

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** CRPI
- **Expediente CRPI:** SCPM-CRPI-045-2018
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-006-2019
- **Operador económico:** Oxialfarm Cia. Ltda. y José Gonzalo Apolo Apolo.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 29 de abril de 2019, a las 12h00.- **VISTOS.-** Abogada Verónica Martínez Ortiz, en mi calidad de Intendente General Técnico de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0109-2019-A de 21 de marzo de 2019, y acorde a la delegación conferida por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante providencia de 14 de marzo de 2019 a las 16h50, en conocimiento del presente recurso de apelación interpuesto por el señor Daniel Gonzalo Apolo González en calidad de Representante Legal del operador económico Oxialfarm Cia. Ltda., y el señor José Gonzalo Apolo Apolo, en contra de la Resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) dentro del expediente No. SCPM-CRPI-045-2018; en uso de mis facultades legales, considero:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- En virtud de la delegación conferida por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, quien mediante providencia de 14 de marzo de 2019, a las 16h50, se inhibió del conocimiento del presente recurso de apelación en razón de haber actuado en calidad de Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas en el expediente administrativo SCM-IIAPMAPR-EXP-005-2016, del cual se originan las actuaciones administrativas objeto de la presente impugnación; y dispuso: *“CUARTO: Amparado en el numeral 17 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, deléguese a la abogada Verónica Martínez Ortiz, en calidad de Intendente General Técnico (E), como autoridad competente para conocer y sustanciar el presente Recurso de Apelación.”*; en tal virtud, al amparo de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2 y 17; 65 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), esta Autoridad Administrativa es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado, del cual avoqué conocimiento en providencia de 14 de marzo de 2019, a las 17h15.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que, ésta Autoridad declara la validez del mismo.

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- El artículo 67 de la LORCPM dispone: *“Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. (...)”* (el énfasis me corresponde); bajo este contexto se evidencia que el señor Daniel Gonzalo Apolo González, en calidad de Gerente General del operador económico OXIALFARM CIA. LTDA. (en adelante OXIALFARM) y el señor José Gonzalo Apolo Apolo, mediante escrito de 19 de febrero de 2019, oportunamente interponen recurso de apelación en contra de la Resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, notificada el 22 de enero del mismo año, emitida por la CRPI dentro del expediente No. SCPM-CRPI-0045-2018. Tal resolución constituye un acto administrativo propiamente dicho conforme lo establecido en el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), por ser la expresión jurídica de la voluntad de la administración, que resuelve sobre un tema principal o incidental, generando un efecto directo sobre el administrado, cumpliendo así con la pertinencia del objeto de la impugnación.

CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.- El acto impugnado por los operadores económicos OXIALFARM CIA. LTDA., y José Gonzalo Apolo Apolo, es la Resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, emitida por la CRPI, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-0045-2018, respecto del Recurso de Reposición presentado por los operadores económicos en la que se resuelve: *“1. MODIFICAR el literal b, del numeral 6, constante en la resolución emitida el 14 de septiembre de 2018 a las 16h57, conforme el siguiente texto: b) El cese inmediato de los presuntos acuerdos anticompetitivos. Para el efecto, los operadores económicos OXIALFARM CIA. LTDA. y JOSÉ GONZALO APOLO APOLO realizarán una declaración juramentada ante notario público de manera anual por el lapso de tres años en la que bajo juramento declaren no haber reincidido en conductas anticompetitivas en materia de contratación pública. En caso de que los operadores económicos llegaren a participar de forma individual y simultánea en procedimientos de contratación públicos tipo Subasta Inversa, a excepción de la figura de consorcio o asociación, de conformidad con el artículo 67 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, deberán informar de manera inmediata a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, con la finalidad de que realice el respectivo seguimiento y monitoreo de los procesos en los que participen los mencionados operadores económicos. 2. Las demás disposiciones contenidas en la resolución expedida por esta Comisión el 14 de septiembre de 2018 a las 16h57, se mantienen conforme a su texto original (...)”*.

QUINTO.- SOBRE LA PRETENSIÓN DEL RECURRENTE.- Los operadores económicos OXIALFARM CIA. LTDA., y José Gonzalo Apolo Apolo, en su escrito de

apelación solicitan: *“Revocar a fin de que quede sin efecto lo dispuesto en la Resolución emitida por la CRPI de fecha de 21 de enero de 2019, a las 12h50, notificada el 22 de enero de 2019 dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-045-2018, en todas sus partes resolutivas”*; mismas que se basan en las siguientes argumentaciones: **a)** En cuanto al acápite 5.1.- *“Informe solicitado por la CRPI a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas”*, señala que mediante providencia de 23 de octubre de 2018, a las 16h57, la CRPI solicitó a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante INICAPMAPR), se pronuncie en el término de 5 días respecto del recurso de reposición presentado por el operador económico OXIALFAM Cia. Ltda., con escrito de 17 de octubre de 2018; sin embargo, a pesar de que el operador económico solicitó mediante escritos de 08 de noviembre de 2018 y 3 de diciembre de 2018 copias del referido Informe, la CRPI habría puesto en conocimiento del operador económico el informe en cuestión el 07 de enero de 2019, es decir casi dos meses después de la solicitud; **b)** En cuanto al acápite 5.2.- *“Sobre el numeral 5.9 de la Resolución de 21 de enero de 2019, notificada el 22 de enero de 2019.”*, señala la indebida aplicación de los artículos 158 y 162 del COA por parte de la CRPI, pues conforme lo señalado en la Disposición General Primera de la Ley *“(…) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”*, entre las cuales se encuentra el COA como norma de carácter supletoria, recalcando que el artículo 66 de la Ley de la SCPM es claro y suficiente al prever el plazo de 60 días calendario para resolver el recurso de reposición, los que en el presente caso fenecieron el 18 de diciembre de 2018, por lo que la emisión de la resolución el 21 de enero de 2019 le causa una situación de inseguridad jurídica; **c)** En cuanto al acápite 5.3.- *“Sobre los numeral (sic) 5.1., y 5.2 de la Resolución de 21 de enero de 2019 notificada el 22 de enero de 2019.”*, señala que *“(…) la solicitud de allanamiento fue realizada por el señor Abogado Francisco Riofrio Cueva Secretario Ad-Hoc de Sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a la Fiscalía y no al Juez como manda la norma. En tal virtud, no es posible que la autorización para proceder al allanamiento se obtuvo de la Unidad Judicial, ya que la autorización realmente nunca fue en respuesta del pedido de la Intendencia sino del pedido realizado por la Fiscal de Turno, por ende la Intendencia nunca estuvo legalmente autorizada para realizar el allanamiento.”*; adicionalmente, realiza la siguientes observaciones con respecto a la cadena de custodia: *“Como es de conocimiento general, el COIP fue publicado en el suplemento de registro oficial No. 180 (sic) 10 de febrero de 2014 y de conformidad con su disposición final entró en vigencia en ciento ochenta días posteriores contados a partir de su publicación en el registro oficial es decir en agosto de 2014. (...). De lo expuesto se entiende que cualquier norma o acto regulatorio que contravenga las disposiciones del COIP y que haya sido expedido de manera anterior a la vigencia del precitado código estará expresamente derogada. Consecuentemente y como ha sido alegado a lo largo del proceso la afirmación realizada en la providencia de 17 de febrero de 2016, a las 16h00, en la parte Dispositiva Cuarta,*

numeral 3 sobre la aplicación del “Instructivo especial para la realización de allanamientos e inspecciones dentro de la facultad de investigación y para regular la cadena de custodia”, publicado en el registro oficial 314 de 19 de agosto de 2014, es ilegal ya que el mencionado instructivo además de ser jerárquicamente inferior se encontraba derogado expresamente ya que fue expedido y entró en vigencia el 05 de mayo de 2014, es decir tres meses antes de la entrada en vigencia del COIP que es jerárquicamente superior.”; **d)** En cuanto al acápite 5.4.- “Sobre el numeral 5.3., de la Resolución de 21 de enero de 2019, notificada el 22 de enero de 2019”, señala que “(...) el peritaje realizado dentro del proceso y que ha sido materia de análisis en el presente acápite cumple a cabalidad con la finalidad y contenido de la prueba pericial, por lo que era obligación tanto de la Intendencia como de la CRPI analizarla como elemento probatoria a favor de mis representadas, lo cual no ha hecho, por lo tanto a más de levantar suspicacias evidentemente crea jurídicamente falta de motivación en la Resolución apelada.”; **e)** En cuanto al acápite 5.5.- “Sobre el numeral 5.4., de la Resolución de 21 de enero de 2019, notificada el 22 de enero de 2019”, señala que “(...) la CRPI sostiene que mis representadas tuvieron oportunidad de presentar un Compromiso de Cese para ser beneficiarias de los descuentos respectivos al importe de la multa. No obstante Señor Superintendente al acogernos a un Compromiso de Cese supone la aceptación de una conducta o comportamiento ilegal a la luz de LORCPM.”; **f)** En cuanto al acápite 5.6.- “Sobre el numeral 5.5., de la Resolución de 21 de enero de 2019, notificada el 22 de enero de 2019”, señala que “(...) nos ratificamos en lo expuesto en los numerales 5.1.3 y 5.1.4 de nuestro escrito de reposición presentado el 17 de octubre de 2018 a las 15h07 (...)”, esto es: “(...) es claro que el enviar una copia de la resolución a la Contraloría General del Estado para que actué dentro de sus competencias, simplemente es duplicar procesos y sanciones contra mis procesadas que ya han sido procesadas y sancionadas, haciendo desproporcional una sanción lo cual con seguridad acarrearía su quiebra. (...) al enviar una copia de la resolución al SERCOP para que actué dentro de sus competencias, simplemente es triplicar procesos y sanciones contra mis representadas que ya han sido procesadas y sancionadas, haciendo desproporcional una sanción, lo cual con seguridad acarrearía su quiebra.”; “(...) la intervención de la Procuraduría General del Estado es innecesaria y desproporcionada ya que se cuadruplicarían los procesos contra mis representadas, además existe un criterio técnico que no fue evaluado en el cual queda claramente establecido que mis representadas no han incurrido en ningún acto que contraponga lo dispuesto en la LORCPM.”; **g)** En cuanto al acápite 5.7.- “Sobre el numeral 5.7., de la Resolución de 21 de enero de 2019, notificada el 22 de enero de 2019”, señala que la CRPI dispuso “(...) que los operadores económicos en coordinación con el SERCOP y la Intendencia de Abogacía de la Competencia, realicen un proceso comunicacional a los proveedores del estado sobre las prácticas contempladas en el artículo 11 de la LORCPM. (...) la medida correctiva dispuesta resulta ineficaz ya que no restituye el proceso competitivo ni tampoco previene ni revierte la supuesta conducta. No obstante correr con este tipo de gastos **SI** afecta a ambos operadores económicos que se encuentran en una situación delicada.”; **h)** En cuanto al acápite 5.8.- “Sobre el numeral

5.8., de la Resolución de 21 de enero de 2019, notificada el 22 de enero de 2019”, señala que se ratifica en lo expuesto en el numeral 5.1.7 del Recurso de Reposición presentado el 17 de octubre de 2018 el cual indica “No se puede considerar que existe motivación en un acto administrativo si no existe relación entre lo citado en la resolución y el análisis del juzgador, ya que para el administrado en este caso OXIALFARM y José Apolo, no es clara la pertinencia de lo citado y las conclusiones a las que se ha llegado sin realizar una (sic) análisis más extensivo de los hechos y las pruebas por parte de la Intendencia.”; i) En cuanto al acápite 5.8.-“Sobre el numeral 5.10., y 5.12 de la Resolución de 21 de enero de 2019, notificada el 22 de enero de 2019”, señala que en el acápite 5.10, la CRPI expone y considera en líneas generales que el acto administrativo recurrido no amerita explicaciones adicionales ya que existe suficiente análisis y explicaciones de las conclusiones a las que llegó la CRPI; y, en cuanto al acápite 5.12 la CRPI expone y ratifica que el trámite que se ha dado al recurso de reposición ha sido el correcto en virtud de que se ajusta a los parámetros constitucionales, legales y reglamentarios previstos en el sistema ecuatoriano, sin mayor análisis y sin tomar en cuenta importantes elementos probatorios; j) En cuanto al acápite 5.9.-“Sobre los acápites 5.5., y 5.1.2., que no han sido analizados por la CRPI y se encuentran contenidos en el Recurso de Reposición presentado el 17 de octubre de 2018 a las 15:07, signado el trámite interno 116676.”, señala que “La CRPI en un vano intento de análisis en el numeral 5.4., de la Resolución de 21 de enero de 2019 y notificada el 22 de enero de 2019 busca nuevamente justificar la imposición de la sanción y las alternativas con las cuales contaban mis representadas (...), no obstante no realiza ningún análisis de estos dos temas planteados en el recurso de reposición.”, estos puntos a decir del recurrente son: “El valor de importe de la multa para cada operador económico debió ser, de ser considerados culpables, de diecisiete mil ochocientos cuarenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con 16/100 centavos (USD\$17.849,16)”; y, que la CRPI no se pronunció sobre la situación económica por la que atraviesan los operadores económicos OXIALFARM y José Apolo.

