

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica –SCE-
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia –CRPI-
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-005-2023
- **Expediente Apelación:** SCE-INJ-2-2023
- **Apelante:** CONTECON GUAYAQUIL S.A.

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA¹.- Quito, DM, 06 de julio 2023, a las 14h30.- **VISTOS.**- Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de máxima autoridad de esta Superintendencia de Competencia Económica –SCE-, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, modificada mediante acción de personal No. SCE-INAF-DNATH-2023-074-A de 30 de junio de 2023, cuyas copias certificadas se agregan al expediente, **AVOCO** conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico CONTECON GUAYAQUIL S.A., en contra de la Resolución de 15 de mayo de 2023, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI-, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-005-2023; en uso de mis facultades legales, dispongo:

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

SEGUNDO.- DISPOSICIONES GENERALES.- a) Abrir un expediente por cuenta separada para la sustanciación de la presente impugnación, el mismo que llevará su propia foliatura; b) Al presente expediente se le otorgó mediante Sistema de Gestión Procesal, el número SCE-INJ-2-2023.-

¹ Mediante “Ley Orgánica Reformatoria de diversos cuerpos legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 311, en su Disposición Reformatoria Segunda, se sustituyó en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la denominación: “Superintendencia de Control del Poder de Mercado” por: “Superintendencia de Competencia Económica”, sin que se altere la validez y vigencia del nombramiento de la máxima autoridad, su estructura o competencia, particular que sin embargo constituirse de conocimiento público por su publicación en el registro oficial, se deja expuesto.

TERCERO.- AGREGACIÓN DOCUMENTAL.- Agréguese al expediente el memorando SCPM-CRPI-2023-110 de 30 de junio de 2023 y anexos, suscrito de manera ológrafa por la abogada Verónica Vaca Cifuentes, Experta de Resolución en Primera Instancia de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, quien indica que: *“En cumplimiento a lo dispuesto en los numerales TERCERO, CUARTO y QUINTO de la providencia suscrita y expedida por el Pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente No. SCPM-CRPI-5-2023 el 29 de junio de 2023, las 16h41 [...] cumplo con ELEVAR a su conocimiento el Recurso de Apelación, presentado por el operador económico CONTECON GUAYAQUIL S.A., PONER a su expediente No. SCPM-CRPI-005-2023”*; documentación remitida electrónicamente el 30 de junio de 2023, mediante Sistema de Gestión Procesal, con número de trámite ID. 202303190; constando como anexos: **1.-** Versión pública de la Resolución de 15 de mayo de 2023, suscrita electrónicamente, por el órgano de resolución dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-005-2023; **2.-** Copia certificada del Recurso de Apelación, signado con el número de trámite ID 202303126.-

CUARTO.- ADMISIBILIDAD.- Previo al análisis conforme lo establecido en el numeral 2 del artículo 44 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], en concordancia con el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa [IGPA], y puesto que, de la revisión del acto administrativo impugnado se observa que el operador económico CONTECON GUAYAQUIL S.A., no es parte procesal dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-005-2023, en el cual se resolvió autorizar la operación de la concentración económica a nivel internacional que consiste en la adquisición por parte del operador económico HAPAG-Lloyd AG, de todas las acciones emitidas y en circulación de Saam Ports, S.A., Saam Logistics S.A., esta transacción abarca la filial ecuatoriana Terminal Portuario de Guayaquil INARPI S.A., y su subsidiaria de Transportes TPG S.A.; por tanto, es necesario realizar las siguientes consideraciones de orden legal:

a) Respecto a la normativa aplicable se expone: **i.** La LORCPM referente a las concentraciones económicas señala: *“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es [...] el control y regulación de las operaciones de concentración económica [...], buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”*; *“Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos (...)”*; *“Art. 15.- Control y regulación de concentración económica.- Las operaciones de concentración económica que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección serán examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas por la Superintendencia de Competencia Económica (...)”*; *“Art. 16.- Notificación de concentración.- Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa establecido en esta Ley, los operadores económicos involucrados en operaciones de concentración, horizontales o verticales, que se realicen en cualquier ámbito de la actividad económica (...)”*; **ii.** El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [RLORCPM] determina: *“Art. 19.- Obligación de notificar.- La notificación de una operación de concentración económica será realizada: 1. Por el absorbente en caso de fusión entre empresas u operadores económicos. 2. Por el operador económico al que se le transferirá la totalidad de los efectos de un comerciante. 3. Por el operador económico que va a adquirir la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda de conformidad a lo establecido en el literal c) del artículo 14 de la Ley. 4.*

