

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-035-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 27 de julio de 2020, 13h55.

Comisionado Sustanciador: Mgs. Jaime Lara Izurieta

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de junio de 2020, se designó al abogado Omar Poma secretaria Ad-hoc de la CRPI.

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia de conformidad con lo determinado en los numerales 2 y 4 y último inciso del artículo 38, artículo 48, artículo 50 y literal c) del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), es competente para sustanciar y resolver en primera instancia la aplicación de multas coercitivas, por el incumplimiento de requerimientos o acuerdos solicitados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “SCPM”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [5] El procedimiento es el determinado en la Sección Segunda del Capítulo X del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, norma común aplicable a los procedimientos del artículo 105 del RLOCPM.

3. IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO

- [6] El operador económico requerido para las medidas coercitivas bajo la solicitud de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado,

Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”), es **MERCATII S.A. MECATTISA** (en adelante “**MERCATTISA**”), con número de RUC 0992489839001.¹

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES

- [7] La Resolución de 23 de diciembre de 2019 a las 13h10, mediante la cual la CRPI resolvió:

“(…)

SEGUNDO.- DECLARAR al operador económico **MERCATTISA**, como incumplido por no encontrar justificativos válidos para el incumplimiento de los artículos 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y del literal c del artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

TERCERO.- CONCEDER bajo apercibimiento, nuevo plazo al señor **CHRISTIAN ULICH PEÑA**, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico **MERCATTISA** a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio el día 02 de enero de 2020 a las 12h00 en las instalaciones de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en la SCPM.

CUARTO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución.

(…)”

- [8] El escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA**, el 02 de enero de 2020, mediante el cual solicita nueva día y hora para cumplir con lo dispuesto por la CRPI en Resolución de 23 de diciembre de 2019 a las 13h10.
- [9] El Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-003, emitido por la INICAPMAPR, el 03 de enero de 2020, señalando que el operador económico **MERCATTISA**, ha incumplido con lo determinado en la Resolución de 23 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.
- [10] La Providencia de 08 de enero de 2020 a las 16h30, con la cual la CRPI concede al operador económico **MERCATTISA**, una nueva fecha para su comparecencia.

¹ Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros,
https://apps.cysmovil.supercompanias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=125405&ti po=1, consultado el 17 de Julio de 2020.

- [11] El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-062 de 17 de enero de 2020, mediante el cual la INICAPMAPR remite la razón de comparecencia del operador económico **MERCATTISA**, conforme la disposición realizada por la CRPI.
- [12] La razón de 13 de enero de 2020 sentada por el Analista de Acuerdos y Prácticas Restrictivas 2 de la INICAPMAPR, respecto de la comparecencia del operador económico **MERCATTISA**, conforme la disposición realizada por la CRPI.
- [13] El Oficio NAC-PLIOGEB20-00000043 de 26 de mayo de 2020, signado bajo Id 162385, mediante el cual el Servicio de Rentas Internas (en adelante “SRI”), remitió a la CRPI la información solicitada mediante providencia de 08 de enero de 2020.
- [14] El Acta de Confidencialidad de 26 de mayo de 2020 firmada por el Presidente de la CRPI, mediante la cual se compromete a guardar confidencialidad sobre la información entregada por el SRI.
- [15] La Providencia de 20 de julio de 2020 a las 11h05, mediante la cual la CRPI dispone:

“PRIMERO.- AGREGAR al expediente en su parte reservada:

(i) El Oficio NAC-PLIOGEB20-00000043 de 26 de mayo de 2020, signado bajo Id 162385, mediante el cual el SRI remitió a la CRPI, como anexos, la información solicitada mediante providencia de 08 de enero de 2020.

(ii) El Acta de Confidencialidad de 26 de mayo de 2020 firmada por el Presidente de la CRPI, mediante la cual se compromete a guardar confidencialidad sobre la información entregada por el SRI.

SEGUNDO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial los anexos remitidos por el SRI mediante el Oficio NAC-PLIOGEB20-00000043 de 26 de mayo de 2020, signado bajo Id 162385. El secretario Ad – hoc de la CRPI deberá realizar el extracto no confidencial de la presente información y correr traslado del mismo al operador económico.

TERCERO.- LEVANTAR la suspensión dispuesta mediante la providencia de 04 de enero de 2020 expedida a las 16h00.

CUARTO.- NOTIFICAR al operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA** y a la INICAPMAPR.”

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

5.1. Constitución de la República del Ecuador

- [16] El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece las garantías básicas en el marco del derecho al debido proceso:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...)

7) El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

(...)

b) Contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

(...)”

5.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

- [17] El artículo 38 en sus numerales 2 y 4, artículo 48 y artículo 49 en el numeral 2, de la LORCPM contemplan la obligación de colaboración que tienen los diferentes agentes económicos involucrados con la SCPM, así:

“Art.38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones:

2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley.

(...)

4. Celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciantes, perjudicados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.

(...)”

“Art.48.- Normas generales.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del



procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.”

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

(...)

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

(...)”