SEXTO.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.- Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** prevé: “**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; “**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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 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. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del

trámite propio de cada procedimiento. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) **1) 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 (...)**"; **"Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."**; **"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 (...)"**; **"Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados."** (las negrillas no son propias del texto). La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece; **"Art. 66.- Recurso de Reposición.- Los actos administrativos de los diferentes niveles administrativos de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado podrán ser recurridos en sede administrativa mediante el recurso ordinario y horizontal de reposición. El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de su notificación. Transcurrido el término de 20 días sin haberse interpuesto el recurso de reposición ni el de apelación, la resolución causará estado y se agotará la vía administrativa, quedando solo la vía judicial. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para tramitar, dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario"**; **"Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición (...)"**.

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE DEL EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-045-2018.- Como se ha señalado anteriormente el acto administrativo impugnado, es la resolución de 21 de enero de 2019 a las 12h50, expedida dentro del expediente No. SCPM-CRPI-045-2018, respecto del recurso de reposición, del cual destacan las siguientes actuaciones procesales: **1) Escrito que contiene el Recurso de Reposición** interpuesto por los señores Daniel Gonzalo Apolo González, en calidad de Representante Legal del operador económico Oxialfarm Cia. Ltda., y José Gonzalo Apolo Apolo en contra de la Resolución de 14 de septiembre de 2018, a las 16h57, notificada

el 18 de septiembre de 2018, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-024-2018 emitida por parte de la CRPI; 2) Providencia de 19 de octubre de 2018, a las 15h37, mediante la cual, la Comisión de Resolución de Primera Instancia: “*AVOCA conocimiento del recurso ordinario y horizontal de reposición interpuesto por el señor Daniel Gonzalo Apolo González, en su calidad de Representante Legal del operador económico Oxialfarm Cia. Ltda. (...)*”; 3) Resolución de 21 de enero de 2019 a las 12h50 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, notificada el 22 de enero de 2019; 4) Escrito que contiene el Recurso de Apelación interpuesto por los señores Daniel Gonzalo Apolo González, en calidad de Representante Legal del operador económico Oxialfarm Cia. Ltda. y José Gonzalo Apolo Apolo en contra de la Resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50.-

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Con el Recurso de Apelación interpuesto, los operadores económicos OXIALFARM CIA. LTDA., y José Gonzalo Apolo Apolo, pretenden que esta Autoridad proceda a: “*Revocar a fin de que quede sin efecto lo dispuesto en la Resolución emitida por la CRPI de fecha 21 de enero de 2019, a las 12h50, notificada el 22 de enero de 2019 dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-045-2018, en todas sus partes resolutivas*”. Ahora, una vez que se han identificado los hechos constantes en el expediente del cual se desprende el acto administrativo impugnado y tomando en cuenta los argumentos esbozados en el considerando Quinto de la presente Resolución, esta Autoridad procede a realizar el siguiente análisis: a) Respecto a la entrega de copias del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-012-2018 de 31 de octubre de 2018, con el cual la INICAPMAPR se pronunció sobre el recurso de reposición presentado por el operador económico OXIALFAM Cia. Ltda. y José Gonzalo Apolo Apolo; me permito indicar que, a fojas 42 y 43 del expediente No. SCPM-CRPI-045-2018, constan los escritos de 08 de noviembre de 2018 y 3 de diciembre de 2018, mediante los cuales los operadores económicos solicitaron copias del Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-012-2018 de 31 de octubre de 2018, petición que fue atendida mediante providencia de 07 de enero de 2019, a las 08h50, mediando aproximadamente dos meses entre la primera solicitud y su respectivo despacho; al respecto, si bien la LORCPM, su Reglamento y normativa interna de la Institución no prevén un término específico para la atención de solicitudes o pedidos que se realicen dentro de los expedientes administrativos, conforme lo establecido en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador, la administración pública debe actuar en observancia de los principios de eficiencia y eficacia, en consonancia con el artículo 207 del COA que determina que las solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deben ser resueltos en el término máximo de 30 días, en este sentido llama la atención que la CRPI haya atendido un requerimiento inobservando el marco jurídico citado. No obstante, esta Autoridad considera que pese a esta demora, el operador económico contó con el tiempo suficiente para presentar las observaciones al Informe de considerarlo pertinente, previo a la emisión de la resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50; b) Respecto de la indebida aplicación de los artículos 158 y 162 del COA por parte de la CRPI, se ha de considerar que, conforme a lo establecido en el

artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la administración tiene el **plazo de 60 días calendario** para resolver el recurso de reposición, sin embargo según consta de autos del expediente No. SCPM-CRPI-0045-2018, la CRPI avocó conocimiento del recurso de reposición el 19 de octubre de 2018 y emitió su resolución el 21 de enero de 2019, esto es, 34 días fuera de los 60 días establecidos como plazo máximo para emitir el respectivo pronunciamiento, plazo que feneció el 18 de diciembre de 2018. Por su parte la CRPI en su resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, justifica el tiempo de la emisión de la referida resolución bajo los argumentos que a continuación se citan: a), “(...) *es claro que el artículo 66 de la LORCPM, determina que el tiempo para emitir la resolución del recurso de reposición es de 60 días, el cual feneció el 22 de enero de 2019, por cuanto el COA en su artículo 158 establece con claridad que cuando la norma se refiera a días estos serán contados como término.*”, y, b), “*El auto del 23 de octubre de 2018, a las 16h57, fue notificado a las partes el 24 de octubre de 2018, y la presentación del informe por parte de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se realizó el 31 de octubre de 2018, es decir dentro del término concedido. Aplicando lo determinado en el COA (artículo 162), se entiende por suspendido el término para resolver el recurso de reposición por cinco días que son los que mediaron entre la solicitud y la presentación del informe, por lo que el término para resolver es este escenario fenecía el 29 de enero de 2019*”; al respecto, se realizan las siguientes puntualizaciones: 1) La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es una norma de carácter orgánico especial en razón de la materia, mientras que el Código Orgánico Administrativo es una norma de carácter orgánico general, bajo esta apreciación se ha de considerar lo dispuesto en el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual determina que al existir conflicto entre disposiciones de dos leyes de igual jerarquía prevalece la ley competente y especial en razón de la materia, es decir en el presente caso las normas aplicables a los procesos y procedimientos de la SCPM son las establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. 2) Adicionalmente, sobre la aplicación del artículo 162 del Código Orgánico Administrativo, se debe mencionar que el inciso tercero de la Disposición General Primera de la LORCPM establece como normas supletorias, entre otras a las demás leyes, en las que se encuentra contemplado el Código Orgánico Administrativo, para lo no previsto en la LORCPM, en este sentido es importante destacar que la LORCPM en el inciso tercero del artículo 48, establece de manera, taxativa y expresa que “*Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ello*”, refiriéndose a los informes, documentos e información descritos en el inciso segundo ibídem. En tal razón, es equivocada la consideración del órgano de resolución al manifestar que el plazo establecido en el artículo 66 de la LORCPM quedó suspenso mientras la Intendencia remitía el informe dispuesto, pues conforme se ha indicado el COA es aplicable de manera supletoria, en lo no previsto en la LORCPM, ya que existe norma expresa sobre el tiempo en el que se debe resolver el recurso de reposición determinando **la prohibición de la suspensión del procedimiento administrativo por falta de ese tipo de documentos.** De la verdad procesal descrita y analizada en líneas precedentes, se ha comprobado que

el plazo dispuesto en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado es de 60 días calendario, tiempo con el cual la CRPI contaba para emitir su resolución motivada respecto del recurso de reposición, pero aquello no ocurrió, ya que ha excedido el plazo establecido en la norma, razón por la cual, la Autoridad Administrativa ha perdido la facultad para pronunciarse en el expediente del recurso de reposición instruido ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, pues ha operado “ipso jure” la caducidad de la potestad administrativa. En este sentido, Couture Eduardo J. sostiene: *“I. Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo, o por haberse realizado otro incompatible con aquel. II. Principio procesal así designado por oposición al denominado de secuencia discrecional, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla”*¹, en esta línea la Corte Nacional de Justicia en el precedente jurisprudencial constante en la Resolución No. 13-2015, primer suplemento del R.O. No. 621, de 5 de noviembre de 2015, Tema: Caducidad, resolvió: *“(…) Artículo 1. Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe expedido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, dado que la caducidad en una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, (...)”*. En este contexto, la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 75 y 82, determinan el derecho de las personas a contar con la tutela efectiva de sus derechos, basado en normas claras, pre existentes y públicas que procuran la defensa en el momento oportuno, y a su vez que, los actos administrativos sean emitidos por autoridad competente, generando de este modo seguridad jurídica al administrado; de la misma forma, el artículo 76 numeral 1 de la CRE establece la obligación de toda autoridad administrativa de garantizar el cumplimiento de las normas y el derecho de las partes, y el numeral 3 del artículo ibídem consagra como garantía constitucional, el derecho que tiene toda persona para ser juzgado en observancia al trámite propio de cada procedimiento, es este sentido, el artículo 65 del Código Orgánico Administrativo al referirse a la competencia, señala: *“(…) es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado (...)”* (el resaltado me corresponde), por lo indicado los actos, y actuaciones administrativas categorizadas como nulas pueden definirse desde el punto de vista formal, acorde lo previsto en el artículo 105 numerales 3 y 4 ibídem, que establecen las causales de nulidad de los actos administrativos: *“(…) Es nulo el acto administrativo que: (...) 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo. 4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado (...)”*. De lo expuesto, es claro que la potestad decisoria de la CRPI respecto del recurso de reposición caducó al no emitir su pronunciamiento dentro del plazo determinado en la ley, por lo cual, la resolución de 21

¹ Couture, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, Montevideo, Ed. Facultad de Derecho, 1960, pág. 477

de enero de 2019, a las 12h50, por ser emitida fuera del tiempo, queda extinta; c) Respecto de la diligencia de allanamiento realizada el 11 de febrero de 2016, por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, y la cadena de custodia de las evidencias recabadas dentro del expediente de investigación No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-005-2016; me permito indicar: 1) Sobre la solicitud de allanamiento, mediante providencia de 10 de febrero de 2016, a las 09h00, la abogada María Luisa Alvear Tapia, en calidad de Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas Subrogante, dispuso: *“CUARTO.- Con el antecedente expuesto y la base legal enunciada: a) Con el fin de recabar información relevante para la determinación de la infracción descrita y otras conductas anticompetitivas que podrían establecerse, toda vez que esta información podría desvanecerse, sobre la base de lo que establecen los artículos 49, 50, 51 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, OFÍCIESE y SOLICITESE a uno de los señores Jueces de Garantías Penales de Turno de la Jurisdicción que corresponda, ordene el allanamiento, descerrajamiento de las seguridades y extracción de información de los servidores, documentos e información relacionada, así como libros, agendas o cualquier medio físico digital o electrónico; además de obtener y mantener copias de la correspondencia física y virtual, relacionados con la presunta infracción que se encuentra en investigación; para lo cual se realizará la diligencia en el siguiente inmueble: OXIALFARM CIA. LTDA., ubicado en la provincia de Pichincha, cantón y ciudad de Quito, parroquia de Calderón, calle Vancouver y calle D, lote 8-1.”*; en cumplimiento de lo dispuesto, mediante oficio No. SCPM-IIAPMAPR-2016-217-OF de 10 de febrero de 2016, el abogado Francisco Riofrio, secretario ad-hoc, dirigió el pedido al **“JUEZ DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA DE TURNO”**, oficio que fue presentado en la Sala de Sorteos de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes con sede en el cantón Quito el 10 de febrero de 2016 a las 12h47, correspondiendo su conocimiento a la abogada Diana Jazmín Albán Solano, Jueza Ponente de la Unidad Judicial de Garantías Penales dentro del expediente No. 17282-2016-00258G; la cual fue atendida mediante providencia de 10 de febrero de 2016, a las 16h50, por el doctor Vicente Rubén Oña Atocha, Juez Ponente de la Unidad Judicial de Garantía Penales dentro del mismo expediente No. 17282-2016-00258G, quien dispuso: *“3. PETICIÓN Con los antecedentes expuestos y conforme la petición realizada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dentro del trámite administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-005-2016, con el fin de recabar información relevante para la determinación de la infracción administrativa descrita y otras conductas anticompetitivas que podrían establecerse, toda vez que esta información podría desvanecerse, sobre la base de lo que establecen los artículos 47, 50, 51 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...) CON TODO LO EXPUESTO Y DE CONFORMIDAD CON LO QUE ESTABLECEN LOS ARTÍCULOS 478, 480, 481, 482, EN CONCORDANCIA CON EL ART. 583 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL SE DISPONE: El allanamiento, incautación de las evidencias y extracción de información de los servidores, documentos e información relacionada así como libros, agendas o cualquier medio físico, digital o electrónico, además de obtener y mantener copias de la*