Por el operador económico cuyos miembros del órgano de administración, ya sea uno o todos ellos, pasarán a formar parte también de los órganos de administración de otro operador económico. 5. Por el operador económico al que se le transferirán los activos de otro operador económico o que adquirirá el control sobre la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de conformidad a lo señalado en el literal e) del artículo 14 de la Ley [...]; **iii.** El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa detalla: “**Art. 3.- LINEAMIENTOS FORMALES Y FUNDAMENTALES PARA LA GESTIÓN PROCESAL.-** En la gestión procesal se deberá observar lo siguiente [...] 10. LEGÍTIMO INTERÉS.- El interés legítimo debe ser demostrado por la parte y calificado como tal por la autoridad; [...] 21. PARTE DIRECTAMENTE INVOLUCRADA.- Se entiende por "parte directamente involucrada, parte involucrada o simplemente parte", a aquellos operadores económicos que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: el que ha interpuesto una denuncia, los obligados a presentar explicaciones, y respecto de quienes se ha resuelto el inicio de un procedimiento de investigación [...]”; **iv.** El Código Orgánico Administrativo [COA] respecto al tema objeto de análisis impone: “**Art. 149.- Persona interesada.** Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que: 1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho. 2. Invoque derechos subjetivos o acredite intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que adopte en el procedimiento. 3. Acredite ser titular de derechos o intereses legítimos de las asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos y comparezca al procedimiento ante de la adopción de la resolución. (...) El interés legítimo invocado, individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro”.

b) Del Interés Legítimo: Tratando este tema el profesor Agustín Gordillo ha dicho: “[...] En la práctica es así posible que el interés legítimo se transforme en el primer círculo de afectados por el acto, con tutela administrativa pero usualmente no judicial en el orden nacional [...] Una cuestión es determinar quiénes pueden ser partes en el procedimiento administrativo, esto es, tienen capacidad o aptitud legal para serlo; otra, las condiciones que se requieren para que uno de los sujetos mencionados pueda ser tenido como parte “interesada” en un procedimiento determinado [...] reviste mayor importancia a los efectos de la legitimación en el procedimiento administrativo, la distinción entre el interés legítimo y el interés simple, pues aquí las vías de recurso se abren. Cuando existe un interés legítimo proceden todos los recursos: Jerárquico, reconsideración, etc. Cuando se invoca un interés simple, tales recursos no proceden y tan sólo pueden interponerse denuncias. Desde un punto de vista práctico, la cuestión de la legitimación en el procedimiento administrativo se centra en determinar si hay solamente interés simple; interesa menos precisar si se trata de un derecho subjetivo o de un interés legítimo. [...] Debe distinguirse el interés legítimo lesionado que habilita a una persona a ser parte recurrente o impugnante en un procedimiento administrativo o judicial, de la ilegitimidad de la conducta misma que se impugna. Una cosa es la infracción al ordenamiento que el acto tenga y otra los efectos que ocasiona a quienes sean afectados. Puedo estar afectado y tener legitimación (standing) para impugnar, pero puede ser legítima la conducta en cuestión y no tener yo derecho a su cese, aunque sí a tramitar esa petición que será denegada en cuanto al fondo, no a la forma para pedirlo. [...] La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está en que en el interés simple el interés es común a todos los

habitantes, mientras que en el interés legítimo debe pertenecer a “una categoría definida y limitada” de individuos [...]”²

c) De la persona interesada: el Código Orgánico Administrativo expone: “**Art. 149.- Persona interesada.** Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que: 1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho. 2. Invoque derechos subjetivos o acredite intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que adopte en el procedimiento. 3. Acredite ser titular de derechos o intereses legítimos de las asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos y comparezca al procedimiento ante de la adopción de la resolución. (...) El interés legítimo invocado, individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro” (el resaltado no corresponde al texto original).

d) Naturaleza del procedimiento: Conforme se determina de la revisión del acto administrativo impugnado, el Expediente Administrativo SCPM-CRPI-005-2023 corresponde a la sustanciación y tramitación de una notificación obligatoria de operación de concentración económica notificada por el operador económico HAPAG-Lloyd AG.

e) Consideraciones: En línea de lo marcado podemos señalar que:

- i.** El procedimiento dentro del cual se autorizó la concentración económica detallada, es de aquellos que no guardan carácter de contradicción entre particulares, pues corresponde a la potestad de vigilancia *ex ante* de este organismo técnico de control, con la cual la administración analiza los posibles efectos que una determinada operación de concentración económica pudiese causar en el mercado; en este contexto, el trámite responde esencialmente a la participación del operador económico notificante y a la Autoridad Administrativa (SCE).
- ii.** Entendido que, entre el interés general y el interés legítimo; el primero como aquel que incumbe a todos los ciudadanos, pero que no necesariamente se ven afectados por una decisión de autoridad pública y siéndolo no cuentan con la capacidad legal de objetarlos; y, el segundo (interés legítimo) traducido como el afán en la defensa de un derecho alegado o pretendido, no un derecho subjetivo pero si directo e individual, cuya titularidad habilita la calidad para intervenir en un proceso con el fin de exigir el respeto del derecho.
- iii.** Es importante referir que el derecho a impugnar las actuaciones de la Administración Pública no se trata de una garantía ambigua ni absoluta, pues si bien el numeral 7 literal m) del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho de “[r]ecurrir el fallo o resolución en todos los

² Agustín Gordillo, “La Defensa del Usuario y del Administrado”; https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo4.pdf

procedimientos [...]”, también señala con claridad que efectivamente la decisión que se impugna “decida sobre sus derechos”.

