



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia IIAPMAPR
- **Expediente Intendencia:** SCPM-IIAPMAPR-0027-2015
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-0027-2015-A-0008-2017-DS
- **Denunciante:** De Oficio
- **Denunciado:** Hugo Quezada Izquierdo

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 24 de abril de 2017, a las 14H30.- **VISTOS:** Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado Subrogante, conforme Resolución No. **SCPM-DS-018-2017**, de 21 de abril de 2017, suscrita por Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, que en su parte pertinente resuelve: "(...) **ARTÍCULO DOS.-** Disponer al Intendente General; subrogue el cargo de Superintendente de Control del Poder de Mercado del 23 al 29 de abril de 2017, cuya copia certificada se agrega. **Avoco** conocimiento del expediente, signado con el número SCPM-IIAPMAPR-0027-2015-A-0008-2017-DS, en uso de mis facultades legales dispongo: agréguese al expediente el escrito presentado por la Compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., de 07 de marzo de 2017; estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2, y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación.- **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 recurrente Hugo Quezada Izquierdo en calidad de Representante Legal de la COMPAÑIA GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2017, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución contenida en la providencia de fecha 07 de febrero de 2017, expedida por la Dirección Zonal de Control 6-SCMP, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-0027-2015, cumpliendo así el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que en el Art. 67 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. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que concede o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa". **CUARTO.- PROVIDENCIA IMPUGNADA.-** El recurrente mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2017 impugna la Resolución contenida en la providencia de fecha 07 de febrero de 2017, por medio de la cual la Dirección Zonal de Control 6-SCMP, resolvió iniciar una investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-0027-2015, por existir presunciones de la existencia de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica conforme a lo establecido en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de



Regulación y Control del Poder de Mercado, presuntamente generada por el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA., (CORAL HIPERMERCADOS) en contra de sus proveedores. **QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** En el escrito mediante el cual se interpone el Recurso de Apelación, el recurrente, hace constar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su petición, así: **1.** *“(...) la Resolución de inicio de investigación formal objeto de este Recurso NO CUMPLE con los requisitos que el Artículo 62 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Control y Regulación (sic) del Poder de Mercado. (...) De forma muy genérica al definir la conducta objeto de investigación se dice que sería “lo establecido en el artículo 10 numerales 2, 3 y 4 de la LORCPM”, cuando lo que correspondía en ese punto era describir que conducta o acción del presunto implicado podría encuadrarse en esos supuestos jurídicos. (...) Este simple hecho acarrea la NULIDAD de la resolución de inicio de investigación por ser oscura e incompleta, pues al no precisarse la conducta investigada ni cuál sería la relación de mi representada con ella debidamente, se imposibilita el ejercicio del derecho a la defensa. (...) solicito declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la emisión de esta Resolución (...)”*. **2.** *“(...) El Informe de Resultados que precede a la Resolución de Inicio de Investigación Formal de la que apelo, ha sido emitido fuera del término reglamentario de 180 días establecido por el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM en su artículo 55, por lo cual caducó la facultad de la Dirección Zonal de Control 6 como órgano de investigación (...) la Resolución por la que se dio inicio a esta investigación preliminar es de fecha 27 de Octubre de 2015, las 17h00. El Informe de Resultados en este caso fue emitido en fecha 06 de enero de 2017, y me fue notificado en fecha 10 de enero de 2017, en virtud de la aceptación parcial de mi recurso de apelación por parte del Señor Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante resolución de fecha 04 de enero de 2017, que dispuso declarar la nulidad del expediente hasta la foja 0567, retrotrayendo el proceso hasta ella, correspondiéndole la fecha 11 de julio de 2016. (...) señor Superintendente, sabrá ordenar su archivo, pues continuar el trámite en base a un informe para el que ya no existía facultad legal para emitirlo generaría nulidad absoluta de todo lo posterior”*. **3.** *“(...) El procedimiento aplicable a las investigaciones iniciadas de oficio, está establecido en el artículo 55 del RLORCPM (...) Como se puede apreciar de la lectura del artículo citado, el presunto o presuntos responsables “podrán presentar explicaciones en el término de quince (15) días de notificado el inicio de la investigación preliminar”, de lo que se infiere que debe necesariamente notificarse al presunto responsable con la resolución de inicio de investigación preliminar, y no solamente con su informe final, como ha ocurrido en este caso (...) al no haberse notificado la Resolución de Inicio de Investigación preliminar, existe nulidad procesal insubsanable, por lo que su Autoridad deberá declararla y ordenar el archivo del procedimiento administrativo”*. **4)** *“(...) se ve que se toman decisiones acerca de la materia del expediente en apartados denominados “DOCUMENTACIÓN”, y en el apartado de “ANTECEDENTES”, parte expositiva que no es mandatoria ni vinculante, sin que luego se recoja lo ahí expresado en la parte resolutive, incurriendo en vicio insubsanable de incongruencia que conlleva a la inaplicabilidad de lo resuelto (...) Salta a la vista asimismo que se dice que la investigación se abre no solo para determinar la existencia o no de las conductas antes mencionadas (que nunca fueron detalladas sino se limitaron a citar los artículos de la LORCPM), sino que además se dice que se examinará “las posibles conductas que son o podrían ser objeto de investigación dentro del ámbito de las competencias de esa Autoridad”, lo cual es una flagrante violación al derecho al debido proceso, pues los administrados tenemos derecho a saber detalladamente sobre*



- 28 -
Definición
OCTMO.

qué se nos investiga (...): 5. "(...) el contenido del el (SIC) Informe SCPM-DZC6-003-2017 de fecha 06 de enero de 2017 es en sí mismo atentatorio de los derechos constitucionales y del procedimiento establecido en la LORCPM y su Reglamento de Aplicación, por resolver manifiesta y expresamente en contra de norma de acatamiento obligatorio para la SCPM, como lo es la Resolución 014 de la Junta de Regulación de Poder de Mercado dictada en fecha 04 de enero de 2017, es decir, ANTES de la emisión del Informe y ANTES de la resolución de la que apelo. (...) al tratarse de un expediente iniciado por supuesto abuso de situación de dependencia económica, es de aplicación obligatoria para la Dirección Zonal de Control 6 de la SCPM lo dispuesto por la Junta de Regulación (...)" 6. "(...) tratándose de un Informe de Investigación Preliminar y de la Resolución de inicio de investigación "formal", no cabe que la Dirección Zonal tenga ya definido un mercado relevante, a riesgo de prevaricar, pues esto se definiría más adelante en la investigación, de haber mérito para continuarla, y escuchando los argumentos de la parte investigada conforme manda la LORCPM, pues es justamente el órgano de investigación el que, tras la etapa de investigación -que aún no se ha dado- debería definir el mercado relevante en su formulación de cargos, que de haberla, debe haber considerado no solamente los elementos inculpatorios sino también los exculpatorios que llegaren a conocerse durante la investigación" 7. "(...) la Resolución de la que apelo ha hecho una indebida interpretación, extensiva, analógica y por ende prohibida en materia de derecho público económico como es el derecho de competencia, al incluir como fundamentación referencias a conductas que no son semejantes, y quizá no son siquiera relacionadas, con la conducta de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica que recoge el artículo 10 de la LORCPM (...) Es de considerar que esta interpretación extensiva es contraria a la constitución, al principio de tipicidad, principio de legalidad, y por ende constituye ejercicio arbitrario del derecho administrativo sancionador (...)". 8. "(...) El abuso de poder de mercado relativo o abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, se encuentra tipificado en el artículo 10 de la LORCPM (...) nuestra ley -en concordancia con la doctrina- exige no solamente la presencia de "posición de dominio relativa" medida en base al peso relativo que tienen las compras de una empresa sobre las ventas de otras, sino la ausencia de alternativas equivalentes (...) Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda. No ostenta posición dominante en el mercado relevante definido (mercado de aprovisionamiento) ni en el mercado "aguas abajo" (downstream) del mismo (mercado de venta de bienes de consumo corriente en autoservicios), existiendo múltiples supermercados de mayor tamaño en el mercado ecuatoriano, que son competidores directos de mi representada (...)". **SEXTO.- PETICIÓN SOLICITADA POR EL RECURRENTE EN EL RECURSO INTERPUESTO.-** "(...) solicito comedidamente señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, se sirva aceptar íntegramente este recurso de apelación y en consecuencia resuelva cada una de las siguientes peticiones: **a)** Declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la emisión de la Resolución de inicio de investigación, por no contener los requisitos mínimos del Art. 54 de la LORCPM. **b)** Declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la emisión de la Resolución de inicio de investigación preliminar, por no haberse notificado la misma. **c)** Declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la emisión del Informe de Resultados de Investigación preliminar, por haber sido emitido y notificado fuera del término legal. **d)** Revoque la Resolución de Inicio de investigación de la que he apelado, por contradecirse en ella norma expresa de acatamiento obligatorio al no considerar la Resolución 014 de la Junta de Regulación. **e)** Revoque la Resolución de Inicio de Investigación y disponga el archivo del expediente, debido a que tras la emisión de la Resolución 014 de la Junta de Regulación, y en aplicación de su art. 30, no existe indicio

