



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** Intendencia Zonal 6 (Cuenca)
- **Expediente:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015-A-0032-2017-DS
- **Denunciante:** OFICIO
- **Denunciada:** GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 09 de enero de 2018, a las 12h00.- **VISTOS:** Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado encargado, conforme se desprende de la acción de personal número SCPM-SGAF-DATH-360, de 6 de septiembre de 2017, cuya copia certificada consta agregada al expediente, en uso de mis facultades legales, encontrándose el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 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 planteado.- **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.-** FABIAN TEODORO POZO NEIRA, abogado patrocinador debidamente autorizado por el Ing. HUGO QUEZADA IZQUIERDO, Representante Legal de la Compañía GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., mediante escrito de 19 de octubre de 2017 presentado en la Dirección Zonal 6 (Oficina Cuenca) interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de fecha 13 de octubre de 2017, emitida por la Dirección Zonal 6 dentro del Proceso administrativo Nro. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, por la cual se resuelve INADMITIR el Recurso de Reposición planteado por el recurrente a la providencia de 13 de septiembre de 2017. El Recurso ha sido presentado dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad establecido en el Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que 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.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto administrativo impugnado es la Resolución de fecha 13 de octubre de 2017, emitida por la Dirección Zonal 6, al numeral segundo por el cual, *"(...) SE INADMITE el Recurso de Reposición interpuesto (...)"*. **QUINTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** El recurrente fundamenta su recurso en los siguientes términos: *"(...) Señor Superintendente, la LORCPM y su Reglamento de Aplicación son claros al referirse a que corresponde al Órgano de Sustanciación analizar si considera o no satisfactorias las explicaciones del denunciado (Art. 56 LORCPM) y que la resolución en la que ordene el inicio de la investigación (denominada generalmente "investigación formal") debe ser*

"debidamente motivada" (Art. 55 y 62 Reglamento LORCPM), diciendo: **"LORCPM.- Art.56.- Inicio de investigación (...)** **RORCPM.- Art. 62.- Resolución de Inicio de investigación.- (...)** La resolución de inicio de la etapa de investigación deberá contener como mínimo lo siguiente: (...) b) La conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados; (...) Como mencioné previamente, durante el desarrollo de la investigación identificamos que el requisito previsto en el literal b) del citado artículo 62 del RORCPM, en lo referente a la "DURACIÓN DE LA CONDUCTA" no se había cumplido, pues en la Resolución de inicio de investigación de fecha 07 de febrero de 2017 solamente indicó que: **"4.4. en la presente investigación se solicita información a los proveedores de CORAL HIPERMERCADOS a partir del año 2012, por lo que según esto el análisis de las conductas investigadas se las realizará desde el 2012 "** Esto implica que no se determinó la DURACIÓN DE LA CONDUCTA al no indicar final ni un rango de tiempo en el que habría ocurrido una presunta conducta anticompetitiva, bien entendido que el literal b) del art.62 del Reglamento arriba citado habla de "DURACIÓN DE LA CONDUCTA" y no de "DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN" particular que el mismo artículo trata en su primer inciso (...). Como su autoridad podrá apreciar, en la Resolución dictada por el señor Director Zonal 6 de la SCPM, **NO CONSTA este (sic) elementos mínimos ordenados por la norma citada**, por lo que era deber del señor Director Zonal declarar la nulidad de lo actuado hasta la fecha de la emisión de la Resolución de Inicio de Investigación, cuando se identificó este vicio (...)" (el énfasis pertenece al original).