[18] Asimismo el artículo 85 en su literal c) establece las multas sancionadoras:

“Art. 85.- Multas coercitivas.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, independientemente de las multas sancionadoras y sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de éstas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 200 (doscientos) Remuneraciones Básicas Unificadas al día con el fin de obligarlas:

(...)

c. Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución, requerimiento o acuerdo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

(...)”

5.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

- [19] El artículo 105 en el literal c) del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), establece las disposiciones reglamentarias por las cuales la CRPI podría imponer multas coercitivas:

“Art. 105.- Multas coercitivas.- En aplicación del artículo 85 de la ley, el órgano de sustanciación y resolución podrá imponer a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general multas coercitivas de hasta 200 (doscientas) Remuneraciones Básicas Unificadas al día, cuando:

(...)

c) Se ha dejado de cumplir lo ordenado en resoluciones, requerimientos o acuerdos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

(...)”

- [20] El artículo 106 del RLORCPM declara el incumplimiento, así como la obligatoriedad de cumplir con lo resuelto por la autoridad competente:

“Art. 106.- Declaratoria de incumplimiento.- Previo informe del órgano competente que determine que existe incumplimiento de una obligación contemplada en el artículo precedente, el órgano de sustanciación y resolución emitirá una resolución que declare el incumplimiento y requerirá su cumplimiento en el plazo que determine en su resolución.”

5.4. Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SPCM

- [21] El artículo 45 literal c) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante “Instructivo”), establece:

“Art. 45.- Procedimiento de la declaración o testimonio.- Para la declaración o testimonio que deban receptar las Intendencias a los representantes legales y otros empleados de los operadores económicos con el fin de obtener información directa, se tomarán en consideración los siguientes parámetros:

(...)

c) Si quien ha sido requerido para rendir su testimonio no asistiere el día y hora señalados, el Intendente o la CRPI insistirá en el acatamiento de su disposición para lo cual, luego de haberse sentado la razón respectiva, mediante providencia y bajo prevenciones legales, por falta de colaboración, señalará nuevos día y hora para la realización de la diligencia. Si el requerido no asistiere en el segundo señalamiento, de ser el caso, se aplicará la multa



coercitiva prevista en el artículo 85 literal c) de la LORCPM; sin perjuicio de la adopción de otras medidas de ejecución forzosa, según lo dispuesto en el artículo 38 No. 4 IBIDEM.

(...)”

[22] El artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de SCPM, señala:

“Art. 78.- Disposición común sobre multas coercitivas.- Para la imposición de la multa coercitiva se observará el siguiente procedimiento:

- 1. La CRPI una vez recibido el Informe de incumplimiento emitido por la Intendencia emitirá en el término de un (1) día, la correspondiente providencia, avocando conocimiento, disponiendo la apertura de un expediente independiente; y notificará al Operador Económico con el informe de Incumplimiento para que en el término de tres (3) días ejerza su derecho a la defensa y presente sus observaciones respecto al informe;*
- 2. Con o sin la contestación y una vez transcurrido el término de tres (3) días, la CRPI de ser el caso y de no encontrar justificativos válidos emitirá la resolución en la que se declare al operador económico como incumplido; se le concederá, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el mismo que deberá ser proporcional al requerimiento; y dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución;*

(...)” (subrayado por fuera de texto)

6. DE LA CALIFICACION JURÍDICA DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUERIMIENTO DE LA SCPM

[23] Mediante Resolución de 23 de diciembre de 2019 a las 13h10, la CRPI resolvió declarar al operador económico **MERCATTISA** como incumplido; así mismo conceder bajo apercibimiento, nuevo plazo al señor **CHRISTIAN ULICH PEÑA**, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico **MERCATTISA**, para que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio el día 02 de enero de 2020 a las 12h00 en las instalaciones de la SCPM.

[24] El escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA**, el 02 de enero de 2020, mediante el cual solicita se conceda nueva fecha y hora para el cumplimiento de la diligencia, de acuerdo a lo determinado por la CRPI en Resolución de 23 de diciembre de 2019 a las 13h10; así:



“Como consecuencia del extenso feriado decretado por el Gobierno Nacional, me resultó imposible trasladarme el día de hoy a la ciudad de Quito D.M., a fin de cumplir con lo determinado en el numeral tercero del impulso contenido en el expediente No. SCPM-CRPI-035-2019.

En razón de lo expuesto, le solicito que se señale a la brevedad un nuevo día y hora para cumplir con la diligencia ordenada. Así mismo, solicito que la referida diligencia sea receptada mediante videoconferencia en sus oficinas ubicadas en la ciudad de Guayaquil, toda vez, que este es el domicilio de mi representada.”

- [25] El Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-003, emitido por la INICAPMAPR, el 03 de enero de 2020, señalando que el operador económico **MERCATTISA**, ha incumplido con lo determinado en la Resolución de 23 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI, señalando las siguientes conclusiones:

“5. CONCLUSIONES

5.1. El señor Christian Ulich Peña, en su calidad de Gerente General, del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., sin justificación alguna no compareció a rendir su testimonio acorde a lo dispuesto por la autoridad.

