



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-035-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 23 de diciembre de 2019, 13h10.-

Comisionado sustanciador: 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 sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 05 de septiembre de 2019 se designó a la abogada Nathally Sarmiento Vite secretaria Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-121 de 05 de diciembre de 2019, mediante el cual se remite a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0023 emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante "INICAPMAPR").

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [5] A la CRPI le compete conocer y resolver el presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO

- [6] El procedimiento es el determinado en el artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

- [7] El operador económico involucrado es **MERCATTI S.A. MERCATTISA** (en adelante "MERCATTISA").



4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES

- [8] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-2019-121 de 05 de diciembre de 2019.
- [9] El Informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0023, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”).
- [10] La providencia de 09 de diciembre de 2019 a las 17h15, emitida por la CRPI.
- [11] El escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA**, ingresado por medio de Secretaría General de la SCPM el 13 de diciembre de 2019 a las 11h37, en el cual ejerce su derecho a la defensa y presenta sus observaciones respecto del Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023.
- [12] La providencia de 17 de diciembre de 2019 a las 16h50, emitida por la CRPI.
- [13] El escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA**, ingresado por medio de secretaria general de la SCPM el 20 de diciembre de 2019 a las 15h55 con Id. 152544, mediante el cual solicita se tome en cuenta el casillero judicial No. 180 de del Palacio de Justicia de Guayaquil señalado por el operador económico **MERCATTISA**, y ratifica a las actuaciones de la defensa técnica.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

- [14] El artículo 78 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM establece el procedimiento que ha de seguir la CRPI para la imposición de multas coercitivas.

“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;



3. Una vez vencido el término otorgado al operador la Intendencia en el término de un día (1) verificará si se ha dado cumplimiento a lo dispuesto por la Comisión; y, en el término de un (1) día remitirá el informe correspondiente a la CRPI;

4. Recibido el informe, la CRPI en el término de un (1) día emitirá la correspondiente providencia 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;

5. 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 del nuevo plazo otorgado y se le impondrá la multa coercitiva que corresponda conforme a la metodología prevista en el artículo 7 este instructivo;

6. Pese a la implementación de la multa, la comisión en la resolución referida en el numeral anterior, requerirá nuevamente al operador económico concediéndole, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para que cumpla con la obligación; y, dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento de la resolución, para lo cual se observará el procedimiento establecido en los numerales 3, 4, 5 y 6 de este artículo.

En caso que el operador económico persista en el incumplimiento de la disposición emitida por la CRPI, habrá incurrido en reincidencia conforme lo establecido en el artículo 108 del Reglamento de aplicación a la LORCPM; norma que será aplicada por la CRPI hasta que el operador cumpla con su obligación.”

6. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

6.1 Del Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023

- [15] El Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023 determina que el operador económico **MERCATTI S.A.** ha incumplido lo determinado en el artículo 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 exponiendo que:

“3.1. Primera no comparecencia a rendir la versión testimonial

Mediante providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, en su ordinal QUINTO, la autoridad amparada en el artículo 49 numeral 2, y artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, convocó “al señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico MERCATTI S.A., a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su versión testimonial el día lunes 25 de noviembre de 2019 a las 11h00, (...)



La providencia que antecede fue notificada el 20 de noviembre de 2019 a las 12h56, al operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, (...) conforme consta en los medios de verificación que reposan dentro del expediente administrativo (ID 150188). (...)

Constancia de la no realización de la diligencia de versión testimonial

Mediante razón de no realización de la diligencia dispuesta en el ordinal QUINTO de la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 08h55, suscrita por la Abg. Adriana Tapia, Secretaria de Sustanciación ad-hoc, se deja constancia que el señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, Gerente General del operador económico MERCATTISA, no compareció a rendir su versión testimonial, de acuerdo a lo dispuesto por la Autoridad, según consta dentro del presente expediente administrativo (ID 150538)."

"3.2. Segunda no comparecencia de rendir la versión testimonial

A través de providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, la Autoridad en el ordinal QUINTO literal a, agregó la razón de no realización de la diligencia de versión testimonial, y con base a la misma en el literal b, del mismo ordinal, en estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 45 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y amparada en el artículo 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, convocó por segunda ocasión y bajo prevenciones legales: "al señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, en su calidad de Gerente General, y por tanto representante legal del operador económico MERCATTI S.A., a fin de que comparezca conjuntamente con su abogado patrocinador a rendir su versión testimonial el día lunes 02 de diciembre de 2019 a las 08h30, (...)"

La providencia que antecede fue notificada el 27 de noviembre de 2019 a las 17h07, (...) mediante correo electrónico, conforme consta en los medios de verificación que reposan dentro del expediente administrativo (ID 151062).

(...)"

"Constancia de la no realización de la diligencia de versión testimonial

Mediante razón de no realización de la diligencia, dispuesta el ordinal QUINTO de la providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 09h35, (...), se deja constancia que el señor CHRISTIAN ULICH PEÑA, Gerente General del operador económico MERCATTI S.A. MERCATTISA, no compareció a rendir su versión testimonial (...)"

6.2 De las observaciones al Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023

- [16] El operador económico **MERCATTISA** mediante escrito de 13 de diciembre de 2019 a las 11h37, presenta sus observaciones respecto del informe No. SCPM-IGT- INICAPMAPR-2019-0023 de la siguiente manera:



“Que rechazo e impugno el numeral 6 “conclusiones” y el numeral 7 “Recomendaciones” del informe SCPM-IGTI-INICAPMAPR-2019-0023, toda vez, que lo mencionado en los numerales antes indicados son inconstitucionales, contraviniendo expresamente lo determinado en los literales b) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República.

El accionar de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, al pretender obligar a una persona a rendir testimonio, so pena de una multa, es INCONSTITUCIONAL, y no puede ser aceptado bajo ningún concepto.

Solicito no se tome en cuenta el informe SCPM-IGTI-INICAPMAPR-2019-0023, por contravenir lo determinado en la Constitución de la República.”

- [17] El operador económico **MERCTTISA** sustenta sus observaciones al informe emitido por la INICAPMAPR en lo dispuesto por los literales b) y c) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República, que a saber son:

“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.

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

(...)

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.

(...)”

- [18] La INICAPMAPR determina que se ha llamado a rendir testimonio por dos ocasiones a su representante legal y este no ha acudido; al respecto el agente económico **MERCATTISA** fundamenta el presunto incumplimiento manifestando que no ha contado con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, y no ha sido escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. La CRPI no encuentra relación con la justificación planteada por el operador económico **MERCATTISA**, en cuanto la infracción se desenvuelve en que el representante no ha acudido a rendir testimonio donde los llamados a dicha diligencia manifiestan la veracidad de los hechos que conoce.



- [19] El operador económico **MERCATTISA** sustenta sus observaciones al informe emitido por la INICAPMAPR por supuestamente vulnerar derechos constitucionales conforme el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, que a saber son:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

- [20] Por otro lado el artículo 226 de la Constitución de la República establece que las instituciones del Estado, deben actuar dentro de sus competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Se ha verificado que la INICAPMAPR ha realizado los procedimientos establecidos en la LORCPM y en el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.
- [21] La CRPI considera que el escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA**, el 13 de diciembre de 2019 no contiene justificativos suficientes para desestimar lo manifestado en el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0023, toda vez que, no ha presentado documentos que demuestren el no incumplimiento, así como la normativa constitucional invocada no mantiene relación con la contravención a la Ley.
- [22] En virtud de lo expuesto se declara al operador económico **MERCATTISA** como incumplido, bajo apercibimiento, un nuevo plazo para el cumplimiento de las obligaciones, el mismo que será proporcional al requerimiento; y dispondrá a la Intendencia efectúe el seguimiento y verificación del cumplimiento.
- [23] En mérito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente el escrito presentado por el operador económico **MERCATTISA**., ingresado por medio de secretaría general de la SCPM el 20 de diciembre de 2019 a las 15h55 con Id. 152544.

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.

QUINTO.- TOMAR en cuenta el casillero judicial No. 180 del Palacio de Justicia de Guayaquil señalado por el operador económico **MERCATTISA**.

SEXTO.- TOMAR en cuenta la ratificación realizada por el operador económico **MERCATTISA** a su abogado patrocinador Oswaldo B. Florencia Peña.

SÉPTIMO.- NOTIFÍQUESE con la presente Resolución al operador económico, **MERCATTISA** y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de 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