alguno de existencia de dependencia económica hacia Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., respecto de sus proveedores. **f)** Se sirva ordenar el archivo del Procedimiento Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015 (...). **SÉPTIMO.- CONSTANCIAS PROCESALES.-** Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-0027-2015, se verifican las siguientes constancias procesales: **1.** El 14 de septiembre de 2015, a las 16H00, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas mediante providencia, dispuso: "(...) **TERCERO: a)** Iniciar con la fase de barrido, a fin de realizar las diligencias preparatorias y el análisis de la información, por el término de treinta (30) días, contados a partir de la emisión de la presente providencia (...)". **2.** El 27 de octubre de 2015 el Director Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas presentó un informe sobre la pertinencia o no de apertura de la etapa de investigación preliminar del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en el cual recomendó que a fin de verificar el correcto funcionamiento del mercado en el sector de aprovisionamiento a supermercados por parte de sus proveedores, se abra una etapa de investigación preliminar donde se analice si los proveedores de CORAL HIPERMERCADOS se encuentran bajo relación de dependencia económica y de ser el caso se investigue si existen indicios de alguna conducta que podría ser infracción al artículo 10 de la LORCPM. **3.** El 27 de octubre de 2015 a las 17H00 el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (s) mediante providencia, resolvió: "(...) **SEGUNDO:** Iniciar una Investigación Preliminar de oficio, por supuestas conductas susceptibles de infracción contenidas en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo informe no podrá ser expedido en más de 180 días término (...)". **4.** El 22 de diciembre de 2015, a las 14H00, mediante providencia el Intendente Zonal 6 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dispuso: "(...) **TERCERO:** Continúe la fase (2) denominada de investigación preliminar de conformidad con lo establecido en la ley y en la resolución correspondiente (...)". **5.** El 06 de enero de 2016, a las 14H00, mediante providencia el Intendente Zonal 6, dispuso: "(...) **PRIMERO:** En el término de 7 días el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA., (CORAL HIPERMERCADOS); presente en esta intendencia Zonal 6 ubicada en la calle del Batán 5-27 entre Imbabura y Esmeraldas, la información solicitada en el documento adjunto físico y magnético (DVD-R) (PLANTILLA) (...)". **6.** El 22 de enero de 2016, a las 16H15, mediante providencia el Intendente Zonal 6 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dispuso: "(...) **SEGUNDO:** En atención a la petición realizada en el punto 1 respecto de la "solicitud de prórroga para entrega de información"; esta Autoridad considerando las razones expuestas por el peticionario se le concede una prórroga de 10 días término adicionales (...)". **7.** El 28 de enero de 2016 el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., presentó la información requerida dentro del término de prórroga concedido. **8.** El 28 de enero de 2016, a las 15H00, mediante providencia el Intendente Zonal 6 dispuso que en el término de 3 días el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., complete la información solicitada mediante providencia de fecha 06 de enero de 2016 a las 10H00. **9.** El 12 de febrero de 2016 el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., completó la información requerida. **10.** El 01 de abril de 2016 mediante Informe No. SCPM-IZ6-006-2016, la Analista de Investigación de Abuso de Poder del Mercado recomienda se considere el análisis de depuración de base de los proveedores presentado en el informe y los resultados finales para trabajar en las posteriores fases de investigación. **11.** El 18 de abril de 2016, a las 16H30, mediante providencia el Intendente Zonal 6, dispuso: "(...) **I)** Acoger el Informe antes mencionado y de conformidad con las Conclusiones y Recomendaciones del mismo (...)". **12.** El 11 de julio de 2016 mediante Informe de



Resultados No. SCPM-IZ6-023-2016, Versión no Confidencial del Caso Megas DC4, se concluyó: "(...) Presuntamente GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia (...)"; y se recomendó: "Correr traslado con el presente informe al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., para que en el término de 15 días presente sus explicaciones que considere necesarias". 13. El 12 de julio de 2016, a las 16H00, mediante providencia el Intendente Zonal 6, dispuso notificar al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., (CORAL HIPERMERCADOS), con el informe SCPM-IZ6-023-2016 de fecha 11 de julio de 2016, el cual contiene el informe de resultados de la etapa de investigación preliminar versión no confidencial, con el fin de que en el término de 15 días presente las explicaciones necesarias. 14. El 27 de julio de 2016 el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., presenta las explicaciones y alegaciones, solicitadas mediante providencia de 12 de julio de 2016, a las 16H00 y solicita el ARCHIVO del expediente de investigación preliminar. 15. El 15 de agosto de 2016, a las 09H30, mediante providencia el Director Zonal 6, dispuso: "**PRIMERO.-** En virtud de que el informe de resultados N° SCPM-IZ6-023-2016 de fecha 11 de julio de 2016 tanto en su versión confidencial como en la no confidencial, la fundamentación jurídica enunciada no concuerda con las recomendaciones realizadas; con el fin de garantiza (sic) el cumplimiento de todas las garantías constitucionales y legales, el cumplimiento al debido proceso (...) se declara la NULIDAD del presente proceso administrativo a partir de fojas 0567 Quinientos sesenta y siete del expediente. **SEGUNDO.-** Se dispone a los analistas jurídico y económico de la Dirección de Control Zonal 6-SCPM que en el término de 15 días presenten el informe de resultados de la investigación preliminar (...)". 16. El 30 de agosto de 2016 mediante Informe de Resultados No. SCPM-IZ6-037-2016, Versión no Confidencial del Caso Megas DC4, se concluyó: "(...) Presuntamente GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia (...)"; y se recomendó: "Correr traslado con el presente informe al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., para que en el término de 15 días presente sus explicaciones que considere necesarias". 17. El 30 de agosto de 2016, a las 16H45, mediante providencia el Director Zonal 6, dispuso notificar al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., (CORAL HIPERMERCADOS), con el informe SCPM-IZ6-037-2016 de fecha 30 de agosto de 2016, el cual contiene el informe de resultados de la etapa de investigación preliminar versión no confidencial, con el fin de que en el término de 15 días presente las explicaciones que considere. 18. El 13 de septiembre de 2016 el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., presenta las explicaciones y alegaciones, solicitadas mediante providencia de 30 de agosto de 2016, a las 16H45 y solicita el ARCHIVO del presente expediente de investigación preliminar. 19. El 29 de septiembre de 2016 mediante Informe No. SCPM-DZC6-001-2016, la Analista Económico de la Intendencia Zonal 6, dados los resultados del informe recomendó continuar con el proceso administrativo-Caso "DC4", procediendo con la etapa de investigación". 20. El 30 de septiembre de 2016, a las 16H00, mediante providencia el Director Zonal 6 dispuso acoger el informe N° SCPM-DZC6-001-2016 de fecha 29 de septiembre de 2016 e iniciar una investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en base a la investigación iniciada de oficio el 27 de octubre de 2015. 21. El 14 de octubre de 2016 el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., presenta recurso de apelación en contra de la providencia de fecha 30 de septiembre de 2016, en la cual solicita se deje sin efecto, y se declare la nulidad del acto administrativo impugnado 22. El 17 de octubre de 2016, a las 15H30, mediante providencia el Director Zonal 6, dispuso agregar al proceso el escrito-Recurso de



Apelación (presentado por el Sr. Hugo Quezada Izquierdo en calidad de Representante Legal de la Compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., y poner en conocimiento del Superintendente de Control del Poder de Mercado. **23.** El 04 de enero de 2017, el Superintendente, aceptó parcialmente el Recurso de Apelación planteado por el operador económico GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA., el 14 de octubre de 2016 y en consecuencia se declaró la nulidad de todo lo actuado desde fojas 567 del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en la cual consta el informe No. SCPM-IZ6-023-2016, de 11 de junio de 2016 en adelante y se negó el archivo del expediente solicitado por el apelante. **24.-** El 06 de enero de 2017, a las 15H30, mediante providencia el Director Zonal 6, dispuso agregar al proceso la Resolución emitida por el Superintendente de Control del Poder del Mercado, el 04 de enero de 2016 a las 16H20, en la que resolvió aceptar parcialmente el recurso de apelación y dispuso a la Intendencia Zonal 6 expida el Informe de Investigación Preliminar, dentro del término establecido. **25.-** El 06 de enero de 2017 mediante Informe de Resultados No. SCPM-DZC6-003-2017, se concluyó: "(...) Presuntamente GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia (...)"; y se recomendó: "Correr traslado con el presente informe al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., para que en el término de 15 días presente sus explicaciones que considere necesarias (...)". **26.-** 10 de enero de 2017, a las 10H45, mediante providencia el Director Zonal 6, dispuso notificar al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., con el informe N° SCPM-DZC6-003-2017 de fecha 06 de enero de 2017 el cual contiene el informe de resultados de la etapa de investigación preliminar versión no confidencial, con el fin de que en el término de 15 días presente las explicaciones que considere necesarias. **27.-** El 10 de enero de 2017, a las 16H50 se notificó al operador económico Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., vía correo electrónico con las providencias de 06 de enero de 2017, a las 15H30, y de 10 de enero de 2017, a las 10H45 **28.-** El 11 de enero de 2017 mediante escrito el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., solicitó se sienta razón de que no se notificó el Informe de Investigación Preliminar dentro de los 180 días término previstos en el art. 55 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM y en consecuencia se ordene el ARCHIVO del expediente, por cuanto la Intendencia perdió la competencia en razón del tiempo para emitir y notificar el mencionado informe. **29.-** El 11 de enero de 2017 mediante escrito el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., solicita: "(...) **REFORME, ACLARE Y AMPLÍE su providencia de fecha 10 de enero de 2017 a las 10H45 disponiendo que, dado que en el correo electrónico enviado no se ha adjuntado el Informe en cuestión y por lo tanto no se ha notificado al operador, se disponga hacer la mencionada notificación dentro del término previsto en el art. 55 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, de ser procedente (...)**". **30.-** El 11 de enero de 2017, a las 11H30, mediante providencia el Director Zonal 6, dispuso notificar al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., con el informe N° SCPM-DZC6-003-2017 de fecha 06 de enero de 2017, el cual contiene el informe de resultados de la etapa de investigación preliminar versión no confidencial. **31.-** El 24 de enero de 2017 mediante escrito el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., en virtud de la providencia de 10 de enero de 2017, a las 10H45, solicitó el archivo del expediente de investigación preliminar, por no existir elementos ni indicios suficientes que demuestren la necesidad de dar apertura a una investigación en su contra y solicitó se declare la nulidad de lo actuado por las violaciones procesales anteriormente indicadas en el presente escrito. **32.-** El 07 de febrero de 2017, a las 10H00, mediante providencia el Director Zonal 6, resolvió: "**PRIMERO.-** Iniciar una investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en base a la investigación iniciada de oficio el



27 de octubre de 2015(...). (...) **QUINTO.-** Notifíquese al señor Hugo Quezada Izquierdo Representante Legal de la Compañía Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., con el contenido de la presente resolución (...). **33.-** El 14 de febrero de 2017 el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda., presenta el recurso de apelación contra la Resolución contenida en la providencia de fecha 07 de febrero de 2017, por medio de la cual la Dirección Zonal de Control 6-SCMP, resolvió iniciar una investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-0027-2015. **34.-** El 14 de febrero de 2017, a las 13H30, mediante providencia el Director Zonal 6, dispuso agregar al proceso el escrito que contiene el Recurso de Apelación presentado por Hugo Quezada Izquierdo en calidad de Representante Legal de la Compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., y poner en conocimiento del Superintendente de Control del Poder de Mercado. **OCTAVO.- NORMATIVA APLICABLE.-** Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en las normas; así: **Constitución de la República del Ecuador**, determina: **"Artículo 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"; **"Artículo 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.** (...) 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. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (...); **"Artículo 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"; **"Artículo 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley"; **"Artículo 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"; **"Artículo 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos: **1.** Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...) **8.** Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes"; **"Artículo 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) **6.** Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados"; **"Artículo 335.-** El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la



explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal"; **"Artículo 336.-** El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley"; **"Artículo 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"; **"Artículo 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". En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece: **"Artículo 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible"; **"Artículo 2.- Ámbito.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo"; **"Artículo 4.-** Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: **1.** El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico. **2.** La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. (...) **4.** El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los



mercados. (...) 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre competencia. (...) 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (...)" **Artículo 5.- Mercado relevante.-** A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto". **Artículo 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.-** Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. El abuso consistirá, en particular, en: (...) 2.- Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. 3.- La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares. 4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos". **Artículo 41.- Resoluciones.-** Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos. **Artículo 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento (...)" **Artículo 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoria.-** Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación. Los actos administrativos son impugnables según dispone el artículo 173 de la



Constitución de la República y están revestidos del carácter de estabilidad administrativa. Si alguna norma atribuye competencia a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de tramitar y resolver las peticiones o impugnaciones corresponde a los órganos inferiores competentes, según el reglamento orgánico funcional o por procesos y las correspondientes atribuciones de competencia por razón de la materia y del territorio y, de existir varios de estos, al superior jerárquico común. El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico". **NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Conforme a lo expuesto, y revisadas las constancias procesales, se evidencia que: El 27 de octubre de 2015, de oficio la SCPM, inició una investigación preliminar en contra del operador económico COMPAÑÍA GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., por existir presunciones de la existencia de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica conforme lo establecido en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; posteriormente, existiendo méritos para la prosecución de la siguiente fase, el 07 de febrero de 2017, la Dirección Zonal de Control 6-SCMP, resolvió iniciar una investigación formal dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-0027-2015, la misma que es impugnada el 14 de febrero de 2017 por el operador económico Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda. En el Recurso de Apelación el operador económico impugna: "**d) OMISIÓN DE REQUISITOS LEGALES EN LA RESOLUCIÓN DE INICIO DE INVESTIGACIÓN**". Al respecto me permito indicar que mediante providencia de 07 de febrero de 2017, a las 10H00, en la Disposición Cuarta.- Consideraciones, numerales 4.1 y 4.2, se detallan tanto la identificación del presunto responsable como la conducta objeto de la investigación a realizarse, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 62 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al manifestar: "**4.1) De la Investigación Preliminar realizada dentro del presente procedimiento administrativo instaurado de oficio, se presume el cometimiento de las infracciones tipificadas en los numerales 2, 3 y 4 del art. 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por parte del operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., (CORAL HIPERMERCADOS), como presunto responsable. 4.2) La conducta objeto de investigación corresponde a lo establecida (sic) en el artículo 10 numerales 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)**". El actor argumenta que el inicio de investigación es incompleto y obscuro, en ese sentido, me permito manifestar lo expuesto por la Corte Constitucional dentro del caso No. 1475-11-EP, que en Sentencia No. 001-15-SEP-CC de 14 de enero de 2015, resolvió: "*El derecho a recibir resoluciones debidamente motivadas de los poderes públicos, se encuentra establecido en el numeral 7 literal 1 del artículo 76 de la Constitución de la República e implica el hecho que exista un razonamiento por parte del juez al momento de emitir sus resoluciones, por lo que, de existir una sentencia inmotivada, resultaría arbitraria, incongruente, incompleta, obscura, infundada y contraria al ordenamiento positivo constitucional y legal. Además este derecho, constituye la obligación estatal de comunicar de manera clara, coherente y razonable los fundamentos que sustentan una decisión en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece que: "La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de*



pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso". Por consiguiente, nuestra jurisprudencia, con el objetivo de determinar si existe una vulneración del derecho a la motivación en las resoluciones judiciales, ha señalado tres parámetros que contribuyen a fin de garantizar el cumplimiento de dicha garantía. Los referidos criterios se encuentran enunciados de la siguiente manera: Para que determinada resolución se halle debidamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacerse 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 esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto". En virtud de lo expuesto, la resolución de inicio de investigación de 07 de febrero de 2017, a las 10H00, no podría considerarse como un acto administrativo oscuro o incompleto, ya que, el mismo fue emitido observando el principio constitucional de motivación, en él, se puede observar la exposición de hechos y fundamentos de derecho que viabilizan el inicio de una investigación, constituyéndose de esta manera un acto administrativo claro, legítimo, completo, y emitido en observancia al debido proceso. Del mismo modo, el inicio de la fase de investigación, de ningún modo genera efectos sobre el administrado, consecuentemente, no coarta el derecho a la defensa del operador económico, por la naturaleza misma que tiene una resolución de inicio; luego de lo cual, una vez terminada la fase investigativa, se determinará si efectivamente el operador económico ha incurrido o no en una de las conductas señaladas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, materia de la investigación, inclusive, dentro de esta fase, la ley prevé la apertura de la etapa probatoria, donde el operador económico podrá ejercer su derecho a la defensa y presentar la documentación que considere pertinente para que sea valorada conforme los procedimientos establecidos en la Ley; por tanto, la SCPM, al iniciar un procedimiento de investigación, no imposibilita el ejercicio del derecho a la defensa del operador económico tomando en consideración que esta resolución se constituye por su efecto en un acto interlocutorio. En referencia a las clases de actos administrativos me permito traer alusión lo señalado por el tratadista Roberto Dromi en relación al concepto de Acto administrativo, Simple Acto de la Administración y Hecho Administrativo, en ese orden:

a) Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa. **b) Simple Acto de la Administración.-** Es toda declaración unilateral o interorgánica, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta. **c) Hecho Administrativo.-** Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos.¹ Además la Enciclopedia Española de Derecho y Administración, en relación a los **autos interlocutorios**, los define de la siguiente manera: "(...) Los autos interlocutorios pueden recaer, ya sobre la sustanciación y ritualidad del juicio, ya sobre la resolución de alguna controversia incidental que se haya suscitado en el curso de él. Este doble concepto ha dado lugar a que los intérpretes hayan establecido una subdivisión de los autos interlocutorios, llamándolos en un caso interlocutorios con fuerza de definitivos, y en

¹ Dromi, Roberto- Tratado de Derecho Administrativo- Buenos Aires, Argentina 1998.



otros si ellos son de mera sustanciación. (...) Los segundos son los que recaen sobre los trámites y órdenes del juicio, y no deciden ni terminan cuestión alguna, ni tienen otra fuerza que la de una providencia de simple sustanciación. (...) Los mismos escritores a quienes acabamos de referirnos, han distinguido los autos interlocutorios en apelables y no apelables, considerando comprendidos en la primera denominación, a los que tienen fuerza de definitivos; y en la segunda a los de mera sustanciación (...).² Entendiéndose de esta manera que la resolución de inicio de investigación no genera un efecto legal negativo en contra del operador económico, a quién se le requiere información, documentos o informes que el órgano de sustanciación e investigación estimare conveniente, a efecto de obtener los elementos necesarios que le permitan llegar a la convicción de la existencia del cometimiento o no, de una práctica anticompetitiva; lo cual implica que, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales para el perfeccionamiento de su investigación, podrá requerir información para el esclarecimiento de los hechos, según lo determina el artículo 64 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, cuya obligatoriedad se encuentra establecida en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en ese sentido, y puesto que el acto administrativo no resuelve el tema principal, no establece responsabilidades, no impone sanciones, y tampoco dispone se realice un acto o se abstenga de hacerlo, por su naturaleza no es impugnabile; pues, el inicio del procedimiento de investigación constituye la apertura de un proceso que en este caso es consecuencia de una investigación preliminar; facultad que es propia de la Superintendencia, tal como lo establece el artículo 49 de la referida Ley. La resolución de inicio de investigación se expidió con estricto apego al debido proceso de acuerdo a lo que establece el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: "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 (...)", en concordancia con lo señalado en el artículo 82 del mismo cuerpo normativo el que manifiesta: "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", protegiendo así el derecho a la seguridad jurídica de los operadores económicos y garantizando el cumplimiento de la LORCPM y su Reglamento de Aplicación. Finalmente el acto que se impugna, no constituye un acto administrativo, puesto que, es una declaración voluntaria del organismo de control que no genera efectos jurídicos individuales, en ese sentido se puede observar que el acto de inicio de investigación al no generar efectos en contra del administrado, se trata de un acto interlocutorio, en este punto, cabe destacar lo manifestado en el Art. 88 del COGEP, que dice: "Clases de providencias. Las o los juzgadores se pronuncian y deciden a través de sentencias y autos. La sentencia es la decisión de la o del juzgador acerca del asunto o asuntos sustanciales del proceso. El auto interlocutorio es la providencia que resuelve cuestiones procesales que, no siendo materia de la sentencia, pueden afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento. El auto de sustanciación es la providencia de trámite para la prosecución de la causa.". Así entonces queda claro que el inicio de un procedimiento investigativo, resuelve el comienzo de una etapa o fase, y no sobre el resultado de la misma, en virtud que para aquello, debe transcurrir 180 días, en el cual se abrirá la etapa probatoria y luego del cumplimiento del debido proceso en esta fase, se emitirá un informe final; es decir, el iniciar un proceso de investigación no afecta ningún derecho del administrado, solo se

² Enciclopedia Española de Derecho y Administración- Madrid, España. Tomo V



limita a verificar si los indicios, presunciones y elementos obtenidos en la investigación preliminar que son objeto principal que media el inicio de la investigación, son susceptibles de afectar el mercado, o el interés general, por lo cual la Intendencia tiene la obligación de verificar no solo la existencia de las presuntas conductas que se encuadren en las infracciones establecidas en la LORCPM, sino que luego del análisis correspondiente, en caso de comprobarse el cometimiento de la conducta anticompetitiva, establecer si esas prácticas son sancionables. Por otro lado, de comprobarse que no existe práctica, deber archivarse el proceso. **"2) EL INFORME FUE EMITIDO FUERA DEL TÉRMINO LEGAL DE 180 DÍAS, CONTADOS DESDE LA RESOLUCIÓN DE INICIO DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, SIENDO ESTO CAUSA DE PÉRDIDA DE LA COMPETENCIA EN RAZÓN DEL TIEMPO.-** El Informe de Resultados que precede a la Resolución de Inicio de Investigación Formal de la que apelo, ha sido emitido fuera del término reglamentario de 180 días establecido por el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM en su artículo 55, por lo cual caducó la facultad de la Dirección Zonal de Control 6 como órgano de investigación. (...) conforme cita el Informe de Resultados, página 2, la Resolución por la que se dio inicio a esta investigación preliminar es de fecha 27 de Octubre de 2015, las 17h00. El Informe de Resultados en este caso fue emitido en fecha 06 de enero de 2017, y me fue notificado en fecha 10 de enero de 2017, en virtud de la aceptación parcial de mi recurso de apelación por parte del Señor Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante resolución de fecha 04 de enero de 2017, que dispuso declarar la nulidad del expediente hasta la foja 0567, retro trayendo el proceso hasta ella, correspondiéndole la fecha 11 de julio de 2016. El hecho de que, por vicios de nulidad imputables a la Intendencia, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado haya declarado la Nulidad del proceso a partir de fojas 0567, procediendo a emitir un nuevo informe de resultados de la investigación preliminar no altera el término legal que debía cumplirse, ni suspendió su contabilización. (...) la Dirección Zonal de Control 6 perdió su competencia en razón del tiempo para emitir el informe, y ante ello, Usted señor Superintendente, sabrá ordenar su archivo, pues continuar el trámite en base a un informe para el que ya no existía facultad legal para emitirlo generaría nulidad absoluta de todo lo posterior". Al respecto me permito indicar que para evitar que el proceso adolezca de algún vicio que genere nulidad sustancial, mediante Resolución de 04 de enero de 2017 se aceptó parcialmente el recurso de apelación planteado por el operador económico GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA, con fecha 14 de octubre de 2016; y, en consecuencia se declaró la nulidad de todo lo actuado desde fojas 0567 del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en la cual constaba el informe No. SCPM-IZ6-023-2016 de 11 de junio de 2016, en tal virtud, la nulidad tiene por efecto, el retrotraer el tiempo procesal, como lo determina el artículo 109 del Código Orgánico General de Procesos – COGEP- que dice: "La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior a aquel en que se dictó el acto nulo"; con lo cual, en atención de la solicitud realizada por el operador económico y en virtud de la facultad que da la norma, se nulitó todo lo actuado retro trayendo el tiempo procesal hasta la foja 0567, evitado así la existencia de un perjuicio contra el operador económico, e impidiendo el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos garantizados en la Constitución; adicionalmente en la resolución referida, se dispuso a la Intendencia Zonal 6 que proceda conforme lo establecido en el artículo 55 y siguientes del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, expida el Informe de Investigación Preliminar, dentro del término establecido en la ley, y finalmente se negó el archivo del expediente solicitado por el apelante. El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado en su artículo 55, señala: "**Art. 55.- Inicio del procedimiento**



de oficio.- El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley. El órgano de sustanciación abrirá un expediente y conducirá una investigación preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término, de haber resuelto el inicio de la investigación. Dentro del término de tres (3) días de haber concluido el informe, se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción (...). (El subrayado me pertenece); En concordancia con lo establecido en el artículo 6, literal a) del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el mismo que determina: *“La fase de investigación preliminar iniciará cuando el Intendente respectivo en el término de tres (3) días mediante providencia avoque conocimiento y aperture el expediente por el término de ciento ochenta (180) días. Concluido este término se notificará al o los presuntos responsables en tres (3) días hábiles, los mismos que tendrán el término de quince (15) días para presentar explicaciones, luego de lo cual el Director correspondiente elaborará un informe de investigación preliminar con el inicio de la investigación o archivo del expediente en el término de diez (10) días, para conocimiento y suscripción del Intendente con lo cual concluirá esta fase”*. (El subrayado me pertenece). En virtud de lo expuesto y realizando el análisis del expediente se verifica que: El 27 de octubre de 2015 se dio inicio de la investigación preliminar dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, teniendo ciento ochenta (180) días término para emitir el informe de resultados; término que fenecería el día 13 de julio de 2016, en razón de la aceptación parcial del Recuso de Apelación presentado por el operador económico GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA., mediante Resolución de 04 de enero de 2017 a las 16H20 y al haberse retrotraído el proceso a la foja 0567, se contaba con 2 días para presentar el informe de resultados dentro del término legal. Efectivamente con fecha 06 de enero de 2017 la Dirección Zonal 6 presentó el informe de resultados, es decir, dentro de los 180 días término, posterior a lo cual el informe fue notificado mediante providencia de 10 de enero de 2017, a las 10H45, es decir dentro de los tres (3) días término que faculta la ley. De lo referido, también se dejó constancia por el operador económico, quién, en su escrito de apelación manifiesta: *“El Informe de Resultados en este caso fue emitido en fecha 06 de enero de 2017, y me fue notificado en fecha 10 de enero de 2017 (...)”*. Con lo que se evidencia y queda demostrado que el Informe de Resultados de la Investigación Preliminar fue emitido dentro del término de 180 días que disponen los artículos 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado, y 2 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, encontrándose por lo tanto la autoridad facultada, en razón de la competencia, y dentro del tiempo determinado en la normativa aplicable a la materia de derecho de competencia; además, la notificación fue efectuada dentro del término legal establecido en la Ley por lo cual no existe nulidad alguna, al haberse respetado y garantizado el cumplimiento del debido proceso por parte de la Autoridad, cumpliendo así todas las garantías constitucionales y legales. **3) EXISTE NULIDAD ABSOLUTA POR NO HABERSE NOTIFICADO LA RESOLUCIÓN DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.-** *“(...) En este caso, debió seguirse el procedimiento correspondiente a investigaciones iniciadas de oficio, en virtud de la providencia del 27 de octubre de 2015 a las 17h00 (...) El procedimiento aplicable a las investigaciones iniciadas de oficio, está establecido en el artículo 55 del RLORCPM (...) Como se puede apreciar de la lectura del artículo citado, el presunto o presuntos*



responsables "podrán presentar explicaciones en el término de quince (15) días de notificado el inicio de la investigación preliminar", de lo que se infiere que debe necesariamente notificarse al presunto responsable con la resolución de inicio de investigación preliminar, y no solamente con su informe final, como ha ocurrido en este caso. (...) al no haberse notificado la Resolución de Inicio de Investigación preliminar, existe nulidad procesal insubsanable, por lo que su Autoridad deberá declararla y ordenar el archivo del procedimiento administrativo". De conformidad al artículo 55 del Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado, una vez que se haya abierto un expediente y se haya realizado la investigación preliminar, el informe de resultados deberá ser expedido dentro de los ciento ochenta (180) días término de haber resuelto el inicio de la investigación preliminar, luego de lo cual, en el término de tres (3) días de haber concluido el informe, se notificará a los presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción, así los operadores económicos tendrán el término de 15 días para presentar sus explicaciones una vez que se ha realizado la notificación del informe que ha sido el resultado de la investigación preliminar. Por lo cual, me permito mencionar la parte pertinente de lo previsto en el artículo 53 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP: "Art. 53.- (...) Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto al que haya concurrido (...)". (El subrayado me pertenece). De lo cual se evidencia que el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., (CORAL HIPERMERCADOS), a pesar de impugnar la supuesta falta de notificación de la Resolución de inicio de la investigación preliminar, se observa en el expediente que, con fecha 18 de enero de 2016, presenta un escrito que textualmente dice: "(...) Que con fecha 08 de enero de 2016 he sido notificado con una providencia que pone en mi conocimiento la existencia de una investigación preliminar con número de Procedimiento Administrativo **SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, iniciada de oficio, por supuestas conductas susceptibles de infracción contenidas en el artículo 10, de la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) (...)**", en dicho escrito solicita coipas del expediente y designa abogado patrocinador; consecuentemente, al referir específicamente del conocimiento del **procedimiento de investigación preliminar**, el operador económico, se dio por notificado; dejando constancia que conocía de la apertura de dicho expediente, por esta razón, se lo considera notificado a la fecha de la presentación del escrito. Es inconcebible, y no tiene cabida legal, que ahora, a través de este recurso, el operador económico intente desvirtuar la realidad procesal y confundir a esta autoridad; cuando tenía pleno conocimiento de la existencia de la investigación preliminar. Al respecto la Corte Constitucional con fecha 16 de diciembre de 2010, en la Sentencia No. 073-10-SEP-CC dentro del Caso No. 0506-09-EP, expresó: "**El acto de la citación de la demanda. El inciso primero del artículo 73 del Código Adjetivo Civil dispone que: "Citación es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos". Sin duda, este es el acto más importante en todo procedimiento judicial. Mediante éste se emplaza a cualquier persona que sería la demanda, para que comparezca a oponer sus medios de defensa contra la exigencia formulada en la acción. Es posible ejercer procesalmente la garantía constitucional del derecho a la defensa una vez se conozca, por algún modo, la existencia de la demanda. Esta es la forma, generalmente, por la que se llega a saber de dicho particular. No obstante este criterio de plena vigencia, existen otros medios que pueden servir para cumplir tal fin; así, el mismo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 84 dispone que: "Art. 84.- Forma de considerarse citada una de las partes.- Si**



una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido" (...). Por otra parte el artículo 18 del Código Civil, dispone: "**Art. 18.-** Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: **1.** Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; (...) **4.** El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto (...)" En ese sentido, el espíritu de la investigación preliminar es llevar a cabo un estudio minucioso sobre las posibles conductas y los operadores económicos involucrados en el cometimiento de las infracciones señaladas en la Ley, así como la determinación del mercado geográfico y mercado de producto y la posible afectación de la conducta a fin de determinar la pertinencia o no de la apertura de una investigación propiamente dicha. Es decir, la naturaleza de la investigación preliminar, constituye la preparación para obtener información sobre la conducta que se va a investigar, y sobre todo si ésta podría generar un efecto pernicioso al mercado o a la generalidad, de tal manera, que es un acto preparatorio a una posibilidad incierta de aperturar un expediente de investigación, por lo cual, el inicio de investigación no genera ningún efecto positivo o negativo al administrado, inclusive, para la impugnación de cualquier acto, éste debe ser acto administrativo, el aducir el actor, nulidad por falta de notificación del inicio de investigación, se desvanece por ser él mismo operador económico, el haber dicho mediante escrito de 18 de enero de 2016, que ha sido notificado con el inicio de una investigación preliminar de oficio; además de que, el efecto que conlleva el comienzo de una fase preparatoria a una investigación formal, no es otro que el tener elementos suficientes que viabilicen la apertura de una investigación formal. De lo que se concluye que no existe tal nulidad aludida por el operador económico, de conformidad de lo antedicho; implícitamente se entiende que el inicio de investigación preliminar, no obsta el ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el artículo 76, numeral 7, literal a) de la Constitución de la República del Ecuador, porque en esta fase solo se obtiene información que dará paso o no al inicio de la investigación; y sobre todo porque el operador se dio por notificado. **"4) INCONGRUENCIA E INAPLICABILIDAD DE LA RESOLUCIÓN, AL MEZCLARSE LA PARTE CONSIDERATIVA CON LA PARTE RESOLUTIVA.-** (...) Los denominados "antecedentes", son eso, antecedentes, formando parte de la parte considerativa de una decisión pero no de la decisión misma. En este caso, se ve que se toman decisiones acerca de la materia del expediente en apartados denominados "DOCUMENTACIÓN", y en el apartado de "ANTECEDENTES", parte expositiva que no es mandatoria ni vinculante, sin que luego se recoja lo ahí expresado en la parte resolutive, incurriendo en vicio insubsanable de incongruencia que conlleva a la inaplicabilidad de lo resuelto (...) En el apartado correspondiente a CONSIDERACIONES, si bien se dice que se presume que se habría cometido infracciones tipificadas en el artículo 10 de la LORCPM, no se indica cómo ni cuáles serían estas conductas (...) Salta a la vista asimismo que se dice que la investigación se abre no solo para determinar la existencia o no de las conductas antes mencionadas (que nunca fueron detalladas sino se limitaron a citar los artículos de la LORCPM), sino que además se dice que se examinará "las posibles conductas que son



o podrían ser objeto de investigación dentro del ámbito de las competencias de esa Autoridad”, lo cual es una flagrante violación al derecho al debido proceso, pues los administradores tenemos derecho a saber detalladamente sobre qué se nos investiga (...)”. Al respecto me permito indicar que en la providencia de 07 de febrero de 2017, a las 10H00, en su Disposición Cuarta.- Consideraciones, numerales 4.1 y 4.2, se detallan tanto la identificación del presunto responsable como la conducta objeto de la investigación a realizarse, en cumplimiento a lo señalado en el artículo 62 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, con lo cual se evidencia que no existió violación al derecho al debido proceso en razón que en la Resolución mencionada se puntualizó tanto las conductas que serán objeto de la investigación a realizarse como del presunto responsable de las mismas. La documentación enunciada, los antecedentes así como la legislación aplicable que fueron mencionados en la Resolución de 07 de febrero de 2017, a las 10H00, contienen la historia del proceso y es en base de lo cual se ha resuelto iniciar la investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, con la finalidad de determinar la existencia o no de las conductas en las cuales habría incurrido el operador económico, las mismas que se encuadrarían dentro de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El apelante menciona en su escrito que los antecedentes y considerandos no son mandatorios ni vinculantes, al respecto me permito indicar que para resolver en forma motivada, se debe tomar en cuenta en una resolución, todos los documentos, antecedentes, considerandos y normativa relacionada al expediente, los mismos que constituyen presupuestos y elementos necesarios para generar el procedimiento de investigación, al considerarse constitutivos de la posible conducta anticompetitiva que será investigada, desvirtuada y confirmada de ser el caso luego de haber concluido la fase correspondiente. Como se mencionó en líneas anteriores la Corte Constitucional con fecha 14 de enero de 2015 en la Sentencia No. 001-15-SEP-CC, dentro del caso No. 1475-11-EP, expresó: *“El derecho a recibir resoluciones debidamente motivadas de los poderes públicos, se encuentra establecido en el numeral 7 literal 1 del artículo 76 de la Constitución de la República e implica el hecho que exista un razonamiento por parte del juez al momento de emitir sus resoluciones, por lo que, de existir una sentencia inmotivada, resultaría arbitraria, incongruente, incompleta, oscura, infundada y contraria al ordenamiento positivo constitucional y legal. Además este derecho, constituye la obligación estatal de comunicar de manera clara, coherente y razonable los fundamentos que sustentan una decisión en concordancia con lo establecido en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (...)”*, de lo cual se desprende que no existe incongruencia o inaplicabilidad de la Resolución de 07 de febrero de 2017, a las 10H00, siendo un acto administrativo emanado de la autoridad el cual se presume legítimo y ha sido emitido con la debida motivación, asegurando el derecho al debido proceso y expresando los fundamentos necesarios que sustentaron la decisión de la Autoridad. Todos los actos procedentes de la Administración están sujetos al cumplimiento del principio de legalidad por el cual las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, servidores públicos deberán cumplir las competencias y facultades que les sean atribuidas por la Constitución de conformidad con el artículo 226, estando los administrados obligados a su cumplimiento según lo establecido en el artículo 65 de la LORCPM. **“5) SOBRE EL CONTENIDO DEL INFORME SCPM-DZC6-001-2016 QUE SE CITA COMO FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN DE INICIO DE INVESTIGACIÓN DE LA QUE APELO Y LA INAPLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 014 DE LA JUNTA DE REGULACIÓN DE PODER DE MERCADO DE FECHA 04 DE ENERO DE 2017 EN LA RESOLUCIÓN APELADA.- (...)** el contenido del el Informe SCPM-DZC6-003-2017



de fecha 06 de enero de 2017 es en sí mismo atentatorio de los derechos constitucionales y del procedimiento establecido en la LORCPM y su Reglamento de Aplicación, por resolver manifiesta y expresamente en contra de norma de acatamiento obligatorio para la SCPM, como lo es la Resolución 014 de la Junta de Regulación de Poder de Mercado dictada en fecha 04 de enero de 2017, es decir, ANTES de la emisión del Informe y ANTES de la resolución de la que apelo, (...) al tratarse de un expediente iniciado por supuesto abuso de situación de dependencia económica, es de aplicación obligatoria para la Dirección Zonal de Control 6 de la SCPM lo dispuesto por la Junta de Regulación (...) la Dirección Zonal 6 conoce que su Informe no se sostiene frente a lo dispuesto por la Resolución 014 de la Junta, pero a pesar de esto pretende "rehacer" el informe en la etapa de investigación preliminar ya en base a esta Resolución, y dice que esta Resolución fue posterior a la terminación de los 180 días de la Investigación Preliminar. Esto va en contra del principio de preclusión procesal (...). Es facultad de ésta Superintendencia ejercer las actividades investigativas conferidas en el artículo 48 y 49 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, de conformidad a la especialidad de la materia. Del análisis del expediente se desprende que con fecha 27 de octubre de 2015 se dio inicio a la investigación preliminar dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, teniendo ciento ochenta (180) días término para emitir el informe de resultados, los cuales fenecerían el día 13 de julio de 2016, de lo cual se colige que la Resolución 014 de la Junta de Regulación de Poder de Mercado expedida con fecha 04 de enero de 2017, fue emitida con posterioridad al inicio de investigación realizada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, es decir, la misma entró en vigencia ulteriormente de haber iniciado y realizado la actividad investigativa, por lo tanto no se inobservó la Resolución 014, pues era inaplicable al caso, y se utilizaron las normas vigentes al momento que se emitió el acto administrativo. El apelante manifiesta que el contenido del Informe No. SCPM-DZC6-003-2017 de 06 de enero de 2017 es en sí mismo es atentatorio a los derechos constitucionales y del procedimiento establecido en la LORCPM y su Reglamento de Aplicación, sin embargo no hace referencia al supuesto derecho que se le ha violentado, tomando en consideración que la aplicación o no de la Resolución 014 de la Junta de Regulación que no estaba vigente a la fecha no restringe el derecho que tiene el operador de ejercer su derecho constitucional a la defensa. Previo a obtener un informe de resultados el expediente pasó por una fase de investigación preliminar en la cual ya se determinó la posible conducta que deberá ser investigada en la siguiente fase, por tanto, no se puede pretender la reforma de toda una investigación aduciendo preclusión, en virtud que el término se refiere a la prosecución de etapas o fases administrativas procesales, que en este caso puntual preceden de una investigación preliminar que fue iniciada con anterioridad a la emisión de la Resolución 014 de la Junta de Regulación de Poder de Mercado, más aún, cuando se consideró para la emisión del informe de resultados las disposiciones establecidas en las normas así como las referencias de lo determinado por la Junta de Regulación, y todos los informes, y documentación de sustento remitida por el operador económico, la misma que ha sido analizada y estudiada con apago a los principios y garantías constitucionales, respetando de esta manera el debido proceso. Para el análisis de las conductas investigadas las mismas que están establecidas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado se remitió un cuestionario de 14 preguntas a todos los proveedores con la finalidad de identificar tales conductas, desarrollándose la encuesta en base de la imposición de condiciones comerciales, de las devoluciones, de la negociación de la compra y condicionamiento de venta a terceros, de la ruptura de relaciones comerciales y de los pagos y condiciones de venta; luego de lo cual se concluyó en el informe de la Intendencia, que en promedio 33 operadores son



dependientes de los supermercados GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA., entre los años 2012 y 2015, que en situación de dependencia económica el operador económico que tiene la ventaja de negociación posee de mercado relativo sobre sus proveedores, determinando esto por la proporción de ventas a GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA., en relación con el resto de supermercados, altas barreras de entrada de competidores de los supermercados y facilidad en encontrar más proveedores por parte de los supermercados; y, que presuntamente GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA., ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia; en razón de lo cual con sustento en este informe se procedió a dar inicio a la etapa de investigación de acuerdo con lo señalado en el artículo 62 del Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. **"6) SOBRE EL MERCADO RELEVANTE QUE SEGÚN LA DIRECCIÓN ZONAL 6 YA ESTARÍA DEFINIDO.-** (...) tratándose de un Informe de Investigación Preliminar y de la Resolución de inicio de investigación "formal", no cabe que la Dirección Zonal tenga ya definido un mercado relevante, a riesgo de prevaricar, pues esto se definiría más adelante en la investigación, de haber mérito para continuarla, y escuchando los argumentos de la parte investigada conforme manda la LORCPM, pues es justamente el órgano de investigación el que, tras la etapa de investigación -que aún no se ha dado- debería definir el mercado relevante en su formulación de cargos, que de haberla (...). (...) una cosa es la circunscripción de la conducta investigada, y otra la determinación del mercado relevante. Si -como afirma también el acto recurrido- dentro de la investigación preliminar aun no existen partes, mal podría estar ya definido en esa etapa el mercado relevante, pues se habría determinado sin contar ni permitir defenderse ni contribuir con elementos al administrado (...)". En relación al mercado relevante en materia de competencia económica el Cuarto Tribunal Colegiado de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia Administrativa del Primer Circuito en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Octubre de 2008, Pág. 2225, manifestó: "La Ley Federal de Competencia Económica y su reglamento no establecen una definición conceptual de lo que es "mercado relevante"; sin embargo, a través de los criterios contenidos en sus preceptos, se colige que se compone de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. En forma más simple, el "mercado relevante" es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: De productos o servicios y geográfica o territorial. En esa tesitura, para que exista mercado relevante es necesario que un conjunto de bienes o servicios iguales o similares estén al alcance del consumidor en un territorio lo suficientemente extenso como para que el consumidor esté dispuesto a obtener la mercancía o servicio en algún punto de ese espacio geográfico, en el tiempo en que aquél esté dispuesto a esperar para satisfacer su necesidad. En ese orden de ideas, se advierte que este concepto, que tiene una triple delimitación: objetiva, geográfica y temporal, adquiere importancia si se considera que es en dicho mercado donde existe el riesgo de que los agentes económicos incurran en prácticas anticompetitivas que distorsionan la concurrencia y eficiencia económicas. Así, la definición de "mercado relevante" se convierte sólo en un medio para determinar la presencia o ausencia de poder en el mercado; no obstante, para evaluar si dicho poder de mercado existe, primero es indispensable identificarlo (...) la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica se ha pronunciado en los siguientes términos: "El mercado se compone de los productos que tienen un grado razonable de intercambiabilidad según los fines para los que fueron hechos, y considerando las características de precio, uso y calidad.". También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señala: "El concepto de



"mercado relevante" implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado." De lo expuesto se concluye que las condiciones básicas a considerar para definir el "mercado relevante" son: 1. La posibilidad de sustituir un bien por otro, lo que requiere una prueba de sustituibilidad de bienes o servicios ante la oferta y demanda que pueda oscilar; 2. Los costos de distribución del bien y de sus insumos; 3. La posibilidad de los consumidores para obtener el bien en otro mercado; y, 4. Las restricciones normativas que limitan el acceso del consumidor a otras fuentes de abasto alternativas". En el Informe No. SCPM-DZC6-003-2017 de fecha 06 de enero de 2017 para la definición del mercado relevante primero se determinó el mercado de producto o servicio, posteriormente el mercado geográfico y finalmente se analizaron las características de compradores y vendedores. En esta investigación la determinación del mercado de producto se estableció: "(...) comprende todos los bienes que son vendidos a los supermercados, por parte de cada uno de sus proveedores, siempre y cuando estos productos sean destinados a la venta al consumidor final a través de los autoservicios de cada establecimiento". Para la delimitación de mercado geográfico determinó: "(...) se debe localizar las fuentes de aprovisionamiento (proveedores) y el mecanismos de provisión (...). Para poder corroborar el alcance del mercado geográfico, es decir, el origen de cada uno de los proveedores del operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., se procedió a resumir la información remitida en el formato de la Plantilla de Proveedores completada y proporcionada por dicho operador (...)". La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en su artículo 5 determina: "**Art. 5.- Mercado relevante.-** A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. (...) La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto". **(El subrayado me pertenece)**. Al respecto me permito indicar que dentro de las facultades de la Junta de Regulación está la de expedir actos normativos para la aplicación de la LORCPM, así como la emisión de los métodos de determinación de mercados y mercados relevantes, los cuales serán vinculantes para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de conformidad al artículo 42 literales a) y b) del Reglamento a Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder Mercado, sin embargo, indistintamente que la Junta pueda emitir los lineamientos para la determinación del mercado relevante, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es el único organismo de control para investigar conductas anticompetitivas y el encargado en razón de su facultad exclusiva y excluyente para determinar el mercado relevante para cada caso, considerando a su vez los regímenes dados mediante Resolución por la Junta de Regulación, en virtud de lo cual, en el presente proceso desde el inicio de la investigación preliminar ya se definió el mercado relevante, cuya delimitación proviene de una valoración económica de carácter discrecional que solo faculta a la Superintendencia precizarla. **"6) SOBRE LA INDEBIDA FUNDAMENTACIÓN DE LA RESOLUCIÓN APELADA, EN BASE A CONDUCTAS NO RELACIONADAS PREVISTAS EN JURISDICCIONES EXTRANJERAS.-** (...) la Resolución de la que apelo ha hecho una indebida



interpretación, extensiva, analógica y por ende prohibida en materia de derecho público económico como es el derecho de competencia, al incluir como fundamentación referencias a conductas que no son semejantes, y quizá no son siquiera relacionadas, con la conducta de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica que recoge el artículo 10 de la LORCPM (...) Es de considerar que esta interpretación extensiva es contraria a la constitución, al principio de tipicidad, principio de legalidad, y por ende constituye ejercicio arbitrario del derecho administrativo sancionador (...)". Tanto el procedimiento como la sustanciación de los diferentes casos han sido realizados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en estricto apego y cumplimiento de la normativa que rige el derecho de la competencia en nuestro país. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha actuado de acuerdo a las atribuciones y facultades otorgadas mediante la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y Reglamento de aplicación en la realización de los estudios e investigaciones de mercado, ejerciéndolas en el marco de la Constitución, la Ley y el respeto a los derechos y garantías de los ciudadanos. El estudio realizado por parte de la Dirección Zonal 6 que se resume en el contenido del Informe No. SCPM-DZC6-003-2017 de fecha 06 de enero de 2017 así como las conclusiones y recomendaciones a las que se llegó, se realizaron con la debida motivación, en cuyo análisis se tomó como referencia a jurisprudencia extranjera con la finalidad de ejemplificar con mayor claridad y amplitud la conducta que se investiga; y que el operador económico tenga un soporte conceptual y de aplicación referencial en cuanto al análisis de las conductas que fueron investigadas con fundamento a la LORCPM. La Ley Sherman publicada el 2 de julio de 1890 es un claro referente para la aplicación del derecho de competencia al ser la primera normativa adoptada para limitar los monopolios, tomando en consideración que esta Ley prohíbe ciertas actividades de negocios que el gobierno federal declara como actos de anti-competencia y requiere de investigación para poder investigar a empresas grandes con poder en el mercado, entre otras prácticas anticompetitivas; es decir, el hecho de que se refiera a jurisprudencia extranjera o que se explique la pertinencia doctrinaria a determinada conducta anticompetitiva, no quiere decir que se aplique una norma internacional, en virtud que en el Ecuador existe la LORCPM y su Reglamento para la aplicación de la Ley, y demás normativa aplicable, que posibilitan la operativización del organismo de control para que a través de éste, se evite, prevenga, elimine y de ser el caso sancione las prácticas anticompetitivas que afecten al mercado o tengan un impacto pernicioso en la generalidad, consecuentemente, dichas normativas son de aplicación obligatoria por todos los operadores económicos y el ente de control podrá aplicarla solo en el territorio nacional; en tal virtud, lo afirmado por el operador económico, carece de sustento lógico y legal. Se vuelve absurda la solicitud del operador económico, ya que, es él mismo que, se ha referido en sus escritos presentados en la SCPM, a los fallos y conceptos de jurisdicciones extranjeras como por ejemplo, la ley española, pues a decir del apelante, se considera que siendo el derecho de competencia de reciente aplicación en la legislación ecuatoriana es necesario tomar como referencia la normativa extranjera de países en los cuales este derecho se encuentra desarrollado en su legislación en razón del tiempo de aplicación; por lo cual, no puede ser considerado como falencia legal por parte de la Autoridad, por el hecho de argumentar en la especialidad de la materia, refiriendo a jurisprudencia extranjera, cuando el fin de la argumentación realizada en la resolución es el profundizar en los conceptos y fallos de la conducta que se investiga, para mejor comprensión del operador económico. **"7. SOBRE LA INEXISTENCIA DE DEPENDENCIA ECONÓMICA POR EXISTIR ALTERNATIVAS EQUIVALENTES, Y EN RELACIÓN A LA CUOTA DE MERCADO DE GERARDO ORTIZ FRENTE A OTROS SUPERMERCADOS, TANTO EN EL MERCADO DE**



APROVISIONAMIENTO COMO EN EL DE VENTA.- (...) El abuso de poder de mercado relativo o abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, se encuentra tipificado en el artículo 10 de la LORCPM (...) nuestra ley -en concordancia con la doctrina- exige no solamente la presencia de "posición de dominio relativa" medida en base al peso relativo que tienen las compras de una empresa sobre las ventas de otras, sino la ausencia de alternativas equivalentes. Como se expone a continuación, existen alternativas equivalentes en el sector supermercadista ecuatoriano, así como no existen situaciones de explotación de ningún tipo, en especial las enumeradas por el artículo 10 de la LORCPM 8 (...) Gerardo Ortiz e Hijos C. Ltda. No ostenta posición dominante en el mercado relevante definido (mercado de aprovisionamiento) ni en el mercado "aguas abajo" (downstream) del mismo (mercado de venta de bienes de consumo corriente en autoservicios), existiendo múltiples supermercados de mayor tamaño en el mercado ecuatoriano, que son competidores directos de mi representada (...) GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA carece de una cuota de participación de mercado significativa. Y como se ha demostrado, GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA representa un porcentaje mínimo en las ventas totales de los presuntos dependientes, según los propios informes de estas empresas a las autoridades. Asimismo, se ha probado la existencia de alternativas equivalentes sujetas a las mismas regulaciones mínimas de acceso (...). El abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica se encuentra establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado. El estudio realizado por parte de la Dirección Zonal 6 que se refleja en el Informe No. SCPM-DZC6-003-2017 de fecha 06 de enero de 2017 en virtud de la facultad investigativa que posee la Superintendencia, determinó que: "Una vez delimitado el mercado relevante, es necesario analizar el poder de los operadores que participan en el mismo (...). Para la determinación del poder de mercado, artículo 8 de la LORCPM señala que debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: participación en el mercado; barreras de entrada y salida; la existencia de competidores, clientes o proveedores; entre otros. La posición de dominio en dependencia económica se conoce como poder de mercado relativo. Esta figura posibilita la represión y sanción por comportamientos anticompetitivos, de conductas abusivas cometidas por empresas que, no encontrándose en posición de dominio, tuviesen un relativo poder de mercado respecto a otras empresas, clientes o proveedores dependientes económicamente de las primeras, que no tuviesen otra alternativa equivalente para su actividad. (...) para objeto de la presente investigación es necesario delimitar el marco de análisis solamente a los proveedores que tiene una relación de dependencia con el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA. (...) esto debido a que el artículo 10 de la LORCPM regula únicamente el abuso sobre los operadores económicos que se encuentren en una situación de dependencia económica (...). En este marco se puede determinar que existe un poder de mercado relativo, ya que el supermercado tiene poder sobre cada proveedor dependiente, para esto no es necesario ostentar poder sobre todos los proveedores. Este resultado se obtiene a partir de tomar en cuenta los siguientes criterios: Un proveedor es dependiente debido a la imposibilidad de cambiar de comprador, o de actividad económica. Existen proveedores que son dependientes, en función de que mantienen una cuota de ventas al supermercado mayor al 50% (Apartado 3.3.2.1). Las barreras de entrada de entrada de nuevos competidores de los supermercados son altas. Si se consideran los resultados de la investigación realizada a nivel nacional por parte de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM en el año 2015". Con lo cual se concluyó que en situación de dependencia económica el operador económico que tiene la ventaja de negociación posee poder de mercado relativo sobre sus



proveedores, lo cual se pudo determinar a través de las siguientes condiciones: La proporción de ventas al operador económico investigado GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., en relación con el resto de supermercados, altas barreras de entrada de competidores de los supermercados y facilidad en encontrar más proveedores por parte de los supermercados, lo que recae sobre la presunción del cometimiento de una conducta anticompetitiva sobre operador económico, puesto que se presume que habría impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia, encuadrándose dichas conductas dentro de los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, lo que dio lugar al inicio de una investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-0027-2015 con la finalidad de establecer la existencia o no de las conductas señaladas. En virtud de lo expuesto y del análisis del mercado relevante realizado la Dirección Zonal 6, se verifica la existencia de indicios suficientes de presunción de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica por parte del operador económico por lo cual es necesario el inicio de una investigación formal. Finalmente respecto al petitorio del apelante, detallado en la cláusula sexta de la presente resolución, específicamente en los literales a), b), c), d), e), y, f), se evidencia que no existe mérito para declarar la nulidad de todo lo actuado a partir de la emisión de la Resolución de inicio de investigación, mucho menos del inicio de investigación preliminar; del mismo modo no existe nulidad a partir de la emisión del Informe de Resultados de Investigación preliminar ni para ordenar el archivo del Procedimiento Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015.

DÉCIMO.- Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2; Art. 65, y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE:**
Primero.- NEGAR el Recurso de Apelación en todas sus partes, planteado por el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA.; en consecuencia, se dispone: Se atenga a la providencia de 07 de febrero de 2017, a las 10H00 emitida por el órgano de sustanciación e investigación. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.-
CÚMPLASE Y NOTIFIQUESE.

Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.,

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (S)

Dr. Daniel Vásquez. H.
SECRETARIO AD-HOC