5.2. El señor Christian Ulich Peña, en su calidad de Gerente General, del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA., no dio cumplimiento a la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, incumpliendo con ello el literal c del artículo 85 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”

- [26] Con Providencia de 08 de enero de 2020 la CRPI a las 16h30, dispuso:

“(…)

TERCERO.- CONCEDER al operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA**, a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio el día 13 de enero de 2020 a las 11h00, en las instalaciones de la Intendencia Regional Guayaquil de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ubicadas en la Av. Francisco de Orellana World Trade Center Torre B piso 3, la cual se realizará mediante video conferencia.

(…)”



- [27] Con Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-062 de 17 de enero de 2020, la INICAPMAPR remite la razón de comparecencia del operador económico **MERCATTISA**, conforme la disposición realizada por la CRPI.
- [28] El 13 de enero de 2020 el Analista de Acuerdos y Prácticas Restrictivas 2 de la INICAPMAPR, sienta la razón de comparecencia del operador económico **MERCATTISA**, conforme la disposición realizada por la CRPI, así:

“Siento por tal que, a los 13 días del mes de enero de 2020, dando cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia de 08 de enero de 2020 a las 16h30, dictada dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-035-2019, por la cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dispuso: “[...] TERCERO.- CONCEDER al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su testimonio el día 13 de enero de 2020 a las 11h00, en las instalaciones de la Intendencia Regional Guayaquil de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ubicadas en la Av. Francisco de Orellana y Justino Cornejo, Sector Kennedy Norte. Complejo Inmobiliario World Trade Center, torre B piso 3, la cual se realizará mediante video conferencia [...]”, el operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, compareció a la diligencia en lugar, fecha y hora dispuestas.

*Para los fines pertinentes, se deja sentado que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR), se **inhibió de cumplir lo ordenado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, bajo las siguientes consideraciones:***

- *Mediante providencia de 17 de octubre de 2019 a las 16h30, la INICAPMAPR dispuso la prórroga del término probatorio del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018, por treinta (30) días adicionales, contados a partir del fenecimiento del término inicial, aperturado mediante providencia de 24 de julio de 2019 a las 16h35.*
- *Mediante providencias de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55 y 27 de noviembre de 2019 a 09h35, emitidas dentro del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018, la INICAPMAPR ordenó -encontrándose en el término probatorio prorrogado- se efectúe la diligencia de rendición de testimonio del ciudadano CHRISTIAN ULICH PENA, en su calidad de Gerente General del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA.*
- *Mediante providencia de 05 de diciembre de 2019 a las 15h45, la INICAPMAPR, al amparo de lo mandado en el art, 59 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 69 de su Reglamento de aplicación y el artículo*



8, literal a) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, dio por finalizada la etapa probatoria del expediente administrativo.

- Mediante providencia de 02 de enero de 2020 a las 16h15, esta unidad administrativa, en atención a lo dispuesto en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, agrego al expediente el informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR2020-0001 de 02 de enero de 2020 y ordeno remitir el mismo, junto con el expediente del procedimiento, a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, para su conocimiento y resolución.

De conformidad a lo anterior, en atención a lo dispuesto en providencia de 08 de enero de 2020 a las 16h30, dictada dentro del expediente administrativo N° SCPM-CRPI-035-2019, se deja constancia que, la INICAPMAPR ya no contaba con el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-0014-2018, por lo cual el testimonio carecería de valor probatorio por haber fenecido la etapa de investigación y sustanciación, y las facultades administrativas de la autoridad, caducaron respecto al citado expediente.” (Negrita por fuera de teto).

- [29] De la razón sentada por la INICAPMAPR el 13 de enero de 2020 *ut supra*, se desprende que el operador económico **MERCATTISA**, compareció a la diligencia en el lugar, fecha y hora dispuestos, de acuerdo con la Providencia emitida por la CRPI el 08 de enero de 2020 a las 16h30.
- [30] Por lo tanto, de acuerdo con la razón sentada por la INICAPMAPR, el operador económico **MERCATTISA** cumplió con la comparecencia dispuesta conforme Resolución de 23 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente en su parte reservada lo siguiente:

- i. El Memorando SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-062 de 17 de enero de 2020, mediante el cual la INICAPMAPR remite la razón de comparecencia del operador económico **MERCATTISA S.A. MERCATTISA**, conforme la disposición realizada por la CRPI.
- ii. La razón de 13 de enero de 2020 sentada por el Analista de Acuerdos y Prácticas Restrictivas 2 de la INICAPMAPR, respecto de la comparecencia del operador económico **MERCATTISA S.A. MERCATTISA**, conforme la disposición realizada por la CRPI.



SEGUNDO.- DECLARAR que el operador económico **MERCATTISA S.A. MERCATTISA**, cumplió con lo dispuesto conforme Resolución de 23 de diciembre de 2019 emitida por la CRPI.

TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución al operador económico **MERCATTI S.A. MERCATTISA** y a la Intendencia de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO

Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE