

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**El tercero interesado en el régimen de competencia  
ecuatoriano, un análisis comparativo crítico**

**Carlos Andrés Villacreses Valencia**

**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de  
Abogado

Quito, 19 de noviembre de 2021

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Carlos Andrés Villacreses Valencia

Código: 00202372

Cédula de identidad: 1722865092

Lugar y Fecha: Quito, 19 de noviembre de 2021

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

### ***UNPUBLISHED DOCUMENT***

*Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>*

**EL TERCERO INTERESADO EN EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ECUATORIANO, UN  
ANÁLISIS COMPARATIVO CRÍTICO<sup>1</sup>**

***THE INTERESTED THIRD PARTIE IN THE ECUADORIAN COMPETITION LAW,  
A CRITICAL COMPARATIVE ANALYSIS***

Carlos Andrés Villacreses Valencia<sup>2</sup>  
cvillacreses@hotmail.com

**RESUMEN**

Este trabajo investigativo analizó la aplicación de la figura del 'tercero interesado' y el estándar del 'legítimo interés' en el ámbito del derecho de competencia ecuatoriano. El análisis planteado tuvo como objeto determinar los aciertos y falencias de la legislación nacional en contraste con su tratamiento en países iberoamericanos. Así mismo, se planteó determinar si el ordenamiento protege adecuadamente los derechos de los administrados a la debida motivación y la seguridad jurídica. Mediante un método comparativo crítico y deductivo entre normas y criterios jurisprudenciales de Ecuador, Colombia y España se obtuvo como resultado final la existencia de serias falencias -e incluso inexistencias- normativas que presentan un grave riesgo a los intereses en juego tanto de las partes como de terceros en un procedimiento administrativo sancionador. Tanto en el aspecto procesal como sustantivo, el Ecuador carece de momentos procesales específicos y parámetros de evaluación adecuados que permitan la intervención de terceros.

**PALABRAS CLAVE**

Tercero interesado, simple interés, interés legítimo, calificación, debido proceso.

**ABSTRACT**

*This research work analyzed the application of the figure of the 'interested third party' and the standard of 'legitimate interest' in Ecuadorian competition law. The purpose of the analysis was to determine the strengths and weaknesses of the national legislation in contrast with its treatment in Iberoamerican countries. Likewise, it was proposed to determine whether the law adequately protects the rights of the administered to due motivation and legal certainty. By means of a critical and deductive comparative method between norms and jurisprudential criteria of Ecuador, Colombia and Spain, the final result was the existence of serious shortcomings - and even non-existence - of norms that present a serious risk to the interests at stake both of the parties and third parties in an administrative sanctioning procedure. In both procedural and substantive aspects, Ecuador lacks specific procedural moments and adequate evaluation parameters that allow the intervention of third parties.*

**KEYWORDS**

*Interested third party, simple interest, legitimate interest, qualification, due process.*

Fecha de lectura: 19 de noviembre de 2021

Fecha de publicación: 19 de noviembre de 2021

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Mario Andrés Navarrete Serrano.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

## SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN EL DERECHO DE COMPETENCIA.- 6. LAS ACEPCIONES DE 'TERCERO' EN EL DERECHO DE COMPETENCIA Y SUS DIFERENCIAS SUSTANCIALES.- 7. EL ROL Y ALCANCE DEL TERCERO INTERESADO EN LEGISLACIONES IBEROAMERICANAS.- 7.1. EL TERCERO INTERESADO EN EL DERECHO DE COMPETENCIA COLOMBIANO.- 7.2. EL TERCERO INTERESADO EN EL DERECHO DE COMPETENCIA ESPAÑOL.- 7.3. LOS TERCEROS INTERESADOS EN EL RÉGIMEN DE COMPETENCIA ECUATORIANO, UNA VISIÓN CRÍTICA.- 8. CONCLUSIONES.-

### **1. Introducción.**

Con la Constitución de la República del Ecuador de 2008, CRE<sup>3</sup>, el legislador ecuatoriano incorporó el derecho a la libre competencia como uno de carácter colectivo, a través del cual se pretende tutelar la existencia de una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado<sup>4</sup>. El mencionado cuerpo normativo marcó la pauta para el nacimiento del derecho de competencia en el Ecuador mediante una entidad supervisora especializada que sería creada a partir de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM<sup>5</sup>.

La LORCPM entró en vigencia en el año 2011, de su articulado se desprende la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, SCPM<sup>6</sup>. La SCPM, organizada a través de órganos de sustanciación y resolución, maneja dos clases de procedimientos administrativos: ordinarios y sancionadores. En principio, la autoridad sustanciadora dirige el procedimiento en contra de uno o varios operadores cuyo comportamiento pudiere ser lesivo para la competencia.

No obstante, la complejidad de las relaciones comerciales y la interconexión entre los sujetos que integran el mercado vuelven verosímil la posibilidad de que terceros pudieren verse afectados por las resoluciones de la SCPM. La pregunta de investigación del presente

---

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O. Suplemento 377 de 21 de enero de 2021.

<sup>4</sup> Artículo 283, Constitución de la República del Ecuador.

<sup>5</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], R.O. Suplemento 555, reformado por última vez R.O. Suplemento 899 de 09 de Diciembre de 2016.

<sup>6</sup> Artículo 36, LORCPM.

trabajo es, ¿el ordenamiento jurídico ecuatoriano regula de manera suficiente y apropiada la intervención del tercero interesado en el derecho de competencia?

En consecuencia, el problema jurídico consiste en analizar si en el Ecuador, en contraste con legislaciones equivalentes, existe una insuficiencia normativa potencialmente lesiva a los derechos fundamentales de los administrados derivada de la falta de estipulación de criterios de calificación del legítimo interés y de los derechos procesales que otorga la figura bajo análisis en la rama de competencia.

Como se verá más adelante, la figura del tercero interesado está regulada en el Código Orgánico Administrativo, COA<sup>7</sup>, como cuerpo normativo de aplicación general para las administraciones públicas<sup>8</sup>. No obstante, no existe tal figura específicamente adaptada a la naturaleza propia del derecho de competencia, a diferencia de otras legislaciones de la región Iberoamericana.

La Corte Constitucional del Ecuador, Corte Constitucional, ha descrito al principio de legalidad como un pilar fundamental del debido proceso cuyo propósito esencial es permitir que los ciudadanos adecúen su conducta, de forma previsible, a los lineamientos del ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. En vista de ello, una insuficiencia normativa de las características citadas sería potencialmente lesiva contra derechos fundamentales y dejaría una ventana abierta a la arbitrariedad de la administración. Por ello, se resalta la importancia de un análisis crítico sobre el contenido de las normas ecuatorianas relativas al problema jurídico.

Respecto a la metodología, el trabajo emplea un acercamiento deductivo que parte del análisis del procedimiento administrativo sancionador en general hasta la naturaleza propia de los procedimientos sustanciados por la SCPM. Además, se realiza un análisis comparativo entre Ecuador, Colombia y España respecto a la regulación de los terceros interesados. Estas legislaciones fueron preferidas por cuanto la SCPM ha reconocido en

---

<sup>7</sup> Código Orgánico Administrativo [COA], R.O. Suplemento 31, reformado por última vez R.O. Suplemento 111 de 31 de diciembre de 2019.

<sup>8</sup> Artículo 42, numeral 2, COA.

<sup>9</sup> Sentencia No. 045-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de marzo de 2015, pág. 8.

varias oportunidades que se inspira en ellas y acoge numerosos criterios normativos y jurisprudenciales<sup>1011</sup>.

Lo antedicho, sin perjuicio de acudir a otras legislaciones y doctrina regional para definir diferencias entre terceros interesados, coadyuvantes y simples. La pregunta de investigación será resuelta mediante una triple comparación: por un lado, la normativa ecuatoriana; por el otro, las legislaciones iberoamericanas analizadas; y, por último, los principios constitucionales que se verían afectados de existir una insuficiencia normativa. El análisis propuesto permitirá discernir la vía adecuada para subsanar las eventuales falencias y reconocer los riesgos latentes para los administrados.

## **2. Estado del arte.**

Para el estudio de la figura del tercero interesado es menester analizar tanto el aspecto procesal administrativo como su tratamiento en el derecho de competencia. La postura actual de la doctrina se enmarca en lo siguiente:

El derecho administrativo ecuatoriano traza la distinción entre procesos administrativos ordinarios y sancionadores. Marco Morales Tobar manifiesta que la naturaleza jurídica de este último deriva del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y se encuentra regido bajo las normas esenciales de debido proceso contenidas en la Constitución e instrumentos internacionales<sup>12</sup>.

Graciela Ruocco, resalta la íntima relación entre el debido proceso y la validez del procedimiento administrativo sancionador por cuanto se encuentra en discusión la posible modificación a la esfera jurídica del sujeto. En suma, debe entenderse al debido proceso administrativo tanto en un sentido formal -adjetivo- como material -sustantivo- en los cuales se prevé la existencia de una norma jurídica que demarque el momento procesal oportuno

---

<sup>10</sup> Expediente SCPM-IGT-INCCE-007-2021, Superintendencia de Control del Poder de Mercado [La Intendencia de Control de Concentraciones reconoce basarse en la legislación española], providencia de junio de 2021.

<sup>11</sup> Expediente SCPM-DS-INJ-ER-001-2021, Superintendencia de Control del Poder de Mercado [La Intendencia de Control de Concentraciones cita criterios jurisprudenciales de Colombia ] providencia del 20 de noviembre de 2021.

<sup>12</sup> Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018), 324.

para que el administrado formule descargos, presente y solicite diligencias, contradiga la prueba presentada en su contra y cuente con los medios necesarios para su defensa<sup>13</sup>.

Es preciso indicar que el procedimiento administrativo admite, de forma limitada, la participación de terceros. En Colombia, Alberto Bolívar Nieto ha señalado que en materia de competencia subyace una especial limitación a la participación de terceros ajenos a las partes procesales, por cuanto el acto administrativo final pretende resolver sobre las obligaciones y derechos de un operador dentro de un mercado competitivo. De igual manera, la literatura actual reconoce la pluralidad en las acepciones de 'tercero'.

Por un lado, el denominado 'tercero indiferente' -a quien no va a alcanzar el proceso ni la decisión administrativa- y por otro, el 'tercero interesado' quien se puede ver afectado por el acto administrativo final y se encuentra facultado para actuar<sup>14</sup>.

Para efectos del presente ensayo, cabe mencionar que la categoría de 'tercero interesado' se adquiere generalmente a instancia de parte, cuando el operador económico en cuestión justifica la existencia de un interés legítimo. De manera genérica, González Oropeza y Marcos del Rosario Rodríguez señalan que el interés legítimo implica una afectación generada a la esfera jurídica de una persona, ya sea directamente o en virtud de alguna situación particular, que no implica per se la vulneración de un derecho subjetivo<sup>15</sup>.

Como se verá más adelante, la noción de interés legítimo adquiere peculiaridad en materia de competencia. También se ha diferenciado la noción de 'interés legítimo' del 'simple interés' que deriva del interés del ciudadano en el cumplimiento de la Ley. Por su parte, María González Cano señala que el interés legítimo viene arraigado en la afectación real y directa de la esfera jurídica de un particular, proveniente de un acto administrativo cuyos efectos, en principio, no estaban destinados a surtir efecto sobre él<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Graciela Ruocco, “El Principio de “Debido Proceso” en la vía administrativa”, *Revista de Derecho público de la Universidad Católica de Uruguay*, No.12 (2019), 21.

<sup>14</sup> Alberto Bolívar, “El dilema de ser tercero interesado: el tercero interesado frente a quienes realizan conductas contrarias a las normas de libre competencia en la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio”, *Revista de Derecho Privado* No. 9 (2015), 11.

<sup>15</sup> Manuel González Oropeza y Marcos del Rosario Rodríguez, *El Interés Legítimo: Naturaleza y Alcances*. (México D.F., UNAM, 2019), 10.

<sup>16</sup> María Isabel González Cano, “La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo”, *Revista de administración pública* No. 147 (2018), 490-492.



### **3. Marco normativo.**

#### **3.1. El Código Orgánico Administrativo como norma de aplicación general a administraciones públicas.**

El COA en su artículo 43 contempla su ámbito de aplicación a todas las entidades que rigen el sector público. Asimismo, contiene los lineamientos base tanto para el procedimiento administrativo de carácter general a partir del artículo 183, como del procedimiento de naturaleza sancionadora del artículo 250 en adelante.

Los artículos 149 y 151 de la norma *ut supra* son de trascendental importancia para efectos del presente ensayo, por cuanto prescriben, aunque de forma genérica, los conceptos de 'persona interesada' y 'tercero interesado' como aquellos particulares que, bajo ciertas prescripciones legales que serán analizadas más adelante, poseen legitimidad para actuar en el marco del procedimiento en cuestión.

#### **3.2. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado como norma específica en materia de competencia.**

La norma de carácter orgánico que versa específicamente sobre el derecho de competencia prescribe ciertos enunciados normativos que refleja implícitamente la participación y rol de terceros ajenos a las partes procesales. Los artículos 48, 49 y 50 de dicha norma prevén los lineamientos esenciales de la facultad investigativa de la SCPM, así como el deber de colaboración de los particulares con la SCPM.

De igual manera, el artículo 53 prevé las tres causales de inicio el inicio del procedimiento sancionador. Es de nuestro particular interés el desarrollo normativo del artículo 54 en adelante, donde se prevé el actuar de la SCPM a instancia de un tercero denunciante.

#### **3.3. El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.**

En el ejercicio de la potestad normativa que el artículo 37 de la LORCPM otorga a su máxima autoridad, se expidió el IGPA en el año 2017. Dicho instructivo, además de poseer los lineamientos formales fundamentales para los procedimientos administrativos sustanciados por órganos de la SCPM, contiene en su artículo 3 ciertas definiciones relevantes para entender el rol y alcance de la actuación de terceros en el ámbito de la libre competencia.

El numeral décimo *ut supra* prescribe una definición laxa acerca del legítimo interés, así mismo señala que deberá ser alegado y calificado por la autoridad. El mismo articulado en su numeral décimo primero observa un tratamiento similar al concepto de parte procesal, parte involucrada o parte, sin distinguir explícitamente a los terceros que se convierten en parte por acreditar interés legítimo. *In fine*, la tercera sección regula la gestión procesal para los procedimientos iniciados de oficio, a petición de un órgano de la administración pública o por un tercero denunciante.

#### **3.4. Resoluciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, y de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.**

Para efectos de tratar a profundidad los elementos y criterios objetivos que requiere la calificación como tercero interesado en el marco de la libre competencia, se acudirá a los pronunciamientos y resoluciones de las autoridades de competencia de varias legislaciones iberoamericanas, con énfasis en Colombia y España.

Por citar las consideraciones jurisprudenciales más representativas, la Superintendencia de Industria y Comercio, SIC, explica conceptualmente el interés legítimo mediante las resoluciones No. 02930 y 08491 con énfasis en la diferenciación del procedimiento por prácticas restrictivas y por control de concentraciones.

Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, profundiza el análisis en cuestión con lo aportado en los expedientes R/AJ/053/20 CORREOS y R/AJ/0056/14 LETRADO INTERESADO. Del análisis expuesto y su contraste con la normativa nacional podrá evidenciarse los aciertos y falencias a efectos de esta investigación.

#### **3.5. Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado del 11 de noviembre de 2019.**

La Procuraduría General del Estado, PGE, se pronunció sobre la aparente contradicción entre normas del COA y de la LORCPM, entre ellas la forma de prevenir el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción administrativa, el término de prueba, el plazo para resolver y el plazo para interponer recursos administrativos e impugnaciones.

Al cuestionamiento expuesto, la PGE manifestó que el COA no ha derogado ni expresa ni tácitamente las disposiciones previstas en la LORCPM concernientes al procedimiento sancionador especial y los recursos administrativos. Entre otras

consideraciones, se reafirma el contenido material de la LORCPM en el trámite de los procedimientos relativos a su naturaleza regulatoria, manteniendo su vigencia y supremacía cuando consista en materia específica de competencia.

#### **4. Marco teórico.**

El presente trabajo exige sentar las bases de ciertas teorías y principios comunes del derecho administrativo, por cuanto servirán para encaminar el cauce del problema jurídico en cuestión. Se abordará a continuación aquellos considerados como más relevantes.

La teoría de la potestad sancionadora en su noción clásica ha sido definida como la facultad de imponer limitaciones y restricciones a los derechos individuales, con la finalidad de salvaguardar la seguridad, salubridad y moralidad públicas de los peligros que pudieren atacarla<sup>17</sup>.

El rol coactivo de las administraciones públicas es considerado una de las dos proyecciones del *ius puniendi* del Estado, siendo la otra la potestad de los jueces y tribunales de imponer penas por la comisión de infracciones penales. Dicho esto, el derecho administrativo sancionador y el derecho penal comparten principios fundamentales, con ciertos matices<sup>18</sup>.

Una faceta de la potestad punitiva del Estado se materializa a través de la teoría de la necesaria intervención, la cual implica el obligatorio accionar del Estado en ciertos ámbitos de naturaleza esencialmente privada. Tal es el caso del derecho a la libre competencia como una rama que intenta tutelar el interés colectivo -consumidores, orden público económico- a través de la imposición de remedios, prohibiciones y sanciones de naturaleza económica<sup>19</sup>.

Referirse al *ius puniendi* en su faceta administrativa requiere, al menos de forma sucinta, abordar sus limitaciones y principios elementales materializados a través del llamado 'debido proceso administrativo'. Por cuanto el presente trabajo engloba el ámbito de

---

<sup>17</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, Tomo No. 8, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2015), 376-377.

<sup>18</sup> Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*, 311.

<sup>19</sup> Brewer Carías, Allan Randolph, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, (Caracas: Universidad de Caracas, 1968), 175.

participación de los terceros en los procesos de investigación y sanción, es menester tratar los principios de juridicidad<sup>20</sup>, seguridad jurídica<sup>21</sup>, y motivación<sup>22</sup>.

En primer lugar, la juridicidad, como principio rector, exige a la administración pública la sujeción estricta de sus actos de poder a la CRE y la ley. Ha sido denominada como el escudo protector de las personas frente a los excesos y la arbitrariedad de la autoridad<sup>23</sup>.

En segundo lugar, abordar la debida calificación y alcance en el actuar de terceros nos remite directamente a la faceta procesal del derecho administrativo. La seguridad jurídica como principio y derecho constitucional implica el conocimiento cierto y previsible de la ley que permite al administrado sujetar su conducta a ella a fin de evitar la acción represiva del Estado<sup>24</sup>.

Por último, como principio más relevante para el tema que nos ocupa, se encuentra la debida motivación. Sobre esto, la Corte Constitucional la ha reiterado como pilar que sostiene el debido proceso, la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados impidiendo su indefensión<sup>25</sup>. Como se verá, la calificación como tercero interesado debe ser acto de autoridad basado en criterios objetivos de análisis empírico-económico y bajo ningún criterio debe ser considerado como un acto enteramente discrecional.

## **5. La naturaleza jurídica del procedimiento administrativo sancionador en el derecho de competencia.**

En ejercicio de lo prescrito por el artículo 335 de la Constitución, el organismo encargado de velar por la eficiencia del mercado a través de la prevención, persecución y sanción de las prácticas anticompetitivas es la SCPM. La finalidad de esta rama consiste en

---

<sup>20</sup> Artículo 14, COA.

<sup>21</sup> Artículo 22, COA.

<sup>22</sup> Artículo 24, COA.

<sup>23</sup> Jorge Reyes Riveros, El Principio de Juridicidad y la Modernidad, *Revista Chilena de Derecho número especial*, (2017), 85-102.

<sup>24</sup> Anabelle Plaza Orbe, *La Seguridad Jurídica en el procedimiento de determinación de responsabilidades civiles y administrativas de la Contraloría General del Estado*, (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), 19.

<sup>25</sup> Sentencia No. 073-16-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de mayo de 2016, pág. 8.

evitar que el comportamiento de empresas distorsione el funcionamiento del mercado en detrimento del bienestar del consumidor y la eficiencia económica<sup>26</sup>.

Autores concuerdan en que la libertad de competencia es un bien que merece ser tutelado por cuanto resulta evidente que donde existe concurrencia de múltiples operadores y una lucha por la captación del mercado, se tutela principalmente los intereses de los consumidores<sup>27</sup>.

Por mencionar algunos de los beneficios y eficiencias resultantes de la libre competencia se destacan el esfuerzo competitivo que conduce a menores precios, innovación y perfeccionamiento de bienes y servicios, la normal retribución de los factores de producción, la producción de mercado según el óptimo social, la disminución del costo de producción mediante economías de escala y la ampliación de la oferta para libre elección de los consumidores.

No obstante, la teoría económica afirma que el incentivo principal de la existencia de las firmas y el comercio no consiste en una labor colectivista, sino que se centra en la maximización del retornos y dividendos económicos para los operadores y sus accionistas<sup>28</sup>. En virtud de ello, se torna necesaria la intervención estatal para controlar y reprimir conductas contrarias a la libre competencia.

Lo antedicho es relevante por cuanto el ejercicio de la potestad sancionadora se vincula íntimamente con las garantías fundamentales de debido proceso contenidas en el artículo 76 de la Constitución. Una de dichas garantías es la seguridad jurídica, pilar elemental del estado de derecho, que prevé la existencia de una norma de carácter previo que permita al particular adecuar su conducta a su cumplimiento.

---

<sup>26</sup> Rosa Romagoza de López, *Manual sobre Derecho de Competencia* (San Salvador, Universidad José Matías Delgado, 2016), 25.

<sup>27</sup> Carbajales Mariano y Dardo Marchesini, *Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia* (Buenos Aires, Editora Villela, 1978), 47.

<sup>28</sup> Joaquín Fernández Fernández y Anna Bajo Sanjuán, La Teoría del Stakeholder o de los Grupos de Interés, pieza clave del RSE, del éxito empresarial y de la sostenibilidad, *Revista internacional de investigación en Comunicación* No. 6 (2012), 133.

## **6. Las acepciones de 'tercero' en el derecho de competencia y sus diferencias sustanciales.**

La noción de 'tercero' alude necesariamente a una parte secundaria de la relación jurídico procesal. Se debe entender como parte secundaria, accesorio o subordinada a aquellos sujetos que intervienen en el proceso después de su conformación originaria para hacer valer derechos o intereses<sup>29</sup>.

Tanto la doctrina<sup>30</sup> como la Corte Constitucional<sup>31</sup> señalan que los terceros o simples denunciadores no son partes procesales en los procedimientos administrativos de tipo sancionador, por cuanto la figura jurídica de 'parte' debe interpretarse de forma estricta, limitándose únicamente al incoado -como sujeto sobre cuya esfera jurídica discute el procedimiento- y a la administración pública -como ente encargado de velar por el interés público-. El interés público, a diferencia de los derechos subjetivos particulares, es aquél cuya titularidad le corresponde exclusiva y excluyentemente a la administración pública.

Por lo antedicho, como se verá, la noción de tercero interesado exige un interés que exceda el 'común interés'<sup>32</sup>. Si bien las consideraciones doctrinarias sobre las distintas acepciones de tercero son numerosas, los apartados subsiguientes abordan, al menos, las tres distinciones de mayor relevancia.

### **6.1. El tercero con simple interés o 'tercero indiferente'.**

El simple interés alude a aquella persona que, sin tener un interés legítimo, puede participar en el procedimiento en momentos específicos bajo previsión expresa de la ley. Como formular denuncias, el derecho a la información, el derecho a participar de ciertas diligencias, entre otros actos procesales de naturaleza taxativa<sup>33</sup>.

En complemento, Gordillo sostiene que el simple interés es aquel que posee todo ciudadano o habitante sobre el cumplimiento de la ley. Distinguiéndose del derecho

---

<sup>29</sup> John Jairo Ortiz Alzate, Sujetos procesales (Partes, terceros e intervinientes). *Revista Facultad de Derecho Ratio Iuris Vol. 5.No. 10*, (2015), 5-7.

<sup>30</sup> John Jairo Ortiz Alzate, Sujetos procesales (Partes, terceros e intervinientes). 6-10.

<sup>31</sup> Sentencia No. 48-14-Y/21, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de mayo de 2021, pág. 13.

<sup>32</sup> Resolución R/AJ/0056/14 LETRADO INTERESADO, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [La autoridad señala la importancia de ser potencialmente sancionado para intervenir en el proceso], del 08 de mayo de 2014, <https://www.cnmc.es/sites/default/files/446002.pdf>, (último acceso 23/10/2021).

<sup>33</sup> Myrea Alarcón Pérez, "Análisis de la regulación del tercero interesado en el procedimiento Administrativo Sancionador ante el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental" (Tesis de Derecho, 2017), 35.

sustantivo o subjetivo o del interés legítimo, consiste en el mero interés del ciudadano en evitar la ilegitimidad de actos administrativos<sup>34</sup>.

En suma, todo ciudadano puede tutelar el cumplimiento de la norma sin requerir una calificación para ello. No obstante, dicha calidad es muy distinta a la legitimación procesal que ofrecen otras figuras como la de 'parte' ostentada por la administración o la de tercero interesado.

Este concepto se ve aún más restringido en materia de competencia por temas inherentes a la facultad investigativa de la SCPM como los secretos comerciales, la confidencialidad, las ventajas anticompetitivas injustificadas, entre otros riesgos potenciales. Así, por ejemplo, el tercero con simple interés se ve sujeto bajo la prescripción del artículo 50 referente a la obligación de colaborar con los órganos de la SCPM pero limitado a ello, pues la calidad de denunciante requiere la demostración de legítimo interés<sup>35</sup>.

## **6.2. El tercero interesado.**

El tercero interesado es aquel sujeto que, si bien no es destinatario del procedimiento administrativo o del acto que le da fin, considera que su esfera de interés se verá afectada de forma sustancial. Lo antedicho le faculta a intervenir en la actuación administrativa para dejar de ser un tercero 'ajeno' y convertirse en parte<sup>36</sup>. Como se torna evidente, diferencia con el tercero indiferente radica en la titularidad de un derecho subjetivo o interés en juego distinto al mero cumplimiento de la Ley y distinto al interés general<sup>37</sup>.

La LORCPM carece de una definición propia de tercero interesado, cuestión que marca el origen de una insuficiencia normativa que será estudiada más adelante. Pese a ello, el COA actúa como norma supletoria y enmarca la figura en discusión<sup>38</sup>.

A su vez, la noción de 'persona interesada' nos refiere al artículo 149 del mismo cuerpo normativo. El inciso segundo guarda consonancia con la definición genérica de tercero interesado, ante lo cual la norma impone como requisito la acreditación de intereses

---

<sup>34</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo* (Buenos Aires, F.D.A., 2016). 288.

<sup>35</sup> Artículo 53, LORCPM.

<sup>36</sup> Alberto Bolívar, "El dilema de ser tercero interesado. El tercero interesado frente a quienes realizan conductas contrarias a las normas de libre competencia en la Resolución 308 del 19 de enero de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio", 12.

<sup>37</sup> *Ibíd*, 13.

<sup>38</sup> Artículo 151, COA.

legítimos individuales o colectivos cuya afectación pudiere resultar del acto que da fin al procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, el ordenamiento ecuatoriano impone sobre el particular la carga procesal de demostrar tanto el legítimo interés como los efectos constitutivos que podrían ser afectados por el procedimiento actual, no obstante la inexistencia a nivel infra normativo del momento procesal oportuno para ello.

### **6.3. El tercero coadyuvante.**

La legislación ecuatoriana no define expresamente la figura del tercero coadyuvante, no obstante, su tratamiento es menester a efectos del derecho de competencia. Nuevamente acudiendo a normativa extranjera, el artículo 276 de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica -norma equivalente al COA en el Ecuador- lo define como “[...] aquel operador que esté indirectamente interesado en el acto final [...] aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la que coadyuva”<sup>39</sup>.

En adición, el mismo cuerpo legal prescribe en sus artículos 277 y 278 el rol y alcance de la figura del coadyuvante en dicho sistema limitándolo a la categoría de 'promotor' del procedimiento administrativo ya sea por parte de la administración como del incoado. Aparte, el coadyuvante no adquiere ni remotamente los derechos de las partes procesales propiamente involucradas por cuanto su interés no es directo, y su rol se ve limitado a realizar alegaciones de hecho y derecho.

En suma, el coadyuvante es aquel operador que, para hacer valer un interés propio indirecto participa en favor de una de las partes procesales. En símil con la figura del tercero interesado, el coadyuvante posee la carga probatoria de demostrar el interés indirecto a sabiendas de la decisión final del procedimiento. Cuestión que está sujeta a la revisión y calificación de la autoridad de competencia. Es decir, no cualquier operador puede actuar bajo la figura del coadyuvante ni aportar elementos de juicio<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Artículo 276, Ley No. 6227 General de la Administración Pública, Registro Oficial No. 654-21 del 02 de mayo de 1978.

<sup>40</sup> Artículo 23, Código de Procedimiento Civil, Diario Oficial del 30 de agosto 1902, reformado por última vez el 14 de mayo de 2019.



## **7. El rol y alcance del tercero interesado en legislaciones iberoamericanas.**

La legitimación es la aptitud para ser parte en un proceso judicial o procedimiento administrativo con el objeto de defender un derecho de naturaleza privada<sup>41</sup>. No cabe hablar de legitimación sin un interés a efecto del cual el particular justifique su intervención. Por lo tanto, la falta de legitimación ocurre cuando alguna de las partes no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión<sup>42</sup>. Por contraparte, el reconocimiento de parte procesal origina el carácter de derecho sobre el que versa el conflicto, creándose una unidad entre el sujeto y el objeto que se reclama<sup>43</sup>.

Los terceros interesados participan en los procesos administrativos en similares derechos y cargas que la parte principal, por cuanto existe una demostración clara de la afectación a derechos<sup>44</sup>. La Constitución prescribe que las garantías básicas del debido proceso contenidas en el artículo 76 cobijan a toda persona cuyos derechos y obligaciones se encuentren en discusión. De dicho articulado, se colige la aptitud del tercero a argumentar en hechos y derecho, aportar prueba, recurrir al fallo o resolución final, entre otros derechos procesales.

En vista de que la figura de tercero interesado confiere la legitimación procesal para actuar dentro del procedimiento administrativo sancionador se torna imperativo estudiar cómo se lleva a cabo la calificación por parte de la autoridad, los criterios de evaluación y, en general, cómo funciona el proceso de acreditación y participación de los operadores interesados en el ámbito del derecho de competencia en legislaciones equivalentes a la ecuatoriana en virtud del principio de seguridad jurídica.

En vista de ello, la norma positiva debe incorporar momentos y alcances claros de actuación que solo pueden sugerirse observando aquellas legislaciones en las cuales se inspira el derecho de competencia ecuatoriano.

---

<sup>41</sup>Miriam Mabel Ivanega, “Legitimación en el procedimiento administrativo. Algunos ejemplos en el sistema normativo argentino”, *Revista Jurídica de la UNAM* (2017), 3.

<sup>42</sup> Miriam Mabel Ivanega, “Legitimación en el procedimiento administrativo. Algunos ejemplos en el sistema normativo argentino”, 9.

<sup>43</sup> Carlos Balbín, *Manual de Derecho Administrativo, 3ra, Edición* (Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006), 476-477.

<sup>44</sup> Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

## **7.1. El tercero interesado en el derecho de competencia colombiano.**

### **7.1.1. Procedimiento sancionador por prácticas anticompetitivas.**

Se entiende como prácticas anticompetitivas a todo comportamiento que tenga capacidad o el efecto de inhibir o disminuir artificialmente las fuentes de competencia en un mercado y de eliminar sus beneficios<sup>45</sup>. Dada la complejidad de la rama, algunos fenómenos económicos capturados bajo la doctrina de las prácticas anticompetitivas son aquellas de tipo vertical -que afectan a empresas correspondientes a diferentes etapas del mismo proceso productivo-, las de tipo horizontal -que afectan a operadores en el mismo lugar de la cadena de valor- y las de tipo unilateral -tanto absoluto como relativo-<sup>46</sup>.

En todo caso, la determinación de que un fenómeno económico se encasilla en una práctica anticompetitiva es encargo exclusivo y excluyente de la SIC. La SIC sustancia dos clases de procedimientos administrativos de diferente naturaleza, que permiten una intervención puntual y delimitada de terceros interesados: el procedimiento administrativo sancionador por prácticas anticompetitivas y el procedimiento de control de concentraciones económicas. Se estudiará a continuación el primero de ellos.

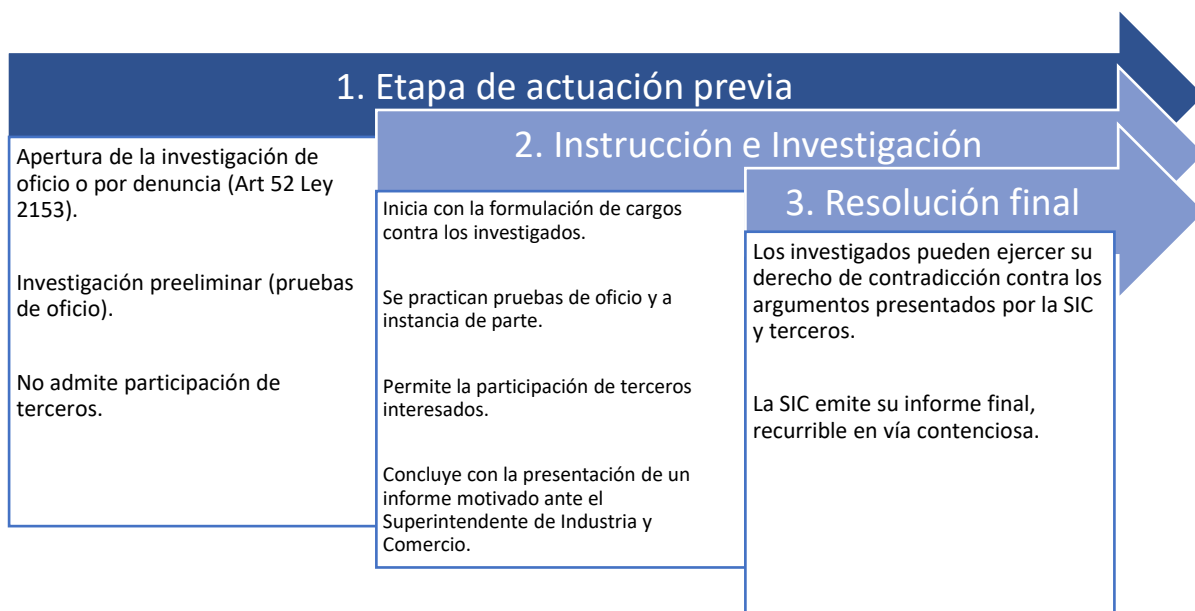
La naturaleza del procedimiento administrativo que persigue las conductas anticompetitivas es puramente represiva, es decir, realiza un control *ex post* a su comisión. La SIC encamina la investigación y permite que los terceros intervengan en los términos del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009. Previo a su análisis en detalle, cabe citar brevemente las etapas del procedimiento sancionador en la legislación *sub examine*:

---

<sup>45</sup> Gustavo Beltrán Valencia, “Responsabilidad civil en materia de prácticas restrictivas a la libre competencia”, *Revista CES Derecho* (2020), 3.

<sup>46</sup> Rosa Romagoza de López, *Manual de Derecho de Competencia*, 49.

## Gráfico No. 1 Procedimiento sancionador.



Fuente: elaboración propia a partir de la Ley 2153<sup>47</sup>.

Visto que el procedimiento sancionador se divide en tres etapas, la Ley 1340 prescribe que la participación de terceros se llevará a cabo en el siguiente orden. En primer lugar, el operador interesado solicitará su calificación como tercero interesado; en segundo lugar, y previa calificación de la autoridad, le será permisible intervenir únicamente dentro de los quince días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación<sup>48</sup> con la finalidad de aportar consideraciones y pruebas en favor del incoado o de la SIC.

De la literalidad del artículo 19, se prevé la confluencia y balance de varios derechos en protección de los investigados y terceros. Por ello, el inciso segundo prescribe que la información presentada por terceros se correrá traslado a los investigados, procurando el principio de contradicción. Asimismo, la sección penúltima señala la prohibición de que los terceros accedan a documentos de carácter reservado, precautelando la confidencialidad de la información que obra en el expediente administrativo.

La norma prescribe dos momentos procesales donde el tercero interesado ostenta el derecho a la notificación; la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías y el informe motivado que cierra la etapa de investigación.

<sup>47</sup> Artículo 52, Ley 2153.

<sup>48</sup> Artículo 19, Ley 1340 [Ley relativa al régimen de prácticas restrictivas y control de concentraciones]. Diario Oficial No. 47.420 de 24 de julio de 2009.

Finalmente, cabe mencionar la disposición legal del artículo 17, numeral segundo que ordena a la SIC la publicación de un aviso en un diario de circulación nacional o regional cuando se ordene la apertura de una investigación por infracciones por prácticas restrictivas de la competencia una vez se encuentre en firme el acto administrativo correspondiente. Respecto al deber de informar, la jurisprudencia colombiana ha resuelto que se refiere a los particulares:

[...] especialmente afectados, en derechos particulares y concretos. No se puede interpretar este concepto de forma literal [...]. La comunicación a los particulares se refiere a aquellos en quienes pueden recaer las sanciones previstas en la ley, por haber sido responsables de las conductas o actuaciones que se reprochan, ya que tal comunicación tiene como objeto que intervengan en el proceso administrativo, y ejerzan oportunamente, el derecho a la defensa<sup>49</sup>.

De la lectura del artículo 19, se obtiene un símil con la legislación ecuatoriana, por cuanto se torna necesario la acreditación de interés legítimo para actuar. No obstante, como fue revisado, esta legislación da parámetros procesales y momentos específicos para la intervención de terceros, entendiéndose su carácter limitado.

#### **7.1.2. Criterios de calificación del legítimo interés de acuerdo con la SIC.**

Respecto a la debida calificación, la SIC ha citado tres requisitos concurrentes y necesarios: que el resultado de la decisión que pone fin a la actuación administrativa de la SIC implique desconocimiento de derechos o situaciones jurídicas particulares; que la actuación administrativa se dirija contra la persona que se considera tercero o que las sanciones puedan recaer sobre ella; que el interés sea particular, directo y cierto, no eventual<sup>50</sup>.

Los requisitos ya mencionados, pueden entenderse con claridad del análisis del caso 'AVANTEL', resuelto mediante providencia del 05 de abril de 2006<sup>51</sup>. En dicho caso, el apoderado especial de la sociedad AVANTEL S.A. solicitó su reconocimiento como tercero

---

<sup>49</sup> Sentencia T-168/02, Corte Constitucional de Colombia, 8 de marzo de 2002, párr. 34, disponible: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-168-02.htm>, (último acceso: 12/11/2021).

<sup>50</sup> Resolución No. 02930, Consejo de Estado de Colombia [por medio de la cual se resolvió una solicitud de reconocimiento como tercero interesado] del 27 de septiembre de 1996, pág. 9, [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION\\_02930\\_DE\\_15\\_DE\\_FEBRERO\\_DE\\_2005.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/RESOLUCION_02930_DE_15_DE_FEBRERO_DE_2005.pdf), (último acceso 23/10/2021).

<sup>51</sup> Resolución No. 08491, Superintendente de Industria y Comercio [por medio de la cual se resolvió una solicitud de reconocimiento como tercero interesado] del 05 de abril de 2006, pág. 1, [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION\\_8491\\_DE\\_05\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2006.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION_8491_DE_05_DE_ABRIL_DE_2006.pdf), (último acceso 23/10/2021).

interesado dentro de la investigación abierta contra las sociedades COMCEL S.A., Telefónicas Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A. por la presunta infracción de prácticas comerciales restrictivas. AVANTEL S.A. promovió dicha investigación bajo la figura de denunciante.

AVANTEL S.A. sustentó su petición en su condición de operador del mismo mercado relevante y competidor directo de los denunciados. La SIC negó por improcedente la solicitud de AVANTEL S.A. por varios aspectos importantes. En primer lugar, el deber de velar por el cumplimiento de disposiciones en materia de promoción de competencia y prácticas restrictivas son función exclusiva y excluyente del Estado a través de la SIC<sup>52</sup> no de cualquier operador del mercado, menos aún se puede autorizar a una persona para ser parte en una investigación que busca tutelar el derecho colectivo de competir<sup>53</sup>.

En segundo lugar, la SIC manifiesta que: “no es claro que el derecho de competir de AVANTEL S.A. resulte diferente al derecho de competir, que pueden tener otros operadores en el mercado, o del derecho de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones en el mercado en el cual opera esta sociedad”<sup>54</sup>. Es razonable suponer que la calidad de denunciante no viene ligada con el legítimo interés y menos aún con la figura de tercero interesado. Además, el interés que pretende tutelar el solicitante debe estar relacionado con la reducción injusta e ilegal de sus derechos o situaciones jurídicas particulares.

Respecto a los procesos de prácticas restrictivas, por ejemplo, puede ser un tercero interesado aquel, a pesar de no ser el sujeto principal de la investigación, pudiere resultar sancionado o involucrado en el cometimiento de la infracción<sup>55</sup>. Dicho esto, el tercero interesado estaría llamado a ejercer los derechos procesales señalados por el Consejo de Estado de Colombia: “[...] los terceros tienen, tanto como los protagonistas de la actuación, el derecho a interponer recursos [...], incoar las acciones pertinentes y participar activamente en la sustanciación del proceso”<sup>56</sup>.

La jurisprudencia colombiana se ha inclinado a considerar que la posible sanción es un claro indicio del legítimo interés que podría tener un tercero. Por ello, ha sostenido que:

---

<sup>52</sup> Artículo 2, Decreto 2153 [Ley que menciona la competencia de la SIC], Diario Oficial No. 40.704, del 31 de diciembre de 1992.

<sup>53</sup> Págs. 2-3, Resolución No. 08491.

<sup>54</sup> Pág. 4, Resolución No. 08491.

<sup>55</sup> Pág. 8, Resolución No. 02930.

<sup>56</sup> Pág. 10, Resolución No. 02930.

Ni a la comunidad universitaria, en general, ni los quejosos, son sujetos procesales [...] porque, se repite, contra ellos no se dirige la investigación, ni en ellos podrán recaer las sanciones [...] una interpretación contraria [...] llevaría al absurdo de considerar que son terceros interesados todos los agentes que, de una u otra manera, actual o potencialmente, interactúan en el mercado<sup>57</sup>.

La SIC ha señalado que no es igual el simple interés con el interés legítimo: “ese interés simple o común de legalidad, que se presume en todas las personas, no puede confundirse con el particularizado o concreto, de sentido o incidencia económica requerido”<sup>58</sup>. Esto es de extrema importancia, ya que la autoridad colombiana considera que la expectativa en el cumplimiento de la norma no es suficiente para acreditar legítimo interés, y que, por lo tanto, debe existir un perjuicio económicamente relevante probado, cierto y actual<sup>59</sup>.

### **7.1.3. Procedimiento administrativo por concentraciones económicas.**

A diferencia de la naturaleza represiva y sancionadora del control de prácticas restrictivas, el control de concentraciones económicas se articula como un instrumento de naturaleza eminentemente preventiva. El Estado actúa en defensa de una masa abstracta de intereses denominado mercado<sup>60</sup>.

Montalvo puntualiza que las concentraciones de operadores económicos pueden ser de varios tipos: horizontal, vertical o conglomerada, así como jurídica o de hecho, cada una con sus características propias que generan riesgos potenciales que deben ser combatidos de manera *ex ante*<sup>61</sup>.

La Unión Europea ha manifestado que el propósito del control de concentraciones consiste en “impedir que una concentración obstaculice significativamente la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de él como consecuencia, en particular, de la creación o el fortalecimiento de una posición dominante”<sup>62</sup>.

Por su naturaleza preventiva, la SIC ha considerado improcedente la intervención de terceros interesados en este tipo de procesos por la imposibilidad de que exista un interés

---

<sup>57</sup> Pág. 10, Resolución No. 02930.

<sup>58</sup> Pág. 9, Resolución No. 02930.

<sup>59</sup> Pág. 8, Resolución No. 02930.

<sup>60</sup> Pág. 11, Resolución No. 02930.

<sup>61</sup> Ricardo Montalvo Lara, “Las condiciones de aprobación de concentraciones económicas en Ecuador: un análisis del caso AB InBev-SABMiller”, *Foro: revista de derecho*. No. 26 (2016), 4-5.

<sup>62</sup> Comisión Europea, “Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) No. 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) No. 802/2004 de la Comisión”, *Diario de la Unión Europea*, sección II, numeral 4.

distinto al del mercado y por los riesgos anticompetitivos que surgirían. Por ello, la estipulación del artículo 19 de la Ley 1340 se aplica solo para el procedimiento previsto para investigaciones por prácticas restrictivas<sup>63</sup>. Sobre el primer motivo, la SIC ha dicho:

Si la decisión final no tiene potencialidad de afectar al tercero en su esfera particular [...] se tendrá, entonces, que ese interés no es de carácter directo. La sola interacción comercial con las intervinientes del proceso o con el mercado en el cual participan, ya sea como consumidor, competidor, proveedor o empresa relacionada en la actividad, no legitima la condición de tercero<sup>64</sup>.

Es decir, al igual que en las prácticas restrictivas, el legítimo interés está expresado en el desconocimiento o en la reducción injusta o ilegal de los derechos del operador y situaciones jurídicas particulares. Por cuanto el interés tutelado es el del mercado, a criterio de la SIC resulta absurdo considerar que en los trámites de integración empresarial involucran intereses ajenos al de los concentrados. Pensar lo contrario implicaría que son terceros interesados todos los agentes que, de una u otra manera, interactúan en el mercado relevante definido por la operación<sup>65</sup>.

Sobre ello, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que:

[...] de ningún modo puede considerarse que un control de esta naturaleza presuponga la mala fe de las empresas concernidas en la concentración de integración, pues el análisis que efectúa la autoridad administrativa se basa en criterios objetivos y cuantificables [...]<sup>66</sup>.

La SIC se reafirma en este criterio al decir que la decisión de autorizar una operación de integración no implica por sí sola la afectación de intereses particulares identificables<sup>67</sup>.

Respecto al segundo motivo, la autoridad dijo:

[...] comportaría una grave amenaza al debido proceso y derecho de defensa de las empresas intervinientes en la operación, quienes estarían expuestas al ingreso permanente de sujetos procesales, con intereses opuestos a los suyos, quienes podrían ingresar con el pleno de facultades procesales (pedir pruebas, controvertir las existentes, presentar alegatos, interponer recursos)<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> Pág. 11, Resolución No. 02930.

<sup>64</sup> Pág. 12, Resolución No. 02930.

<sup>65</sup> Pág. 12, Resolución No. 02930.

<sup>66</sup> Sentencia C-228/14, Corte Constitucional de Colombia, del 24 de mayo de 2014, párr. 45, disponible: <https://vlex.com.co/vid/-515757946>, (último acceso 09/11/2021).

<sup>67</sup> Resolución No. 29397, Superintendente de Industria y Comercio [por medio de la cual se resolvió una solicitud de reconocimiento como tercero interesado] del 01 de junio de 2010, pág. 8, [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION\\_29397\\_DE\\_01\\_DE\\_JUNIO\\_DE\\_2010\\_NIEGA\\_BAT.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION_29397_DE_01_DE_JUNIO_DE_2010_NIEGA_BAT.pdf), (último acceso 23/10/2021).

<sup>68</sup> Pág. 12, Resolución No. 02930.

En suma, la intervención de terceros representaría un evidente riesgo de obtener ventajas competitivas injustificadas, accediendo a información en mal uso de derechos procesales. Cabe mencionar brevemente que la legislación colombiana discute, por cómo se redactó el inciso primero del artículo 19 de la Ley 1340, si los competidores o consumidores son *per se* interesados en virtud de la protección especial reconocida por la Ley 2153<sup>69</sup>. En tal caso, su acreditación diferiría del estándar establecido en el caso AVANTELE o similares, cuestión que merece un análisis propio ajeno al presente ensayo.

## **7.2. El tercero interesado en el derecho de competencia español.**

### **7.2.1. Procedimiento sancionador por prácticas restrictivas de la competencia.**

La figura del tercero interesado en España se regula a través de tres cuerpos normativos principales: la Ley 15 de 2007, LDC<sup>70</sup>; el Real Decreto 261, Reglamento 261<sup>71</sup>; y la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, Ley 39/2015<sup>72</sup>. Tales normas se complementan para establecer las prerrogativas comunes a los procedimientos de carácter administrativo que se sustancian por la CNMC.

Para efectos de este trabajo, se abordará los dos procedimientos principales sustanciados por la CNMC: el procedimiento sancionador de prácticas restrictivas<sup>73</sup> y el procedimiento de control de concentraciones económicas<sup>74</sup>. Las conductas perseguidas bajo este procedimiento están prescritas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC<sup>75</sup>.

De acuerdo con el Reglamento 261, el procedimiento sancionador consta de dos etapas: instrucción -a cargo de la Dirección de Investigación de la CNMC, la Dirección- y resolución -a cargo del Consejo de la CNMC, el Consejo,-. El orden de los actos procesales previstos en cada etapa se sintetiza en los gráficos a continuación:

---

<sup>69</sup> Artículo 2, Ley 2153.

<sup>70</sup> Ley 15 de 2007 [LDC], BOE núm. 159 de 04 de junio de 2007.

<sup>71</sup> Real Decreto 261/2008 [Reglamento 261], BOE núm. 50 de 27 de febrero de 2008.

<sup>72</sup> Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas [Ley 39/2015], BOE núm. 236 de 02 de octubre de 2015.

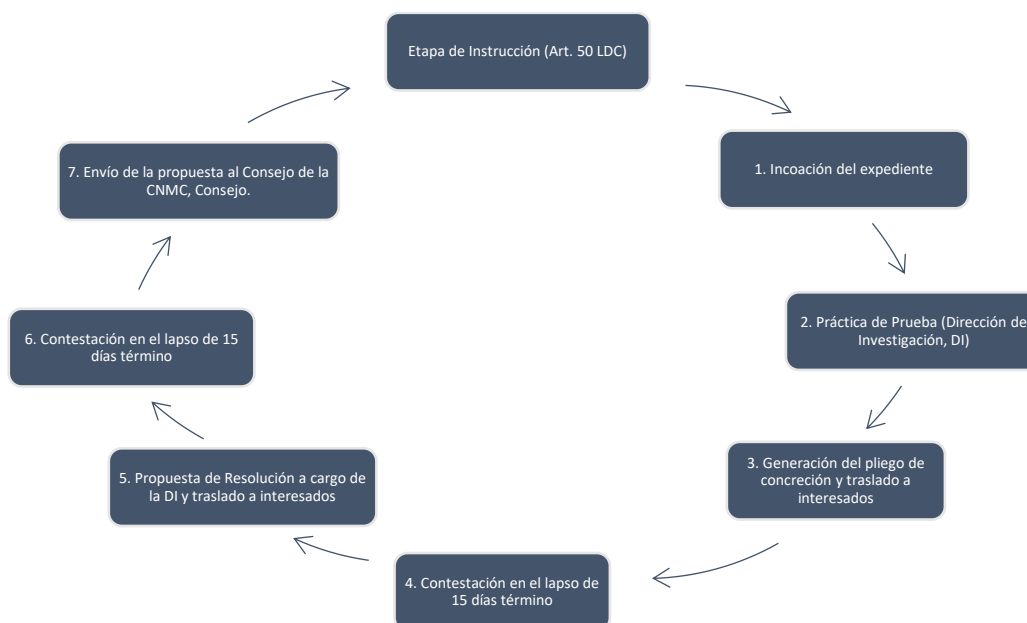
<sup>73</sup> Capítulo I, LDC.

<sup>74</sup> Capítulo II, LDC.

<sup>75</sup> Artículos 1-3, LDC.

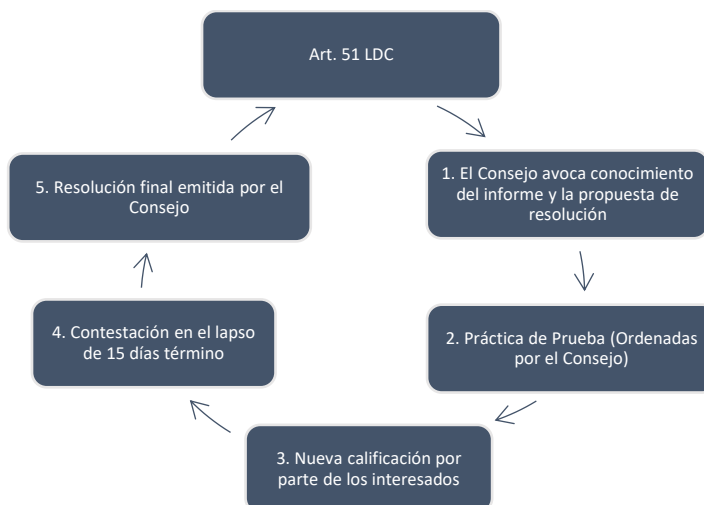


## Gráfico No. 2 Fase de instrucción.



Fuente: elaboración propia a partir de la LDC<sup>76</sup>.

## Gráfico No. 3 Fase de resolución.



Fuente: elaboración propia a partir de la LDC<sup>77</sup>.

Durante la etapa de instrucción, el Reglamento 261 prescribe que la autoridad sustanciadora deberá calificar el interés legítimo previo a la incoación del expediente<sup>78</sup>. En

<sup>76</sup> Artículo 50, LDC.

<sup>77</sup> Artículo 51, LDC.

<sup>78</sup> Artículo 28, Reglamento 261.

todos los casos, los interesados serán notificados del acto que inicia la apertura de la investigación. Asimismo, el articulado 25 permite inferir la existencia de dos clases de denunciante: interesado y simple denunciante<sup>79</sup>.

El Reglamento 261 es claro entonces en que ser denunciante no acredita ni interés legítimo ni la calidad de parte. Por ello, el artículo 25 prescribe que el denunciante deberá incorporar en el texto de su denuncia la justificación pertinente para ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador<sup>80</sup>.

Abierta la etapa de instrucción, el tercero interesado puede promover la práctica de pruebas relevantes para la defensa de sus intereses, así como alegar en hechos y derecho<sup>81</sup>. Una vez elaborado el pliego que recopila los posibles hechos constitutivos de infracción, los interesados poseen el derecho de ser notificados y contestarlo, proponiendo la práctica de nuevas pruebas en defensa de sus intereses<sup>82</sup>. Así mismo, en caso de que la Dirección considere la inexistencia de prácticas lesivas de la competencia, los interesados poseen el derecho de controvertir tal criterio presentando alegaciones y proponiendo nuevas pruebas<sup>83</sup>.

Una vez que la autoridad investigadora haya elaborado la propuesta de resolución e informe para el Consejo, aún en fase de instrucción, los terceros interesados tienen derecho a incluir en él las alegaciones de hecho y derecho que estimaron convenientes a lo largo de la instrucción y de ser notificados del informe en su integralidad, para pronunciarse en el plazo de 15 días<sup>84</sup>. Concluida la fase de instrucción, y avocado conocimiento por parte del Consejo.

En fase resolutive, poseen participación en tres actos procesales. Visto que la legislación española pretende la separación entre el órgano de investigación y el órgano resolutive, el artículo 36 del Reglamento 261 prescribe la posibilidad de que los terceros soliciten nuevamente la práctica de pruebas ante el Consejo, autoridad que podrá aceptar o rechazar la petición.

---

<sup>79</sup> Artículo 25. Reglamento 261.

<sup>80</sup> Artículo 25, numeral 2, letra “d”, Reglamento 261.

<sup>81</sup> Artículo 32, Reglamento 261.

<sup>82</sup> Artículo 33, numeral 1, Reglamento 261.

<sup>83</sup> Artículo 33, numeral 3, Reglamento 261.

<sup>84</sup> Artículo 34, numeral 1, Reglamento 261.

Así mismo, podrán controvertir las diligencias de prueba realizadas por la Dirección en la etapa de instrucción; y por último, el derecho a ser notificados de la nueva valoración de los hechos que se realice por la Dirección y controvertirlas en un plazo de 15 días<sup>85</sup>.

### **7.2.2. Procedimiento administrativo por concentraciones económicas.**

El capítulo segundo de la LDC define aquellas conductas que son consideradas por la autoridad como concentraciones, en general, aquellos actos de naturaleza económica en la que ocurre un cambio estable de control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de fusiones, adquisiciones, transferencia de derechos de propiedad, entre otros<sup>86</sup>.

Al igual que en la legislación colombiana, la autoridad española prevé un control *ex ante* que puede resultar en la autorización, condicionamiento o negación de la transacción pretendida entre operadores que real o potencialmente pudieren generar detrimento sustancial a la competencia como interés general<sup>87</sup>.

El procedimiento de control de concentraciones posee dos fases: la primera, referente a la notificación y calificación; y la segunda, en la cual se instruye y resuelve en mérito de lo sustanciado. La primera etapa se apertura con la notificación obligatoria de los concentrados, la cual es susceptible de ser calificada de forma directa o subsanada en caso de faltar uno o varios elementos de la LDC en el plazo de 10 días<sup>88</sup>.

En este momento procesal, la CNMC puede solicitar información a terceros con el fin de determinar los potenciales riesgos anticompetitivos derivados de la concentración, no obstante, dichos actos de colaboración no implican la participación como interesado.

Es a partir de la segunda etapa del procedimiento, abierta desde la emisión y la propuesta de resolución de la Dirección, que la LDC permite expresamente la intervención de terceros por cuanto el numeral segundo del artículo 58 prescribe la obligación de que la Dirección notifique en un pliego de concreción los posibles riesgos anticompetitivos derivados de la concentración. En dicho sentido, la norma deja prevista la posibilidad de que terceros comparezcan en calidad de interesados en esta clase de procedimientos, a diferencia de la legislación colombiana que considera como único interés en juego el del mercado.

---

<sup>85</sup> Artículo 36, Reglamento 261.

<sup>86</sup> Artículo 7, LDC.

<sup>87</sup> Artículo 8, LDC.

<sup>88</sup> Artículo 55, numeral 4, LDC.

Sin embargo, la intervención de los terceros parece ser mucho más restringida que en el procedimiento sancionador por prácticas restrictivas. A diferencia de este último, el tercero interesado únicamente adquiere el derecho de ser notificado de los riesgos y presentar alegaciones al respecto. Lo cual se entiende, será considerado por el Consejo en su resolución definitiva. Sobre los criterios de calificación de esta figura, no se distingue del régimen de prácticas restrictivas.

### **7.2.3. Criterios de calificación del interés legítimo de acuerdo con la CNMC.**

De acuerdo con el artículo 49 de la LDC, deben distinguirse dos tipos de interesados: los denunciantes, y aquellos quienes, a pesar de no ostentar la calidad de parte o denunciante, acrediten un interés legítimo. Respecto al primero, la CNMC ha dicho: “ [...] el denunciante interesado tiene el derecho de participar como parte en el procedimiento sancionador [...] formulando alegaciones, proponiendo pruebas o recurriendo las resoluciones que recaigan en el expediente”<sup>89</sup>.

Ante la solicitud de reconocimiento, la CNMC debe procurar un análisis riguroso sobre los posibles efectos negativos del procedimiento sobre el solicitante, así mismo señaló que:

La condición de interesado en el expediente administrativo relativo a un procedimiento de competencia debe ser interpretado siempre de forma estricta [...] se permite a esta autoridad ponderar casuísticamente los elementos que determinan la condición de interesado, acto recurrible en caso de disenso<sup>90</sup>.

De igual manera, el análisis casuístico no puede ser reemplazado por la calidad de directo competidor ni alegaciones que acudan a la simple naturaleza del caso o el mismo mercado relevante<sup>91</sup>. La CNMC descarta la condición de interesado por el mero interés en la legalidad o el cumplimiento de la norma por ello pronunció:

Tampoco es bastante con aducir el principio genérico de competitividad para acreditar un interés legítimo basado en la existencia de una afección efectiva de los propios derechos e intereses. La mera

---

<sup>89</sup> José Massaguer et al, “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”, *Revista Actualidad Jurídica* (Madrid: 2010), 16.

<sup>90</sup> Resolución R/AJ/053/20 CORREOS, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [La CNMC decide sobre los elementos de calificación del interés legítimo], del 01 de septiembre de 2021, pág. 6, <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3167477.pdf>, (último acceso 23/10/2021).

<sup>91</sup> Resolución R/0143/13 R.TENA/J.F.LÓPEZ, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [La CNMC señala la diferencia entre el interés del mercado y el legítimo interés], del 16 de agosto de 2013, <https://www.cnmc.es/expedientes/r014313>, (último acceso 23/10/2021).

apelación al principio de competitividad vuelve a ser un interés genérico por la legalidad insuficiente para otorgar legitimación “ad causam” en un determinado y concreto proceso<sup>92</sup>.

En la misma línea jurisprudencial el interés legítimo es:

[...] propio, distinto, distinto del de los demás ciudadanos o administrados. Este interés no puede reducirse a un simple interés a la legalidad. El interés se reputa que exista siempre y cuando la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral, así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio<sup>93</sup>.

Es decir, la autoridad interpreta como necesaria la generación de efectos constitutivos provenientes de la decisión final, así como la afectación de los intereses o la modificación arbitraria de la esfera jurídica del particular. En un análisis real, en el expediente sancionador S/0041/19 CORREOS abierto por la presunta comisión de prácticas anticompetitivas bajo la modalidad de precios predatorios, el operador económico Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, ASEMPRE, solicitó su calificación como parte interesada. La autoridad recalcó el posible daño o afectación al operador:

ASEMPRE ha acreditado suficientemente que es titular de un interés legítimo que le habilita para adquirir la condición de interesado en el expediente, toda vez que por su naturaleza representa a empresas competidoras que podrán verse afectadas por una eventual resolución sancionadora contra CORREOS<sup>94</sup>.

En síntesis, puede ser tercero interesado quien demuestre una afectación real de su esfera jurídica, distinta a la mera legalidad o al cumplimiento de la norma.

### **7.3. Los terceros interesados en el régimen de competencia ecuatoriano, una visión crítica.**

La ya mencionada inspiración de la legislación ecuatoriana en el régimen español se torna evidente si se compara el contenido de la LORCPM y la LDC o la normativa de inferior jerarquía. De tal ejercicio se concluye que el ordenamiento ecuatoriano no solo ha sido inspirado en esta legislación extranjera, sino que ha optado por aprehender la literalidad de su texto en muchas ocasiones.

---

<sup>92</sup> Pág. 9, Resolución R/AJ/053/20 CORREOS.

<sup>93</sup> Pág. 6, Resolución R/AJ/0056/14 LETRADO INTERESADO.

<sup>94</sup> Resolución R/AJ/061/20 VCB, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [La CNMC puntualiza criterios sobre el legítimo interés que legitima a la intervención], del 22 de Septiembre de 2020, 7, <https://www.cnmc.es/expedientes/raj06120>, (último acceso 23/10/2021).

Así, por ejemplo, si se compara el contenido de los artículos 43 de la Ley 15/2007<sup>95</sup> y el artículo 47 de la LORCPM<sup>96</sup> sobre el deber de secreto y reserva, existe una similitud casi literal. Así mismo, respecto al manejo de información confidencial, la legislación ecuatoriana emitió vía acto normativo el Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM<sup>97</sup> inspirado en la Guía para el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la Competencia de la Ley 15/2007<sup>98</sup>.

Ambas normas infra reglamentarias coinciden en numerosos criterios, entre ellos el manejo del 'triple test' de evaluación sobre la declaratoria de confidencialidad<sup>99</sup>. Al igual que con España, la SCPM ha extraído numerosos pronunciamientos doctrinarios de la legislación colombiana visto su enorme similitud con la legislación de competencia nacional, reconociendo la validez y aprehendiendo ciertos criterios jurisprudenciales<sup>100</sup>.

Pese a lo antedicho, y a diferencia de los sistemas ya nombrados, el Ecuador no posee normativa específica que regule la intervención de terceros interesados en los procedimientos sustanciados por la SCPM. Cuestión que podría ser perjudicial para las partes directamente involucradas cuyos derechos están en juego, así como contravenir principios constitucionales elementales como el debido proceso y la seguridad jurídica.

El presente apartado exige abordar el problema jurídico, al menos introductoriamente, desde dos perspectivas: sustantiva y procesal. Sobre su supuesta colisión del COA con la LORCPM, la PGE expresó la supremacía de esta última debido a un criterio de especialidad. La relevancia de este pronunciamiento se da por el reconocimiento de que el derecho de competencia posee una naturaleza propia, lo cual, debe derivar en normas de carácter específico que se ajusten a las necesidades regulatorias de esta rama<sup>101</sup>.

Pese a lo antedicho, la LORCPM no posee ninguna norma que regule la intervención de terceros. Por ello, la SCPM ha acudido al COA para la sustanciación de solicitudes de esta

---

<sup>95</sup> Artículo 43, LDC.

<sup>96</sup> Artículo 47, LORCPM.

<sup>97</sup> Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM, Superintendente de Control del Poder de Mercado [Norma que trata el manejo de la información reservada y confidencial], Registro Oficial Suplemento 333 de 19 de noviembre de 2020.

<sup>98</sup> Guía para el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la Competencia de la Ley 15/2007, BOE No. 166 de 3 de julio de 2007.

<sup>99</sup> Artículo 8, Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM.

<sup>100</sup> Pág. 9, Expediente SCPM-DS-INJ-ER-001-2021.

<sup>101</sup> Oficio No. 06568, Procuraduría General del Estado, Registro Oficial 33 del 11 de noviembre de 2019, [Por medio del cual se dirime la supuesta colisión normativa entre el COA y la LORCPM].

naturaleza<sup>102</sup>. El artículo 151 del COA prescribe que los terceros tendrán legitimación para actuar si el resultado, es decir el acto administrativo final, tiene efectos jurídicos constitutivos para él. El mismo cuerpo normativo menciona que el interés legítimo no podrá ser meramente hipotético, potencial o futuro<sup>103</sup>.

El interés legítimo es un concepto jurídico que carece de definición propia en el ámbito del derecho de competencia ecuatoriano. Pese a ello, y a la insuficiente jurisprudencia específica de la materia, el artículo 53 de la LORCPM pone como requisito la acreditación de interés legítimo para la presentación de una denuncia por contravenir las leyes de competencia<sup>104</sup>.

No obstante, la norma no especifica en qué momento deberá acreditar tal interés ni bajo qué parámetros será evaluado por la autoridad. Tampoco se logra entender si el interés legítimo debe ser justificado en el mismo texto de la denuncia ya que el artículo 54 de la LORCPM no lo nombra como requisito necesario para su presentación, cosa que si ocurre en legislaciones como España.

El problema a nivel jurídico-procesal de lo antedicho es evidente, por cuanto no hay certeza de qué ocurriría en caso de que un denunciante jamás acredite el interés legítimo. La norma no es clara en si procede el archivo de la denuncia por cuanto la norma que habla sobre la calificación jamás menciona algo al respecto<sup>105</sup>, o si procede la tramitación oficiosa<sup>106</sup>. En este último supuesto, no tendría sentido el articulado 53 porque implicaría la aceptación de la figura del simple denunciante e incluso, podría implicar la contravención de una norma expresa, eventual causal de nulidad del acto administrativo<sup>107</sup>.

Además del problema del denunciante, ni la LORCPM o sus normas conexas responden al supuesto de un tercero interesado que no sea denunciante, sino que conozca de una eventual afectación a sus derechos e intereses en el marco de un procedimiento administrativo ya en curso.

---

<sup>102</sup> Expediente No. SCPM-DS-INJ-REV-001-2021, Superintendencia de Control del Poder de Mercado [Resolución sobre el carácter de tercero interesado del operador Suez S.A.], providencia del 27 de agosto de 2021.

<sup>103</sup> Artículo 149, COA.

<sup>104</sup> Artículo 53, LORCPM.

<sup>105</sup> Artículo 55, LORCPM.

<sup>106</sup> Artículo 53, LORCPM.

<sup>107</sup> Artículo 105, COA.

Recapitulando acápites anteriores, es claro que otras legislaciones han previsto acertadamente este supuesto, por ejemplo, haciendo un llamado a los potenciales interesados a acreditarse en el lapso de 15 días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación<sup>108</sup>. Es decir, permiten que los terceros hagan valer sus derechos durante la sustanciación del procedimiento, cuestión que difiere con el COA y ni siquiera se menciona por la LORCPM.

En el aspecto procesal, las leyes de carácter inferior acentúan las carencias normativas. El artículo 44 numeral 10 de la LORCPM habilita al Superintendente a emitir actos normativos de carácter general en materias propias de su competencia<sup>109</sup>.

En razón de ello, se expidió el IGPA como norma de contenido esencialmente procesal que regula los distintos procedimientos sustanciados por la SCPM. A nivel del IGPA, no hay momento procesal específico en el cual la autoridad llame a terceros a intervenir, califique su legítimo interés ni un detalle claro de qué derechos procesales otorga tal calidad; sin embargo, el artículo 3 numeral 10 determina que “el interés legítimo debe ser demostrado por la parte y calificado como tal por la autoridad”<sup>110</sup>.

En este punto, cabe recordar que la Corte Constitucional ha recalado la importancia de la seguridad jurídica como un pilar elemental del debido proceso, al cual ha definido como:

[...] la expectativa razonable de las personas respecto a las consecuencias de los actos propios y de ajenos en relación a la aplicación del Derecho, [...]. Para tener certeza respecto a una aplicación de la normativa acorde a la Constitución, las normas que formen parte del ordenamiento jurídico deben estar determinadas previamente, teniendo que ser claras y públicas<sup>111</sup>.

A todas luces, el ordenamiento vuelve imposible que los administrados actúen previsiblemente para hacer valer sus derechos en sujeción a la norma. Visto los problemas que presenta la legislación ecuatoriana, resultaría improcedente realizar un análisis crítico sin proponer una vía de acción.

Conforme el principio de reserva de ley, no se puede establecer nuevas cargas ni gravámenes sobre el administrado salvo que consten dentro de una norma expedida por el

---

<sup>108</sup> Artículo 19, Ley 1340 de 2009.

<sup>109</sup> Artículo 44, numeral 10, LORCPM.

<sup>110</sup> Artículo 3, numeral 10, IGPA.

<sup>111</sup> Sentencia No. 045-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 07 de agosto de 2015, pág. 8.



legislador<sup>112</sup>. Por lo cual, mediante reforma a la LORCPM se debería establecer un articulado específico sobre los terceros interesados, así como modificar el texto de los artículos 53, 54 y 55.

Referente a los artículos, el legislador debería decantarse por una posición clara; es decir, persistir en el legítimo interés como requisito para la denuncia o permitir expresamente la adopción de la figura del simple denunciante. En el supuesto del denunciante interesado y del tercero que conoce del trámite del proceso las prerrogativas de análisis del legítimo interés, así como los momentos procesales podrían especificarse mediante acto normativo expedido por el Superintendente, modificando el IGPA al menos en lo siguiente:

El artículo 3 del IGPA contiene definiciones y el alcance de ciertos términos relativos al derecho de competencia. Es menester sustituir el texto del artículo 3, numeral 10 sobre el 'interés legítimo'<sup>113</sup> por un articulado que contemple tanto una definición de dicho concepto, su alcance y la carga de la prueba de su demostración. En el mismo artículo, añadir un numeral 21 que distinga entre parte procesal y parte involucrada, lo cual serviría para terminar con la ambigüedad respecto a sus derechos procesales.

El IGPA distingue múltiples procedimientos sustanciados por órganos de la SCPM. Para efectos de este trabajo y su extensión, se sugiere la reforma del procedimiento sancionador iniciado por denuncia -artículos 8 al 15 del IGPA-. A continuación del inciso primero del artículo 8, la reforma debería prescribir que el denunciante busque su acreditación como interesado en el mismo texto de la denuncia, cuestión que de faltar o ser insuficiente podrá ser subsanada en el término de la letra 'a)' del mismo artículo.

Consecuentemente, a partir del inciso primero del artículo 9 la norma debería prescribir que iniciada la etapa de investigación el órgano sustanciador dará conocimiento público de ello mediante un medio de comunicación de amplia circulación nacional para que los terceros puedan hacer valer sus derechos en el término del artículo 8.

Dicha solicitud de parte debería ser recibida y calificada por el órgano competente en un término razonable. Por último, este articulado y los subsiguientes deberían especificar sobre qué actos procesales tienen derecho a notificación los terceros, así como el derecho a impugnar, deducir excepciones y acceder al expediente administrativo. Respecto al régimen

---

<sup>112</sup> Efraín Pérez Camacho, *Manual de Derecho Administrativo* (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 83.

<sup>113</sup> Artículo 3, numeral 10, IGPA.

de control de concentraciones, la SCPM ha coincidido con el criterio de la SIC al mencionar que:

[...] no guarda carácter de contradicción entre particulares, pues corresponde a la potestad de control ex ante de este organismo técnico de control [...] en este tipo de procedimientos solo existirán la entidad supervisora y el notificante, como parte procesal, sin menoscabo de la facultad de requerir información [...]. Por la naturaleza del procedimiento, es decir, al no estarse discutiendo la configuración de una conducta anticompetitiva y sus responsables, esto es, en ausencia de administrados investigados no se configuran elementos para el ejercicio a la defensa [...] que un tercero sea considerado como “persona interesada” se requiere que sus derechos o interés legítimos puedan resultar afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento [...] <sup>114</sup>.

En suma, la autoridad considera que es improcedente la intervención de terceros en calidad de interesados en procedimientos de control de concentraciones y de seguimiento de condiciones. Este criterio debería ser positivizado en la norma.

## **8. Conclusiones.**

En respuesta a la pregunta de investigación; es decir, si la normativa ecuatoriana que regula los derechos procesales y el alcance de la actuación de los terceros interesados se torna suficiente para proteger de manera efectiva los derechos de las partes, cabe extraer los siguientes hallazgos y conclusiones.

Del análisis comparativo realizado se verificó que la legislación ecuatoriana es, cuando menos, escasa respecto a la figura del tercero interesado en el derecho de competencia. En el aspecto sustantivo, el derecho de competencia ecuatoriano no cuenta con criterios propios que guíen a su autoridad a calificar debidamente el interés legítimo, cuestión que permite abiertamente una faceta de discrecionalidad que potencialmente puede lesionar derechos, específicamente sobre la adecuada motivación.

La verificación de dicha calidad debería obedecer al menos a criterios normativos positivizados que permitan valorar la afectación real, cierta, no hipotética y cuantificable de la esfera jurídica del solicitante.

En el aspecto procesal, el derecho a la seguridad jurídica se encuentra seriamente amenazado por cuanto los particulares difícilmente podrán sujetar sus pretensiones y actos

---

<sup>114</sup> Expediente SCPM-DS-INJ-ER-001-2021, Superintendencia de Control del Poder de Mercado [La SCPM determina la improcedencia de la intervención de terceros en concentraciones económicas], providencia del 20 de septiembre de 2021.

en sujeción a la norma, sencillamente porque la legislación actual carece de ella. El análisis comparativo refleja la necesidad de que la norma establezca momentos procesales y plazos razonables, así como derechos y limitaciones específicas a los derechos de terceros en el marco del procedimiento, las leyes de competencia en Ecuador ignoran por completo este aspecto fundamental.

Otro hallazgo relevante es la falta de claridad entre la diferenciación de 'parte' y 'parte procesal', el IGPA trata de manera laxa e indistinta esta terminología. En símil, existe una falencia de carácter normativo sobre la categoría del denunciante en el marco de la LORCPM, pues si bien la norma dice específicamente que debe acreditarse interés legítimo, no desarrolla este elemento como un requisito de la denuncia ni lo desarrolla en normas de carácter inferior, cuestión que podría ser corregida conforme fue explicado en el capítulo anterior.

Por último, la normativa ecuatoriana no positiviza -ni trata siquiera- los diferentes -aunque limitados- criterios de la SCPM que diferencian la intervención de terceros en el marco de prácticas restrictivas de la competencia y concentraciones económicas. Esto, como se dijo, a fin de precautelar la seguridad jurídica y la economía procesal de eventuales solicitantes que podrían ver desechada su pretensión *a ipso facto*.

El presente trabajo contó con ciertas limitaciones de carácter informacional, por cuanto la SCPM a diferencia de otras autoridades no publica periódicamente los actos administrativos ni resoluciones -actos de simple administración- en páginas de acceso público. Por lo cual, el acceso a los expedientes y a información que sirva para el contraste se torna verdaderamente complejo. En todo caso, este trabajo pretende abrir la línea de discusión respecto a cómo esta autoridad evalúa y decide sobre el tema en cuestión.

Como sugerencia de carácter general, tanto la academia ecuatoriana como la autoridad de competencia debería, a la brevedad posible, diseñar y proponer las reformas de tipo normativo necesarias para colmar los vacíos e insuficiencias tratadas en el presente ensayo, tomando en cuenta la realidad y estado del desarrollo del derecho de competencia ecuatoriano.

Finalmente, de la discusión expuesta surgen nuevos temas de relevancia que merecen un tratamiento y estudio especial. Entre ellos, las limitaciones que deberían tener los terceros interesados -aún en su calidad de partes procesales- en el marco del procedimiento

administrativo, por cuanto son potenciales competidores de los investigados. Así, por ejemplo, el acceso al expediente, el derecho a ser notificados de actos donde no intervienen, a participar en diligencias, reuniones, entre otras.