SEXTO. – CONSTANCIAS PROCESALES.- Una vez analizado el expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015 se verifican las siguientes constancias procesales: **6.1.** Providencia de fecha 14 de septiembre de 2015, que en su parte pertinente dispone: "(...) **a) Iniciar con la fase de barrido, a fin de realizar las diligencias preparatorias y el análisis de la información por el término de (30) días.**" **6.2.** Informe No.SCPM-IIAPMAPR-139-2015 de fecha 27 de octubre de 2015 en la cual se recomienda: "(...) **I. Abrir etapa de investigación preliminar donde se analice si los proveedores de CORAL HIPERMERCADOS se encuentran bajo relación de dependencia económica.**" **6.3.** Providencia de fecha 27 de octubre de 2015 que resuelve: "(...) **PRIMERO.- Acoger el informe de Barrido No. SCPM-IIAPMAPR-139-2015, de 27 de octubre de 2015. SEGUNDO.- Iniciar una investigación preliminar de oficio por presuntas conductas susceptibles de infracción contenida en el artículo 10 de la LORCPM**" **6.4.** Informe SCPM-DZC6-001-2016 de fecha 29 de septiembre de 2016 en el que se recomienda: "(...) **continuar con el proceso administrativo – Caso "DC4", procediendo con la etapa de investigación.**" **6.5.** Providencia de 30 de septiembre de 2016 que en su parte pertinente resuelve: "(...) **SEGUNDO: 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 (...)**" **6.6** Escrito del operador económico Ing. HUGO QUEZADA IZQUIERDO, Representante Legal de la Compañía GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA, de fecha 14 de octubre de 2016, que interpone Recurso de Apelación a la Resolución de inicio de investigación formal de 30 de septiembre de 2016; la misma que resuelta por la máxima autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se acepta parcialmente el recurso planteado y se dispone la nulidad del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, retrotrayéndose a fojas 567 del expediente administrativo, así como la expedición del informe de investigación preliminar; **6.7.** Providencia de 07 de febrero de 2017 que en su parte pertinente resuelve: "(...) **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 (...)**" **CUARTO.- (...)** se dispone al Analista Económico de la Intendencia Zonal 6 – SCPM, **elabore un plan de trabajo en el término de 10 días (...)**" **6.8.** Escrito del Ing. Hugo Quezada Izquierdo de fecha 12 de septiembre de 2017 el mismo que en su parte pertinente dice: **"insistimos comedidamente en la necesidad de que se ACLARE el presunto tiempo de "duración de la**

conducta" por la que estaríamos siendo investigados (...)" (el énfasis pertenece al original).

6.9. Providencia de 13 de septiembre de 2017 por la cual se dispone: "**SEGUNDO:** (...) El petionario de forma reiterada ha venido solicitando dicha aclaración y nulidad, por lo que mediante providencia de fecha 23 de agosto de 2017 a las 14:00 y providencia de fecha 06 de septiembre de 2017 a las 16:00 ya se ha dado contestación a dicho requerimiento. (...) dentro de las facultades investigativas que tiene la SCPM, ha negado lo solicitado por el petionario, ratificando dicha negativa de conformidad con la fundamentación expuesta. (...)" **6.10.**

Escrito del Ing. Hugo Quezada Izquierdo de fecha 26 de septiembre de 2017 por la cual plantea Recurso de Reposición de la providencia de fecha 13 de septiembre de 2017. **6.11.** Providencia de fecha 13 de octubre de 2017 la misma que en su parte pertinente dispone: "(...) **SEGUNDO:**

(...) frente a esta petición, esta Autoridad de conformidad con lo que determina el art. 49 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mismo que señala: "[...] Las providencias de sustanciación y los autos interlocutorios, no serán susceptibles de recursos [...], en concordancia, con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera del mismo Instructivo; de igual manera con la regla 20 del art. 7 del Código Civil respecto a los efectos de la Ley; y conforme al principio Tempus Regir Actum; teniéndose presente además el pronunciamiento realizado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 11 de diciembre de 2015, mismo que se relaciona con el presente caso, SE INADMITE el Recurso de Reposición interpuesto." **6.12.** Escrito de Recurso de Apelación de fecha 19 de octubre de 2017 presentado por el señor Ing. HUGO QUEZADA IZQUIERDO, por el cual impugna la Resolución de fecha 13 de octubre de 2017, numeral segundo, por el cual "(...) SE INADMITE el Recurso de Reposición interpuesto (...)." **SEPTIMO.- NORMATIVA APLICABLE.-** Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: "**Art. 76 (...)** 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: **l)** 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 (...); **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos". **La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece,

"**Art. 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."; "**Art. 56.- Inicio de investigación.-** Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario. El procedimiento de investigación se regirá por las disposiciones constantes en la sección primera del presente capítulo (...)"

El Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece: "**Art. 62.- Resolución de inicio de investigación.-** Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez. La resolución de inicio de la etapa de investigación deberá

contener como mínimo lo siguiente: **a)** Identificación de los presuntos responsables y de los denunciantes, si los hubiere; **b)** La conducta objeto de investigación, las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados, la duración de la conducta, la identificación de las partes, su relación económica existente con la conducta, la relación de los elementos de prueba presentados; **c)** Hechos que motivaron la resolución de inicio; **d)** Identificación de terceros que ostenten su condición de interesados, si los hubiere; y, **e)** Plazo de duración de la etapa de investigación. Como referencia: **El Código Orgánico de la Función Judicial** establece: "**Art. 26.- Principio de Buena Fe y Lealtad Procesal.-** En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis. La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley." "**Art. 335.- PROHIBICIONES A LOS ABOGADOS EN EL PATROCINIO DE LAS CAUSAS.-** Es prohibido a los abogados en el patrocinio de las causas: **9.** Ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad, a través de prácticas tales como presentación de prueba deformada, empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis; (...)" **Código Civil del Ecuador** establece: "**Art. ... -** Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico." **OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** En el escrito de Apelación presentado, el Recurrente manifiesta que: "(...) **No se determinó la DURACIÓN DE LA CONDUCTA al no indicar final (sic) ni un rango de tiempo en el que habría ocurrido una presunta conducta anticompetitiva, bien entendido, que el literal b) del art. 62 del Reglamento (...) habla de "DURACIÓN DE LA CONDUCTA" y no de "DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN" (...)**" (el énfasis pertenece al original); y solicita: "(...) **a)** se deje sin efecto y declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en providencia de fecha 13 de octubre de 2017, a las 17:15 por la que se INADMITE el recurso de reposición y **b)** (...) se declare nulo todo lo actuado a partir de la Resolución de Inicio de Investigación de fecha 07 de febrero de 2017. Revisadas las constancias procesales del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015 se ha podido verificar que con fecha 07 de febrero de 2017 se resuelve el inicio de la investigación formal del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015 por existir la presunción por parte de GERARDO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA, de prácticas 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. El inicio de investigación debe emitirse mediante resolución motivada y en cumplimiento de los requisitos estipulados en el artículo 62 del RLORCPM; el mismo que en el literal b) se refiere a la duración de la conducta, presupuesto que a criterio del apelante la Intendencia ha inobservado en la Resolución de inicio de investigación de fecha 07 de febrero de 2017. Dentro del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015 se puede constatar que con fecha 14 de febrero de 2017, el Ing. HUGO QUEZADA IZQUIERDO presentó recurso de apelación ante la Resolución de 07 de febrero de 2017. En este primer recurso, el apelante manifestó que la Resolución de inicio de investigación formal de fecha 07 de febrero de 2017, no cumplía con los requisitos del artículo 62 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, afirmando que dicha resolución definía de forma muy genérica la conducta objeto de la investigación. El mencionado recurso fue atendido mediante Resolución de fecha 24 de abril de 2017 a las 14h30 en la cual esta Autoridad manifestó que la Resolución impugnada de 07 de febrero de 2017, no podría considerarse como un acto administrativo oscuro o incompleto referente a la conducta que se investigaba, en virtud de que se expresa el numeral y el artículo de la supuesta infracción a la Ley, así



también, se garantizó la aplicación de la garantía constitucional de motivación en el acto de inicio de investigación, constituyéndose de esta manera un acto administrativo claro, legítimo, completo, y emitido en observancia al debido proceso. Sin embargo, por segunda ocasión el recurrente ha planteado un Recurso de Apelación por el cual, pretende una vez más, que esta Autoridad se pronuncie respecto del acto de 07 de febrero de 2017 que dio inicio a la investigación, y proceda a declarar nulo todo lo actuado a partir de dicha providencia, en esta ocasión argumentando que no se cumple con el requisito contenido en el artículo 62 literal b) del RLORCPM, respecto a la "duración de la conducta". El artículo 67 de la LORCPM establece que el término para la interposición del recurso de apelación 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. En este contexto, la providencia de Inicio de Investigación de fecha 07 de febrero de 2017, fue impugnada por el operador económico con fecha 14 de febrero de 2017; sin embargo, en virtud del derecho a la defensa contenido en la Constitución de la República del Ecuador, es deber de esta Autoridad conocer y resolver sobre la nueva apelación planteada por el Ing. HUGO QUEZADA IZQUIERDO en contra de la providencia de fecha 13 de octubre de 2017, numeral segundo, por la cual la Intendencia resuelve INADMITIR el Recurso de Reposición propuesto por el Recurrente en contra del acto contenido en providencia ya citada, la cual constituye una actuación de la Intendencia por la cual se da respuesta al operador económico, sobre la duración de la conducta dentro de esta investigación, determinándose claramente por parte de la Intendencia, en la providencia impugnada que el tiempo de duración de la conducta es a partir del año 2012, debiéndose aclarar adicionalmente, que la providencia de la Intendencia objeto del Recurso de Reposición corresponde a un acto de sustanciación dentro del expediente de investigación. Se ha verificado igualmente en el expediente que con fecha 14 de febrero de 2017 y 19 de octubre de 2017, el recurrente ha presentado dos (2) recursos de apelación, solicitando a esta autoridad que revoque la Resolución de 07 de febrero de 2017; sin embargo, como se ha mencionado en líneas precedentes, con fecha 24 de abril de 2017 se dictó la Resolución atendiendo el pedido del recurrente respecto del inicio de la investigación formal; acto que tiene el carácter de firme para todos sus efectos, siendo improcedente por tanto, que se pretenda nuevamente y de forma extemporánea plantear a esta Autoridad una nueva revisión del acto de la Intendencia. Se recuerda al operador económico y a su abogado patrocinador de la obligación de litigar de buena fe y con absoluta lealtad procesal con observancia a lo establecido en la norma supletoria prevista en el Art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con el Art. 335 numeral 9 del mismo cuerpo legal; y, el artículo innumerado agregado después del Art. 36 del Código Civil, en virtud que el apelante ha demostrado que busca la revisión y resolución de un acto que ya fue atendido en su primer recurso de apelación, constituyendo por tanto, improcedente para esta Autoridad el pronunciarse sobre el mismo acto impugnado con anterioridad, en virtud de lo previsto en el Art. 67 de la LORCPM, norma que dispone además, que el término legal previsto para la interposición del recurso de apelación es de 20 días, lo que implica que la facultad para interponer un Recurso de Apelación sobre la Resolución de Inicio de Investigación de 07 de febrero de 2017, ha caducado. Sin embargo, el operador económico con fecha 19 de octubre de 2017, interpone un recurso de apelación a la Resolución del Recurso de Reposición de fecha 13 de octubre de 2017, en el cual solicita se deje sin efecto la Resolución de inicio de la Investigación, contenida en providencia de 07 de febrero de 2017, esto es, acto impugnado inicialmente con fecha 14 de febrero de 2017, y resuelto el 24 de abril de 2017 a las 14h30, en consecuencia esta Autoridad no puede pronunciarse sobre un acto que ya fue resuelto, conforme queda anotado. Adicionalmente, se considera que el operador económico, mediante el recurso de apelación presentado el 19 de octubre de 2017, pretende que la Autoridad resuelva sobre la nulidad de una providencia de sustanciación dentro del expediente administrativo, la cual, como queda anotado, en forma expresa sostiene que el tiempo de duración de la conducta investigada es desde el año 2012. **NOVENO.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones del Art. 44,

numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad. **RESUELVE: PRIMERO.-** NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el Ing. HUGO QUEZADA IZQUIERDO, en su calidad de Representante legal de la Compañía GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., con fecha 19 de octubre de 2017; en virtud de que el acto que precede al Recurso de Reposición, es un acto de sustanciación del expediente investigativo y atiende una solicitud del operador económico; del mismo modo, por la indebida pretensión que subyace tras la interposición de este recurso, al pretenderse se revise y resuelva un acto que oportunamente fue atendido. **SEGUNDO.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.

 SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (e) 



Ab. Lenis Katerine Orellana Maroto
SECRETARIA AD-HOC