correspondencia física y virtual, relacionados con la presente infracción que se encuentra en investigación administrativa; diligencia que se llevarán a cabo en el inmueble: OXIALFARM CIA. LTDA. ubicado en la provincia de Pichincha, cantón y ciudad de Quito, parroquia de Calderón, calle Vancouver y calle D, lote 8-1. (...); al respecto, el artículo 51 de la LORCPM establece que: **“La Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá solicitar al juez la autorización e intervención para que él, o los funcionarios de la Superintendencia, efectúen allanamientos, retenciones, así como para obtener y mantener copias de la correspondencia física y virtual, incluyendo cuentas bancarias y otra información de carácter confidencial, reservado o secreto. La autorización señalada en este artículo deberá ser conferida por cualquier autoridad judicial de la jurisdicción en la cual se vayan a realizar las acciones indicadas en el inciso anterior, aun cuando no sea del domicilio del investigado o denunciado, dentro del término de 24 horas previsto en esta Ley.”** (las negrillas son mías); en tal sentido, se evidencia que la IIAPMAPR, en observancia de lo previsto en el artículo citado, mediante providencia de 10 de febrero de 2016, a las 09h00, dispuso que se oficie y solicite a uno de los señores Jueces de Garantías Penales de Turno de la Jurisdicción que corresponda la respectiva autorización para llevar a cabo la diligencia de allanamiento de las instalaciones del operador económico OXIALFARM CIA. LTDA., a fin de recabar elementos respecto a la investigación del presunto cometimiento de prácticas anticompetitivas, y del oficio No. SCPM-IIAPMAPR-2016-217-OF de 10 de febrero de 2016, se verifica que el abogado Francisco Riofrio, secretario ad-hoc dirigió el pedido de autorización de allanamiento al **“JUEZ DE GARANTÍAS PENALES DE PICHINCHA DE TURNO”**, situación que se corrobora ya que consta, del acta de sorteo, que el mismo fue presentado en la Sala de Sorteos de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes, y que luego del sorteo correspondiente se le otorgó el número de proceso judicial 17282-2016-00258G, para posteriormente ser resuelto por el Juez competente. Por lo tanto, la afirmación de los recurrentes de que *“(...) la solicitud de allanamiento fue realizada por el señor Abogado Francisco Riofrio Cueva Secretario Ad-Hoc de Sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a la Fiscalía y no al Juez como manda la norma.”*, carece de veracidad conforme el análisis realizado a los recaudos procesales constantes en el expediente de investigación. 2) Sobre la cadena de custodia de las evidencias recabadas, conforme se desprende de la providencia de 11 de febrero de 2016, a las 08h30, y la providencia de 17 de febrero de 2016, a las 16h00, se verifica que la Intendencia aplicó el Instructivo Especial para la Realización de Allanamientos e Inspecciones dentro de la Facultad de Investigación; y para Regular la Cadena de Custodia, contenido en la Resolución No. SCPM-DS-032-2014, para el tratamiento de las evidencias recabadas en el allanamiento, ahora bien los recurrentes alegan que el referido Instructivo *“(...) es ilegal ya que el mencionado instructivo además de ser jerárquicamente inferior se encontraba derogado expresamente ya que fue expedido y entró en vigencia el 05 de mayo de 2014, es decir tres meses antes de la entrada en vigencia del COIP que es jerárquicamente superior.”*, esto bajo el fundamento de que la Disposición Derogatoria Vigésima Sexta del COIP lo derogó, en este punto es importante indicar que la referida

disposición dice: *“Deróguese otras disposiciones generales y especiales que se opongan al presente Código Orgánico Integral Penal.”*, así se debe indicar que no existe una derogatoria expresa como lo señalan los recurrentes, ya que para este efecto es necesario que la norma derogada sea debidamente identificada. Es consecuente pensar que los servidores de la SCPM, están subsumidos a la observancia de una norma procedimental vigente para realizar actividades referentes a la cadena de custodia, pues, para el ejercicio de preservación de las evidencias físicas que se recaben en este tipo de diligencias, es necesario que el aseguramiento sea eficaz para evitar cualquier alteración, sustitución, deterioro, destrucción, o pérdida, hasta el momento en el cual, dichas evidencias se incorporen al proceso investigativo, hecho lo cual, se deberán regir a los mandatos legales expresos de confidencialidad y reserva determinados en los artículos 47 y 56 último inciso de la LORCPM; en este contexto, es evidente que la Resolución No. SCPM-DS-032-2014, explica en forma discernida cada paso o fase que debe recorrer el elemento recabado, a fin que pueda servir como prueba en el procedimiento de investigación; así, la Cadena de Custodia constituye una herramienta que garantiza seguridad, e integridad, cuya finalidad es poder demostrar que los elementos recopilados por la autoridad administrativa son los mismos que se obtuvieron originalmente en el lugar del hecho, estableciendo de este modo, una relación directa entre el procedimiento investigativo y la prueba que se recabó en el allanamiento. Ahora bien, le corresponde a esta Autoridad verificar si en la diligencia de allanamiento y cadena de custodia se cumplió con el procedimiento establecido en el *“Instructivo Especial para la Realización de Allanamientos e Inspecciones dentro de la Facultad de Investigación; y para Regular la Cadena de Custodia”*, contenido en la Resolución No. SCPM-DS-032-2014, de lo cual se evidencia que: **i)** Mediante providencia de 11 de febrero de 2016, a las 08h30, el Intendente designó el equipo de trabajo que cumpliría la diligencia de allanamiento, sin embargo no consta del expediente la respectiva agenda y hoja de ruta conforme lo señalado en el artículo 6 del referido Instructivo; **ii)** Mediante Acta de Allanamiento de 11 de febrero de 2016 a las 11h24, la Directora Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas en calidad de Jefe de Equipo, conjuntamente con el personal autorizado proceden a dejar constancia de las actividades que tuvieron lugar durante la diligencia de allanamiento; sin embargo, conforme lo prevé el artículo 11 de la norma citada se evidencia que en el Acta no se hizo constar: 1.- La descripción detallada del lugar que se ha reconocido o examinado, tal cual lo observaron los funcionarios de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; 2.- Los procedimientos empleados para encontrar los elementos relacionados con el procedimiento de investigación; y, 3.- La identificación del servidor o servidora a cuya custodia se depositarán los objetos y bienes en general. Adicionalmente, consta del Acta objeto de revisión, la disposición de que los discos duros *“a) marca Seagate, SN; 5QD394E8, capacidad: 750 GB, del computador del señor Oswaldo Torres; b) marca: Seagate, SN: WoVEKWN, capacidad: 500GB, del computador del señor Javier Apolo; c) marca Seagate, capacidad 1TB, serial: 41027jd1008chjsth7v, del computador del señor Apolo González, sean trasladados por el operador económico a las instalaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ubicadas en las calles José Bosmediano E15-68 y José*

Carbo, a fin de efectuar la diligencia de duplicación-clonación del disco y obtención de HASH MD5, señalándose para el efecto el día sábado 13 de febrero de 2016 a las 10h00. Se advierte al operador económico que cualquier alteración constante a los discos duros será de exclusiva responsabilidad de sus personeros, estando sujetos a las sanciones que señale la legislación correspondiente.”, situación que carece de asidero normativo por cuanto el Instructivo en mención, no prevé dicho procedimiento como parte del mantenimiento de la cadena de custodia; **iii)** Mediante Acta de Diligencia de 13 de febrero de 2016 a las 10h30, se procede a cumplir con lo dispuesto en el acta de allanamiento de 12 de febrero de 2016, esto es la diligencia de clonación y duplicación de los discos duros “*a) marca Seagate, SN: 5QD394E8, capacidad: 750 GB, del computador del señor Oswaldo Torres; b) marca: Seagate, SN: WoVEKWN, capacidad: 500GB, del computador del señor Javier Apolo; c) marca Seagate, capacidad 1TB, serial: 41027jd1008chjsth7v, del computador del señor Apolo González*”, sin considerar que dicho procedimiento no se encontraba normado en el citado Instructivo. **iv)** Mediante providencia de 09 de septiembre de 2016 a las 17h24, el Intendente dispone: “**SEGUNDO.- a)** *Agréguese al expediente reservado sensible el Acta de Entrega – Recepción de 25 y 26 de agosto de 2016, suscrita por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas y la Secretaría General; a través de la cual, en cumplimiento a lo establecido en la Disposición Transitoria Única de la Resolución No. SCPM-DS-043-2016, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 820 de 17 de agosto de 2016, se realizó la entrega formal de las evidencias obtenidas en las diligencias realizadas dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-005-2016 a la Secretaría General, en su calidad de custodio y responsable de las evidencias conforme lo señalado en el artículo 15 de la Resolución antes citada.*”; sin embargo de la revisión del expediente reservado sensible No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-005-2016 no obran las referidas actas de entrega-recepción de 25 y 26 de agosto de 2016, suscritas entre la IIAPMAPR y la Secretaría General, inobservando lo dispuesto en el artículo 18 del “Instructivo Especial para la Realización de Allanamientos e Inspecciones dentro de la Facultad de Investigación; y para Regular la Cadena de Custodia”. En conclusión, esta Autoridad considera que no se ha mantenido en legal y debida forma la cadena de custodia por parte de la Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, lo que en consonancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, genera la invalidez e ineficacia de dicha prueba; **d)** Respecto de la valoración del peritaje económico efectuado por el economista Marco Vaca Pavón en la Resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, emitida por la CRPI dentro del expediente No. SCPM-CRPI-045-2018; sin perjuicio de que en la letra b) del considerando Octavo de la presente resolución, se haya concluido respecto de la caducidad de la potestad decisoria de la CRPI dentro del recurso de reposición, esta Autoridad considera apropiado constatar el ejercicio de valoración sobre el peritaje económico en mención, en tal sentido en la Resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, en su acápite 5.3 la Comisión señala: “*En lo que se refiere al peritaje realizado por el Econ. Marco Antonio Vaca Pavón, esta Comisión, considera necesario mencionar lo manifestado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en su informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0 12-20 18, del 31 de octubre*

de 20 18, texto que refiere: "(...) El objetivo del informe Pericial Económico de 20 de marzo de 20 18, suscrito por el economista Marco Antonio Vaca Pavón en un sentido general, fue realizar una pericia económica respecto de la participación de los operadores económicos Oxialfarm Cia. Ltda. y José Gonzalo Apolo Apolo dentro de los procesos de contratación pública objeto de la presente investigación. (...) el mismo no cumplía con ciertos requisitos de forma establecidos en la norma señalada, tales como el número de cédula, dirección domiciliaria entre otros, en aras del derecho a la defensa de los operadores económicos investigados y con base en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador en el que señala que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, se procedió a **REPRODUCIR Y VALORAR DICHA PRUEBA**. En cuanto a la conducencia, pertinencia y utilidad del informe pericial económico, se advierte que el mismo no es conducente, puesto que no fue apto para demostrar que los operadores económicos no hayan infringido lo establecido en el artículo 11, numeral 6 de la LORCPM (acuerdo con el objetivo de procurar un resultado en un proceso de contratación pública) ni tampoco que se cumplan los supuestos establecidos en las exenciones establecidas en los artículos 12 y 13 de la LORCPM; el informe se centró en identificar a la conducta como el intercambio de costos, gastos e infraestructura y no aquella conducta objeto de análisis, que fue una presunta práctica concertada entre los operadores económicos Oxialfarm Cia. Ltda. y José Gonzalo Apolo Apolo cuyo efecto, real y potencial, presuntamente era falsear la competencia en la presentación de posturas de las subastas inversas electrónica (...)". Con respecto al análisis económico en el informe pericial, que coadyuve a identificar si el proceso administrativo cumple o no, con los supuestos establecidos en el artículo 12 de la LORCPM, en concordancia con el artículo 10 del RLORCPM, esta IIAPMAPR se ratifica en determinar que para eximirse de la prohibición contenida en el artículo 11 de la LORCPM, requiere el reconocimiento de la existencia de un acuerdo, es decir de la concurrencia de voluntades entre dos o más partes par a conseguir un objetivo en común. Dado el contexto en el que nos encontramos, esto implicaría que debía existir un **RECONOCIMIENTO EXPLÍCITO** de una infracción anticompetitiva por parte de los operadores económicos que solicitaron la pericia y que efectivamente existió una práctica concertada o acuerdo en la presentación de posturas dentro de los procedimientos de subasta inversa indagados, es decir el cometimiento de la infracción. Tal y como consta a fojas 14 del escrito del recurso interpuesto el único reconocimiento fue: "**En el presente caso, si hemos aceptado el Acuerdo entre mis representadas en reiteradas ocasiones. Por ejemplo, mediante escrito presentado a la Intendencia con fecha 09 de enero de 2017 a las 16h54. La autoridad debió valorar si se cumple o no cada una de las condiciones anteriormente señaladas derivadas del acuerdo.**" (...)", en este sentido, es evidente que la CRPI se limitó a transcribir el análisis realizado por la Intendencia, sin valorar por cuenta propia la pertinencia, utilidad y conducencia del peritaje económico. Del mismo modo, en el acápite 3.8 de la Resolución de 14 de septiembre de 2018, a las 16h57, la Comisión se limita a enunciar los pronunciamientos que la IIAPMAPR ha emitido con respecto a las alegaciones realizadas por los operadores económicos, sin que se pueda observar un ejercicio mínimo de valoración de la prueba.

Al respecto es pertinente indicar que la prueba tiene una gran importancia en la vida administrativa y jurídica, así lo ha especificado prolíficamente la doctrina, Davis Echandía, Hernando, en su obra “Teoría General de la Prueba Judicial”, Editor Victor P. de Zavalía, sostenía que: “*No se concebía una administración de justicia sin el soporte de una prueba*”, es decir, que sin ella, no se podría tener un contacto con la realidad procesal, como es el caso, era necesaria la valoración de la prueba pericial solicitada por el operador económico, en virtud de que dicho ejercicio era el medio idóneo para que la CRPI pueda determinar su conducencia, pertinencia y utilidad. En síntesis, esta Autoridad considera que el Órgano de Resolución, al no haber valorado en legal y debida forma el peritaje económico, ha realizado un ejercicio incompleto en la parte considerativa de su pronunciamiento; e) Respecto de que la CRPI en su resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, haya indicado a los operadores económicos de la posibilidad de la presentación de un Compromiso de Cese establecido en la LORCPM, esta Autoridad considera que dicho criterio no lesiona ni menoscaba derecho alguno, por lo que no es pertinente profundizar sobre este punto; f) Respecto de que la CRPI puso en conocimiento de la Contraloría General del Estado, Servicio Nacional de Contratación Pública y Procuraduría General del Estado, la Resolución de 14 de septiembre de 2018, a las 16h57, cabe indicar que dicha actuación se la realiza al amparo del mandato constitucional establecido en el artículo 226 que dispone que las instituciones del Estado, los organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal tienen el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines, en el presente caso al ser el objeto de la investigación procesos de contratación pública en los que se erogaron recursos públicos, corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado poner en conocimiento de los organismos de control el contenido de la Resolución para que actúen en el marco de sus competencias; g) Respecto de que la medida correctiva dispuesta en la letra c) del numeral 6 de la parte resolutive de la Resolución de 14 de septiembre de 2018, a las 16h57, resulta ineficaz ya que no restituye el proceso competitivo ni tampoco previene ni revierte la supuesta conducta; esta Autoridad considera que dicha medida, no se enmarca dentro del objeto de las medidas correctivas conforme lo establecido en el artículo 73 de la LORCPM, ya que no se verifica que la misma sea conducente a restablecer el proceso competitivo; h) Respecto de la falta de motivación de la Resolución de 14 de septiembre de 2018, a las 16h57 y las argumentaciones establecidas en los acápite 5.8 y 5.9 del recurso de apelación; esta Autoridad considera que el ejercicio que realiza la CRPI al motivar su pronunciamiento carece de elementos lógicos, razonables y comprensibles, esenciales para una debida motivación, ya que se observa la carencia de un análisis argumentativo, tal como lo determina la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76, que en su parte pertinente señala: “*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: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes; y, finalmente el numeral 7, literal l) que manda: “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.”; Para entender de mejor manera la importancia del cumplimiento al principio de motivación, me permito citar algunos referentes jurisprudenciales: La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, ha establecido jurisprudencia en cuanto a precisar lo que significa la motivación, cuando dice: “Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncien normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...). La motivación debe ser completa, para lo cual tiene que abarcar los hechos y el derecho. Respecto de los hechos, debe contener las razones que llevan a una conclusión afirmativa o negativa sobre la existencia de los episodios de la vida real con influencia en la solución de la causa. Para ello, tiene que emplear las pruebas incorporadas al proceso, mencionándolas y sometiéndolas a valoración crítica. No es suficiente que el Juez se expida sobre el sentido del fallo, sino que debe exponer las razones y fundamentos que lo determinan. Por eso no puede dejar de indicar las pruebas utilizadas, ni soslayar su análisis crítico mediante alusiones globales a los elementos probatorios reunidos, o por un resumen meramente descriptivo de ellos, sin explicar el valor que les atribuye, el criterio selectivo empleado y las conclusiones que extrae. El Juez debe consignar las conclusiones de hecho a que llega, y esta exigencia atañe ya a la fundamentación en derecho de la sentencia, porque constituirá la base de aplicación de la norma jurídica. La motivación en los hechos está constituida por la valoración probatoria: la fundamentación en derecho tiene como punto de partida la fijación de esos hechos. La descripción fáctica es el presupuesto de la aplicación de la ley y, por tanto, un requisito de la motivación en derecho de la sentencia: los hechos constituyen el sustento de la aplicación normativa. En resumen: para motivar la sentencia en los hechos, el Juez debe demostrarlos; para fundarla en derecho, debe describirlos (y luego, como se verá, calificarlos, encuadrándolos en la norma jurídica) (...)”.² Finalmente, como último elemento de referencia, cito lo manifestado por la Corte Constitucional del Ecuador: “(...) este Organismo, a partir de lo previsto en el artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República, ha determinado tres requisitos elementales que debe reunir una sentencia para que se encuentre **debidamente motivada**, estos son: **razonabilidad, lógica y comprensibilidad**. Para una mejor comprensión, hacemos referencia a lo señalado por la Corte dentro de la sentencia N°. 227-12-SEP-CC: Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera **razonable, lógica y comprensible**, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan **a los deseos de solucionar los conflictos presentados**. Una decisión **razonable** es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión **lógica**, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión **comprensible**, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su*

² Sentencia publicada en el Registro Oficial 353 de 22-jun.-2001.

*fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”.*³ (Resaltado fuera del texto). En conclusión, la motivación realizada por la CRPI en la resolución de 14 de septiembre de 2018, a las 16h57, no se enmarca en los preceptos constitucionales y jurisprudenciales citados. Así mismo, llama la atención la falta de pronunciamiento sobre los argumentos propuestos en los acápites 5.5 y 5.1.2 del recurso de reposición.

NOVENO.- SOBRE EL CONTROL DE LEGALIDAD DE OFICIO.- En observancia de lo previsto en el artículo 227 de la Norma Constitucional que determina la sujeción de la administración pública a los principios de eficiencia, calidad, eficacia e imparcialidad, y conforme el derecho a la tutela efectiva, al haber conocido las actuaciones administrativas desarrolladas dentro del expediente que fuere sustanciado y tramitado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se ha evidenciado que: **a) Del expediente administrativo signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-0005-2016 (expediente investigativo):** 1) Resolución de 18 de marzo de 2016, a las 17h00, con la que el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispone la apertura de etapa de Investigación Preliminar; 2) Resolución de 16 de enero de 2017, a las 17h15 con la que el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispone la apertura de la etapa de Investigación Formal; 3) Providencia de 10 de noviembre de 2017, a las 10h00, mediante la cual el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas ordenó la apertura de la etapa de prueba por el término de 60 días; 4) Providencia de 08 de febrero de 2018, a las 09h26, en la que el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispuso la prórroga del término de prueba por el término de 30 días adicionales; 5) Providencia de 27 de marzo de 2018, a las 08h45, en la cual el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas notifica a los operadores económicos investigados sobre el vencimiento del término de prueba; 6) Informe Final No. SCPM-IIAPMAPR-005-2018 de 19 de abril de 2018, suscrito por el Dr. Marcelo Blanco Dávila, en calidad de Intendente Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; 7) Providencia de 19 de abril de 2018, a las 17h15, con la que el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas agrega al expediente referido informe y dispone remitir el mismo conjuntamente con el expediente digital a la Comisión de Resolución de Primera Instancia CRPI; 8) Memorando No. SCPM-IIAPMAPR-053-2018 de 19 de abril de 2018 suscrito por el Dr. Marcelo Blanco Dávila, en calidad de Intendente Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, con el cual remite el Informe Final No. SCPM-IIAPMAPR-005-2018 de 19 de abril de 2019 a la Comisión de Resolución de Primera Instancia; y, **b) Del expediente administrativo signado con el No. SCPM-CRPI-0024-2018 (expediente de resolución):** 1) Mediante providencia de 24 de abril de 2018, a las 14h00, la Comisión de Resolución de Primera Instancia CRPI, avoca conocimiento del Informe Final No. SCPM-IIAPMAPR-005-2018

³ Corte Constitucional del Ecuador. SENTENCIA N°. 284-15-SEP-CC.

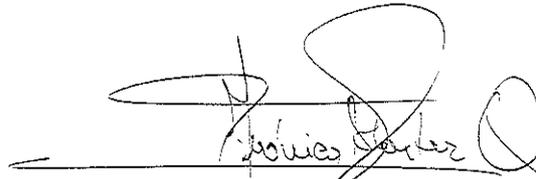
de 19 de abril de 2019, y dispone correr traslado con el mismo a los operadores económicos para que en el término de 10 días presenten sus alegaciones; 2) Con fecha 19 de junio de 2018 a las 15h00 se lleva a cabo la Audiencia Pública ante la CRPI; 3) Resolución de 14 de septiembre de 2018, a las 16h57, emitida por la CRPI, notificada el 18 de septiembre del mismo año, en la que se resolvió acoger parcialmente el Informe Final No. SCPM-IIAPMAPR-005-2018 de 19 de abril de 2019. Del control de legalidad de los expedientes se identifica que, dentro del expediente investigativo signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-0005-2016, con fecha 27 marzo de 2018 la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, declaró el vencimiento del término de prueba, y que el Informe Final No. SCPM-IIAPMAPR-005-2018, suscrito por el doctor Marcelo Blanco Dávila, en calidad de Intendente Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, fue emitido el 19 de abril de 2018, esto es 16 días término de haber fenecido el periodo de prueba, esto es cuando el término para expedir el informe final había precluido de acuerdo a lo establecido en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM que determina *“Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o de reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley. El informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento, para su conocimiento y resolución.”* (las negrillas me corresponden). Al respecto, Jaime Flor Rubianes en su obra Teoría General de los Recursos Procesales expone: *“La preclusión puede ser definida como la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal”* y cita al tratadista Chiovenda para explicar: *“... que tales situaciones pueden ser consecuencia de: 1. No haber observado los plazos perentorios o la sucesión legal de las actividades y las excepciones... Por lo expuesto, no puede confundirse el concepto de preclusión con el de cosa juzgada (...)”*⁴. En el mismo sentido, del razonamiento expuesto en el literal a) inmediato anterior, la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 75 y 82, determinan el derecho de las personas a contar con la tutela efectiva y la seguridad jurídica conforme ya fue explicado en la letra b) del considerando octavo de la presente resolución; de dicha apreciación, se desprende que al operar la preclusión de una fase o etapa, las actuaciones administrativas adolecen de ineficacia y validez por ser emitidas extemporáneamente. En virtud de lo expuesto, la LORCPM y su Reglamento de aplicación contienen en su codificación un procedimiento reglado de cumplimiento obligatorio para todo órgano de la SCPM en apego del principio de legalidad; en el caso de análisis, el órgano de investigación dentro de sus fases y etapas, así como el órgano de resolución en su procedimiento, debieron emitir su pronunciamiento acorde con el trámite que señala la norma, en el tiempo y en la forma que la misma lo prevé, de lo contrario, las actuaciones que no se ajusten al mandato legal acarrearían, según el caso, nulidad,

⁴ Sentencia, Tribunal Contencioso Administrativo No.2, Juicio No: 09802201700870

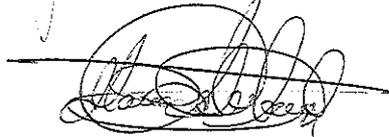
ilegalidad, caducidad, prescripción o preclusión. Para esta Autoridad ha operado la preclusión de la fase de sustanciación que culminaba con la emisión del Informe Final dentro de los 15 días que manda el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. En sumo, si la autoridad se pronuncia sin la competencia necesaria en razón de tiempo, irreparablemente vicia de nulidad las actuaciones sucesivas; es decir, el vicio generado en el expediente de investigación no se constriñe únicamente a éste, pues, por causa y efecto de haberse producido la preclusión en una fase o etapa previa a la sanción, también viciaría las actuaciones de la CRPI, queda en evidencia que los actos sucesivos que se dieron a partir de la emisión del Informe Final al no haberse emitido dentro del término establecido, conllevan a su inexistencia, el pretender considerar como válido algún pronunciamiento posterior a la preclusión, deriva en su ilegitimidad. Finalmente, se deja sentado que el cumplimiento de los procesos, procedimientos, plazos y términos propios de estos, se constituyen en solemnidades sustanciales, cuyo incumplimiento o inobservancia lesiona el principio de legalidad, derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, este último es definido por José Araujo Suárez cómo: “la garantía de aplicación objetiva de la ley en su sentido amplio, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, a su vez, esta seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los Poderes Públicos, y como es lógico, ésta solo se logra en los Estados de Derecho donde las personas no están sometidas a la arbitrariedad de los órganos del Poder Público”. (el subrayado me pertenece)

DÉCIMO.- Por lo expuesto, existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE:**
PRIMERO.- DECLARAR a solicitud de parte la caducidad la facultad resolutoria de la Comisión de Resolución de Primera Instancia para pronunciarse sobre el recurso de reposición, en consecuencia queda sin efecto la resolución de 21 de enero de 2019, a las 12h50, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente No. SCPM-CRPI-0045-2018.- **SEGUNDO.- DECLARAR** de oficio la preclusión del término previsto para emitir el Informe Final No. SCPM-IIAPMAPR-005-2018 de 19 de abril de 2019, por parte de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-005-2016, y en consecuencia se deja sin efecto la resolución de 14 de septiembre de 2018, las 16h57, emitida por la CRPI, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-0024-2018.- **TERCERO.-** En virtud de la caducidad y preclusión declaradas en los acápites primero y segundo de esta parte resolutoria se dispone el **ARCHIVO** de los expedientes números **SCPM-IIAPMAPR-EXP-005-2016**, **SCPM-CRPI-0024-2018** y **SCPM-CRPI-0045-2018**.- **CUARTO.-** Remítase la presente Resolución a la Intendencia de Gestión de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a fin de que disponga a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano, que en el ámbito de sus competencias inicie el trámite

disciplinario pertinente.- **QUINTO.-** Notifíquese a las partes procesales, al Órgano de Resolución, a la Intendencia General Técnica y a las partes. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Abg. Verónica Martínez Ortiz
DELEGADA DEL SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE
MERCADO



Ab. María Belén Arévalo
SECRETARIA AD-HOC