

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Posgrados**

**La Competencia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado  
Para Fijar el Monto de Subsanción de los Daños al Mercado y los  
Consumidores en el Contexto de la Aprobación de un Compromiso de  
Cese**

**Ana Belén Nieto Cabrera**

**Dunker Morales Vela, Abg.,  
Director de Tesis**

Tesis de posgrado presentado como requisito  
para la obtención del título de Máster en Derecho de Empresa

Quito, diciembre 2015

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Postgrados**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

**La competencia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para fijar el monto de subsanación de los daños al mercado y los consumidores en el contexto de la aprobación de un compromiso de cese**

**Ana Belén Nieto Cabrera**

Dunker Morales, M.A.  
Director de Tesis y Miembro del Comité de Tesis



Vladimir Villalba, M.A.  
Presidente y Miembro del Comité de Tesis



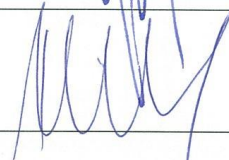
Oswaldo Santos, M.A.  
Miembro del Comité de Tesis



Vladimir Villalba, M.A.  
Director de la Maestría en Derecho de Empresa



Farith Simon, Ph.D.  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.  
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 14 de diciembre de 2015

---

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO  
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO :

“La competencia de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para fijar el monto de subsanación de los daños al mercado y los consumidores en el contexto de la aprobación de un compromiso de cese”

ALUMNA: Ana Belén Nieto

EVALUACIÓN:

**a) Importancia del problema presentado.**

Los operadores económicos recurren con creciente frecuencia al mecanismo del compromiso de cese previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, como alternativa al procedimiento administrativo sancionador. En este contexto, surge la necesidad de delimitar la competencia asignada a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para fijar los daños (si alguno) causados al mercado y a los consumidores con motivo de la conducta que ha sido aceptada por el operador económico al momento de plantear su compromiso de cese.

El problema se bifurca para considerar, al menos: (i) si la competencia material de la Superintendencia para dictar resoluciones de carácter general (normativa), en el ámbito de su competencia (control), le permite regular los métodos para el cálculo de las subsanaciones; y, (ii) si la Resolución SCPM-DS-029-2015, que se dictó en ejercicio de esa competencia, responde a los principios y estándares del régimen común de responsabilidad al que se remite la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en materia de reparación de daños.

En el contexto planteado, se trata de un problema de relevancia jurídica y de actualidad práctica.

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.**

La estudiante plantea como hipótesis que la Resolución SCPM-DS-029-2015 plantea metodologías de cálculo para los montos de subsanación que no son compatibles con los principios del régimen común (general) de responsabilidad. Se considerará, en la referida resolución, criterios que se apartan de esos principios y que, en su aplicación, pueden derivar en la determinación de montos que no correspondan a la reparación del daño

---

causado, real e incluso contingente. Podría provocarse un enriquecimiento sin causa y se produciría una subsanación que no responde a criterios técnicos de cuantificación. Sobre esta base, la hipótesis que se plantea tiene sustento suficiente en normas y principios jurídicos. Estimo, sin embargo, que el problema vinculado con la competencia normativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podía abordarse más extensivamente.

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**

A lo largo de la investigación realizada se evidencia un apropiado levantamiento previo de información y fuentes. Se respeta los parámetros de rigurosidad científica y se incluyen las referencias bibliográficas y citas de pie de páginas necesarias para demostrar la tarea investigativa efectuada.

**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**

La investigación plantea justificativos concatenados y lógicos que permiten arribar razonablemente a la hipótesis planteada.

**e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.**

La estudiante cumplió adecuadamente con las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

Muy atentamente,

  
Dunker Morales Vela

## © 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. Así mismo autorizo a la USFQ, para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombre: Ana Belén Nieto Cabrera

Código de estudiante: 201510\_106439

C. I.: 1712536810

Lugar, fecha Quito, diciembre 2015

## **DEDICATORIA**

*A mi esposo, mis hijos y mis padres.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*Agradezco a Dunker, por su constante apoyo.*

## RESUMEN

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado faculta a los operadores económicos investigados, denunciados o relacionados, dentro de un proceso administrativo sancionador, a presentar a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado una propuesta de compromiso de cese, mediante la cual, los operadores económicos se comprometen a cesar en la conducta investigada y a subsanar, de ser el caso, los daños o efectos que hayan producido, produzcan o puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores.

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado emite la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, mediante la cual regula los métodos de cuantificación de la subsanación por daños al mercado y los consumidores, utiliza como parámetros de cuantificación de los daños, el volumen de negocios del operador económico en el ejercicio económico anterior a la fecha de presentación de la propuesta de compromiso de cese y el tiempo transcurrido desde que el órgano de investigación y sustanciación conoce la denuncia hasta el día en que el operador económico presenta la propuesta de compromiso de cese.

La presente disertación tiene por objeto determinar si la Superintendencia de Control de Poder de Mercado tiene la potestad de determinar el monto por concepto de subsanaciones por daños, basado en fórmulas técnicas que tienen como parámetros de cuantificación de los daños el volumen de negocios del operador económico y el tiempo transcurrido desde que el órgano de investigación y sustanciación conoce la denuncia hasta el día en que el operador económico presenta la propuesta de compromiso de cese.



## **ABSTRACT**

Competition Law, as manner as an annex process to the administrative sanctioning process, states the possibility for the prosecuted economic operators to submit to the Competition Superintendence a proposal in order to stop and remedy the damages or effects produced in the relevant market and customers. In accordance to the Competition Law, the competition authority enacted the Resolution No. SCPM-DS-029-2015 which regulates the remediation of damages to the market and customers, this regulation uses parameters in order to quantify the volume of damages, such as the business volume of the economic operator as of the end of the last fiscal year and the time spent since the day in which the authority received the claim until the day in which the economic operator submitted its proposal.

This study is made in order to determinate whether the Superintendence of Competition has the authority to oblige to the economic operators to the payment of remediation of damages caused, on the basis of technical formulas which are based on parameters of quantification such as the business volume of the economic operator in the last fiscal year or the spent time since the day in which the authority received the claim until the day in which the economic operator submitted its proposal.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>RESUMEN</b> .....	8
<b>ABSTRACT</b> .....	9
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	13
<b>CAPÍTULO I. EL ALCANCE DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA</b> .....	17
<b>1.1. Noción conceptual</b> .....	17
<b>1.2. La Potestad sancionadora de la administración conferida por la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado</b> .....	20
<b>1.2.1. Existencia y límites</b> .....	20
<b>1.2.2. Principios de la potestad sancionatoria</b> .....	22
<b>1.2.2.1. Legalidad</b> .....	23
<b>1.2.2.1.1. Cobertura de la potestad sancionatoria en una norma de rango legal y la tipificación de las sanciones</b> .....	23
<b>1.2.2.1.2. El respeto de los derechos de defensa y subordinación a la autoridad judicial</b> .....	24
<b>1.2.2.2. Irretroactividad</b> .....	27
<b>1.2.2.3. Tipicidad</b> .....	28
<b>1.2.2.4. Responsabilidad</b> .....	29
<b>1.1.2.5. Proporcionalidad</b> .....	31
<b>1.1.2.6. Prescripción</b> .....	33
<b>1.2.3. Infracciones administrativas, sanciones y otras figuras afines</b> .....	33
<b>CAPÍTULO II. EXIGIBILIDAD UNILATERAL DE INDEMNIZACIÓN O REPOSICIÓN DE BIENES DAÑADOS COMO POTESTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO</b> .....	37

<b>2.1. El compromiso de cese previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.....</b>	<b>37</b>
<b>2.2. La exigibilidad unilateral de indemnización o reposición de bienes dañados como potestad administrativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado – potestad de autotutela.....</b>	<b>39</b>
<b>2.2.1. Noción general.....</b>	<b>39</b>
<b>2.2.2. Potestad de autotutela administrativa. ....</b>	<b>40</b>
<b>2.2.2.1. Concepto.....</b>	<b>41</b>
<b>2.2.2.2. Tipos de Autotutela. ....</b>	<b>43</b>
<b>2.2.2.3. Principios de la autotutela administrativa. ....</b>	<b>43</b>
<i>2.2.2.3.1. Legalidad. ....</i>	<i>44</i>
<i>2.2.2.3.2. Transparencia.....</i>	<i>45</i>
<i>2.2.2.3.3. Defensa. ....</i>	<i>45</i>
<i>2.2.2.3.4. Gratuidad. ....</i>	<i>46</i>
<i>2.2.2.3.5. Oficialidad. ....</i>	<i>46</i>
<i>2.2.2.3.6. Simplicidad, celeridad y eficacia.....</i>	<i>46</i>
<i>2.2.2.3.7. Cooperación y coordinación. ....</i>	<i>47</i>
<i>2.2.2.3.8. Buena fe y confianza.....</i>	<i>47</i>
<b>2.2.2.4 Autotutela en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.....</b>	<b>48</b>
<b>2.2.2.5 La vinculación con la potestad sancionadora.....</b>	<b>50</b>
<b>CAPÍTULO III. CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE COMPETENCIA.....</b>	<b>53</b>
<b>3.1. Bien jurídico tutelado en materia de competencia.....</b>	<b>53</b>
<b>3.1.1. La capacidad adquisitiva de bienes del consumidor.....</b>	<b>55</b>
<b>3.1.2. La redistribución equitativa. ....</b>	<b>57</b>

<b>3.2. Responsabilidad civil extracontractual de la administración por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado</b> .....	59
<b>3.2.1. La responsabilidad extracontractual. Concepto.</b> .....	59
<b>3.2.2. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual.</b> .....	61
<b>3.2.2.1. Hecho.</b> .....	62
<b>3.2.2.2. Culpa.</b> .....	63
<b>3.2.2.3. Nexo Causal.</b> .....	68
<b>3.2.2.4. Daño.</b> .....	69
<b>3.3. El daño y su cuantificación</b> .....	71
<b>3.3.1. La reparación del daño.</b> .....	71
<b>3.3.2. Daños que deben resarcirse.</b> .....	72
<b>3.3.3. Modos o formas de reparación.</b> .....	74
<b>3.3.4. Cuantificación del daño emergente y el lucro cesante.</b> .....	75
<b>3.4. Potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de establecer indemnizaciones basadas en fórmulas matemáticas que tienen como sustento principal el porcentaje de volumen de negocios del operador económico que irrogó el daño</b> .....	79
<b>3.4.1. Análisis de la normativa.</b> .....	79
<b>3.4.2. Naturaleza de la subsanación en los compromisos de cese.</b> .....	82
<b>3.5. Potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de emitir la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015</b> .....	90
<b>CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES</b> .....	95
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	100
<b>PLEXO NORMATIVO</b> .....	103

## INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado faculta a los operadores económicos investigados, denunciados o relacionados, dentro de un procedimiento administrativo sancionador, a presentar a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado una propuesta de compromiso de cese de sus conductas anticompetitivas.

La propuesta de compromiso de cese tiene como propósito suspender el procedimiento administrativo sancionador a fin de que el operador económico llegue a un acuerdo de cese de sus conductas. Los operadores económicos, además de comprometerse a la cesación de sus conductas anticompetitivas, deberán, de ser el caso, resarcir por los daños o efectos que hayan producido, produzcan o puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores. El artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece que la acción de resarcimiento de daños se regirá por las normas del derecho común.

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado emite la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, mediante la cual regula los métodos de cuantificación de la subsanación por daños al mercado y los consumidores, utiliza como parámetros de cuantificación de los daños el volumen de negocios del operador económico en el ejercicio económico anterior a la fecha de presentación de la propuesta de compromiso de cese y el

tiempo transcurrido desde que el órgano de investigación y sustanciación conoce la denuncia hasta el día en que el operador económico presenta la propuesta de compromiso de cese.

La pregunta que pretendo responder al terminar la presente disertación es la siguiente:

¿Dado que el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece que la acción de resarcimiento de daños se regirá por las normas del derecho común, puede la Superintendencia de Control de Poder de Mercado determinar el monto de indemnización de daños mediante fórmulas basadas en el volumen de negocio del operador y el tiempo en el cual el operador económico presentó la propuesta de compromiso de cese?

En mi sentir, la respuesta es negativa, ya que condenar a los operadores económicos al pago de indemnizaciones basadas en parámetros propios del operador económico y no del daño irrogado al mercado relevante y los consumidores vulnera el principio de reparación integral en materia de responsabilidad extracontractual.

Para aceptar o negar la hipótesis antes enunciada, he dividido mi disertación en tres capítulos: En el primero, determinaremos cual es el alcance de la potestad sancionadora del Estado en el marco del derecho de la competencia; pues es la potestad

administrativa sancionadora la que motiva en la mayoría de casos los procedimientos de cesación de las conductas anticompetitivas. De esta forma analizaremos la capacidad que tiene la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de sancionar a los particulares por infracciones cometidas al amparo de la ley y los principios que deben observarse en el ejercicio de la potestad. La conclusión a la que llegue en este primer capítulo será determinante para establecer la naturaleza jurídica de las subsanaciones impuestas por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado por los daños provocados en el mercado relevando y los consumidores, así como, la vinculación que tienen la potestad sancionadora con la facultad de imposición de indemnizaciones de la Administración Pública.

En el segundo capítulo analizaré la potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de exigir unilateralmente la indemnización por los daños producidos al mercado relevante y a los consumidores, basada en el ejercicio de la autotutela administrativa. Se desarrollarán en este capítulo los tipos de autotutela y los principios que debe observar la Administración en el ejercicio de esta potestad. La conclusión a la que llegue en el segundo capítulo deberá responder a la interrogante de si la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en ejercicio de su poder de autotutela puede fijar montos de subsanación por los daños irrogados cuando los sujetos afectados no son sujetos individualizados.

En el tercer capítulo analizaré el daño y su cuantificación en el derecho de la competencia. Como punto de partida haré un breve análisis de los bienes jurídicos tutelados en materia de competencia en la medida de que son aquellos bienes los que son vulnerados por las prácticas anticompetitivas, además analizaré que debe comprender la reparación de los daños, los modos de reparación y la cuantificación del daño. Me permitiré hacer ciertas críticas al modelo que utiliza en la actualidad la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para cuantificar los daños irrogados al mercado relevante y los consumidores, pues como pretenderé demostrar, el modelo sufre de graves falencias.

El interés que ha despertado la realización de la presente disertación obedece a los problemas que en la actualidad se suscitan por la expedición de la resolución que regula la cesación de prácticas anticompetitivas. En primer lugar, por las sumas exorbitantes que, en muchos casos, los operadores económicos deben asumir por concepto de subsanaciones, cuando éstos voluntariamente acuden a la autoridad de control para cesar en sus conductas; y, en segundo lugar, por la incertidumbre que provoca el pago de las subsanaciones en la medida de que la condena al pago de subsanaciones por daños al mercado relevante y los consumidores no obstaculiza el derecho que tienen los individuos de demandar por los daños irrogados en sus bienes patrimoniales o en sus legítimos intereses. Es de mi interés responder de manera fundamentada las razones por las que considero que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado no tiene la potestad normativa de determinar los métodos de cálculo de las subsanaciones por los daños irrogados al mercado relevante y a los consumidores y, adicionalmente, en la medida en que ha ejercido esa



potestad lo ha hecho por fuera de los principios y estándares del régimen común (general) de responsabilidad al que se remite la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en materia de daños.

## **CAPÍTULO I. EL ALCANCE DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO EN EL MARCO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA**

### **1.1. Noción conceptual**

Para el desarrollo de su actividad y cumplimiento de los intereses públicos, la Administración necesita tener a su disposición medios jurídicos, dichos medios son conocidos como potestades administrativas, diferentes una de la otra por la finalidad que su ejercicio comprende.<sup>1</sup>

En palabras del profesor Monrroy Gálves la potestad “[...] *viene determinada por una fuerza de mando jurídicamente vinculante a terceros, como consecuencia de esa potencia de mandar, que encierra, destinada a la protección de los intereses de otros.* [...]”

---

<sup>1</sup> Marienhoff Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ta ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998, p. 623

”<sup>2</sup>, por lo tanto la potestad es el poder conferido a la autoridad por el pueblo para dotar al gobernante de una posición de supremacía sobre los individuos.

La potestad administrativa es ejercida por los diferentes poderes del Estado, bajo este entender la potestad legislativa es ejercida por la Asamblea Nacional, la potestad ejecutiva es ejercida por el Ejecutivo y la potestad jurisdiccional es ejercida por los juzgados y tribunales. La potestad que nos interesa para efectos del presente estudio es la potestad ejecutiva.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, le confiere a la Administración Pública el ejercicio de varias potestades: la reglamentaria, la imperativa o de mando, la ejecutiva, la jurisdiccional y la sancionadora.

La potestad reglamentaria es la facultad que tiene la Administración Pública, de emitir mandamientos generales y abstractos para la aplicación del ejercicio de la actividad administrativa, y que tienen como propósito aclarar, precisar e interpretar el sentido y alcance de las leyes.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Monroy Juan. *Introducción al Proceso Civil – Tomo I*. <https://framjurid.files.wordpress.com/2014/04/introduccion-al-proceso-civil-juan-monroy-galvez.pdf> (acceso 14/10/2015)

<sup>3</sup> Cassagne Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 1era ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998, p. 354

La potestad imperativa o de mando, es la expresión más directa del principio de autoridad, por medio de la cual la Autoridad Administrativa obliga a los particulares a través de sus actos.<sup>4</sup>

La potestad ejecutiva o de gestión, comprende los actos que ejecuta la Administración Pública en aplicación del marco general conferida a ella. Esta potestad engloba los hechos que realiza la Administración, el cumplimiento de la ley y sus reglamentos y la atribución que le permite a ésta mandar y sancionar dentro de su propio ámbito.<sup>5</sup>

La potestad jurisdiccional es el poder de la Administración de aplicar el ordenamiento jurídico del Estado sobre las personas ubicadas dentro de su territorio. El maestro Eduardo Couture describe a la potestad jurisdiccional en los siguientes términos:

[...] Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.<sup>6</sup>

Es importante dejar sentado que la potestad jurisdiccional ejercida por la administración, difiere de la potestad jurisdiccional ejercida por los jueces y tribunales, en la medida de que no se trata de una contienda entre la Administración y el particular, sino

---

<sup>4</sup> Marienhoff Miguel *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit; p. 625

<sup>5</sup> *Id*; 627

<sup>6</sup> Couture Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ta ed. Montevideo: IB de F, 2007, p. 34

que se trata de una simple reclamación del particular al que la Administración se allana o no dependiendo el caso concreto.<sup>7</sup>

Finalmente, la última potestad y la que es propia del presente estudio es la potestad sancionadora. La potestad sancionadora es la facultad conferida por la Administración para imponer sanciones a los particulares, cuando éstos con su accionar contrarían los preceptos legales de naturaleza administrativa.

## **1.2. La Potestad sancionadora de la administración conferida por la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado**

### **1.2.1. Existencia y límites.**

La Potestad Sancionadora es la facultad conferida a la Administración Pública para sancionar pecuniariamente a los particulares por las infracciones administrativas. Históricamente la imposición de todo tipo de sanciones por violaciones al ordenamiento jurídico le competía a los jueces y tribunales de justicia, sin embargo, a raíz del creciente intervencionismo administrativo, el ordenamiento jurídico ha ido distinguiendo a cabalidad las infracciones penales sancionadas por los órganos de la función judicial y las infracciones administrativas sancionadas por la Administración.

---

<sup>7</sup> Marienhoff Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Óp. cit, p. 627

El ejercicio de esta potestad se encuentra suficientemente justificada a lo largo de nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

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 oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal [...]<sup>8</sup>

En aplicación con el marco constitucional, la Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado, confiere a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a través de los órganos competentes la atribución de conocer y resolver sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes.<sup>9</sup>

Es evidente que el delegar el ejercicio de la potestad sancionadora a los órganos de la Administración, resulta en ocasiones discutible en mérito de la teoría de la división de poderes, más aún cuando otorgarle potestad sancionadora a la Administración la convierte en juez y parte, sin embargo, en la práctica es factible el ejercicio de esta potestad en manos de la Administración siempre que la misma sea esencialmente limitada y sometida al control jurisdiccional.

---

<sup>8</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 335. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

<sup>9</sup> Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado. Artículo 38 y 42. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011

Muchos autores justifican la existencia de la potestad sancionadora debido a las críticas a los órganos judiciales en cuanto a la no celeridad de los procesos. Son tres las razones por las que se justifica la instauración de la potestad sancionatoria en la Administración: en primer lugar, por la conveniencia de no recargar en exceso de procesos contenciosos a la Administración de Justicia cuando los ilícitos son de gravedad menor; en segundo lugar, la conveniencia de dotar de mayor eficiencia al aparato represivo para los ilícitos administrativos; y, finalmente, dotar de una mayor intermediación de la autoridad con los hechos sancionados.<sup>10</sup>

Es importante para efectos del presente estudio establecer que el régimen ejecutorio para la reparación de los daños se presenta como una consecuencia del Derecho Administrativo Sancionador, ya que la ejecutoriedad proviene del hecho de la acumulación de la sanción y la reparación prevista en la legislación administrativa. Por esta razón, el primer capítulo de la presente disertación lo dedico exclusivamente a la potestad sancionadora.

### **1.2.2. Principios de la potestad sancionatoria.**

El ejercicio de la potestad sancionadora, se encuadra y limita por ciertos principios que le son propios y son: 1. Legalidad; 2. Irretroactividad; 3. Tipicidad; 4. Responsabilidad; 5. Proporcionalidad; y, 6. Prescripción.

---

<sup>10</sup> Nieto Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ta ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1993, p.49

### **1.2.2.1. Legalidad.**

El principio de legalidad abarca cuatro funciones importantes: 1. La cobertura de la potestad sancionatoria en una norma de rango legal; 2. La tipificación de las sanciones administrativas a las que se llegasen por el cometimiento de la infracción; 3. El respeto de los derechos de defensa; y, 4. La subordinación a la autoridad judicial.<sup>11</sup>

*1.2.2.1.1. Cobertura de la potestad sancionatoria en una norma de rango legal y la tipificación de las sanciones.*

La cobertura de la potestad sancionatoria en una norma de rango legal, (punto uno) y la tipificación de las sanciones administrativas (punto dos), se encuentran recogidas en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución, el cual establece que en todo proceso en donde se determinen derechos y obligaciones, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá entre otras la siguiente garantía: “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.[...]*”<sup>12</sup>

El principio de legalidad, en lo que concierne a la potestad sancionadora, establece que aquella sólo podrá ser ejercida cuando el acto u omisión que se castiga y la

---

<sup>11</sup> Nieto Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador. Óp. cit;* p. 50.

<sup>12</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

consecuente sanción estén enunciadas en una norma con carácter de ley, el fundamento es el afianzamiento de la seguridad jurídica recogido en el artículo 82 de la Constitución del Ecuador, por medio del cual se pretende la predeterminación de las conductas debidas, de tal forma que los ciudadanos conozcan a qué atenerse con el accionar de sus actos.

La potestad sancionatoria se encuentra entonces limitada a un poder superior, en nuestro caso la Asamblea Nacional, de tal forma que la ley establecerá el contenido y límites tanto del acto u omisión sancionable, así como la sanción per se. La Administración tienen por su parte la potestad de ejecutar lo establecido por la ley.

El principio de legalidad en la esfera normativa es conocido como reserva de ley, de acuerdo con este criterio los actos sancionables y las sanciones deben estar recogidas por ley, en el ámbito que nos compete, la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado reconoce las infracciones y sanciones en los artículos 10, 11, 78 y 79 de su tenor literal.

*1.2.2.1.2. El respeto de los derechos de defensa y subordinación a la autoridad judicial.*

Toda sanción administrativa debe imponerse a través de un procedimiento que resulte garantista para el particular infractor, en base al principio del debido proceso y al derecho de defensa de los particulares.



La Constitución en su artículo 76 reconoce y desarrolla a cabalidad el derecho a la defensa. De esta forma establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el debido proceso que incluirá el derecho de las personas a la defensa.<sup>13</sup>

Las secciones segunda y tercera del Capítulo Quinto de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, establecen el procedimiento sancionatorio en materia de infracciones administrativas, así enuncian que el organismo competente de sustanciar el procedimiento sancionatorio es la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a través de sus órganos competentes. El Reglamento de aplicación a la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, establece que los órganos de la Superintendencia a cargo del

---

<sup>13</sup> Establece la Constitución en el numeral 7 del artículo 76, que: “7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. 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. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto. f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento. g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor. h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

procedimiento administrativo, son el órgano de investigación y el órgano de sustanciación y resolución.

La Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, además de prever un procedimiento reglado para la imposición de sanciones, consagra el derecho a la defensa del infractor en su artículo 58, el cual reconoce el derecho que tiene el particular de conocer sobre el contenido de la denuncia y proponer excepciones a la misma en el término de quince días. Por su parte, el artículo 59 prevé la posibilidad de que el infractor presente pruebas e incluso alegatos dentro del procedimiento sancionador.<sup>14</sup>

Como consecuencia del derecho a la defensa, los particulares tienen la facultad de recurrir del fallo o resoluciones en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, premisa recogida por nuestro texto constitucional en la letra m) del numeral séptimo del artículo 76 de la Constitución.<sup>15</sup>

En este mismo sentido, la sección tercera del capítulo quinto de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, prevé la posibilidad de que el infractor proponga recursos tanto en sede administrativa como jurisdiccional ante las resoluciones provenientes dentro de los procesos administrativos sancionatorios.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado. Artículo 58 y 59. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

<sup>15</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>16</sup> Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado. Artículo 65 – 69. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Por lo tanto, en el marco del Derecho de la Competencia, tanto el derecho del infractor a formar parte activa del proceso de investigación, así como el derecho consagrado que le permite al operador económico impugnar las resoluciones en sede administrativa y judicial, permiten que el particular ejerza a cabalidad su derecho de defensa y subordinación a la autoridad judicial.

#### ***1.2.2.2. Irretroactividad.***

El Derecho consagra como principio fundamental la irretroactividad de la ley, en la medida en que la norma no puede ser aplicada retroactivamente a los actos cometidos antes de su promulgación y publicación, sin embargo, existen casos puntuales en donde las leyes pueden ser aplicadas retroactivamente.

Los preceptos administrativos sancionadores, deben estar publicados con anterioridad al cometimiento del hecho determinado por la ley como una conducta punitiva, así como la sanción por el accionar de la infracción administrativa debe ser publicada con antelación al cometimiento de la infracción, este principio nace del latín “nullum crime nulla pena sine legem”.

La violación de este principio atenta contra la seguridad jurídica, en la medida en que inhibe la posibilidad del particular de prever las consecuencias que pueden

derivarse de sus actos, de acuerdo a la regulación vigente en el momento en que sus actos se ejecutan.<sup>17</sup>

En este sentido cuando la ley administrativa se aplica de modo retroactivo, no existe certeza de la vigencia y contenido de la misma pues el sujeto no conocía que la acción era prohibida, de forma tal que pueda calcular las consecuencias jurídicas que derivan de su comportamiento. No es menos importante dejar sentado que si uno de los fines de la sanción es la disuasión, tal fin perdería su sentido si la conducta no estaba previamente prohibida.

### ***1.2.2.3. Tipicidad.***

El precepto de la tipicidad se encuentra comprendido dentro del principio de legalidad que ha sido previamente desarrollado. Por eso solo cabe indicar que constituyen infracciones administrativas las vulneraciones al ordenamiento jurídico previstas como tales en una norma con rango de ley.<sup>18</sup>

Dentro del principio de tipicidad es importante hacer mención a la prohibición analógica en materia administrativa.

---

<sup>17</sup> Spisso Rodolfo. *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2000, p. 308.

<sup>18</sup> Varas Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1era ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2008, p. 285

La analogía proviene del derecho civil. El artículo 18 del Código Civil Ecuatoriano prevé la posibilidad de acudir a la analogía cuando existan vacíos de ley. La analogía implica la aplicación de una ley a un supuesto no contemplado en la misma, pero con el que se observa identidad de razón.<sup>19</sup>

El fundamento de la prohibición analógica es el principio de reserva de ley, pues éste sólo puede desarrollar toda su eficacia si se excluye la decisión subjetiva de cada funcionario público.

#### ***1.2.2.4. Responsabilidad.***

La responsabilidad administrativa obedece en su estructura a los principios penales, siendo estos la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. En este sentido, sólo podríamos hablar de responsabilidad en la medida en que coexistan estos tres principios propios del derecho penal.<sup>20</sup>

Como ya vimos en párrafos anteriores, la tipicidad se encuentre en la identidad que guarda el comportamiento estudiado con la norma prohibida. En materia de competencia, se requiere que el comportamiento investigado se adecúe de forma típica a

---

<sup>19</sup> Gómez Manuel y Sanz Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3era ed. Navarra: Editorial Aranzadi. SA, 2013, p. 174

<sup>20</sup> Velandia Mauricio. *Derecho de la Competencia y Consumo*. 2da ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 60

las prácticas consideradas como infracciones a la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado.<sup>21</sup>

La antijuridicidad está vinculada con el interés tutelado, por lo que se requiere que el comportamiento tipificado además cause un daño a dicho interés. Así en materia de competencia, el interés tutelado se centra en la capacidad adquisitiva de bienes del consumidor y la redistribución equitativa del dinero.<sup>22</sup>

La culpabilidad grave, es entendida como la falta de diligencia o previsión de un comportamiento o el dolo del operador económico.<sup>23</sup>

La culpabilidad toma fuerza en la época moderna con el pensamiento clasista, y consiste en el análisis que se hace de la voluntad del sujeto activo al momento de incurrir en la conducta tipificada, de acuerdo a las leyes de competencia como prohibida.

En este contexto sólo podrán ser responsables administrativamente, los particulares en el marco del derecho de la competencia en la medida en que sus actos sean típicos, antijurídicos y culpables.

---

<sup>21</sup> *Id*; 61

<sup>22</sup> *ibíd.*

<sup>23</sup> *Id*; 66

#### ***1.1.2.5. Proporcionalidad.***

El principio de proporcionalidad, lleva inmerso varias aristas concernientes a la proporcionalidad de las sanciones. Para efectos de la presente disertación, centraré mi análisis en dos puntos importantes en lo que al principio de proporcionalidad incumbe.

El primero de ellos es el precepto de que las sanciones administrativas, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente privación de la libertad, lo contrario sería entrar a regular dentro de una esfera propia del derecho penal, ya que una de las distinciones más palpables entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal es la no posibilidad de aquel de sancionar con penas privativas de la libertad, debido a la importancia de los bienes jurídicos que se protegen en el derecho penal.

En segundo lugar, la proporcionalidad como criterio de graduación de las sanciones. El principio de proporcionalidad de las sanciones, expresa que las penas imputadas a los infractores deben estar acordes a la gravedad de la infracción cometida.

Existe vasta doctrina y jurisprudencia que respalda el principio de proporcionalidad de las sanciones. Así el profesor Mir Puig establece que: *“No sólo es*

*preciso que pueda 'culparse' al autor de aquello que motiva la pena, sino también que la gravedad de ésta resulte proporcionada al hecho cometido*"<sup>24</sup>

La Constitución en su artículo 76 consagra el principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas, en este sentido establece:

**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: 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.<sup>25</sup>

El principio de proporcionalidad está eminentemente ligado con el principio de razonabilidad, el cual en palabras de Juan Álvarez Echague "*nos informa que entre el objetivo buscado y el medio elegido para su logro debe existir una adecuada proporción*"<sup>26</sup> Bajo la misma línea se pronuncia Linares para quien la razonabilidad es:

La garantía del debido proceso sustantivo con respecto a la ley formal y formal – material es la que consiste en la exigencia constitucional de que las leyes deben contener una equivalencia entre el hecho antecedente de la norma jurídica creada y el hecho consecuente de la prestación o sanción, teniendo en cuenta las circunstancias sociales que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que como prestación o sanción establece dicho acto.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Álvarez Juan. *Las Sanciones Tributarias frente a sus Límites Constitucionales*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 275

<sup>25</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008

<sup>26</sup> Álvarez Juan. *Las Sanciones Tributarios Frente a sus Límites Constitucionales*. *Óp. cit*; p.276

<sup>27</sup> *ibíd.*



El artículo 4 de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado establece lineamientos para la regulación de materia pública, en este sentido dictamina que para la aplicación de la ley se observarán entre otros el principio de proporcionalidad.

#### **1.1.2.6. Prescripción.**

El artículo 70 de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, establece que la facultad de iniciar un proceso administrativo prescribe en cuatro años, computados desde el día en que se tuviera conocimiento de la infracción; o en el caso de infracciones continuadas, desde el día en que hayan cesado. Por su parte las sanciones impuestas por violaciones a la ley prescribirán en ocho años.<sup>28</sup>

La prescripción se interrumpe por la ejecución de cualquier acto de la Administración con conocimiento del individuo tendiente al cumplimiento de la ley. En lo que se refiere a la prescripción de las sanciones, estas prescriben por cualquier acto del individuo tendiente a cumplir las resoluciones sancionatorias de la autoridad administrativa.<sup>29</sup>

#### **1.2.3. Infracciones administrativas, sanciones y otras figuras afines.**

---

<sup>28</sup> Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado. Artículo 70. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

<sup>29</sup> Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado. Artículo 70. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Luego de analizar la potestad sancionadora de la administración, es preciso realizar un análisis de lo que constituyen infracciones administrativas y las sanciones impuestas por el cometimiento de las mismas.

La infracción administrativa es toda vulneración al ordenamiento jurídico administrativo, provocada por los individuos de manera dolosa o imprudente descrita como infracción por la ley. Las modernas teorías penales han tratado de reagrupar y delimitar los elementos propios de la infracción.

Son cuatro los elementos constitutivos de la infracción administrativa: Acto, típico, antijurídico, culposo. Como consecuencia de estos cuatro elementos la infracción administrativa se convierte en punible. A continuación, analizaré brevemente los elementos de la infracción administrativa:

Acto. - Este elemento es sustancial para la configuración de la infracción administrativa puesto que es la conducta humana, guiada por la voluntad, entendiéndose a la voluntad como el control que mantiene la persona humana sobre sus actos.<sup>30</sup>

Respecto de este elemento es importante tener en claro que no son concebidos como actos las ideas, pensamientos e intenciones del humano, por más peligrosas que estas puedan llegar a ser, puesto que para que dichas ideas y pensamiento e intenciones se

---

<sup>30</sup> Loor Ángel. *Manual de Derecho Penal Tributario*. Quito: Impresores MYL S.A., 2003, p. 143

constituyan como acto es necesario que se exterioricen, dicho de otra manera, que el obrar tenga un matiz externo.<sup>31</sup>

Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad. – Estos tres elementos fueron previamente analizados dentro del acápite de los principios de la potestad sancionadora.

El quinto elemento surge como efecto de los cuatro primeros elementos, la punibilidad no es más que la pena que se le impone al acto, típico, antijurídico y culpable. Es decir, solo cabe imponer sanciones cuando la infracción esté tipificada como tal en la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado y que esta conducta responsable y culpable esté reprimida con una sanción preestablecida como tal en la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado, la cual deberá imponerse mediante una resolución motivado y de acuerdo al principio de proporcionalidad.<sup>32</sup>

Como consecuencia del efecto de la punibilidad, el juzgador deberá poner especial énfasis en el análisis de los cuatro elementos antes analizados anteriormente, puesto que del estudio de los mismos se puede extraer circunstancias propias de cada conducta punible, como los son las circunstancias agravantes y atenuante y la proporcionalidad de las sanciones.

---

<sup>31</sup> Albán Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales S.A., p.134

<sup>32</sup> Banaloché Julio. *Guía Prácticas de Sanciones Tributarias*. Madrid: Editorial La Ley, 2005, p. 44.

Ahora bien, en el Ordenamiento Jurídico están previstas diversas consecuencias jurídicas muy parecidas a la sanción administrativa, es importante distinguir las consecuencias bajo el entendimiento de que el régimen jurídico de las sanciones es propio de ellas.

El Tribunal Constitucional Español en la sentencia 48/2003, de 12 de marzo, hace un primer alcance de las diferencias entre las sanciones y otras figuras a fines, de esta forma establece:

Para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no, carácter punitivo, habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que, si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena por más que se trate de una consecuencia gravosa.<sup>33</sup>

La diferencia sustancial entre la sanción administrativa y otras figuras afines es la función represiva o de castigo. Aceptando este criterio a continuación mencionaremos las medidas que no tienen la naturaleza de sanción:

1. Interés por mora en el pago a la Administración; 2. Clausura del establecimiento por falta de licencias; 3. Recargos; 4. Obligación de reparar los daños causados al dominio público; 5. Expropiación; 6. Indemnizaciones a particulares.

---

<sup>33</sup> Nieto Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ta ed. Madrid: Tecnos, 2012, p. 157

Es importante dejar sentado para efectos de un análisis posterior, que la obligación de reparar los daños causados al dominio público, si bien es una obligación anexa a una sanción (en la medida de que la obligación de reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original y en su caso la indemnización por daños proviene del procedimiento sancionador) son obligaciones de diversa naturaleza. Por lo tanto, aun cuando el procedimiento de exigibilidad sea el mismo y el órgano competente para establecer la sanción tampoco varíe en uno u otro caso, la naturaleza de ambas consecuencias es distinta.

## **CAPÍTULO II. EXIGIBILIDAD UNILATERAL DE INDEMNIZACIÓN O REPOSICIÓN DE BIENES DAÑADOS COMO POTESTAD DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO**

### **2.1. El compromiso de cese previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado**

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011, incorporó en su artículo 89 la figura del compromiso de cese, que tiene por finalidad conferir a los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados la posibilidad de cesar la conducta

objeto de la investigación y a subsanar, de ser el caso, los daños o efectos que hayan producido, produzcan o que puedan producir en el mercado y en los consumidores con sus prácticas anticompetitivas.<sup>34</sup>

Por su parte la Superintendencia de Control y Poder de Mercado emitió la Resolución No. SCPM-DS-029-2015, publicada en el Registro Oficial No. 515 de 4 de junio de 2015. La resolución tiene por objeto regular los compromisos de cese, los cuales fueron dictaminados por el legislador para alcanzar con agilidad la simplificación del procedimiento administrativo sancionador, de esta forma el operador económico puede presentar una propuesta de compromiso de cese libre y voluntaria antes de que el órgano competente resuelva en primera instancia sobre el procedimiento administrativo sancionador seguido en contra del operador económico.

Los límites estipulados para el ejercicio del compromiso de cese son los siguientes: 1. Que la conducta anticompetitiva del operador económico sea susceptible de estos compromisos; y, 2. Que el compromiso de cese sea presentado voluntariamente por el operador económico antes de que el órgano competente resuelva en primera instancia sobre el procedimiento administrativo sancionatorio.

La propuesta de cese del operador económico, deberá contener lo siguiente: 1. La voluntad del operador económico de cesar la conducta investigada; 2. La precisión de la

---

<sup>34</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 89. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

infracción a la que se refiere y que es objeto del compromiso de cese; 3. La corrección de la conducta anticompetitiva; y, 4. De ser el caso la subsanación de los daños o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores.

Los operadores económicos se benefician, al menos formalmente, del compromiso de cese en la medida en que el procedimiento administrativo sancionatorio no debe sustanciarse en su totalidad y el operador económico evita la interposición de las sanciones previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El compromiso de cese, no evita la interposición de acciones civiles por daños que puedan ejercer las personas naturales o jurídicas que tuvieran derecho.

## **2.2. La exigibilidad unilateral de indemnización o reposición de bienes dañados como potestad administrativa de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado – potestad de autotutela**

### **2.2.1. Noción general.**

En esencia, los daños a los bienes jurídicos o intereses tutelados por la Administración Pública, no deberían presentar diferencia alguna con el régimen de daños civiles regulado por el Derecho Civil, por lo tanto, en principio la Administración debería

ejercitar la acción de daños ante los jueces y tribunales ordinarios con sustento en el derecho común.

Sin embargo, la legislación administrativa, en su propósito por precautelar intereses públicos, establece un régimen específico cuando los daños se producen a bienes o intereses tutelados por la Administración.

La posibilidad de la Administración Pública de exigir la reposición de una situación alterada y la indemnización por daños irrogados en los bienes públicos o en bienes cuya tutela corresponde a la Administración Pública, es una manifestación de la potestad de autotutela administrativa que tiene por finalidad proteger el interés público.

Al estar frente a una potestad administrativa, que supone una limitación de la esfera jurídica de los individuos, ésta debe provenir de un mandato legal, por lo tanto, y si la prerrogativa de la Administración Pública no se enmarca dentro de una disposición con rango de ley, la Administración deberá utilizar el mismo sistema que utilizan los particulares para la reclamación de daños, es decir comparecer ante los jueces ordinarios para la tutela efectiva de sus derechos.

### **2.2.2. Potestad de autotutela administrativa.**



### **2.2.2.1. Concepto.**

La potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, de fijar montos por concepto de daños irrogados a bienes propios o cuya tutela le corresponde a la Administración, nace de la potestad de autotutela administrativa.

La potestad de autotutela administrativa, es el poder que tiene la Administración de actuar sin la intervención de un tercero imparcial que le dé el efecto de título jurídico y ejecutorio a las manifestaciones de voluntad.<sup>35</sup>

La autotutela administrativa, es en esencia la competencia de la Administración Pública de declarar actos y ejecutarlos, limitando el proceder de los jueces únicamente a los casos en que declarado y en ocasiones ejecutado el acto, el afectado se ve perjudicado y requiere la actuación de los órganos de la justicia ordinaria.

El abogado Juan Ignacio Maldonado en su artículo titulado “La Autotutela de la Administración y la Tutela Efectiva de Derechos de los Contribuyentes en los Procedimientos Administrativos Tributarios” cita la Resolución No. 322 – 2002 – RA (R.O. 699, 24 – IX – 2002) del Tribunal Constitucional, la cual define la potestad de autotutela, al respecto indica:

---

<sup>35</sup> Reaño Johanna. *La autotutela* ejecutiva de la administración pública y el procedimiento de ejecución coactiva. <http://proiure.org.pe/articulos/JRR2.pdf> (acceso 17/10/2015)

La Administración Pública ostenta, para la consecución de sus fines y de los cometidos que le compete cumplir, de un medio que le es natural e indispensable: el poder público. Esta verdad indiscutible, traduce una singular posición de la Administración Pública frente a la Función Judicial pues, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, no tiene la carga de acudir al Juez para dotar de fuerza ejecutoria sus actos y resoluciones, para hacerles exigibles e imponerlos a los súbditos, ni para exigir su cumplimiento aun coactivamente, o para revocarlos por sí misma. [...] Las decisiones de la Administración Pública son ejecutorias por sí mismas, por propia autoridad, se presumen legítimas, obligan sin necesidad de auxilio judicial, y se pueden hacer cumplir de oficio. Estas prerrogativas, que la doctrina ha denominado como privilegio de autotutela o autodefensa administrativa, consisten, en síntesis, en la capacidad que tiene la Administración Pública de tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, eximiéndose de este modo de la necesidad de recabar tutela judicial, lo cual es consecuencia lógica de lo que ya se advirtió: la Administración Pública está investida de poder público.<sup>36</sup>

Nuestro Ordenamiento Jurídico prevé sólo a modo de excepción la facultad de los

particulares de tutelar sus propios derechos. A modo de ejemplo cito el artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal el cual describe la institución de la legítima defensa. Al respecto establece:

**Art. 33.-** Existe legítima defensa cuando la persona actúa en defensa de cualquier derecho, propio o ajeno, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Agresión actual e ilegítima. 2. Necesidad racional de la defensa 3. Falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho.<sup>37</sup>

De la lectura de la disposición anterior, se desprende, que sólo de manera extraordinaria los particulares pueden defender sus intereses sin la presencia de un tercero imparcial.

---

<sup>36</sup> Maldonado Juan Ignacio. “La Autotutela de la Administración y la Tutela Efectiva de Derechos de los Contribuyentes en los Procedimientos Administrativos Tributarios”. *I Jornadas Jurídicas Tributarias*, p.17

<sup>37</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 33. Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

### ***2.2.2.2. Tipos de Autotutela.***

Existen dos tipos de autotutela: la autotutela declarativa que se presenta cuando la Administración, a través de sus actos administrativos establece una situación jurídica al particular. Dichos actos administrativos gozan de legitimidad y ejecutoriedad, y por lo tanto obligan a su inmediato cumplimiento, aunque otro sujeto discrepe de su legalidad, sin tener que obedecer ninguna sentencia declarativa previa; y, la autotutela ejecutiva que se presenta cuando la Administración en ejecución de sus actos actúa de manera coactiva sin necesidad de acudir a un juez.<sup>38</sup>

### ***2.2.2.3. Principios de la autotutela administrativa.***

Los principios de la autotutela administrativa, revisten vital importancia en la medida de que limitan su accionar para garantizar la tutela efectiva a los administrados. Son principios de la potestad de autotutela administrativa los siguientes: 1. Legalidad; 2. Transparencia; 3. Defensa; 4. Gratuidad; 5. Oficialidad; 6. Simplicidad, celeridad y eficacia; 7. Cooperación y Coordinación; y, 8. Buena fe y confianza legítima. A continuación, me remitiré hacer una breve referencia de cada uno de los principios.

---

<sup>38</sup> Maldonado Juan Ignacio. “La Autotutela de la Administración y la Tutela Efectiva de Derechos de los Contribuyentes en los Procedimientos Administrativos Tributarios”. *I Jornadas Jurídicas Tributarias*, p.19

### 2.2.2.3.1. Legalidad.

El alcance del principio de legalidad fue plenamente desarrollado en el acápite correspondiente a los principios de la potestad sancionadora, por lo tanto, sólo me remitiré a indicar que en ejercicio de la potestad de autotutela la Administración deberá observar lo siguiente:

- a.** Los funcionarios que declaran y ejecutan los actos administrativos deberán tener competencia para producirlos, dicha competencia deberá provenir de una norma con rango de ley. Más adelante analizaremos si la Superintendencia de Control de Poder de Mercado tenía o no la facultad de emitir la resolución No. SCPM-DS-029-2015 y la correlación con la potestad de la Junta de Regulación de emitir este tipo de resoluciones.
- b.** La Constitución deberá prevalecer sobre cualquier otra norma de nuestro ordenamiento jurídico. Las leyes y normas de menor jerarquía, deberán ser elaboradas en armonía con la Constitución;
- c.** La Administración Pública en ejercicio de su potestad de autotutela, deberá tratar a todos los individuos en igualdad de condiciones; y,
- d.** La Administración en ejercicio de su autotutela, deberá disponer de medidas para resguardar que exista la debida razonabilidad. El profesor Roberto Dromi define a la razonabilidad citando a una sentencia de su Corte Suprema así: “[...] *los agentes públicos deben valorar las*

*circunstancias de hecho y el derecho aplicable y disponer medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico.”<sup>39</sup>*

#### *2.2.2.3.2. Transparencia.*

Este principio facultad a los particulares, para tener acceso a todo el expediente administrativo que motiva el acto emanado por la Administración Pública.

El artículo 58 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, en referencia al procedimiento sancionatorio que origina en la mayoría de los casos el ejercicio del compromiso de cese establece que el denunciado tendrá derecho a acceder y solicitar copias de todas las actuaciones del expediente.<sup>40</sup>

#### *2.2.2.3.3. Defensa.*

Este principio se encuentra desarrollado en el acápite correspondiente a los principios de la potestad sancionadora que fue previamente analizado en esta disertación.

---

<sup>39</sup> Maldonado Juan Ignacio. “La Autotutela de la Administración y la Tutela Efectiva de Derechos de los Contribuyentes en los Procedimientos Administrativos Tributarios”. *I Jornadas Jurídicas Tributarias*, p.17

<sup>40</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 58. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

#### *2.2.2.3.4. Gratuidad.*

Por gratuidad se entiende la posibilidad de los administrados de comparecer ante la Administración a través de un procedimiento administrativo, sin la necesidad de incurrir en gastos, salvo los gastos que pueda llegar a ocasionar la práctica de pruebas. Este principio es relativo en la medida de que son muchos los gastos que se generan durante la tramitación del expediente administrativo que son sufragados por los particulares.

#### *2.2.2.3.5. Oficialidad.*

Este principio abarca la posibilidad que tiene la Administración de impulsar de oficio sus actuaciones. Ahora bien, la posibilidad que tienen los operadores económicos de conformidad con la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, de presentar un compromiso de cese es la excepción de dicho principio, ya que es el interesado quien debe acudir voluntariamente a la Administración para presentar el compromiso de cese. La Administración no podría bajo ningún parámetro de oficio, seguir este procedimiento por el carácter de facultativo que ostenta.

#### *2.2.2.3.6. Simplicidad, celeridad y eficacia.*

Se entiende por simplicidad la flexibilización de los procedimientos, haciéndolos más sencillos, sin que se requiera el ejercicio de formalidades que resultan

innecesarias. La celeridad es concretar en un solo acto varias declaraciones de la administración, que por la naturaleza de la misma así lo permita. La eficacia es uno de los pilares fundamentales de la Administración Pública, es la necesidad de satisfacer necesidades públicas.

El compromiso de cese de la conducta anticompetitiva, nace para terminar de modo anticipado los procedimientos administrativos sancionatorios iniciados en contra de los operadores económicos, pues su fundamento es simplificar los procedimientos sancionatorios. En este sentido, el artículo 5 de la Resolución No. SCPM – DS- 029 – 2015, establece que tanto los operadores económicos como las Intendencias y la Comisión de Resolución de Primera Instancia, deben ajustar su actuación de tal modo que confieran al procedimiento administrativo de la máxima dinámica posible.

#### *2.2.2.3.7. Cooperación y coordinación.*

Las instituciones del Estado tienen el deber de coordinar sus acciones para el cumplimiento de sus fines, y hacer efectivo el goce de los derechos. Este principio se encuentra reconocido en el artículo 226 de la Constitución.<sup>41</sup>

#### *2.2.2.3.8. Buena fe y confianza.*

---

<sup>41</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Estos principios nacen del principio de transparencia, a través del cual la información que emane o que esté en poder de las instituciones del Estado es pública y por lo tanto los individuos deben tener acceso a la misma. Así mismo, de la ética que todo funcionario público debe ejercer en el ejercicio de sus actividades.

#### ***2.2.2.4 Autotutela en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.***

La potestad de autotutela se encuentra reconocida por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, el artículo 65 de dicho cuerpo legal establece que los actos administrativos emanados de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación.<sup>42</sup> La ley así mismo reconoce la potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de revocar en cualquier momento sus actos.

El artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, prevé la potestad que tiene la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, de fijar montos por concepto de subsanación por los daños que los operadores económicos hayan producido al mercado y a los consumidores, en los casos en que el operador económico se comprometa a cesar en la conducta objeto de la investigación.

---

<sup>42</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 65. Registro Oficial 555 de 13 de octubre de 2011



Exigir una indemnización a los particulares por daños a bienes cuya titularidad le corresponde al Estado, no reviste problemática alguna. La problemática se da cuando la reclamación por daños corresponde a bienes cuya tutela le corresponde al Estado no así su titularidad. Este es el caso de los bienes jurídicos protegidos bajo el marco del derecho de la competencia.

En derecho de la competencia, el Estado es el encargado de custodiar que el mercado esté libre de distorsiones que permitan la concentración de dinero en algunos operadores económicos por causas distintas a la libre competencia. El derecho que protege el Estado, es el equilibrio económico.

Ahora bien, el equilibrio económico es un derecho difuso. El derecho difuso es aquel que no se concentra en un individuo o grupos de individuos en particular, forma parte de un interés colectivo indeterminable, difícil de delimitar pues está disperso en muchas personas.

De esta manera, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, podrá ordenar a los operadores económicos subsanar los daños o efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores ocasionados por el cometimiento de infracciones a la Ley Orgánica de

Regulación y Control de Poder de Mercado. El mercado relevante y los consumidores en su conjunto no son sujetos individualizados, son una colectividad indeterminada.

Es un presupuesto fundamental de la responsabilidad civil extracontractual la verificación del daño, el daño debe producirse sobre algo concreto, en un bien o interés específico. Resulta improcedente que el daño se produzca sobre algo concreto cuando el sujeto afectado está indeterminado. Por esta razón consideramos que, bajo las normas de responsabilidad extracontractual aplicadas al derecho de competencia, resulta improcedente que el Estado requiera la indemnización de daños sobre bienes cuya tutela no le corresponde a un sujeto individualizado.

Concluyo de esta forma que la Administración Pública en ejercicio de tu potestad de autotutela, sí podría fijar montos por concepto de subsanaciones por daños en contra de los particulares cuando precautela bienes propios, es decir cuando el titular de los daños irrogados es el propio Estado, no sucede lo mismo cuando condena al pago de indemnizaciones por daños, cuando la titularidad de los bienes no se encuentra delimitada.

#### ***2.2.2.5 La vinculación con la potestad sancionadora.***

Tradicionalmente se ha venido combinando la determinación del daño a bienes e intereses públicos, con el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. Si bien ambas potestades son distintas, éstas se relacionan entre sí en la medida de que las

conductas dañosas tienen su origen en la transgresión de una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico y que es objeto de sanción.

En el ámbito que nos interesa, el procedimiento reglado del compromiso de cese se vincula con la potestad sancionatoria de la administración por las siguientes razones:

1. La reposición de los bienes públicos y la indemnización por daños, se origina al igual que las sanciones en materia de competencia por la transgresión de una norma. En este sentido, el artículo 3 de la Resolución No. SCPM – DS- 029 – 2015 que regula los compromisos de cese, establece que en la propuesta se deberá precisar la infracción cometida por el operador y la corrección verificable;<sup>43</sup> y,

2. El compromiso de cese nace del procedimiento administrativo sancionador, en este sentido el artículo 3 de la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, establece como propósito esencial del compromiso de cese alcanzar con agilidad la simplificación del procedimiento administrativo. De la misma forma, el artículo 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, establece que el compromiso de cese puede proponerse dentro del procedimiento administrativo sancionador por el operador económico en cualquier momento antes de que la autoridad competente emita la resolución de primera instancia. La norma también prevé que la autoridad de control pueda suspender hasta por 180 días el procedimiento administrativo sancionador, para sustanciar los compromisos de cese propuestos por el operador económico. El uso de un mismo

---

<sup>43</sup> Resolución No. SCPM-DS-029-2015. Artículo 3. Registro Oficial No.515 de 04 de junio de 2015.

procedimiento para regular dos situaciones jurídicas distintas se sustenta en el principio de economía procesal.

Ahora bien, al tenor de la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, los compromisos de cese si bien devienen del procedimiento administrativo sancionador, esto no implica que deba existir una sanción por sí misma que castigue la infracción administrativa, por el contrario, el ejercicio de esta facultad conferida a los operadores económicos se origina para evitar la imposición de sanciones. Por lo tanto, para el caso que nos interesa, no sería factible que la Administración interponga una sanción previa, pero sí es necesario para llegar a declarar la existencia de la obligación de reposición – indemnización, la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador.

Sin perjuicio de lo anterior, la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015 establece una excepción a la necesidad de que exista un procedimiento administrativo sancionador previo a la determinación de los daños, el artículo 7 del referido cuerpo legal establece que las propuestas de compromiso de cese proceden, aunque no existan procedimientos de investigación iniciados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, sin embargo, aun en estos supuestos la autoridad competente deberá abrir un expediente administrativo. Por lo tanto, aun cuando oficialmente la Administración, no haya instaurado el procedimiento administrativo sancionador previo a la declaración de daños, existe la posibilidad de que la Autoridad investigue las infracciones administrativas

y las sancione en todos los supuestos en que los compromisos de cese no sean aceptados por dicha autoridad.

### **CAPÍTULO III. CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE COMPETENCIA**

#### **3.1. Bien jurídico tutelado en materia de competencia**

Parece apropiado antes de entrar a analizar los bienes jurídicos tutelados en el Derecho de la Competencia, definir a las instituciones del mercado y la libre competencia, a partir de estas definiciones podremos entender de mejor manera cuales son los bienes jurídicos que se protegen en esta rama del derecho. En palabras del profesor Roberto Dromi el mercado es:

[...] Institución de intercambio libre de bienes y servicios, fiscalizada por el Estado a fin de que los usuarios y ciudadanos sean servidos por el mayor número posible de empresarios con dispersión de su capacidad de influencia, con aumento de la oferta de tales servicios, de su calidad y de la capacidad elección de los usuarios.<sup>44</sup>

La institución del mercado es una realidad compleja que requiere la incorporación de normas jurídicas que regulen las interrelaciones entre los operadores

---

<sup>44</sup> Dromi Roberto. *Competencia y Monopolio*. 1ra ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999, p.17

económicos, que garanticen la libre competencia. Se entiende por libre competencia, la concurrencia entre varios operadores económicos que ofertan bienes o servicios similares y los consumidores quienes libremente adquieren los bienes y servicios, con suficiente información sobre las características del bien y servicio y la calidad de los productos. En la libre competencia no existen factores externos a la oferta y la demanda que hacen variar el precio de los bienes y servicios.

Definido de modo general los conceptos del mercado y la libre competencia, corresponde analizar los bienes jurídicos protegidos por el Derecho de la Competencia.

El ordenamiento jurídico tiene como propósito precautelar bienes y valores propios de las sociedades. Es así que las normas constitucionales, reconocen bienes y valores supremos como son la libertad, la vida, el trabajo y en general todos los bienes que se plasman a través de derechos sociales, económicos, políticos e individuales.

El Estado, a través de la Función Legislativa, tiene la obligación de crear normas que garanticen los bienes jurídicos. Bienes que adquieren el carácter de jurídico con la vigencia de una norma que garantice su protección.

El régimen de defensa de la competencia busca regular la interacción social dentro de las relaciones económicas.<sup>45</sup> Esta regulación está comprometida con el bien común, pues por un lado busca la libertad de los competidores para participar libremente en el mercado, y por otro lado garantiza la libertad de los consumidores para adquirir

---

<sup>45</sup> *Id*; 8

bienes y servicios en condiciones de competencia. Es decir, la causa final es el bien común, pues el accionar del Estado no se limita dentro de este ámbito del derecho a garantizar el bien de un determinado sector de la sociedad, sino a precautelar los intereses sociales.

Los bienes jurídicos precautelados por el Estado a través del Derecho de la Competencia son: 1. La capacidad adquisitiva de bienes del consumidor; y, 2. La redistribución equitativa del dinero dentro de la economía.<sup>46</sup>

### **3.1.1. La capacidad adquisitiva de bienes del consumidor.**

La capacidad adquisitiva de los bienes del consumidor es el nivel de satisfacción de las necesidades del consumidor, al adquirir bienes y servicios en el mercado en relación con los ingresos percibidos durante un periodo determinado de tiempo.<sup>47</sup>

Ahora bien, la capacidad adquisitiva de los bienes del consumidor, sólo puede ser garantizada en la medida en que los consumidores tengan libertad de elección en el mercado, la libertad ha sido consagrada en nuestra Constitución como uno de sus pilares fundamentales, y respecto del cual el ordenamiento jurídico prevé garantías para su ejercicio real. El artículo 52 de la Constitución de la República, señala “*Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con*

---

<sup>46</sup> Velandia Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. 2da ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p.57

<sup>47</sup> *Ibíd.*

*libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. [...]*<sup>48</sup> En el artículo 335 del mismo cuerpo legal se prevé la obligación del Estado de garantizar el correcto ejercicio de la libertad de elección de los consumidores en el mercado, de esta forma señala:

**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.

La libertad de elección, como se mencionó antes es uno de los presupuestos más importantes del Derecho de la Competencia, en palabras del profesor Roberto Dromi *“Sin libertad no se puede hablar de mercado, porque éste presupone transacciones y esto significa pactar precios, calidad, cantidad, en definitiva, contraprestaciones, lo que sólo puede concretarse si media libertad de los actores”*<sup>49</sup> por ello la regulación, control e intervención del Estado en el mercado resulta de vital importancia pues con ella se asegurará que el funcionamiento del mercado tenga siempre como directriz la libre competencia, sin distorsiones.

Se entiende entonces que los consumidores tienen capacidad adquisitiva de bienes en el mercado en la medida en que sus libertades de elección no se encuentren

<sup>48</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 52. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>49</sup> Dromi Roberto. *Competencia y Monopolio. Óp. Cit;* p. 21



limitadas por actuaciones provenientes de operadores económicos que distorsionen los precios de mercado. El Estado tienen la obligación de intermediar en el mercado para conseguir este propósito.

### **3.1.2. La redistribución equitativa.**

La redistribución equitativa implica el flujo del dinero entre los diferentes sectores que componen la economía, presupuesto necesario para que el consumidor satisfaga sus necesidades. Así pues, el dinero fluye entre los diferentes sectores dependiendo de las necesidades de los consumidores.

Ahora bien, de existir una distorsión de mercado en uno de los sectores de la economía, el resto de sectores que componen el mercado podrían verse afectados. La no redistribución equitativa de los recursos se ve plasmada entre otras circunstancias cuando existen acuerdos de fijación de precios.

Para mejor apreciación podríamos ilustrar un ejemplo, los operadores económicos A, B, C, D, son productores del bien Y, todos cobran precios diferentes por la oferta del bien, pasado cierto tiempo dichos operadores económicos deciden acordar un precio único de mercado del bien Y mayor al precio previamente establecido por los operadores.

La conducta descrita violenta la capacidad de adquisición de los consumidores, pues el aumento del precio del bien sin que varíe el ingreso del consumidor obliga a aquel a renunciar a adquirir otros bienes y servicios de otros sectores de la economía. Esta conducta vulnera la redistribución equitativa del dinero pues existirán sectores de la economía que dejarán de percibir el dinero y de la misma forma dejarán de hacer uso de este dinero en la adquisición de otros bien y servicios.

Con esta conducta no solo se violenta la libertad del consumidor de acceder a bienes y servicios en condición de mercado, sino que también se vulnera la libertad de los operadores económicos de concursar en una economía libre de distorsiones.

Las distorsiones al mercado provocadas por el cometimiento de las infracciones previstas en el Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, podrían provocar daños a los bienes jurídicos arriba enunciados.

La Resolución No. SCPM- DS-029-2015 prevé la potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a través del órgano competente, de fijar montos de subsanación para compensar los daños irrogados en el mercado y los consumidores por el cometimiento de infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. El monto de subsanación se calcula a través de fórmulas matemáticas basadas en el volumen de negocio del operador económico que irrogó el daño, y en relación al tiempo transcurrido desde que el órgano competente conoce la denuncia o

inicia de oficio el procedimiento administrativo sancionador hasta el día en que el operador económico presenta la propuesta de compromiso de cese, parámetros que son ciertamente cuestionables desde la óptica de la reparación integral del daño como veremos más adelante.

### **3.2. Responsabilidad civil extracontractual de la administración por infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado**

#### **3.2.1. La responsabilidad extracontractual. Concepto.**

La responsabilidad es la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, de un acto o de una conducta.<sup>50</sup> La responsabilidad será jurídica cuando las consecuencias del hecho, acto o conducta, trasciendan al campo externo y afecten a terceras personas, esta responsabilidad acarrea consecuencias jurídicas.<sup>51</sup>

La responsabilidad jurídica se manifiesta en diferentes áreas del derecho, una de ellas es la responsabilidad civil. La responsabilidad civil, no sólo regula situaciones civiles entre dos sujetos iguales, también se aplica a conflictos comerciales, contencioso – administrativos, entre otros por extensión del concepto.<sup>52</sup> Es así que el régimen sustantivo de la responsabilidad civil es plenamente aplicable a los conflictos de competencia.

---

<sup>50</sup> Martínez Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 10ma ed. Bogotá: Temis, 1998, p. 3

<sup>51</sup> *Id.*; 4

<sup>52</sup> *Ibid.*

La responsabilidad civil se subdivide en contractual y extracontractual. La responsabilidad contractual, nace para la persona que ocasiona un daño como consecuencia del incumplimiento, mora o desconocimiento de una o varias de las obligaciones contractuales. La responsabilidad extracontractual nace para la persona que ocasiona un daño en el patrimonio de otra y con la cual no le liga ningún nexo contractual.<sup>53</sup>

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en el sistema administrativo resarcitorio ha de someterse a los principios generales sobre responsabilidad extracontractual. En este sentido, el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece que las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por la Ley, podrán ejercer la acción de daños conforme a las normas de derecho común.

El régimen sustantivo de la acción de daños, es entonces el previsto en las leyes civiles y se encuentra regulado en el acápite correspondiente al régimen de responsabilidad civil extracontractual contenido en el artículo 1453 del Código Civil, según el cual, las obligaciones nacen a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño en otra persona.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

### 3.2.2. Elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

La Resolución No. 168 – 2007 de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana de fecha 11 de abril de 2007, establece como presupuestos materiales de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto, la relación de causa – efecto entre el hecho ilícito y el daño producido.<sup>55</sup>

Si bien, la resolución arriba citada no menciona como presupuesto material de la responsabilidad civil extracontractual el hecho, creemos que el hecho constituye uno de los presupuestos más importantes de este tipo de responsabilidad. De esta forma el artículo 1453 del Código Civil, establece que las obligaciones nacen entre otras por el *hecho* que ha inferido injuria o daño a otra persona.

Entendemos entonces que son elementos de la responsabilidad civil extracontractual los siguientes: 1. Hecho; 2. Culpabilidad 3. Nexo Causal; y, 4. Daño. A continuación, analizaremos dichos elementos.

---

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 168 – 2007, de 11 de abril de 2007.

### 3.2.2.1. *Hecho.*

En palabras del profesor Colombiano Gilberto Martínez Rave, el hecho constituye “*la fuerza, presión o circunstancia que modifica físicamente un objeto o persona*”.<sup>56</sup> El hecho puede ser positivo o negativo, es decir puede resultar como fruto de una acción o puede resultar como consecuencia de una omisión. Cuando se trata de una omisión, no basta con la simple conducta omisiva, es necesario que la omisión viole una obligación de actuar.<sup>57</sup>

El hecho puede ser ilícito y de esta forma resultar dañoso para los individuos o no ser ilícito, pero sí ser dañoso. En materia de competencia, a diferencia de la civil, los hechos sí deben ser ilícitos para ser concebidos como elementos de la responsabilidad civil extracontractual.

Aunque el artículo 1453 del Código Civil sólo habla del hecho que produzca daños e injurias a otra persona, sin hacer una distinción entre el hecho ilícito o no ilícito, el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece que las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta ley, podrán iniciar la acción por daños. Se entiende entonces que en materia de competencia no sólo se requiere que el acto haya producido

---

<sup>56</sup> Martínez Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 10ma ed. Bogotá: Temis, 1998, p. 63

<sup>57</sup> *ibíd.*

efectos adversos en el mercado o consumidores, sino que dicho acto esté prohibido por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

En este mismo sentido, el artículo 3 de la Resolución SCPM – DS- 029 – 2015 emitido por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado establece que la propuesta de cese debe manifestar expresamente la voluntad del operador de cesar las conductas que violan la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado y el reglamento para su aplicación, precisando claramente la infracción a la que se refiere.<sup>58</sup> Se interpreta entonces que para que exista la obligación de resarcimiento de daños debe haberse infringido un hecho ilícito que esté expresamente recogido en una norma de carácter legal.

#### **3.2.2.2. Culpa.**

Doctrinariamente, la culpa está ligada con la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad subjetiva es aquella que califica la intencionalidad del sujeto en relación con los efectos dañosos producidos. En este sentido, existe dolo cuando el sujeto actuó con intención de producir un daño, y existe culpa cuando el sujeto no tiene intención de producir el daño, pero por su negligencia lo ocasiona.

En el otro extremo está el sistema de responsabilidad objetiva, el cual no califica la intencionalidad del sujeto en relación con los efectos dañosos producidos, en este

---

<sup>58</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 3. Registro Oficial No.515 de 04 de junio de 2015.

sentido, el sujeto es responsable en la medida en que violente con su accionar un deber legal y como consecuencia provoque un daño injusto a la víctima.

El régimen común en materia de responsabilidad civil extracontractual, es el de la responsabilidad subjetiva. El artículo 1453 del Código Civil establece que las obligaciones nacen, entre otros, como consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos.<sup>59</sup>

Por su parte el artículo 2184 del Código Civil, establece que las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley o del hecho voluntario de una de las partes. Si el hecho es ilícito y cometido con intención de dañar, constituye delito. Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.<sup>60</sup>

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil subjetiva, la obligación de resarcir al afectado por los daños debe provenir como consecuencia de un hecho que haya inferido daño, como en los delitos y cuasidelitos. Se entiende por cuasidelitos aquellos hechos culpables cometidos sin intención de dañar, y por delitos aquellos hechos en donde la intención y la ilicitud de la conducta juega un papel fundamental. Por lo tanto, de conformidad con el régimen común de la responsabilidad civil extracontractual, la responsabilidad se origina en la medida de que el hecho dañoso se cometa con intención o con culpa.

---

<sup>59</sup> Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>60</sup> Código Civil. Artículo 2184. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.



En este sentido, la Resolución No. 168 – 2007 de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana de fecha 11 de abril de 2007, define a la culpabilidad como la intencionalidad con la que el sujeto actúa en relación con los efectos dañosos que produce; existe dolo cuando el sujeto actúa con la intención de producir una afectación; hay culpa, cuando el sujeto actúa sin intención de producir el daño, pero en razón de su negligencia produce afectación.<sup>61</sup>

En la esfera del derecho de competencia, el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, establece que la acción de resarcimiento de daños se sujetará a las normas del derecho común. En este sentido y puesto que el régimen común en materia de responsabilidad civil extracontractual es el de la responsabilidad subjetiva se entendería que la intencionalidad con la que el operador económico produjo el daño juega un papel fundamental al momento de condenarlo como responsable de los daños irrogados.

El artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, establece que la acción de indemnización de daños prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoria de la resolución que impuso la respectiva sanción.

---

<sup>61</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Causa No. 168 – 2007, de 11 de abril de 2007.

Por su parte, el artículo 79 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, establece que el juez que dictamine sobre las acciones civiles previstas en el artículo 71 de la Ley, fundamentará su fallo en los hechos y calificación jurídica ya establecida en la resolución de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

El artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, establece que las sanciones que imponga la autoridad de control en el fallo que para tal propósito declare sólo caben en contra de los operadores económicos que, deliberadamente (con intención de causar daño) o por negligencia (culpa), infrinjan lo dispuesto en la ley.

Entendemos entonces que la acción por daños sólo procede después de que la autoridad administrativa previa a la sustanciación del procedimiento administrativo sancionador, sancione al operador económico y que dicha sanción administrativa sólo cabe cuando los operadores económicos hayan infringido la norma deliberadamente o con negligencia.

Es aquí donde surge la duda del papel que juega el juez al momento de evaluar la intencionalidad con la que obró el operador económico al momento de irrogar el daño. Por un lado, el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado establece que la acción de resarcimiento por daños, se sujetará a las normas de

derecho común, y en dicho contexto, el juez tiene la obligación en mérito de la doctrina de la responsabilidad subjetiva, de evaluar la intencionalidad con la que el operador económico produjo el daño. Por otro lado, el mismo artículo 71 cae en contradicciones al supeditar la acción de daños a la resolución de la autoridad administrativa competente, teniendo en cuenta que la autoridad al momento de emitir la resolución sancionatoria, analizará si el acto se produjo deliberadamente o como fruto de la negligencia del operador. En este segundo escenario el accionar del juez se limitaría a la determinación del daño y al nexo causal que existe entre la conducta del operador económico y el daño irrogado y no a la determinación de la culpabilidad que fue previamente analizada por la autoridad administrativa competente.

La jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios de la Unión Europea, establece que cualquier infracción a las normas de competencia puede presumirse culposa, puesto que siempre será cuanto menos negligente. Así, en las sentencias de Belasco y Tipp – Ex del TJCE es criterio constante que:

[...] para que una infracción de las normas sobre la competencia del Tratado pueda considerarse deliberada, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de infringir estas normas; es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia<sup>62</sup>

Ahora bien, dentro del procedimiento de cesación de las conductas anticompetitivas, el artículo 3 de la Resolución SCPM – DS – 029 – 2015, prevé la

---

<sup>62</sup> Martínez Santiago, *El Derecho de la Competencia y los Jueces*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p.66

obligación del operador económico de manifestar explícitamente la voluntad de cesar las conductas que violan la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, precisando claramente la infracción a la que se refiere. Se entiende entonces que, si el operador económico concurre voluntariamente a la entidad de control para cesar y corregir las infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, la conducta del operador económico será cuanto menos negligente.

### **3.2.2.3. *Nexo Causal.***

El nexo causal es la relación que debe existir entre el hecho y el consecuente daño. Este elemento es fundamental para la determinación de la responsabilidad civil, sin nexo causal no se puede imputar responsabilidad civil, en la medida de que el daño no puede ser imputado a la persona que ejecutó el hecho.

Ahora bien, la relación entre el hecho ejecutado y el daño causado debe ser determinante, es decir quien alega el daño, debe aportar pruebas terminantes respecto de la conducta del operador económico y la producción del daño, no bastaría entonces que la relación entre la conducta del operador económico y la producción del daño sea fruto de una mera coincidencia, debe haber absoluta certeza entre el hecho y el daño.

#### 3.2.2.4. *Daño.*

El daño es el menoscabo que se ocasiona a un interés lícito protegido.<sup>63</sup> El daño es el elemento más importante dentro de la responsabilidad civil extracontractual. Si no existe daño no existe responsabilidad.

El artículo 1453 distingue al daño como presupuesto de la responsabilidad extracontractual, de esta manera establece que las obligaciones nacen por la consecuencia de un hecho que ha injerido daño a otra persona.<sup>64</sup>

Son tres los requisitos que define la doctrina para la existencia del daño: 1. Que el daño se produzca en algo concreto, por lo general el daño se produce a un bien o interés en específico; 2. Que el bien o interés lesionado le corresponda o le sea propio de la persona afectada; y, 3. Que el daño sea cierto y subsistente.<sup>65</sup>

La certeza del daño se refiere a la existencia del daño, independientemente de que aquel sea pasado, presente o futuro. Existe certeza de un daño pasado cuando el daño incurrido fue superado al momento en que el juez reconoce de su existencia; existe certeza del daño presente cuando el daño sigue de manifiesto cuando el juez reconoce de su existencia; y, existe certeza del daño futuro cuando el juez al momento de reconocer su

---

<sup>63</sup> Martínez Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Óp. cit; p. 63

<sup>64</sup> Código Civil. Artículo 1453. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>65</sup> Martínez Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Óp. cit; p. 162

existencia considera que el mismo se prolongará en el tiempo.<sup>66</sup> No existe certeza del daño cuando las consecuencias del hecho dañoso no existen, no son lógicas, necesarios, sino simplemente posibles.<sup>67</sup>

Respecto del daño futuro merece la pena hacer referencia a los daños contingentes, que son aquellos daños futuros e inciertos. La acción por daños contingente busca prevenir que el daño se produzca, por lo que el resarcimiento en estos casos puede conllevar una obligación de hacer o el pago de la suma de dinero necesaria para cubrir todos los costos necesarios para remover el factor del riesgo del daño.<sup>68</sup>

La Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, establece que la subsanación cabe sobre los daños o efectos que hayan producido, produzcan o que puedan producir en el mercado relevante. En este sentido la resolución hace expresa referencia a los daños pasados, presentes y futuros incluidos los daños contingentes.

La subsistencia del daño. La subsistencia no implica que el daño se mantenga firme al momento en que el afectado demande su indemnización, tampoco que el daño se encuentre subsistente en la sustanciación del proceso o incluso al momento de dictar el fallo. La subsistencia hace referencia a que el daño esté pendiente de indemnización al

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*

<sup>67</sup> *Ibíd.*

<sup>68</sup> Andrade Fabián. *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños Originados en Conductas Anticompetitivas en el Ecuador, Quito, 2015, Mimeo.*

momento del fallo. Pues es lógico saber que una persona no puede ser indemnizada varias veces por el mismo daño y por la misma causa.<sup>69</sup>

La resolución número SCPM – DS – 029 – 2015, establece que habrá lugar a la subsanación en los casos en que se haya producido un daño en el mercado relevante y en los consumidores, sin embargo, como se manifestó en el capítulo anterior, debido a que la colectividad que se podría ver afectada por la conducta anticompetitiva es indeterminada, resulta imposible cuantificar los daños en la medida de que si bien existe un daño no se puede individualizar el daño producido a cada particular, salvo que los particulares demanden por daños aisladamente.

### **3.3. El daño y su cuantificación**

#### **3.3.1. La reparación del daño.**

Cuando un sujeto de derecho produce un menoscabo en el patrimonio, derechos fundamentales o fuero interno de otro sujeto de derecho, sin que exista un fundamento lícito para producir dicho detrimento, aquel deberá reparar o compensar por los daños irrogados de tal forma que deje al afectado en una situación similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera irrogado.<sup>70</sup> En este sentido, el principio fundamental de la

---

<sup>69</sup> *Id*: 66.

<sup>70</sup> Echeverri Álvaro. *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013, p. 181

responsabilidad extracontractual es el que el afectado de un daño quede indemne de las consecuencias que el daño produjo.

La reparación de los daños equivale a todo el detrimento económico sufrido por el particular afectado y consiste entre la diferencia que existe entre la situación actual del bien que recibió el agravio y la situación del bien antes de haberse realizado el hecho dañoso.<sup>71</sup> La reparación del daño a de ser integral.

Salvo casos excepcionales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico no existen disposiciones legales para la tasación o evaluación de los daños. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia fijan pautas que deben atender los administradores de justicia al momento de cuantificar los daños irrogados.<sup>72</sup>

### **3.3.2. Daños que deben resarcirse.**

Como se mencionó en el acápite anterior, la reparación del daño ha de ser integral. La reparación integral se define como aquella necesaria para restablecer la posición jurídica del afectado.

---

<sup>71</sup> Martínez Santiago. *El Derecho de la Competencia y los Jueces*. Óp. Cit; p. 69

<sup>72</sup> Martínez Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Óp. Cit; p. 253



La reparación integral tiene varias manifestaciones, por un lado, logra la reparación tanto de los daños patrimoniales como los daños morales; y, por otro lado, lleva inmersa la obligación de resarcir tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.<sup>73</sup>

Se entienden por daños patrimoniales, aquellos que afectan el patrimonio económico del perjudicado.<sup>74</sup> Hay daño patrimonial cuando el daño causado es susceptible de apreciación pecuniaria, directamente en las cosas o indirectamente cuando el daño se ocasiona en la persona o en sus derechos. Este es el caso de las ganancias frustradas, el menoscabo de facultades susceptibles de generar ventajas económicas e incluso la afectación de relaciones como podrían ser las relaciones con la clientela.<sup>75</sup>

Son daños morales, aquellos que no afectan el patrimonio económico del perjudicado, sino que dañan aspectos íntimos, sentimentales, afectivos, emocionales, los que afectan aspectos de la personalidad o a bienes no tangibles pero que hacen parte del patrimonio de una persona.<sup>76</sup>

De conformidad con el artículo 1572 del Código Civil, la indemnización por daños y comprende, no sólo el valor de la pérdida que ha sufrido el afectado, sino también

---

<sup>73</sup> González Santiago, Ibáñez Varas. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1era ed. Navarra: Editorial Arazandi SA, 2008. P. 294.

<sup>74</sup> Martínez Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Óp. cit; p. 257

<sup>75</sup> Rey Rosa, Rinessi Antonio. “La cuantificación del daño. Sus implicaciones.” *Revista de Derecho de Daños (2001)*, p-34.

<sup>76</sup> *Id*; p. 169.

la ganancia que el afectado ha dejado de percibir. Exceptúa de esta distinción a los daños morales.<sup>77</sup>

Se conoce como daño emergente a la disminución sufrida por el acreedor en su patrimonio, se entiende por lucro cesante la frustración de la ganancia,<sup>78</sup> es decir la privación de un enriquecimiento patrimonial.

La indemnización en materia de competencia ha de ser esencialmente patrimonial y no puede limitarse al daño emergente causado al afectado por una infracción, debe englobar necesariamente el lucro cesante.

### **3.3.3. Modos o formas de reparación.**

Una vez que el Juez ha determinado la obligación de reparar un daño, este tiene dos alternativas para su efectiva reparación: o bien dispondrá la reposición de los bienes dañados al estado anterior, o bien el juez ordenará la compensación del daño. La primera alternativa es conocida como reparación in natura, mientras que la segunda alternativa es conocida como el equivalente pecuniario.

---

<sup>77</sup> Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

<sup>78</sup> Castro Marcela. “La responsabilidad civil objetiva: Componente indispensable para la modernización del derecho de daños”. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI* (2010), p. 404.

La indemnización in natura o reparación específica impone al autor del hecho dañoso la obligación de arreglar el bien dañado, en este sentido, se genera la obligación de crear una situación material que sea similar a la que existía antes de producido el daño.<sup>79</sup>

La indemnización por equivalente impone al autor del hecho dañoso la obligación de compensar los daños incurridos mediante la entrega de una cantidad de dinero.<sup>80</sup>

#### **3.3.4. Cuantificación del daño emergente y el lucro cesante.**

La cuantificación de los daños es una tarea vinculada con la liquidación de daños, la liquidación implica la valoración de la medida de los daños, y como consecuencia, su tasación.<sup>81</sup>

Habitualmente, salvo ciertas excepciones la cuantificación de los daños es una tarea que le atañe al juez, él es quien deberá realizar un control del mérito sobre la cuantificación del daño reclamada basada en la prueba aportada por las partes en el proceso.

---

<sup>79</sup> Llamas Eugenio. “Formas de Reparación del Daño”. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI* (2010), p. 77.

<sup>80</sup> Llamas Eugenio. “Formas de Reparación del Daño”. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI* (2010), p. 105.

<sup>81</sup> Zannoni Eduardo. “Significado y Alcance de la Cuantificación del Daño.” *Revista de Derecho de Daños* (2001), p-8

La cuantificación del daño por vía judicial permite que se valore de manera concreta todas las circunstancias del caso; el juez deberá valorar el daño causado al particular, en el marco de las circunstancias que se enmarcan en la disputa.

Ahora bien, el juez deberá cuantificar el daño en mérito del detrimento que debe resarcir, en este sentido, como se mencionó en líneas anteriores, los daños que pueden repararse son patrimoniales o morales. Los daños patrimoniales a su vez se dividen en daño emergente y lucro cesante.

Para efectos de esta disertación, me limitaré analizar los daños patrimoniales, pues creo que en el marco de derecho de competencia los daños en su mayoría son susceptibles de apreciación pecuniaria. En este sentido analizaré los métodos de cuantificación del daño emergente y lucro cesante.

La evaluación del daño emergente se calcula mediante una fórmula relativamente sencilla, pues lo conforma las sumas de dinero que salen de patrimonio del afectado para resarcir el daño. En este sentido, si el daño se produce sobre un objeto, la evaluación del daño equivale al valor del objeto si este fue destruido en su totalidad, o a las sumas de dinero que el individuo afectado incurrió para la reparación del bien.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> Martínez Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Óp. cit; p. 257

Ahora bien, si el juez decide reparar el daño mediante el método de resarcimiento específico o in natura podría ordenar la incorporación en especie de la cosa perdida o deteriorada, lo cual en ocasiones resulta imposible o bastante más costoso que la reparación en equivalente pecuniario.

Por su parte la cuantificación del lucro cesante resulta una tarea difícil, a diferencia de la cuantificación del daño emergente en donde los daños son observables y cuantificables, los beneficios que se habrían obtenido en ausencia del hecho dañoso no son observables y por tanto hay que estimarlos.<sup>83</sup>

Para la estimación del daño futuro en el derecho de competencia, las tres metodologías más utilizadas son las siguientes:

- a) Comparación temporal: Este método de cuantificación del daño, toma como parámetro de comparación la evolución de la variable en el tiempo antes de que se suscite la infracción o posterior a la misma, siempre que la conducta anticompetitiva haya cesado. Este método resulta un parámetro bastante certero de cómo se hubiera comportado la variable en el tiempo de la infracción. La metodología de comparación temporal resulta de ayuda para los casos en que la variable que se pretende analizar no tiene muchas variantes en el tiempo y no está sujeta a muchas fluctuaciones.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Martínez Santiago. *El Derecho de Competencia y los Jueces*. Óp. cit, p. 90

<sup>84</sup> *Íd.*; 91

- b) Comparación con otros mercados: Se recomienda la aplicación de este método de cuantificación cuando no se puede aplicar el primer método. El método de comparación con otros mercados, toma como parámetro de comparación del comportamiento de la variable en otros mercados en donde no se ha producido el daño. Este método resulta efectivo cuando los mercados en donde se estudia la variable son mercados con características similares.<sup>85</sup>
- c) Enfoque econométrico: Este método de cuantificación del daño es el más completo, y consiste en ajustar un modelo econométrico, en el que la variante a estimar está basada en una serie de variantes, entre ellas una artificial. Si bien este método es el más certero, es poco aplicable en la práctica en la medida de que tienen requerimientos de información bastante más exhaustivo que las dos metodologías anteriores.<sup>86</sup>

El juez al momento de cuantificar el lucro cesante debe considerar que las ganancias que pueden reclamarse son sólo aquellas en que concurre una similitud tal que pueden ser reputadas como muy probables.<sup>87</sup>

Cabe indicar que la indemnización que declara en favor del particular afectado no puede ser fuente de enriquecimiento, sólo se utiliza para colocar a la víctima en el mismo o similar estado en el que estaba antes de producido el daño, la indemnización,

---

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> *Íd.*; 92

<sup>87</sup> *Íd.*; 71

jamás podría colocar a la víctima a un estado mejor en el que estaba antes de producido el daño.

**3.4. Potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de establecer indemnizaciones basadas en fórmulas matemáticas que tienen como sustento principal el porcentaje de volumen de negocios del operador económico que irrogó el daño**

**3.4.1. Análisis de la normativa.**

Le Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado incorporó dentro del ordenamiento jurídico la figura del compromiso de cese, dicha figura tiene las siguientes particularidades.

a) El compromiso de cese en la mayoría de los casos se origina de un procedimiento administrativo sancionador instaurado en contra del operador económico por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a través de sus órganos competentes y tiene como objetivo suspender el procedimiento sancionador a fin de que el operador económico llegue a un acuerdo de cese de sus conductas.

La figura del compromiso de cese no es nueva en nuestro Ordenamiento Jurídico, el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva establece la posibilidad de que la

Administración Pública transe con los particulares siempre que: 1. Dichos acuerdos no sean contrarios al ordenamiento jurídico; 2. Versen sobre materias susceptibles de transacción; y, 3. Tengan como finalidad la satisfacción del interés público.<sup>88</sup>

b) El compromiso de cese tiene dos limitaciones importantes: 1. La conducta anticompetitiva debe ser susceptible de estos compromisos; y, 2. Que el compromiso de cese se produzca antes de que la autoridad competente resuelva en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador.

c) La finalidad del compromiso de cese es: 1. Alcanzar con agilidad la simplificación del procedimiento administrativo sancionador; 2. Cesar las conductas anticompetitivas; y, 3. Subsanan cuando sea el caso los daños que hayan producido, produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores.<sup>89</sup>

d) Los parámetros de la subsanación económica utilizados para el cálculo de los daños irrogados al mercado relevante y a los consumidores son los siguientes: 1. Regirse por los principios de proporcionalidad y razonabilidad; 2. El importe de la subsanación se incrementa en relación con el tiempo transcurrido desde que el órgano competente conoce la denuncia o ha planteado de oficio el procedimiento administrativo sancionador hasta que el operador económico presente la propuesta de compromiso de cese; y, 3. El porcentaje de

---

<sup>88</sup> Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 155. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

<sup>89</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 3. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.



subsanción será aplicado al volumen total de negocios del operador económico en el mercado relevante.<sup>90</sup>

e) En los procedimientos administrativos que se hayan iniciado en contra de dos más operadores económicos, éstos pueden beneficiarse de descuentos en la cuantía del importe de la subsanción, siempre que el compromiso de cese se presente dentro de los primeros diez meses de iniciado el procedimiento administrativo sancionador. El descuento es mayor cuando la presentación del compromiso de cese se presenta a menor tiempo de iniciado el procedimiento sancionador. De esta forma cuando la presentación del compromiso de cese se efectúa antes de iniciado el procedimiento sancionador administrativo, los descuentos sobre el monto de la subsanción versan entre el 45% y 90% del valor de la subsanción; cuando la presentación del compromiso de cese se efectúa habiendo el operador económico sido notificado de la resolución de inicio del procedimiento sancionador, los descuentos sobre el monto de la subsanción versan entre el 1% y el 45% de descuento del valor de la subsanción. Los rangos de descuentos dependerán de las medidas complementarias que evidencien el propósito de enmiendas.<sup>91</sup>

Como analizaremos con detenimiento en el acápite siguiente, la finalidad del compromiso de cese tendiente a subsanar los daños crea varias interrogantes:

---

<sup>90</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 16. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

<sup>91</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 17 y 18. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

En primer lugar y como ya se manifestó en el segundo capítulo de esta disertación, resulta improbable que la Administración Pública en ejercicio de su potestad de autotutela pueda determinar el pago de subsanaciones por daños irrogados en el mercado, cuando el afectado por la práctica no es un particular individualizado, sino la sociedad que no puede ser de ninguna manera determinada, esto debido a que, el daño, como elemento fundamental de la responsabilidad civil extracontractual no podría ser de ninguna forma concreto en la medida de que no conocemos con exactitud a los individuos que afectó la conducta.

En segundo lugar, debido a que las fórmulas que utiliza la Superintendencia de Control de Poder de Mercado en la resolución No. SCPM – CS – 029 – 2015 no son concordantes, como veremos más adelante, con el concepto que da la ley, la doctrina y la jurisprudencia de la reparación por daños, surge la duda de si en esencia lo que impone la Superintendencia de Control de Poder de Mercado son indemnizaciones o una especie de sanción atenuada.

#### **3.4.2. Naturaleza de la subsanación en los compromisos de cese.**

La Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, prevé la potestad de la Administración de determinar montos por concepto de indemnización de los daños que hayan producido, produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores.

Los parámetros que sirven como referencia para calcular los daños irrogados en el mercado relevante y los consumidores son: 1. El porcentaje del volumen total de negocios del operador económico dentro del mercado relevante, en el cual se han cometido las infracciones, durante el ejercicio fiscal del año inmediatamente anterior a la presentación del compromiso de cese; y, 2. El tiempo transcurrido desde que el órgano de investigación y sustanciación conoce la denuncia o ha iniciado de oficio el expediente sancionatorio.

De esta forma el artículo 16 prevé fórmulas técnicas para determinar la subsanación al mercado relevante y los consumidores. A continuación, me remitiré a exponer rápidamente el contenido de las fórmulas.

- a. Fórmula prevista para los compromisos de cese sin haberse notificado de procedimientos administrativos sancionadores en contra del operador económico.

*Importe de subsanación:  $0.05\% \times \text{Volumen Total de Negocios}$ .*<sup>92</sup>

- b. Fórmula prevista para los compromisos de cese sin haberse notificado de procedimientos administrativos sancionadores en contra del operador

---

<sup>92</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 16. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

económico, pero cuando la Administración sí ha iniciado investigaciones preliminares en contra del operador económico.

$$\text{Importe de subsanación: } (0.1 - (7.0730) 10^{-5} (t/30)^4) \% \times \text{Volumen} \\ \text{Total de Negocios.}^{93}$$

En esta fórmula matemática el parámetro “t” corresponde al tiempo en días transcurrido desde la fecha de inicio de la investigación preliminar hasta la fecha de presentación del compromiso de cese.<sup>94</sup>

- c. Fórmula prevista para los compromisos de cese dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

$$\text{Importe de subsanación: } (0.5 + (8.1748) 10^{-5} (t/30)^4) \% \times \text{Volumen de} \\ \text{Negocios.}^{95}$$

En esta fórmula matemática el parámetro “t” corresponde al número de días transcurridos desde la fecha de resolución de inicio de la investigación con la

---

<sup>93</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 16. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

<sup>94</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 16. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

<sup>95</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 16. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

cual se notificó al operador económico involucrado hasta la fecha de presentación de la propuesta de compromiso de cese.<sup>96</sup>

El instructivo de cese pone un límite a las fórmulas de subsanación, indica en este sentido que la indemnización no podrá exceder en un ningún caso el 12% de volumen total de negocios del operador económico en el mercado relevante afectado.<sup>97</sup>

Las fórmulas técnicas de cálculo de las subsanaciones vulneran los principios rectores que regulan la reparación en el derecho común, esto hace que las subsanaciones previstas en la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015 no correspondan en su naturaleza a las indemnizaciones propias del régimen común de reparación de daños.

La subsanación prevista en el artículo 3 de la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, establece que en el evento de que el operador económico concorra libre y voluntariamente ante la Superintendencia de Control de Poder de Mercado para cesar la conducta anticompetitiva, el órgano competente podría cuando resulte procedente, fijar montos por concepto de subsanaciones por los daños producidos, que se produzcan o que se espera que produzcan en el mercado relevante y en los consumidores.<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 16. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

<sup>97</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 16. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

<sup>98</sup> Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015. Artículo 3. Registro Oficial No. 515 de 04 de junio de 2015.

El régimen de reparación de los daños previstos en el artículo 3 del Reglamento No. SCPM – DS – 029 – 2015 debe regirse por los principios fundamentales de la responsabilidad extracontractual, al igual que en el caso de los daños particulares previstos en el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado artículo que hace expresa referencia al régimen común de la responsabilidad.

Visto de esto modo, la indemnización por daños debería comprender el daño emergente y el lucro cesante.<sup>99</sup> Si analizamos el artículo 3 de la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, parece haber coincidencia sobre este punto, al respecto se establece que el operador deberá subsanar los daños y efectos que hayan producido, que produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores.

El problema surge cuando el artículo 16 especifica las fórmulas a través de las cuales se repararán los daños y efectos que hayan producido, produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y en los consumidores.

Como vimos en el acápite anterior, existen medios para cuantificar el daño emergente y lucro cesante. Para el daño emergente el método utilizado es bastante sencillo, consiste en la suma de las cantidades de dinero que salen de patrimonio del afectado para resarcir el daño producido. Para el lucro cesante debe considerarse las ganancias que podría haber tenido el operador económico afectado en caso de no haberse suscitado la infracción, mediante los métodos analizados en el acápite anterior.

---

<sup>99</sup> Código Civil. Artículo 1572. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Ahora bien, ni el porcentaje del volumen de negocios del operador económico infractor, ni el tiempo transcurrido desde que se inicia el procedimiento administrativo sancionador hasta que el operador transgresor presenta la propuesta de cese son parámetros para cuantificar una indemnización por daños, tomar estos parámetros para calcular los daños resulta a todas luces improcedente y atentatorio al principio de reparación integral.

El principio de reparación integral se define como aquel necesario para restablecer la posición jurídica del afectado. Como se mencionó en el acápite anterior, para lograr tal propósito es necesario la reparación tanto de los daños patrimoniales como morales y resarcir tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Bajo ningún concepto se podría resarcir del daño al afectado utilizando parámetros que nada tienen que ver con el daño irrogado al perjudicado y que son propios del infractor, como son el % del volumen de negocios y el tiempo transcurrido desde que se inició el procedimiento sancionador hasta que se presentó la propuesta de cesación.

Por otro lado, los recursos provenientes de la subsanación para reestablecer la posición jurídica del afectado deberían ser entregados al afectado, sin embargo, ni en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado ni en su Reglamento de aplicación ni en la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, se regula acerca del destino

de los fondos y como se entregarán los mismos cuando la colectividad afectada no se encuentre delimitada menos aun individualizada.

Por las razones expuestas podemos concluir que las subsanaciones previstas en la Resolución No. SCPM – DS – 029 no pueden ser concebidas como indemnizaciones en la medida de que no cumplen con el propósito esencial de éstas, pues no tienen como objeto restablecer la posición jurídica del afectado.

Concebir que la subsanación es una indemnización provoca problemas futuros, en palabras del doctor Fabián Andrade Narváez no cabe indemnizar dos veces por el mismo asunto<sup>100</sup>, esto bien podría ocurrir ya que la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015 establece que la subsanación no limitará la posibilidad que tienen los particulares para ejercer la acción por daños prevista en los artículos 25 y 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

En este marco y bajo el supuesto entendimiento de que con la subsanación prevista en la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015 se busca restablecer el daño en el equilibrio patrimonial producido en el mercado relevante y los consumidores, derivados de la infracción cometida por el operador económico, no cabría pensar que exista la posibilidad de que los particulares acudan nuevamente a solicitar el resarcimiento de los daños, bajo el precepto de que el daño ya fue restablecido. No cabe entonces reparación

---

<sup>100</sup> Andrade Fabián. *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños Originados en Conductas Anticompetitivas en el Ecuador, Quito, 2015, Mimeo.*



múltiple en la medida de que lo que se conseguiría con tal indemnización sería un enriquecimiento injusto de la víctima.<sup>101</sup>

Descartada la posibilidad de que la subsanación prevista en el artículo 89 de Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015 tenga una naturaleza indemnizatoria, cabría analizar si la naturaleza es más bien sancionatoria.

A mi entender, la subsanación podría más bien tener un carácter punitivo, pues como ha quedado demostrado, la función de dicha figura no podría bajo ningún concepto ser indemnizatoria en la medida de que su objeto no es restablecer la posición jurídica del afectado.

Parecería entonces que la intención del Asambleaísta al incorporar la figura de la subsanación es motivar a los operadores económicos, en especial aquellos que han actuado en coordinación con otros agentes económicos, como es el caso de los carteles, hacer uso de la figura del compromiso de cese para conferir a la Administración Pública medidas complementarias que le permitan dismantelar a todos los miembros del cartel, como resultado de aquello el operador económico que hace uso de la figura de la cesación recibe una sanción atenuada. Es importante tener en cuenta que en los casos de procedimientos de investigaciones múltiples los descuentos en la subsanación pueden ser de hasta el 90% del valor, con lo cual, la motivación para los miembros del cartel es alta.

