vulnerado.

Respecto de este punto, el conjuer de admisión determinó que:

*“En el caso, no hay explicación técnica de cómo se produce este error in iudicando, esto es:*

- (i) qué no se establecen de manera concreta los requisitos que le faltan a la sentencia;*
- (ii) no se determina cuáles son las contradicciones entre la parte expositiva, motiva y resolutive;*
- (iii) no se analiza la forma en la que se infringen todas las normas supra legales, legales y procesales mencionadas en el acápite correspondiente a la determinación de la normas infringidas, esto en relación con la supuesta falta de motivación que únicamente fue aducida y no desarrollada;*
- (iv) además señala que en la sentencia se han adoptado decisiones contradictorias e incompatibles elemento que no se llega a demostrar en el memorial contentivo de la casación, toda vez que lo que existe es una crítica general a la resolución adoptada, en la que se refiere de forma reiterada que el acto administrativo fue emitido por autoridad competente, siguiendo el debido proceso, por lo que no existe una confrontación entre los considerandos de la sentencia y la resolución, por lo que el recurrente no presenta una conclusión en la que se determine que las decisiones son contradictorias e incompatibles.”*

El segundo fundamento del recurso era el caso quinto del artículo 268 del COGEP por cuanto existe un error de interpretación del artículo 5 de la LORCPM, respecto de la determinación del mercado relevante.

Esto puesto que al trabarse la Litis no se consideró al mercado relevante, y que su determinación es competencia única y exclusiva de la SCPM conforme la LORCPM.

El conjuer de admisión determinó al respecto que:

*“En el caso en estudio el recurrente en una línea se limita a expresar que existe errónea interpretación de los normas de derecho sustantivo con relación a lo determinado en el artículo 5 de la LORCPM, no obstante frente a esta aseveración no expresa cuál es el sentido jurídico errado que el Tribunal le ha dado a esta disposición, así como tampoco refiere cuál es el alcance legal que le ha dado el legislador a la referida disposición, y por fin no expresa la forma en la que este cargo ha sido determinante en la resolución de la causa. [...]*

*Con lo expuesto se colige que el recurrente no presenta una argumentación conforme lo requerido por la técnica casacional para el caso quinto, toda vez que como se señaló no determina la forma en la que se produjo la errónea interpretación.*

*Sin perjuicio de los errores en cuanto a la fundamentación del cargo de errónea interpretación también se debe evidenciar que el casacionista dedica gran parte del memorial de casación a realizar un ejercicio argumentativo de instancia en el cual refiere de manera reiterada que no se consideraron las facultades exclusivas y privativas de la Superintendencia de Regulación y Poder del Mercado, así como también refiere de forma repetida que el acto administrativo impugnado gozaba de las presunciones de legalidad y de legitimidad, lo cual son aseveraciones que se tornan en impertinentes para ser tratadas ante esta Corte de Casación, pues el caso quinto alegado tiene lugar cuando el juzgador dicta sentencia y llega a la convicción de la verdad de determinados hechos, alegados por la partes en la demanda o en la contestación a la demanda, luego de someter los hechos a los tipos jurídicos adecuados busca normas de derecho sustantivo que le sean aplicables. En la doctrina esta operación se llama subsunción del hecho en la norma.*

*El objeto de la causal quinta del artículo 268 del COGEP es encontrar y comprobar que se han producido vicios de violación directa de la norma sustantiva, pero respetando la fijación de los hechos y la valoración de la prueba*

*que ha realizado el Tribunal de alzada. Por lo expuesto al no haberse cumplido con los requisitos de fundamentación se inadmite este cargo.”*

Por lo expuesto, se inadmitió el recurso de casación interpuesto por la SCPM.

Frente a esta negativa, la SCPM interpuso un recurso de hecho con fundamento en el artículo 278 del COGEP establece: “**Procedencia.** *El recurso de hecho procede contra las providencias que niegan un recurso de apelación o de casación, a fin de que la o el juzgador competente las revoque o las confirme”.*

Este recurso también fue inadmitido por la Corte al indicar que el recurso de hecho es un recurso vertical jerárquico que aplica cuando el Juez o Tribunal a quo niegue un recurso de apelación o de casación de forma ilegal o infundada, para que de esta formar el jerárquico superior (la Corte) lo revise. Pero en este caso, como fue dictado por un conjuer de la propia Corte, lo único que cabía eran recursos horizontales de aclaración y ampliación.

En consideración a lo expuesto, se negó el recurso por improcedente.

#### **e) Acción Extraordinaria de Protección**

La SCPM interpuso una acción extraordinaria de protección, en contra de la “*sentencia*” (sic) dictada por el conjuer de la Corte Nacional de Justicia que inadmitió el recurso de casación. Esta acción fue signada con el número de proceso 3233-17-EP.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional inadmitió el recurso por considerar que de la lectura de la demanda se observa que el argumento principal de la SCPM radica en demostrar su inconformidad respecto de la decisión por medio de la cual se inadmitió el recurso de casación, por lo que se incurre en la causal de inadmisión prevista en el numeral 3 del artículo 62 de la LOGJCC.

Con ello, la sentencia expedida por el Tribunal quedó en firme al no existir más recursos posibles en la vía judicial ni constitucional.

## **f) Comentarios**

Esta sentencia tampoco entra a considerar aspectos de fondo respecto de la forma en que debe interpretarse normas de derecho sustantivo de la LORCPM sino que se trata de un acto administrativo que fue declarado nulo por múltiples de responsabilidad de la SCPM.

No cabe duda de que, tal como lo afirma la SCPM, el proceso por abuso de poder de mercado y el proceso por incumplimiento de medidas preventivas son dos expedientes administrativos distintos, aunque guardan relación con la misma causa. Sin embargo, este hecho no subsana los vicios por los cuales CONECEL impugna el acto.

Es importante destacar que el Tribunal no se pronunció sobre la alegación de falta de competencia esgrimida por CONECEL, en razón de que la CRPI ya había dispuesto que la Intendencia no era competente para verificar el cumplimiento de las medidas preventivas dado que el proceso se había judicializado. Lo único que se limitan a decir posteriormente es que la SCPM sí era competente para dictar medidas preventivas.

Respecto a la determinación del mercado relevante consideramos que el Tribunal tampoco realizó un análisis profundo de cuál por qué se debía entender que se trataba del mercado de inmuebles en lugar del de telecomunicaciones. Pero independientemente de esto, esta alegación de CONECEL pudo y debió ser prevenida por parte de la SCPM motivando debidamente el mercado relevante en la resolución impugnada, pero al no hacerlo, abrió la posibilidad para que se realice este análisis por parte del Tribunal.

En cuanto a la cuantificación de la multa, la falta de motivación dictaminada por el Tribunal es evidente y demuestra un trabajo deficiente realizado por la SCPM. Insistimos, en el largo plazo, poco sirve sustanciar un expediente con abundante investigación, práctica de diligencias y una correcta teoría del caso, si al final se dictará una resolución que no está debidamente motivada y que acarrea la nulidad del proceso, lo que implica meses o inclusive años de trabajo y abundantes recursos gastados por parte de la SCPM. ¿Cómo puede justificarse la imposición de la multa techo por el incumplimiento de uno de quinientos ochenta contratos?

Otro punto interesante que toca el Tribunal, es el calificar la *intencionalidad* con la cual la SCPM actuó al iniciar un nuevo expediente para verificar el cumplimiento de medidas provisionales dictadas. A criterio de los jueces, el hecho de que el proceso “*principal*” se encuentre aún impugnado y que pese a eso la SCPM haya iniciado un expediente – y posterior a que la CRPI haya dicho que la Intendencia ya no es competente – resulta casi un acto de mala fe. Consideramos que este criterio es equivocado puesto que, conforme las disposiciones del COGEP y los principios del Derecho Procesal Administrativo, si un acto administrativo es impugnado, salvo que exista la facultad de consignar un determinado monto para suspender su ejecución o que el Tribunal dictamine la suspensión del mismo en la primera providencia al momento de calificar la demanda para evitar que se produzcan daños irreparables, el acto se mantiene firme y debe continuar ejecutándose hasta que un Tribunal competente no diga lo contrario y lo deje sin efecto.

Por ello, consideramos que la SCPM sí era competente para iniciar el trámite de verificación de cumplimiento de las medidas preventivas dispuestas.

No obstante, quedó demostrado a lo largo del proceso que el más grave error en el que incurrió la SCPM es la redacción de la resolución de medidas preventivas. Todo el proceso se vino abajo por el hecho de que dispuso la suspensión de las cláusulas de exclusividad pero se quedó ahí, sin detallar acciones concretas que deba ejecutar CONECEL al respecto. Al tratarse de Derecho Público, el operador económico debía cumplir a cabalidad lo que decía la resolución sin que esté facultado a interpretarla en forma extensiva ni mucho menos, por lo que resulta cierto el argumento en que manifiestan que la resolución únicamente les imponía obligaciones de no hacer, que conforme se probó, fueron cumplidas en todos menos en un contrato.

### **3.5.9. COMPAÑÍA ECONOFARM S.A. vs. SCPM [Juicio No. 17811-2016-01610]**

#### **a) Antecedentes Fácticos**

ECONOFARM S.A. (en adelante “**ECONOFARM**”) es una compañía domiciliada en la ciudad de Quito, que tiene por objeto social principal la comercialización y distribución de productos farmacéuticos y de perfumería. Opera en el Ecuador bajo el nombre comercial de “*Farmacias Sana Sana*”, con más de cuatrocientos (400) establecimientos a nivel nacional y es subsidiaria del “*Grupo Fybeca*”.

La SCPM, mediante resolución dictada con fecha 31 de marzo de 2014, por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas (“IIAPMAPR”), requirió a ECONOFARM, que en el término de tres (3) días, envíe un contrato o un acuerdo tipo de franquicia, suscrito y celebrado en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, correspondiente a los años 2012, 2013 y 2014.

Casi un año después, el 13 de febrero de 2015, la CRPI resolvió declarar el incumplimiento de la obligación por parte de ECONOFARM por no haber suministrado información, sustentándose en un informe de incumplimiento emitido por la IIAPMAPR, que fue puesto a conocimiento de la CRPI.

El 04 de junio de 2015, la CRPI resolvió sancionar a ECONOFARM mediante resolución que condenó al operador económico al pago una multa de ciento setenta mil dólares americanos 00/100 (USD \$170.000,00), concediéndole un término de quince (15) días a partir de la notificación para el efecto.

ECONOFARM presentó un recurso de apelación en sede administrativa en contra de la resolución sancionatoria de la CRPI, solicitando que se declare la nulidad de la resolución y la imposibilidad de cumplir con los requerimientos de la IIAPMAPR. El 01 de octubre de 2015, el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió el recurso de apelación dejando sin efecto casi la totalidad del expediente procesal.

Posteriormente, el 16 de octubre de 2015, la CRPI decidió reiniciar el procedimiento sancionador, con otro número de expediente.

Este nuevo proceso concluyó mediante una resolución sancionatoria de parte de la CRPI dictada el 29 de febrero de 2016, en la que se condenó a ECONOFARM al pago una multa de ciento setenta mil dólares americanos 00/100 (USD \$170.000,00), por el retardo de cincuenta y seis (56) días término en la entrega de la información requerida.

El operador económico sancionado planteó nuevamente un recurso de apelación, pero esta vez fue negado por el Superintendente con providencia dictada el 08 de junio de 2016, que ratificó la resolución expedida por la CRPI.

ECONOFARM impugnó esta resolución sancionatoria ante la justicia contencioso administrativa, dando origen a este juicio.

#### **b) Argumentos de Derecho y Pretensiones**

Los argumentos de ECONOFARM fueron principalmente:

- i.** Las resoluciones impugnadas generaron una violación directa a los derechos constitucionales y legales de ECONOFARM, configurando vicios insubsanables por la propia administración.
- ii.** Se ha impuesto una sanción a ECONOFARM en virtud de lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM que es aplicable para los casos en que exista una falta de suministro de información, cuando lo que ocurrió es únicamente un retraso.
- iii.** En la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador no se atendió la solicitud de un peritaje legal con el fin de que un tercero independiente constate la existencia o no de un contrato, convenio o acuerdo tipo franquicia suscrito entre la compañía accionante y los propietarios de las farmacias o votivas independientes.

- iv.** ECONOFARM ya informó en varias ocasiones a la SCPM que no posee la información solicitada, dado que no existen los referidos contratos tipo o modelo de franquicia, lo cual constituye un hecho imposible.
- v.** Se ha vulnerado el debido proceso.
- vi.** La resolución está indebidamente motivada, pues existe un error de derecho en cuanto a la imputación de la sanción por falta de colaboración, dado que por el desconocimiento de la causa apelada el Superintendente señala que ECONOFARM incumplió su obligación tipificada en el artículo 50 de la LORCPM, mientras que el informe que acoge la CRPI señala que la sanción se origina por incumplimiento del penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM.

Por ello, se vulneran varios principios contenidos en el artículo 11 de la CRE, así como el artículo 44 del Reglamento LORCPM, en virtud de que se omitió la exposición de motivos que permitan evaluar la proporcionalidad del acto, sin dar a conocer justificaciones y hechos que inspiren a la SCPM a negar los argumentos de descargo planteados por ECONOFARM.

- vii.** Las resoluciones impugnadas deben considerarse ilegales conforme el principio *ad impossibilia, nemo tenetur* (“nadie está obligado a lo imposible”) pues resultó físicamente imposible para ECONOFARM entregar un contrato tipo o contrato franquicia, puesto que nunca fueron suscritos y por ende jamás existieron, lo cual se sustenta en el artículo 1477 del Código Civil, norma supletoria de la LORCPM que establece la imposibilidad de cumplimiento de la obligación como una causa de extinción de la misma.
- viii.** En la sustanciación del expediente se han vulnerado una serie de principios rectores del Derecho Administrativo Sancionador, principalmente el principio de culpabilidad y el de presunción de inocencia.

En base a ello, ECONOFARM solicitó que se declare la nulidad de la resolución que resolvió el recurso de apelación dictada el 08 de junio de 2016, así como de la resolución sancionatoria dictada por la CRPI el 29 de febrero de 2016, en razón de ser contrarias a la constitución y la ley.

Los argumentos de la SCPM fueron principalmente:

- i.** La SCPM negó que existan los presupuestos que configuren la violación constitucional al debido proceso y al derecho a la defensa, por cuanto ECONOFARM se encuentra en obligación de colaborar con los órganos de la SCPM en virtud del artículo 50 de la LORCPM.

En ese sentido, se entiende que la información que tenía la obligación de entregar el operador económico debe cumplir una serie de requisitos, como ser verdadera, veraz y oportuna. Para que se cumplan estos supuestos, la SCPM manifiesta que la información debe entregarse en los términos legales establecidos por la SCPM en función del principio de oportunidad temporal.

- ii.** A lo largo del expediente se ha garantizado en todo momento la posibilidad del operador económico investigado de contradecir los cargos en su contra, y solamente después de comprobada la infracción y el responsable, se ha procedido a la sanción.
- iii.** En cuanto a la inexistencia de la documentación requerida, la SCPM manifiesta que el incumplimiento de ECONOFARM no se ha generado por la falta de entrega de los contratos tipo franquicia, sino por la falta de atención a los requerimientos realizados el 31 de marzo de 2014 y el 19 de noviembre de 2014, dentro del término concedido por la SCPM, lo cual derivó en una multa por inobservancia del artículo 50 de la LORCPM.

### **c) Sentencia**

Esta demanda fue conocida y resuelta por el Tribunal Distrital de lo Contencioso No. 1 con sede en Quito.

El objeto de la controversia consistió en *“Resolver sobre nulidad de la resolución s/n de 8 de junio de 2016, notificada el 9 de junio de 2016, emitida por el Superintendente de Control de Poder de Mercado; se declare la nulidad de la resolución s/n de 29 de febrero de 2016, notificada mediante oficio SCPM-CRPI-2016 0072 de 1 de marzo de 2016, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2015-063, mediante la cual se sanciona al operador económico ECONOFARM S.A. con la imposición de la multa de USD. 170.000”*

El Tribunal realizó las siguientes consideraciones:

- i.** Revisado el expediente administrativo, se constató que el IIAPMAPR emite un informe en el que hace referencia a providencia de fecha 31 de marzo de 2014, en la que se concedió el término de diez (10) días al operador económico para que remita copias certificadas de un contrato, convenio o acuerdo tipo franquicia, representado entre ECONOFARM y los propietarios de farmacias o boticas independientes. Requerimiento que fue nuevamente efectuado en providencia de 19 de noviembre de 2014, en la que se le concede dos (2) días al operador económico para que presente la información dado que el primer requerimiento no había sido atendido.
- ii.** En el mismo informe, se identificó que ECONOFARM incumplió presuntamente el artículo 50 de la LORCPM, referente a la obligación de colaborar con los órganos de la SCPM, suministrando datos y documentación a la entidad de control.

A decir del Tribunal, esta obligación es acorde al precepto contenido en el artículo 83, numeral 1 de la CRE, que establece como deberes y responsabilidades de los ciudadanos el respetar la Constitución, las leyes y

las decisiones legítimas de autoridad competente, lo cual es evidente que ECONOFARM observó.

- iii. El Tribunal comprobó que la infracción tipificada en el artículo 50 de la LORCPM dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, que culminó en la sanción emitida por la CRPI. Esto en razón de que la SCPM se vio obligada a insistir nuevamente el 21 de enero de 2015, señalando inclusive que, sin perjuicio de la solicitud de sanción a que hubiera lugar, requiere nuevamente a ECONOFARM la presentación de información.

Es obvio entonces, que al no haber colaborado con el organismo de control en el tiempo concedido para cumplirlo, es una falta de atención al requerimiento de la información solicitada por la SCPM, lo cual bajo ningún concepto implica un cambio en la tipicidad, pues la obligación legal de la accionante se encontraba claramente establecida, por lo que su inobservancia acarreó la sanción establecida en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM.

- iv. El Tribunal concluyó que la sanción impuesta no fue por falta de suministrar la información del contrato de franquicia – lo que ECONOFARM señala como un imposible – sino su falta de respuesta a dicha solicitud en el término fijado por la autoridad pública, presentando documentación recién el 23 de enero de 2013.
- v. Respecto de la alegación de la negativa de practicar un peritaje, el Tribunal señaló que ECONOFARM no ha demostrado que con la práctica de dicho peritaje la decisión de la SCPM hubiera sido distinta. Además, destaca que la prueba debe ser conducente (tener el objetivo de desvirtuar los hechos imputados) por lo que el Tribunal consideró que la decisión efectuada en la sustanciación del procedimiento no violó el debido proceso del operador económico.
- vi. La SCPM garantizó el derecho al debido proceso y defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7 de la CRE, pues el operador económico requerido

pudo ejercer de manera efectiva su derecho a la defensa en todo momento, fue escuchado en el momento procesal oportuno, tuvo la oportunidad de producir sus pruebas y recibió una resolución motivada de la CRPI.

Por lo expuesto, el Tribunal rechazó la demanda de ECONOFARM por improcedente, ratificando la legalidad de las resoluciones impugnadas.

#### **d) Recurso de Casación**

ECONOFARM interpuso un recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal, no obstante ello, el recurso fue inadmitido por extemporáneo.

Cabe señalar que la sentencia fue dictada (por escrito) el día 10 de agosto de 2017. Posteriormente ECONOFARM y la SCPM interpusieron un recurso horizontal de aclaración, el primero sobre la sentencia dictada con voto de mayoría, y la segunda respecto del voto de minoría. Ambos recursos fueron resueltos mediante providencia con fecha 25 de agosto de 2017, por lo que el término de diez (10) días hábiles para interponer el recurso de casación corrían a partir del 28 de agosto de 2017, venciendo el 08 de septiembre de 2017. El recurso de casación fue interpuesto extemporáneamente el día 13 de septiembre de 2017.

ECONOFARM interpuso un recurso de hecho en contra de la providencia del Tribunal que inadmitió el recurso de casación, por lo que el caso pasó a conocimiento de la Corte Nacional de Justicia que ratificó que el recurso de casación fue interpuesto de manera extemporánea, negando el recurso de hecho interpuesto.

#### **e) Acción Extraordinaria de Protección**

ECONOFARM interpuso una acción extraordinaria de protección en contra del auto dictado por la Corte Nacional de Justicia mediante el cual se niega la procedencia del recurso de hecho interpuesto.

Este proceso fue signado con el número 0051-18-EP y fue admitido a trámite por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional y a la fecha de elaboración del presente trabajo, aún se encuentra pendiente de resolución.

#### **f) Comentarios**

Este juicio tiene un origen similar a lo ocurrido en el juicio interpuesto por DIFARE, analizado en el punto 3.5.6. del presente trabajo, en el marco de varias solicitudes de información que realizó la SCPM al sector farmacéutico.

Consideramos que ECONOFARM fue correctamente sancionado por no haber entregado la información en los plazos concedidos por la autoridad, sin embargo existen varios puntos llaman la atención.

En primer lugar, el Tribunal manifiesta que no es relevante el hecho de que ECONOFARM no haya tenido la información solicitada por la SCPM, sino que debió realizar cualquier tipo de pronunciamiento a la autoridad en el término que tuvo para hacerlo. Y peor aún, si no tenía dicha información por ser inexistente, para qué solicitar tantas prórrogas para la entrega de información, más cuando terminó presentando documentación a la SCPM pero de manera extemporánea.

Esto evidencia una deficiencia en la defensa técnica de ECONOFARM – que inclusive dejó precluir el término para interponer el recurso de casación – al no haber informado dentro del término concedido por la SCPM que simplemente no poseía esa información.

Del texto de la resolución impugnada dictada por la CRPI se desprende que en múltiples reuniones de trabajo entre la SCPM y el operador económico, se refirió a la cadena de farmacias y boticas independientes que operan bajo su marca como “franquiados”. En la propia resolución, la SCPM argumenta que, en el supuesto no consentido de que en realidad no exista esta documentación o no sea en el sentido estrictamente jurídica una franquicia lo que mantiene ECONOFARM con las farmacias que operan bajo su marca, sea cual fuere el caso era obligación del operador económico colaborar con la SCPM indicando cuál es el modelo de negocio o el

esquema comercial bajo el cual opera para en base a esa información poder remitir la información pertinente al ente de control.

También resulta fundamental diferenciar, algo que se analizó en el caso de DIFARE, entre los supuestos de hecho previstos en el artículo 50 de la LORCPM y en el penúltimo inciso del artículo 79 *ibídem*.

El artículo 50 LORCPM establece la obligatoriedad de presentar la información solicitada por la SCPM, la que debe ser veraz, oportuna y verdadera. Este artículo, por sí mismo no tiene una consecuencia jurídica. Sin embargo, el artículo 79 establece la consecuencia jurídica directa de no presentar la información requerida por la SCPM, o presentar información falsa y/o extemporánea, como ocurrió en el presente caso. Por ello, mal puede alegarse que existió un cambio de tipicidad, lo que ocurre es que el incumplimiento de la entrega de información – si bien constituye una infracción al artículo 50 LORCPM – dispara la multa sancionatoria prevista en el penúltimo inciso del artículo 79, lo cual no implica un cambio de tipicidad o de tipo penal – administrativo de modo que pueda influir en el principio de congruencia o dejar en indefensión al operador económico investigado.

