



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
- **Expediente de la IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-023-2013 DC1
- **Expediente R.E.R.:** SCPM-IIAPMAPR-023-2013-DC1-RER-009-DS
- **Denunciante:** OFICIO

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 20 de febrero de 2016, a las 14h00.- **VISTOS:** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 06 de septiembre de 2012 cuya copia certificada consta en el expediente, en uso de mis facultades legales estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- DESIGNACION DE SECRETARIA.-** Designo como Secretaria ad-hoc de este proceso a la Dra. Naraya Tobar, quien estando presente acepta el cargo, jura desempeñarlo con estricto apego a la Ley y Reglamento, para constancia firma en forma conjunta. **SEGUNDO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al proceso el escrito presentado el 12 de enero de 2016, por el Dr. Alfredo Peñaherrera Wright, Procurador de Corporación Favorita C.A., de conformidad a la copia certificada del nombramiento que adjunta, cuyo contenido será atendido de ser procedente en esta resolución.- **TERCERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso Extraordinario de Revisión que de oficio se ha instaurado.- **CUARTO.- 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. **QUINTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** Mediante memorando No. SCPM-IIAPMAPR-560-2015-M, se ha puesto en conocimiento de la máxima autoridad la providencia de 23 de diciembre de 2015, expedida por el Abg. Eduardo Esparza Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, auto resolutorio que en su parte pertinente dice; *"SEGUNDO.- Con la referencia expuesta en el ordinal anterior y en pos de precautelar el debido proceso dentro del expediente signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-023-2013-DC1, cuyo operador económico investigado es CORPORACIÓN FAVORITA C.A., remítase atento memorando dirigido al señor doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, poniendo en su conocimiento que esta autoridad administrativa de la revisión del expediente llevada a cabo para la elaboración del Informe Final, ha determinado la inexistencia de la Formulación de Cargos dentro del caso, por cuanto consta de fojas 5277 a 5278 del expediente en su parte reservada, la providencia de 03 de julio de 2015 a las 09h30, la cual en su ordinal OCTAVO, dispone: "Sobre la base de lo descrito en el artículo 68 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, córrase traslado por el término de QUINCE (15) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia con la parte pertinente del Informe de Resultados No. SCPM-IIAPMAPR-091-2015 de 30 de junio de 2015, a los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA, [...], [...] y [...], a fin de que se presenten las explicaciones correspondientes"; del texto de la providencia y de la revisión del expediente se concluye que aun cuando ha sido enunciado el artículo 68 del RORCPM, el cual señala "Término de*

J



excepciones.- El órgano de investigación notificará al denunciante y al presunto responsable o responsables con el informe de resultados de la investigación. El órgano de investigación notificará con una copia de la denuncia y formulación de cargos a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días. Si el denunciado no contestare la denuncia en el término previsto en este artículo, el procedimiento continuará en rebeldía."; en el presente procedimiento no se ha vigilado esta formalidad, (...)" **SEXTO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-023-2013 DC3, se verifican las siguientes constancias procesales: 1.- Mediante providencia de 07 de octubre de 2013 a las 08h43 la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (IIAPMAPR), dispuso, "PRIMERO.- Iniciar una Investigación Preliminar de Oficio cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- (fs. 01). 2.- Con fecha 30 de junio del 2014 a las 09h00 la IIAPMAPR resolvió "(...) QUINTO.- Que tras haber tenido conocimiento sobre posibles conductas susceptibles de constituir infracción, tales como la imposición de condiciones de pago con demora y cobros distintos a los directamente relacionados con la actividad comercial, se presume la existencia de comisión de prácticas anticompetitivas previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por parte de los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A. SEXTO.- Sobre la base de lo descrito en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, córrase traslado con el texto de la presente providencia y del informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de fecha 26 de junio de 2014 a los operadores económicos CORPORACIÓN LA FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A. a través de sus Representantes Legales de dichas compañías, a quienes se les notificará en el domicilio respectivo; se les concede un término de QUINCE (15) días para que presenten las explicaciones correspondientes (...)" (Fs. 265 a 266). 3.- En resolución de 05 de agosto de 2014, a las 15h48, la IIAPMAPR resolvió "PRIMERO.- Disponer de manera inmediata se inicie la investigación del expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR- EXP-2013-023, por existir presunciones sobre la existencia de prácticas prohibidas conforme lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y de las posibles conductas que previa investigación podrían ser objeto de sanción dentro del ámbito de competencia de esta Autoridad; por parte de los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A.- SEGUNDO.- De conformidad con lo determinado en el artículo 62 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, que en caso de considerarlo pertinente, esta Autoridad podrá prorrogar hasta por ciento ochenta (180) días adicionales (...)" (fs. 619-620) 4.- Mediante resolución de 30 de enero de 2015, las 12h10, el órgano de investigación señaló "PRIMERO: Ampliar por hasta ciento ochenta (180) días adicionales el plazo de investigación dispuesto mediante resolución de inicio de investigación notificada el 05 de agosto de 2015, a contarse desde la suscripción de la presente resolución administrativa;(..." (1482 a 1487). 5.- Con fecha 30 de junio de 2015, se emite el informe No. SCPM-IIAPMAPR-091-2015, mediante el cual Abg. Eduardo Esparza Paula, en calidad de Director Nacional de