---

<sup>101</sup> *Ibíd.*

Sin embargo, como bien ha manifestado el doctor Fabián Andrade Narváez, la reducción de multas se encuentra regulado en los artículos 83 y 84 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y para que proceda la reducción de las sanciones es necesario que exista una resolución administrativa dentro del procedimiento sancionador, es decir para que exista una reducción en la sanción es necesario primero que la autoridad competente imponga una sanción por el cometimiento de la infracción.<sup>102</sup>

Además, es importante tener en cuenta que el procedimiento de cesación de conductas anticompetitivas tiene como finalidad terminar de modo anticipado el procedimiento administrativo sancionador sin la imposición de una multa, por lo tanto, mal podría entenderse que la subsanación es una sanción atenuada bajo el entendimiento de que no hay una declaración de parte de la Autoridad Administrativa de la infracción cometida.

En palabras del doctor Fabián Andrade Narváez, la subsanación es una sanción encubierta que altera el régimen sancionador previsto en la ley<sup>103</sup>

### **3.5. Potestad de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado de emitir la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015**

---

<sup>102</sup> Andrade Fabián. *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños Originados en Conductas Anticompetitivas en el Ecuador, Quito, 2015, Mimeo.*

<sup>103</sup> *Ibidem.*

De conformidad con el artículo 226 de la Constitución, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidores públicos y las personas que actúen en ejercicio de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la ley.<sup>104</sup>

La Superintendencia de Control de Poder de Mercado es un organismo técnico de control, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa,<sup>105</sup> la Superintendencia de Control de Poder de Mercado es una institución del estado y por lo tanto en su accionar deberá respetar el artículo 226 de la Constitución arriba enunciado.

Por su parte el artículo 213 de la Constitución establece que las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales.<sup>106</sup> En este sentido, son atribuciones de las superintendencias: 1. Vigilancia; 2. Auditoría; 3. Intervención; y, 4 Control.

Me remitiré a las definiciones que da la Real Academia de la Lengua de las atribuciones arriba enunciadas. “*Vigilancia: Cuidado y atención de las cosas que están a cargo de uno;*”<sup>107</sup> “*Auditoría: Revisión de una actividad o de una situación para evaluar*

---

<sup>104</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>105</sup> Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado. Artículo 36. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

<sup>106</sup> Constitución de la República del Ecuador. Artículo 213. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

<sup>107</sup> <http://dle.rae.es/?w=auditoría&m=form&o=h> (acceso 27/10/2015)

*el contenido de las reglas o criterios objetivos a que aquellas deben someterse;*<sup>108</sup>  
*“Intervenir: Dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones;”*<sup>109</sup>  
*Control: Inspección, fiscalización, intervención.”*<sup>110</sup>

De las definiciones antes expuestas, se colige que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado es un organismo que tiene como función primordial controlar y vigilar que las conductas de los operadores económicos se ajusten a las normas previstas por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y sus reglamentos de aplicación; de esta forma tendrá potestad para investigar y conocer aquellas conductas que vulneran la normativa de competencia y cesar el ejercicio de las actividades que considera que restringen el equilibrio económico.

El artículo 37 de la Ley Orgánica de Regulación de Control de Poder de Mercado, establece que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias, en las materias propias de su competencia sin que pueda alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación.<sup>111</sup> Es decir, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrá emitir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias de vigilancia, auditoría, intervención y control, como bien a previsto el artículo 213 de la Constitución.

---

<sup>108</sup> *Ibíd.*

<sup>109</sup> *Ibíd.*

<sup>110</sup> *Ibíd.*

<sup>111</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 37. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

Por su parte, la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, creó la figura de la Junta de Regulación. En este sentido, el artículo 35 establece que le corresponde a la Función Ejecutiva a través de la Junta de Regulación la expedición de normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales.<sup>112</sup>

De esta misma forma, el artículo 42 del Reglamento de aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y control de Poder de Mercado establece que la Junta de Regulación tendrá entre otras facultades, la facultad de expedir actos normativos para la aplicación de la ley en las materias de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica.

En este sentido, mantengo que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado tiene potestad para emitir normas con carácter general pero sólo en cuanto éstas regulen el correcto funcionamiento de las atribuciones que le son propias. Es decir, sólo tendría potestad para emitir normas de carácter general en la medida de que éstas tiendan a la regulación de las atribuciones de vigilancia, auditoría, intervención y control que le son propias.

---

<sup>112</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado. Artículo 35. Registro Oficial Suplemento No. 555 de 13 de octubre de 2011.

La Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, emitida por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, regula entre otras, la subsanación de los daños que hayan producido, produzcan o que puedan producir en el mercado relevante y los consumidores los operadores económicos infractores de la ley. Resulta difícil interpretar que esta regulación sea propia del ejercicio de control que tiene a su cargo la Superintendencia de Control de Poder de Mercado y que en tal sentido la Superintendencia está facultada constitucional y legalmente para emitir dicha resolución.

La atribución de emitir este tipo de resoluciones le correspondería a la Junta de Regulación, que como vimos tiene la facultad de expedir actos normativos para la aplicación de la ley en materias de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica, bajo el entendimiento de que las subsanaciones proceden justamente cuando los actores económicos incurren en las conductas antes descritas.

En este sentido, la Resolución No. SCPM – DS – 029 – 2015, vulnera el principio de legalidad contenido en el artículo 226 de la Constitución, en la medida de que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, emitió una resolución por fuera del rango de sus competencias.

Por lo tanto, además de todas las irregularidades de fondo que tiene la Resolución No. SCPM- DS – 029 – 2015 y que hemos descrito a lo largo de la presente

disertación, tal resolución debería ser declarada como inconstitucional por ser violatoria al principio de legalidad previsto en el artículo 226 de la Constitución

#### **CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES**

En consideración de lo expuesto en el trabajo de investigación, he podido arribar a las siguientes conclusiones:

1. El régimen de reparación de daños, se presenta como una consecuencia del derecho administrativo sancionador. Aunque la obligación de reparar los daños pueda entenderse como una consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (incluso en el caso de los compromisos de cese), se trata de instituciones de contenido sustancialmente diverso. La indemnización por daños tiene como principal objeto y finalidad reparar al sujeto afectado por los daños que ha soportado, mientras que la sanción administrativa tiene por finalidad reprimir la conducta de los operadores económicos. En ambos casos se podría sostener, desde la teoría de la responsabilidad, que cumplen funciones preventivas dentro del sistema en la medida en que evitan, ya sea por

vía de las medidas de reparación o de la sanción, la ocurrencia futura de similares conductas.

2. La Superintendencia de Control de Poder de Mercado, en ejercicio de su potestad de autotutela administrativa, podría fijar montos por concepto de indemnizaciones a cargo de los operadores económicos, por daños provocados a bienes jurídicos cuya titularidad le corresponde al Estado como sujeto de derechos.

3. Por otra parte, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado no podría determinar medidas de reparación por daños en contra de los operadores económicos cuando éstos con sus actos u omisiones vulneran bienes jurídicos cuya titularidad no le corresponda al Estado (y le corresponda, más bien, su garantía y protección). Este es el caso de los daños irrogados en el mercado relevante y los consumidores en la medida de que la titularidad del bien jurídico precautelado le corresponde a la sociedad en general (mercado) o a un conjunto de individuos en similar situación jurídica (consumidores).

4. El elemento más importante de la responsabilidad extracontractual es el daño irrogado. El daño para ser comprendido como elemento de la responsabilidad extracontractual debe ser cierto y determinado, si el titular del derecho no es un individuo o un grupo de individuos en específico, el daño irrogado tampoco podría ser determinado. En



la práctica la Superintendencia de Control de Poder de Mercado mal podría fijar montos por concepto de daños cuando ni el individuo ni el daño se encuentran individualizados.

5. Los métodos de cálculo para la cuantificación de los daños regulados por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado no cumplen con el propósito de la reparación, esto es la restitución integral del afectado a la situación en la que se hallaba con anterioridad a la ocurrencia del daño. En efecto, no son métodos que determinan la diferencia que existe entre la situación que tenía el sujeto afectado antes de producido el daño y la situación que tenía el sujeto afectado una vez irrogado el daño. El volumen de negocios del operador económico y la fecha de presentación de la propuesta de cese, como presupuestos para calcular el daño no cumplen tal propósito al no tener relación alguna con la afectación producida. Se podría producir un enriquecimiento o, en su defecto, un empobrecimiento sin causa.

6. Bajo el actual procedimiento sancionador previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, las mal llamadas subsanaciones por los daños irrogados en el mercado relevante y en los consumidores no tienen una finalidad indemnizatoria, tampoco podría afirmar que constituyen mecanismos de sanción.

7. Al amparo de la sección segunda del capítulo sexto de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, las sanciones impuestas por incurrir en

prohibiciones o ejecución de acciones u omisiones tipificadas como infracciones por la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, sólo proceden luego de que la autoridad competente declara el cometimiento de una infracción; no sucede esto en el procedimiento de cesación de las conductas anticompetitivas en donde el operador económico se compromete a cesar la conducta objeto de investigación, sin que la Autoridad Administrativa resuelva en primera instancia sobre la conducta investigada. En este sentido mal podríamos afirmar que las subsanaciones previstas constituyen sanciones.

8. El propósito de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado es procurar la colaboración de los operadores económicos en el desmantelamiento del cometimiento de infracciones, cuando existen más de un operador económico implicado en la ejecución de la infracción, de esta forma, se recomienda que el Asambleísta prevea figuras jurídicas idóneas que tiendan a la cooperación de los infractores. Una de las posibles medidas es la implementación de sanciones atenuadas para aquellos operadores económicos infractores que colaboren y presenten medidas correctivas durante el procedimiento de investigación en fase administrativa.

9. Se concluye que la Superintendencia de Control de Poder de Mercado no podría determinar indemnizaciones por daños en contra de los operadores económicos por daños irrogados al mercado y a los consumidores, por las siguientes razones: 1. En la práctica no es factible cuantificar los daños, cuando los efectos producidos por el

cometimiento de la infracción no son determinados, esto, en la medida de que los sujetos afectados no son individualizados; y, 2. No se pueden cuantificar los daños tomando como parámetro de cálculo el % de volumen de negocios del operador económico y el tiempo transcurrido desde el inicio de la investigación hasta la fecha de presentación del compromiso de cese, en la medida de que son conceptos totalmente ajenos al daño causado. La cuantificación del daño patrimonial, debe responder a una valoración de lo que real y efectivamente se produjo como efecto dañoso en la víctima.

10. Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicios por prácticas anticompetitivas sí tienen mecanismos legales que les permiten resarcirse por los daños irrogados; el artículo 71 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado prevé el ejercicio de la acción de resarcimiento de daños conforme a las normas del derecho común. Sin embargo, la cuantificación del daño en asuntos de competencia no es una tarea fácil, en especial cuando se trata de cuantificar el lucro cesante; considero que la Junta de Regulación en ejercicio de su potestad normativa podría expedir métodos que permitan cuantificar el daño que real y efectivamente se produjo en la víctima en asuntos de competencia, caso similar se presenta en la Comisión Europea de la Unión Europea, la cual en ejercicio de sus atribuciones ha emitido una guía práctica para cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículo 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que regula las prácticas anticompetitivas.

## BIBLIOGRAFÍA

Andrade Narváez, Fabián. *Responsabilidad Civil Extracontractual por Daños Originados en Conductas Anticompetitivas en el Ecuador. (Obra sin publicar)*

Albán, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales S.A., 2011.

Álvarez, Juan. *Las Sanciones Tributarias frente a sus Límites Constitucionales*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004.

Banaloché, Julio. *Guía Prácticas de Sanciones Tributarias*. Madrid: Editorial La Ley, 2005.

Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 1era ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998.

Castro Marcela. “La Responsabilidad Civil Objetiva: Componente Indispensable para la Modernización del Derecho de Daños”. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI* (2010).

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ta ed. Montevideo: IB de F, 2007.

Dromi, Roberto. *Competencia y Monopolio*. 1ra ed. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.

Echeverri, Álvaro. *Responsabilidad Civil y Negocio Jurídico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2013.

Gómez Manuel y Sanz Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador*. 3era ed. Navarra: Editorial Aranzadi, SA, 2013.

González Santiago, Ibáñez Varas. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1era ed. Navarra: Editorial Aranzadi SA, 2008.

Llamas Eugenio. “Formas de Reparación del Daño”. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI* (2010).

Loor, Ángel. *Manual de Derecho Penal Tributario*. Quito: Impresores MYL S.A., 2003.

Maldonado, Juan Ignacio. “La Autotutela de la Administración y la Tutela Efectiva de Derechos de los Contribuyentes en los Procedimientos Administrativos Tributarios”. *I Jornadas Jurídicas Tributarias*.

Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5ta ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1998.

Martínez, Gilberto. *Responsabilidad Civil Extracontractual*. 10ma ed. Bogotá: Temis, 1998.

Martínez, Santiago. *El Derecho de la Competencia y los Jueces*. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

Monroy Gálvez, Juan. Introducción al Proceso Civil – Tomo I.

<https://framjurid.files.wordpress.com/2014/04/introduccion-al-proceso-civil-juan-monroygalvez.pdf> (acceso 14/10/2015).

Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5ta ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1993.

Reaño, Johanna. <http://proiure.org.pe/articulos/JRR2.pdf> (acceso 17/10/2015)

Rey Rosa, Rinesi Antonio. “La cuantificación del daño. Sus implicaciones.” *Revista de Derecho de Daños (2001)*

Spisso, Rodolfo. *Derecho Constitucional Tributario*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2000.

Varas, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1era ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2008.

Velandia, Mauricio. *Derecho de la Competencia y Consumo*. 2da ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Zannoni Eduardo. “Significado y Alcance de la Cuantificación del Daño.” *Revista de Derecho de Daños (2001)*.

## **PLEXO NORMATIVO**

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley Orgánica de Control y Poder de Mercado. Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.

Resolución No. SCPM-DS-029-2015. Registro Oficial No.515 de 04 de junio de 2015.