Distinto fue lo ocurrido en el caso de DIFARE en el que la discusión se centraba entre la diferencia entre las multas sancionatorias y las multas coercitivas, en este caso la multa es exclusivamente sancionatoria, aunque bien hubiera podido la SCPM dictar una multa coercitiva.

Más discutible sería el hecho de que, al no haber entregado la información, no se hubiera impuesto la sanción específica prevista para este efecto en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM sino que se haya pretendido subsumir el mismo hecho como una infracción leve al amparo de lo dispuesto en la misma norma por “*incumplimiento de una resolución de la SCPM*”, lo cual acarrearía una multa distinta.

### 3.6. CONCLUSIONES

Habiendo concluido el análisis de todas las resoluciones dictadas en juicios tanto de acción de protección como acciones subjetivas (contencioso – administrativas) en procesos seguidos contra la SCPM durante el período analizado, 01 de enero 2016 a 31 de diciembre 2017, hemos podido responder la pregunta de investigación del presente trabajo, esto es, su objetivo general, así como las preguntas que nos hemos realizado como objetivos específicos.

Pese a que los fallos analizados hayan sido analizados a detalle uno por uno, podemos señalar las siguientes *conclusiones generales* que hemos podido obtener como fruto de la investigación realizada. Todos estos resultados se ven plasmados en las siguientes conclusiones:

- i. Después de un largo tiempo, especialmente en comparación con los países de la región y especialmente con Estados Unidos de América y Europa, el Ecuador tiene una legislación en materia de Derecho de Competencia recogida en un cuerpo normativo propio, con autoridades específicas para la materia.
- ii. Este cambio requerirá varios años para incorporarse en la cultura ecuatoriana y desarrollar una verdadera *cultura de competencia* que fomente estos principios entre los operadores económicos y la ciudadanía en general.
- iii. Si bien ya tenemos normas específicas para la materia, con ellas vienen también problemas, especialmente en su interpretación y aplicación. Tal es el caso de las anomias, antinomias y los posibles conflictos entre la LORCPM, el COGEP y el COA, que deberán ser analizados y resueltos por las autoridades competentes conforme se vayan resolviendo más procedimientos en esta materia.
- iv. En el período analizado se dictaron resoluciones dentro de once (11) procesos de acciones de protección y nueve (9) procesos contencioso

administrativos, acciones de plena jurisdicción o subjetivas en contra de la SCPM, dando un total de veinte (20) procesos analizados.

- v. De las once (11) acciones de protección, nueve (9) tuvieron resoluciones favorables a la SCPM y dos (2) tuvieron resoluciones favorables a los operadores económicos accionantes.
- vi. De los nueve (9) procesos contencioso administrativos por acciones de plena jurisdicción o subjetiva, tres (3) tuvieron resoluciones favorables a la SCPM y seis (6) tuvieron resoluciones favorables a los operadores económicos accionantes.
- vii. Todos los procesos fueron conocidos y resueltos en primera instancia (acciones de protección) o única instancia (juicios contencioso administrativos) en las ciudades de Guayaquil y Quito.

Esto puede deberse a varios factores, principalmente el hecho de que son las ciudades económicamente más representativas del país, por lo que ahí se encuentran domiciliadas las grandes compañías y grupos empresariales que tienen el potencial de afectar de manera significativa la competencia en un mercado determinado, sin dejar de lado que puedan existir otras compañías grandes en otras ciudades del país, pero en menor proporción.

- viii. Una constante a lo largo de todos los procesos analizados es que los operadores económicos investigados pertenecen a similares o idénticos mercados, lo cual demuestra que en el período analizado, la SCPM se centró principalmente en los siguientes mercados:
  - Sector Farmacéutico: solicitudes de información a DIFARE y ECONOFARM.
  - Sector de las Telecomunicaciones: casos OTECEL y CONECEL.

- Sector de Productos de Consumo Masivo: Corporación el Rosado, DISPROSA.

Respecto de este último sector, incluso se dictaron múltiples *manuales* de buenas prácticas a supermercados y proveedores, por ejemplo.

No obstante también existieron otros casos trascendentes como el de la fusión de AB InBev (sector cervecero), el caso de RECAPT (contratación pública) o el sector financiero (INTERDIN y bancos privados.)

Esta conclusión debe ser interpretada en el sentido de que la SCPM ha dirigido sus esfuerzos a estos mercados por su trascendencia o relevancia a nivel nacional. Sin embargo, no puede desatenderse el hecho de que varios de esos procesos no iniciaron por voluntad de la SCPM sino por denuncias presentadas por particulares o notificaciones de control obligatorio, mas no por acción propia de la SCPM de oficio.

- ix.** Es evidente el impacto del COGEP en el tiempo de resolución de la justicia contencioso administrativa –la justicia constitucional se rige por la LOGJCC y desde su promulgación ha sido, por su naturaleza, expedita – dado que se puede observar que los procesos iniciados bajo la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa han tomado muchos más años en resolverse, mientras que los procesos COGEP han tardado menor tiempo.
- x.** En las acciones de protección analizadas, se han impugnado actuaciones materiales (hechos o conductas) de la SCPM, como lo son los casos de CONECEL, OTECEL respecto de difusiones en medios de comunicación, y también actos administrativos como en el caso de la banca privada y la fusión de las cerveceras.
- xi.** Dentro de los procesos de acciones de protección, los derechos que más se alegan vulnerados son: debido proceso, seguridad jurídica, derecho al honor y al buen nombre, presunción de inocencia, derecho a la defensa.

- xii.** La mayoría de acciones de protección analizadas no analizan el fondo de la controversia y si existió o no una eventual vulneración a derechos constitucionales, sino que son rechazadas por temas formales, principalmente la existencia de “otra vía adecuada y eficaz”.
- xiii.** En el caso de los recursos contencioso administrativos, por su propia naturaleza, todos los actos administrativos que se impugnaron fueron resoluciones sancionatorias dictadas por la SCPM.
- xiv.** Consecuencia de lo anterior es que, en todas las sentencias que pusieron fin a los procesos contencioso administrativos, dictadas a favor de los operadores económicos que impugnaban las resoluciones, se haya demostrado vicios de legalidad, ya sea por la forma (procedimiento) o por el fondo en las resoluciones de la SCPM.
- xv.** Si bien no constituyen precedentes obligatorios, ha sido interesante tener un primer grupo de sentencias resueltas por la justicia contencioso – administrativa que, salvo las que resuelven temas netamente procedimentales, se han pronunciado sobre puntos de interpretación a la LORCPM y su Reglamento como por ejemplo la aplicación y distinción entre multas coercitivas y multas sancionatorias, el principio de congruencia en materia administrativa, etc.
- xvi.** Otro hecho que llama la atención es la cantidad y *calidad* (gravedad del vicio) de los errores o violaciones al procedimiento cometidas por la SCPM al momento de tramitar y resolver los expedientes respecto de los cuales los Tribunales ya se han pronunciado declarando su ilegalidad, como el hecho de revocar de oficio providencias meses después como en el caso de la fusión cervecera, e imponer nuevas condiciones en la misma resolución que niega un recurso de apelación que se tramitaba por cuerda separada; el hecho de que en casos como el de CONECEL se disponga por parte de la CRPI que la SCPM ya no es competente para continuar tramitando un expediente por haber sido ya puesto a conocimiento de la justicia contencioso administrativa y pese a ello otra Intendencia abra un nuevo expediente; la caducidad por inacción de la SCPM como en las denuncias

presentadas en contra de ALES; o las medidas preventivas mal redactadas que tuvieron como resultado una sanción no ejecutable, o por lo menos no ejecutable al nivel que fue pretendido por la SCPM al momento de dictarla.

- xvii.** Dentro del período investigado, existió una sola resolución que fue conocida y resuelta mediante una sentencia de fondo por la Corte Nacional de Justicia, máximo órgano de interpretación de la ley en el país.

Esta sentencia dictada dentro del caso RECAPT constituye un hito en materia del Derecho de Competencia en Ecuador, más allá de las críticas que hemos hecho a la misma.

En esta sentencia se discutieron varios asuntos de trascendencia como la aplicación o no del análisis “*regla de la razón vs. regla per se*” aplicada a las normas del artículo 11 de la LORCPM; la aplicación de la clasificación de los delitos “*de peligro abstracto vs. de peligro concreto*” en materia de Derecho de Competencia y

- xviii.** Se puede evidenciar entonces, que nos queda un largo trabajo por hacer en materia de Derecho de la Competencia en Ecuador, tanto a operadores económicos y sus prácticas, como a la SCPM en sus procedimientos de investigación y sanción y a los Tribunales de Justicia que serán quienes en última instancia administren justicia en esta materia.

- xix.** Tanto en la justicia constitucional como en la justicia ordinaria, se ha reconocido que en materia de Derecho de la Competencia existe una *motivación reglada* que requisitos adicionales o específicos que deben cumplirse como es el caso de determinar, desde la fase de investigación en la SCPM (e inclusive en la misma denuncia, en caso de haberla), de forma clara y contundente cuál es el mercado relevante en el cuál se deberá analizar la conducta investigada, el poder de mercado del o los operadores económicos investigados y los efectos de la conducta. Además, será fundamental a efectos de determinar el monto de la sanción a imponerse.