Investigación de Abuso de Poder de Mercado concluye y recomienda “• (...) Corporación Favorita ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia, dichas conductas se encuentran mencionadas en el apartado 5. 1. • Corporación El Rosado ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia, dichas conductas se encuentran mencionadas en el apartado 5.2. • Tiendas Industriales y Asociadas (TIA) ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia, dichas conductas se encuentran mencionadas en el apartado 5.3. • Mega Santa María ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia, dichas conductas se encuentran mencionadas en el apartado 5.4. 7. RECOMENDACIONES • Correr traslado con el presente informe a los operadores CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS (TIA) y MEGA SANTA MARIA S.A., para que en el término de 15 días presenten sus excepciones, de conformidad al artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en concordancia con el inciso cuarto del artículo 55 del mismo Reglamento (...)” (fs. 5235-5237 CARPETA RESERVADA 5-A). 6.- En providencia de 03 de julio de 2015, la IIAPMAPR ordenó, “OCTAVO: Sobre la base de lo descrito en el artículo 68 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, córrase traslado por el término de QUINCE (15) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia con la parte pertinente del Informe de Resultados No. SCPM-IIAPMAPR-091-2015 de 30 de junio de 2015, a los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A, CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., MEGA SANTAMARÍA S.A. Y TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A., a fin de que se presenten las excepciones correspondientes” (fs. 5277-5278). Se observa que en la providencia no se corre traslado con la formulación de cargos que dispone el Art. 58 de la LORCPM, en concordancia con el Art. 68 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM. 7.- En auto resolutorio de 27 de julio de 2015, el órgano de investigación dispone, “PRIMERO: Dividir la continencia del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-023-2013, para lo cual se ordena el desglose del expediente principal, uno por cada operador económico investigado, que se tramitará con copias debidamente certificadas del contenido del expediente original; (...)”. (fs. 5363-5365). 8.- Con fecha 27 de julio de 2015 la Intendencia dispone la apertura del término de prueba por 60 días (fs. 5384), el cual es ampliado con fecha 20 de octubre de 2015 por el término de 30 días (fs. 9373-9375). 9.- Mediante providencia de 23 de diciembre de 2015, la IIAPMAPR dispone; “(...) remítase atento memorando dirigido al señor doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, poniendo en su conocimiento que esta autoridad administrativa de la revisión del expediente llevada a cabo para la elaboración del Informe Final, ha determinado la inexistencia de la Formulación de Cargos dentro del caso, (...)” (fs. 11417). La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 76 prescribe “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. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.”; el artículo 82 ibídem dice: “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”, en concordancia con lo expuesto, la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado (LORCPM) en el Art. 58 manifiesta: “Término de excepciones.- Concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará se notifique con la denuncia y formulación de cargos al denunciado, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días.(...)” (lo resaltado me pertenece). El Art. 65 en sus incisos primero y tercero del mismo cuerpo legal establece, “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. (...) 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”; de igual forma el Art. 68 de la LORCPM dice, “Recurso extraordinario de revisión.- El Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, podrá interponer recurso extraordinario de revisión, con el objeto de que el Superintendente pueda revisar los errores materiales, de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. El plazo para interponer este recurso es de 3 años desde que el acto o resolución recurrida haya quedado en firme. El recurso extraordinario de revisión se interpone sólo contra actos firmes. 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”. De la revisión del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-023-2013-DC3 sustanciado en la IIAPMAPR, se verifica el incumplimiento de lo dispuesto en el Art. 58 de la LORCPM, por cuanto de la constancia procesal no se evidencia que se haya efectuado la formulación de cargos al denunciado; tal como lo dispone el artículo ya referido y lo enfatiza el inciso primero de Art. 68 del Reglamento de Aplicación a la LORCPM que dice “Término de excepciones.- El órgano de investigación notificará al denunciante y al presunto responsable o responsables con el informe de resultados de la investigación. El órgano de investigación notificará con una copia de la denuncia y formulación de cargos a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días”. La formulación de cargos dentro de una investigación administrativa es el acto procesal mediante el cual se hace saber al investigado que existen indicios de responsabilidad en su contra y que podrían tener como resultado la imposición de una sanción; esta formulación deberá estar debida y legalmente motivada, para que el administrado tenga plena certeza de los cargos que se le imputan y pueda ejercer su derecho a la defensa y de ser el caso desvirtuar lo aseverado por la autoridad. Si bien el informe de resultados No. SCPM-IIAPMAPR-091-2015, concluye que, “ (...) Corporación Favorita ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia, (...)”, esta es una conclusión que es puesta en conocimiento del Intendente correspondiente, sin embargo no constituye una acusación o formulación de cargos en los términos exigidos por la LORCPM, por tanto no estamos frente a una formulación de cargos sino a una conclusión en un informe técnico jurídico, y que su aprobación no es obligatoria, por tanto no genera ningún efecto sobre el investigado. De autos consta que sin perjuicio de lo manifestado anteriormente el órgano de investigación continuó con el procedimiento*