- iv. Adicionalmente, se observa que existe un elemento concordante, el hecho de que, para que se acredite el interés legítimo los resultados del procedimiento o la decisión administrativa deben causar un daño a los derechos o intereses del tercero; elemento que claramente se encuentra recogido en el numeral 2 del artículo 149 del COA, así, parte de la acreditación del interés legítimo es la justificación de la afectación que este recibiría con la decisión de la administración.
- v. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, prevé que en el régimen de competencia, el “interés legítimo” posibilita la presentación de denuncias en la institución³, esta característica debe ser real y verificable⁴.
- vi. El artículo 149 del COA especifica quien tiene calidad de persona interesada, es decir, aquella a la cual: **1.** La administración le ha dirigido el acto administrativo; **2.** Quien impulse el proceso como titular de derechos individuales o colectivos; **3.** Quien invoque derechos que puedan verse afectados por una decisión; y, **4.** Quien acredite titularidad de derechos de agrupaciones. Es decir, lo que prima es la titularidad del derecho; se debe considerar además que, el Código Orgánico Administrativo es claro en señalar que el interés debe ser invocado y no puede ser hipotético, potencial o futuro, por lo que debe ser verificable la calidad.

Conforme el detalle normativo y doctrinario, se deja expuesto que, tal como dispone la LORCPM, constituye operación de concentración económica el cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, operación que debe ser examinada, regulada, controlada y, de ser el caso, intervenida o sancionada por la Superintendencia de Competencia Económica⁵, evitando la creación de condiciones que afecten al mercado y sí estas se verifican dictando medidas de remedio para corregir estas secuelas dañinas a la generalidad⁶.

De la lectura de la Resolución de 15 de mayo de 2023, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-005-2023, se evidencia que el operador económico CONTECON GUAYAQUIL S.A., ha participado en el expediente administrativo expresando sus preocupaciones, basado en el interés general que

³ LORCPM.- “Art. 53.- Inicio.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo (...)”

⁴ IGP.- “Art. 3.- LINEAMIENTOS FORMALES Y FUNDAMENTALES PARA LA GESTIÓN PROCESAL.- En la gestión procesal se deberá observar lo siguiente (...) 10. LEGÍTIMO INTERÉS.- El interés legítimo debe ser demostrado por la parte y calificado como tal por la autoridad (...)”

⁵ LORCPM.- “Art. 14.- Operaciones de concentración económica.- A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos (...)”;

⁶ RLCORCPM.- “Art. 27.- Resolución (...) De haberse producido efectos económicos, en la misma resolución, la Superintendencia impondrá las medidas de desconcentración, o medidas correctivas necesarias para revertir dichos efectos, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar (...)”

revise la operación económica, mismas que han sido atendidas por el órgano de investigación y revisadas por el órgano de resolución, concordando en la inexistencia de evidencia suficiente, que permita presumir la afectación del mercado, en razón de la concentración económica.

En este sentido, es necesario referir que para la configuración de los presupuestos del numeral 2 del artículo 149 del COA; y, que un tercero sea considerado como “persona interesada” se requiere que sus derechos o interés legítimos puedan resultar afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento; sin embargo, como se ha expuesto, el proceso de aprobación de una concentración económica no existe controversia, *ergo* no existen legitimados para intervenir, más allá del notificante y la autoridad de control.

Por lo dicho, esta autoridad considera que la calidad de tercero interesado contemplada en la norma supletoria –COA- no es aplicable en procedimientos de notificación obligatoria de concentración económica, en razón de lo cual, no existe legitimación en la causa que faculte al operador económico CONTECON GUAYAQUIL S.A., para accionar el presente Recurso de Apelación.

DECISIÓN.-

En virtud del análisis realizado, y de conformidad con el artículo 67 de la LORCPM, en concordancia con el 149 del COA (norma supletoria), se **INADMITE** a trámite el recurso de apelación interpuesto por el operador económico CONTECON GUAYAQUIL S.A., en contra de la Resolución de 15 de mayo de 2023, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-005-2023.-

QUINTO.- De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “*Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Competencia Económica, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones*”; notifíquese con el presente auto a: **i)** Al operador económico **CONTECON GUAYAQUIL S.A.**, en el casillero judicial 1839 del Palacio de Justicia de la ciudad de Quito y en los correos electrónicos: [drobalino@robalinolaw.com](mailto:drobolino@robalinolaw.com), jrobalino@robalinolaw.com, jduque@robalinolaw.com, evelasco@robalinolaw.com, mwillavicencio@robalinolaw.com y competencia@robalinolaw.com; **ii)** A los operadores económicos **HAPAG-LLOYD Aktiengesellschaft**, en los correos electrónicos: jrbc@bustamantefabara.com, kirinag@bustamantefabara.com, así como el casillero judicial 259 y **iii)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

SEXTO.- Actúe en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Andrea Cherez, quien acepta la designación y firma de manera conjunta.-
CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-



**Superintendencia
de Competencia
Económica**

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

**Abg. Andrea Cherrez
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**