- xx.** Por último, es importante señalar que existió un gran número de recursos de casación y un mayor número de acciones de protección que no pasaron siquiera los respectivos filtros de admisión previstos en la ley, por deficiencias en su interposición y/o el pretender desnaturalizar estos recursos o acciones extraordinarias para conseguir que se asemejen a “instancias adicionales” o para revisar temas que no son objeto de los mismos. La acción extraordinaria de protección planteada en el caso de la fusión de las cerveceras es la única que, a la fecha del presente estudio, ha pasado el filtro de admisión y se ha dictado una sentencia de fondo pero se declaró sin lugar la demanda determinado que no existieron violaciones a derechos constitucionales en la tramitación de la causa.
- xxi.** Otro dato interesante es el hecho de que únicamente en la acción de protección planteada por CONECEL, se revirtió la sentencia de primera instancia (que daba la razón al operador económico), declarando sin lugar la demanda en segunda instancia. En el resto de causas, tanto en acciones de protección como en recursos de plena jurisdicción o subjetivos, la segunda instancia (acciones de protección) o los tribunales de casación y/o la Corte Constitucional, o bien declararon sin lugar las apelaciones presentadas o no admitieron los recursos interpuestos, o interponiéndolos fueron declarados con lugar. Pero en suma, existe una tendencia casi absoluta a que el fallo de primera instancia se mantenga hasta el final del litigio.

## Bibliografía

### a) Libros, Tesis y Revistas Indexadas

Alvarado, F. E. (2008). *La Situación Jurídico-Económica de la Libre Competencia en el Ecuador. Tesis previa a la obtención de la Maestría en Derecho de Mercado*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.

Andrade, S., Grijalva, A., & Storini, C. (2009). *La Nueva Constitución del Ecuador*. Quito, Ecuador: UASB y Corporación Editora Nacional.

Baylos Carroza, H. (1987). *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid, España: Civitas Ediciones.

Blume Fortini, E. (1997). *La Constitución Económica Peruana y el Derecho de la Competencia*. Lima, Perú: Themis.

Cabanellas de las Cuevas, G., & Serebrinsky, D. H. (2017). *Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia: Tomo I*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.

Cabanellas de las Cuevas, G., Palazzi, P., Sánchez Herrero, A., & Serebrinsky, D. H. (2014). *Derecho de la Competencia Desleal*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Chanamé Orbe, R., & Pérez Casaverde, E. (2010). *Introducción al Derecho: Iniciación a la Teoría del Derecho y Ciencias Filosóficas*. Lima, Perú: Ediciones Legales (EDILEGSA).

Coloma, G. (2009). *Defensa de la Competencia*. La Plata, Argentina: Ciudad Argentina.

- Cortázar Mora, J. (2011). *Curso de Derecho de la Competencia*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Costa Cevallos, M. (2017). *Las Acciones Contencioso Administrativas en el Ecuador, Análisis Doctrinario y Jurídico*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- D'Amore, M. R. (2015). *Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.
- Krugman, P., Wells, R., & Olney, M. (2012). *Introducción a la Economía*. Barcelona, España: Editorial Reverté.
- Larrea Holguín, J. (2000). *Derecho Constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Minda, G. (Diciembre de 1989). The Common Law, Labor and Antitrust. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 475-477.
- Quintana, I. (2016). *La Acción de Protección*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C., & Marín Sevilla, M. (2012). *Régimen de Competencia*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Siegan, B. H. (2005). *Economic Liberties and the Constitution*. Londres, Reino Unido: Routledge.
- Signes de Mesa, J., Fernández Torres, I., & Fuentes Naharro, M. (2013). *Derecho de la Competencia*. Navarra, España: Thomson Reuters - Editorial Aranzadi.

## **b) Normas Jurídicas**

Comunidad Andina de Naciones. *Decisión 608: Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina*. 2005.

Comunidad Andina de Naciones. *Decisión 616:Entrada en vigencia de la Decisión 608 para la República del Ecuador*.

Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 31 de 07 de julio del 2017.

Ecuador. *Código Orgánico General de Procesos*. Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo del 2015.

Ecuador. *Constitución de la República*. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

Ecuador. *Decreto Ejecutivo 1614: Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN*. Publicado en el Registro Oficial No. 558 de 27 de octubre del 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009.

Ecuador. *Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

Ecuador. *Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. Publicado en el Registro Oficial 697 de 07 mayo del 2012.

Ecuador. *Reglamento para el Funcionamiento de a Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Secretaría Permanente*. Publicado en el Registro Oficial No. 479 de 14 abril del 2015.

Estados Unidos de América. *Sherman Antitrust Act*. 1890.

Unión Europea. *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*. 1957.