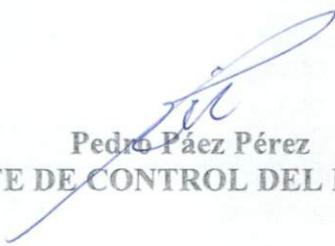
establecido por la LORCPM y actúo prueba, respetando lo establecido en la norma jurídica aplicable para esta etapa procesal. Constituye un principio constitucional de seguridad jurídica y de derecho, que las partes investigadas en un expediente sin importar la naturaleza o materia a la que se refiera, conozcan los motivos y argumentos de hecho y de derecho que se les atribuye; así lo expresa la jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (hoy Corte Nacional de Justicia), que establece: "*CONCEPTO DE SEGURIDAD JURIDICA.- El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta (...)*". (1). Se verifica la violación del derecho al debido proceso y a la defensa cuando no se da al operador económico la oportunidad de conocer el cargo del que se le hace responsable y a consecuencia de esto se limita la oportunidad de exponer sus razones, de ofrecer y reproducir pruebas que desvirtúen lo aseverado por la autoridad. **SEXTO.- RESOLUCIÓN.-** Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones del Art. 44 numeral 2 y Art. 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en el Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil que dice: "*La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, (...)*", esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** DE OFICIO declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-023-2013-DC1, sustanciado en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a partir de fojas 5277 inclusive, hasta la presente fecha, excluyendo de esta nulidad a la providencia expedida el 27 de julio de 2015, las 13h30 por cuanto esta autoridad considera que es necesario que los procedimientos de investigación de los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A. se sustancien por separado. **Segundo.-** Se deja salvo todos los instrumentos públicos que se encuentren incorporados en el expediente; con fundamento en el numeral 8 del Art. 130 del Código Orgánico de Función Judicial que dice: "*FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...)* 8. *Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión*", se convalida todo lo actuado de fojas 5533 a 5570 (carpeta 8); 5574 a 6589 (carpetas 9 y 10); 6591 a 6984 (carpeta 11); 6985 a 7492 (carpeta 12); 7493 a 7861 (carpeta 13); 7926 a 8435 (carpeta 14); 8436 a 9095 (carpeta 15); 9096 a 9118; 9124 a 9371; 9397 a 9637 (carpeta 16); 9638 a 9817; 9847 a 9983 (carpeta 17); 9984 a 10175; 10185 a 10221; 10295 a 10300; 10301 a 10380 carpeta confidencial 5A; 10381 a 10402 (carpeta 18) 10403 a 10840 (carpeta 19); 11151 a 11337 (carpeta 20); 11338 a 11381; 11400 a 11411; 11417 a 11423, puesto que los documentos que se dejan salvos son de carácter técnico e informativo y no vician la validez del expediente. **Tercero.-** Esta nulidad se la declara a costa del Dr. Wagner Mantilla Cortez, intendente de la época en la que se verificó la omisión de la formalidad, por tanto póngase en conocimiento de lo actuado a la Dirección de Talento Humano a fin de que se tomen las acciones

¹ Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428. (Quito, 11 de julio de 2002) Gaceta Judicial 12 de 11-jul-2002.



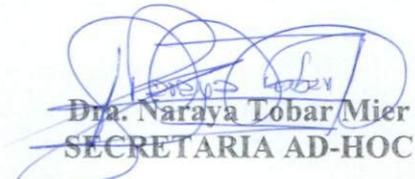
Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

correspondientes.- **Cuarto.-** Con referencia al escrito presentado el 12 de enero de 2016, por el Dr. Alfredo Peñaherrera Wright, Procurador de Corporación Favorita C.A., y puesto que se ha declarado la nulidad del proceso a partir de la providencia de 03 de julio de 2015 (foja 5277 inclusive) lo aseverado deberá ser comprobado en la etapa procesal correspondiente, ante lo cual se dispone que el escrito presentado en esta instancia sea valorado para la emisión del informe final. **Quinto.-** Notifíquese con la resolución que se provee a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado a fin de que proceda de conformidad a lo dispuesto en el Art. 58 de la LORCPM, en concordancia con el Art. 68 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Pedro Páez Pérez

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Dra. Naraya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC