



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIPD
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-2015-014
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2015-014-A-0019-2017-DS
- **Peticionario:** Defensoría del Pueblo
- **Denunciados:** ORBE HOGAR (ICESA); CONCRESA Y JAHER

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 01 de noviembre de 2017, a las 14H30. **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, estando el proceso para resolver dispongo: **PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente los siguientes documentos: 1.- El memorando No. SCPM-IIPD-267-2017-M, de 29 de septiembre de 2017, suscrito por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante el cual se pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 15 de septiembre de 2017, en la cual se dispone el desglose del expediente SCPM-IIPD-2015-014 en dos expedientes de investigación adicionales; 2.- El informe final de 15 de septiembre de 2017, por el que se dispone sea remitido a la Comisión de Resolución de Primera Instancia. 3.- El escrito de 30 de octubre de 2017 presentado por los abogados patrocinadores del operador económico ORBE HOGAR (ICESA). **SEGUNDO.- 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 de Apelación interpuesto. **TERCERO.- 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 esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente, Ab. Daniel Castelo, patrocinador del operador económico ICESA S.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 04 de agosto de 2017, en contra de la providencia de fecha 06 de julio de 2017, mediante la cual la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, resolvió negar la solicitud de revocatoria de la providencia de fecha 05 de junio de 2017; en cumpliendo al principio de oportunidad establecido en el Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que dice: *"(...) Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del 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 conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa”, **QUINTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** La providencia impugnada es la fecha 06 de julio de 2017, mediante la cual la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, resolvió negar la solicitud de revocatoria de la providencia de fecha 05 de junio de 2017. **SEXTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.-** El recurrente, Ab. Daniel Castelo, patrocinador del operador económico ICESA S.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 04 de agosto de 2017, en contra de la providencia de fecha 06 de julio de 2017, notificada el 07 de julio de 2017, mediante la cual la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, resolvió negar la solicitud de revocatoria de la providencia de fecha 05 de junio de 2017 y principalmente alega: “(...)El acto que se recurre es la providencia de 06 de julio de 2017 a las 16h45, notificada el 07 de julio de 2017, mediante la cual la Intendencia resolvió negar la solicitud de revocatoria de la providencia de fecha 05 de junio de 2017 a las 17h00, notificada el 06 de junio de 2017, petición formulada por ICESA mediante escrito de fecha 09 de junio de 2017 a las 16h27 (en adelante, "Resolución Impugnada"). En la providencia de 06 de julio de 2017, a las 16h45 ("Resolución Impugnada"), la Intendencia niega la solicitud de revocatoria de la providencia de fecha 05 de junio de 2017, a las 17h00, alegando que en el Expediente se han respetado y aplicado las garantías del debido proceso, dentro de éstas, la correcta notificación a las partes. (...) **DERECHOS VULNERADOS.-** El presente Recurso de Apelación se presenta en contra de la Resolución Impugnada por considerar que ésta contiene errores de hecho y de derecho, y vulnera, desconoce y no garantiza derechos constitucionales de ICESA, que no son susceptibles de convalidación, en especial porque: (i) hay una flagrante vulneración y violación, y desconocimiento y falta de garantía y aplicación, de derechos y garantías constitucionales de ICESA en la tramitación del Expediente, tales como el derecho a la defensa, debido proceso y seguridad jurídica; (ii) se inobservó el trámite previsto en la LORCPM y en su Reglamento de Aplicación; y, (iii) es inmotivada. A consecuencia de todo lo anterior, la Resolución Impugnada es nula de pleno derecho por razones de legitimidad. (...) iv) En respuesta a un requerimiento de información realizado por la Intendencia, mediante escrito de 9 de septiembre de 2016, a las 16h54, ICESA señaló nuevos abogados patrocinadores para el presente proceso, relevando así de la defensa a los anteriores abogados, (...) v) La etapa de Investigación Formal fue ampliada hasta por 180 días adicionales mediante providencia de 23 de septiembre de 2016, a las 16h303 (sic), que no fue notificada a ICESA. vi) Según la Intendencia, mediante providencia de fecha 23 de marzo de 2017, a las 17h10, la Intendencia decidió notificar a varios operadores económicos, entre estos, ICESA (ORVE HOGAR) con el Informe de Resultados y el Documento de Formulación de Cargos. En dicho documento, en lo pertinente a ICESA, se formula cargos por supuestamente haber infringido el Artículo 27 numeral segundo de la LORCPM, al no: "publicitar en sus preciadores, y no mantener información completa en las facturas y proformas que se remite a los clientes o consumidores previo adquirir un electrodoméstico, además de la suficiente claridad



sobre qué precio de venta se estaría cargando los intereses para pagos a crédito." Esta providencia de 23 de marzo de 2017, a las 17h10, no fue notificada a ICESA. vii) Con posterioridad, al parecer, mediante providencia de fecha 18 de abril de 2017, a las 16h50, se dispuso la apertura del término probatorio de conformidad con el artículo 59 de la LORCPM y 69 del RLORCPM, que la Intendencia dice que fue notificada 19 de abril del 2017 a las 11h00, sin embargo, no fue notificada a ICESA. viii) En vista que ICESA nunca fue notificada con las providencias indicadas en los acápite iv), v) y vi), en las direcciones de correo electrónico, domicilio y casillero judicial señaladas desde el 09 de septiembre de 2016, con fecha 19 de mayo de 2017 a las 16h21, entendiéndose que ya debía ocurrir la apertura del término de prueba, ICESA solicitó a la Intendencia que abra el término de prueba, según lo dispone el artículo 59 de la LORCPM. ix) La petición de ICESA indicada en el acápite vii) anterior fue negada en el literal b) del punto TERCERO de la providencia de fecha 05 de junio de 2017 a las 17h00, notificada el 06 de junio de 2017, la Intendencia señaló que: "Se pone en conocimiento del operador económico que mediante providencia de 18 de abril de 2017, a las 16h50, se dispuso la apertura del término probatorio de conformidad con el Art. 59 de la LORCPM y 69 del RLORCPM, notificada en legal y debida forma el 19 de abril del corriente a las 11h00". x) ICESA le hizo notar a la Intendencia mediante escrito de fecha 09 de junio de 2017 a las 16h27 que no ha sido notificada con la providencia antes mencionada ni en medio digital, en los correos electrónicos que ha señalado, ni por medio físico, en el casillero judicial designado. xi) ICESA expresamente señaló a la Intendencia a partir del escrito de fecha 09 de septiembre de 2016 a las 16h54 que toda notificación que le corresponda, las recibirá en el casillero judicial No. 239 de la Dirección Provincial de Pichincha del Consejo de la Judicatura o en la dirección ubicada en la Av. Diego de Almagro N30-118 y Av. República de esta ciudad de Quito, y electrónicamente en los correos rnrfabara@fabara.ec; dcastelo@fabara.ec, mpenaherrera@fabara.ec, y aalmeida@fabara.ec. Esta misma dirección la señaló en escritos presentados con fecha: a) 30 de septiembre de 2016 a las 16h51. b) 30 de marzo de 2017 a las 16h52: en este escrito se señaló para notificación electrónicas los correos electrónicos: mrffabara@fabara.ec; dcastelo@fabara.ec; y edavila@fabara.ec. c) 11 de abril de 2017 a las 13h46. d) 13 de abril de 2017 a las 16h45. e) 19 de abril de 2017 a las 14h57: en este escrito, en atención al cambio de representante legal que realizó ICESA se ratificó, por parte del nuevo representante legal el escrito de excepciones presentado en el presente procedimiento. f) 19 de mayo de 2017 a las 16h21. xii) Pese a lo anterior, ICESA no ha sido notificada en los correos electrónicos y casillero judicial designados desde el 9 de septiembre de 2016 con ninguna providencia de la Intendencia a excepción de la providencia de fecha 05 de junio de 2017 a las 17h00, notificada el 06 de junio de 2017. En ese sentido, es posible afirmar de manera categórica que la providencia de 18 de abril de 2017, a las 16h59, en la que se habría dispuesto la apertura del término de prueba, no ha sido notificada en debida forma a ICESA, así como las providencias dictadas entre el 09 de septiembre de 2016 y 06 de junio de 2017. b. Violación del derecho a la defensa y garantía al debido proceso por no permitir a ICESA el acceso al Expediente: i) Mediante escritos de fecha 09 de septiembre de 2016 a las 16h54, 30 de marzo de 2017

a las 16h52 y 04 de abril de 2017 a las 13h46, CESA requirió a la Intendencia que le permita, como es su derecho, el acceso al Expediente, a fin de poder presentar sus explicaciones, excepciones y, en general, ejercer su derecho a la defensa en forma apropiada y oportuna, con conocimiento de todos los documentos que forman parte del presente Expediente y que formaron parte para la formulación de la voluntad administrativa de la Intendencia. (...)v) Por falta de atención a las peticiones de ICESA, ésta no pudo conocer de qué se le estaba acusando, cómo se le estaba acusando, y, en base a qué se le estaba acusando, para poder defenderse, con conocimiento de causa, en los términos más adecuados posibles. El acceso al Expediente, su análisis y la obtención de copias del mismo, le hubiera permitido a ICESA ejercer su derecho constitucional a la defensa en este Expediente, en especial en la preparación de su escrito de explicaciones y en el escrito de excepciones conforme lo establece la LORCPM. Con relación al escrito de excepciones, si bien ICESA lo presentó dejando constancia que no se allanaba a ninguna causa de nulidad, ICESA no pudo ejercer su derecho a la defensa de manera adecuada, en especial se vio privada de presentar argumentos sobre el contenido del Expediente y los elementos que sirvieron de base para la formulación de la voluntad administrativa, primero de abrir la Investigación Formal y posteriormente de formular cargos a ICESA. (...) viii) Incluso la violación constitucional persiste, pues, pese a tres peticiones diferentes que formuló ICESA y el conocimiento a la Intendencia, recién, en la providencia de fecha 05 de junio de 2017 notificada el 06 de julio de 2017 se concede a ICESA el acceso al Expediente para el día 12 de julio de 2017. (...) c. Vulneración al derecho a la defensa: i) Si bien todas las etapas procesales en las que se privó del derecho de la defensa a ICESA por parte de la Intendencia son importantes, es de vital importancia la etapa consistente en la presentación de excepciones por parte de los operadores económicos investigados, porque permite el ejercicio del derecho a la defensa y contradicción a los operadores económicos investigados. En el presente caso, ICESA, debió tener el derecho a presentar excepciones con pleno conocimiento de los hechos que obran del Expediente para poder contradecir las acusaciones que se hagan en su contra. (...) e. Incorrecta e indebida inclusión de ICESA con otros operadores económicos en un mismo Expediente. i) Otro de los argumentos que evidencia violaciones constitucionales en el presente Expediente es el hecho de que, tanto ICESA, como los otros operadores económicos investigados, tienen el derecho a ser procesado s independientemente, en atención a que el inciso segundo del Artículo 66 del RLORCPM faculta a la SCPM, en este caso a la Intendencia, a desglosar los expedientes cuando la naturaleza de los hechos denunciados haga necesaria la tramitación de procedimientos independientes, como ocurre en el presente caso. ii) No se puede, ni se debe, incluir en un mismo procedimiento a distintos operadores económicos, ya que estos, por los motivos que cada uno expondrá, son imputados de actos diferentes y que no corresponden a una actuación conjunta sino individual. De hecho, por su propia esencia, las prácticas desleales son actos de cometimiento individual que no pueden ser investigados en un expediente común con varios operadores económicos, práctica de la Intendencia que viola el debido proceso, el derecho a la defensa y a la honra y reputación. (...) -VII- PETICIONES CONCRETAS



En concordancia con lo señalado a lo largo del presente Recurso de Apelación, respecto a la Resolución Impugnada, respetuosamente solicito que se declare la nulidad de pleno derecho de todo lo actuado al menos a partir del 09 de septiembre de 2016 y se permita a ICESA presentar sus excepciones como manda la LORCPM, permitiéndosele así ejercer su derecho a la defensa y demás derechos constitucionales en forma oportuna. (...). **SEPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el recurrente, se analizan las siguientes constancias procesales: **a)** Oficio No. DPE-DP-2015-0166-0 de 12 de abril de 2015, suscrito por el Dr. Patricio Benalcazar, Defensor del Pueblo subrogante, mediante el cual se pone en conocimiento el informe de resultados de la campaña “Consumo Responsable y Solidario- época Fin de Año” y solicita, (...) *acoger las recomendaciones constantes en el informe (...)*; en el referido informe recomienda, “(...) *Solicitar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, realice la investigación respectiva, a fin de determinar si efectivamente existe en el mercado esta posible práctica de concertación entre algunas casas comerciales que consiste en elevar el precio para cubrir el costo de gastos administrativos bajo la figura de un descuento, lo que tiene como consecuencia la vulneración del derecho de las personas consumidoras a recibir información veraz, clara, oportuna y completa y la directa afectación al derecho a la libre elección (...)*”. **b)** Providencia de 02 de junio de 2015, mediante la cual la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dispone, “(...) *Abrir el presente expediente y conducir una investigación preliminar, (...)*”. **c)** Informe de Investigación Preliminar de 17 de febrero de 2016, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, en la cual recomienda, “(...) *Con los insumos que obran en el expediente, esta Dirección ve la necesidad y recomienda a la Intendencia la apertura de una investigación al sector de los operadores económicos cuyo objeto es la venta de electrodomésticos, con la finalidad de salvaguardar el interés general de las y los consumidores y el fortalecimiento del cumplimiento de la LORCPM por parte de todos los intervinientes en el mercado*”. **d)** Escrito presentado por el señor Estevan Abad Rivadeneira, en calidad de Vicepresidente Ejecutivo y representante legal de ICESA S.A., de 9 de septiembre de 2016 a las 16h54, en el cual, entre otras cosas manifestó textualmente lo siguiente: “**4. Designación de Abogados:** *Designo como mis abogados patrocinadores a los señores Dra. María Rosa Fabara, Ab. Daniel Castelo Guerrero y Ab. Marín Peñaherrera Oleas, a quienes autorizo para que presenten individual o conjuntamente, cualquier escrito o petición en relación al proceso Nro. SCPM-IIPD-2015-014. 5. Notificaciones:* *Notificaciones que correspondan se recibirán en el casillero judicial No 239 del Palacio de Justicia de esta ciudad de Quito o en la dirección ubicada en la Av. Diego de Almagro N30-118 y Av. República de la ciudad de Quito, y en las direcciones de correo electrónico: mrfabara@fabara.ec; dcastelo@fabara.ec; mpenaherrera@fabara.ec; aalmeida@fabara.ec.”. **e)** Resolución de inicio de investigación, de 28 de marzo de 2016, en la que dispone, “(...) *Segundo.- Abrir el presente expediente y conducir una investigación para los operadores económicos: a) CRECOSCOP S.A.; b) LA GANGA; e) ORVE HOGAR; d) CONGRESA ; e) COMANDATO f) COMO HOGAR S.A.; g) JAHER y h) MARCIMEX,* por las*

conductas contempladas en el Art. 27 numerales 2 y 9 de la LORCPM, mismas que presuntamente fueron cometidas desde el año 2014 hasta el año 2016, (...)”; se evidencia que en la razón de notificación se expone claramente, “**RAZÓN:** Siento como tal que el día 28 de marzo de 2016, siendo las 16h50 procedo a remitir la providencia que antecede a la Secretaria General de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, a fin que se notifique a los operadores económicos almacenes: JAHER en el casillero judicial 27 del Palacio de Justicia de Quito; CRECOSCOP S.A. ubicado en el C.C. el Bosque Locales del C-26 al C-30; COMOHOOGAR S.A. en el casillero judicial 1082 del Palacio de Justicia de Quito; MARCIMEX en el casillero judicial 27 de la ciudad de Quito y al correo electrónico cjara@marcimex.com.ec; la GANGA en el casillero judicial 27 del Palacio de Justicia de Quito y al correo electrónico marinsevilla@procompetencia.ec; ORVE HOGAR en el casillero judicial 5949 y al correo electrónico ramiro.jacome@rjlabogados.com; CONGRESA ubicado en el Centro Comercial Ñaguito. Av. NNUU; y almacenes COMANDATO a los correos electrónicos: npaulson@parejayasociados.com y mzambrano@comandato. **Lo certifico**”, razón sentada por el Abg. Santiago Casa Usiña, secretario de sustanciación. **f)** Informe de resultados de la investigación, de 22 de enero de 2017, elaborado por la Dirección Nacional de Prácticas Desleales, en el cual recomienda, “(...) De conformidad con el artículo 58 de LORCPM, una vez concluida la investigación se encontró que los operadores económicos **a)** ORVE HOGAR; **b)** CONGRESA; y, **c)** JAHER, estarían cometiendo la práctica desleal tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por lo cual esta Dirección recomienda proseguir con la etapa de sustanciación para lo cual deberá formular cargos a los operadores económicos antes mencionados (...)”. **g)** Formulación de cargos, de 23 de marzo de 2017, suscrito por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, que dice, “(...) Emitir la presente formulación de cargos contra los operadores económicos ORVE HOGAR, CONGRESA Y JAHER, por haber incurrido en la práctica desleal de publicidad engañosa tipificada en el artículo 27, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), al no publicitar en sus preciadores los datos completos, veraces y exactos que necesita el cliente previo a la adquisición de electrodomésticos (...)”. **g)** Providencia de 23 de septiembre de 2017, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante la cual se dispone, “(...) **TERCERO.-** Notifíquese con el oficio No. DPE-DP-2015-0166-O, de fecha 13 de abril de 2015, formulación de cargos y el informe de resultados emitido por la Dirección, a los operadores económicos **a)** LA GANGA; **b)** ORVE HOGAR; **c)** CONGRESA; **d)** COMOHOOGAR S.A.; **e)** JAHER y **f)** MARCIMEX, (...)”; consta además el boletín de notificaciones con los correos y direcciones constantes en la razón transcrita en líneas anteriores. **h)** Escrito presentado por el operador económico ICESA de 11 de abril de 2017, en el cual realiza una insistencia a su escrito de 30 de marzo de 2017, (el mismo que también ha sido analizado), del mismo se desprende una solicitud de acceso al expediente, lo cual ha sido solicitado mediante escrito de 9 de septiembre de 2016 y específicamente refiere no haber recibido notificación atendiendo el requerimiento; idéntica circunstancia se verifica en el escrito de 13 de abril de 2017, en el cual el operador económico presenta sus excepciones. **i)** Providencia de 18 de abril



de 2017, mediante la cual el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, atiende entre otros, el requerimiento de copias y acceso al expediente planteado por ICESA., y dispone, “(...) *esta autoridad dispone la apertura el término probatorio por el término de sesenta (60) días*”; consta además el boletín de notificaciones con los correos y direcciones constantes en la razón transcrita en líneas anteriores. **j)** Escrito presentado por el operador económico ICESA de 19 de abril de 2017, en el cual el representante legal del investigado, ratifica la actuación de sus abogados y la dirección señalada. **k)** Providencia de 5 de junio de 2017, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante la cual atendiendo el escrito presentado por el operador económico ICESA de 19 de abril de 2017, la Intendencia señala, “(...) *Se pone en conocimiento del operador económico, que mediante providencia de 18 de abril de 2017, a las 16h50, se dispuso la apertura del término probatorio (...)*”; consta además el boletín de notificaciones con los correos y direcciones constantes en la razón transcrita en líneas anteriores. **l)** Escrito presentado por el operador económico ICESA, de 09 de junio de 2017, en el cual se solicita la revocatoria de la providencia de 5 de junio de 2017 y la declaratoria de nulidad del expediente a partir del 9 de septiembre de 2016, por cuanto manifiesta que no ha sido notificada con las diligencias actuadas dentro del expediente, desde la fecha referida. **m)** Providencia de 6 de julio de 2017, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en la cual, en el considerando tercero, literal b) dice, “(...) *Se pone en conocimiento del operador económico que conforme la razón sentada por el abogado Santiago Casa, Secretario de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, no se evidencia la sustitución de los abogados defensores, sino el patrocinio de la causa por (sic) de nuevos abogados defensores al presente proceso, por lo que, conforme solicitó el propio operador económico esta Autoridad continuó notificando a los correos electrónicos y casilleros judiciales para el efecto. En ese sentido, el operador económico fue notificado con providencia de 23 de marzo de 2017 con el informe de resultados de 22 de marzo de 2017, la formulación de cargos de 23 de marzo de 2017, y el oficio No. DPE-DP-2015-0166-O, de fecha 13 de abril de 2015, para lo cual el operador económico presentó sus excepciones mediante escrito de 13 de abril de 2017, a las 16h45, con número de ID44674, hechos que con certeza denotan la aplicación de las garantías del debido proceso y un buen trato de esta Intendencia al expediente, por lo que la hipótesis del operador económico ICESA de no haber sido notificado en las direcciones designadas dentro del proceso no tiene asidero o sustento, tanto más que, pudo presentar el escrito de excepciones de 13 de abril de 2017, es decir, dentro del término previsto para los efectos. Por tanto se niega la revocatoria hecha por ICESA S.A. (...)*”; consta también el boletín de notificaciones donde se evidencia el cambio de casillero del operador económico ORVE HOGAR (ICESA), así como los correos electrónicos. **n)** Providencia de 11 de julio de 2017, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en la cual se dispone la prórroga del término de prueba por hasta 30 días. **o)** Escritos presentados por el operador económico ICESA, de 04 de agosto de 2017 y 30 de octubre de 2017. Con los antecedentes expuestos es menester considerar, la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: “**Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva,*



imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de
mediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. (...)"; **Art. 76.-** "En
todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se
asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1.
Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de
las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa
incluirá las siguientes garantías: (...) b) Contar con el tiempo y con los medios
adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno
y en igualdad de condiciones. (...)"; **Art. 168.-** La administración de justicia, en el
cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes
principios (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias,
etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los
principios de concentración, contradicción y dispositivo. (...)"; **Art. 169.-** (...) harán
efectivas las garantías del debido proceso (...)"; **Art. 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. (...)"; **Art. 424.-** La Constitución
es la norma suprema y prevalecerá 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 (...).
En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado**
(LORCPM) 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.**
2.- **Ambito.-** 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, (...)."; **Art. 27.-** Prácticas
desleales.- Entre otras, se considerarán prácticas desleales, las siguientes (...) 2.- **Actos**
de engaño.- Se considerará desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real
o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo
de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad,
precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los
atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios,
establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos
pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho
operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Configura acto
de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que



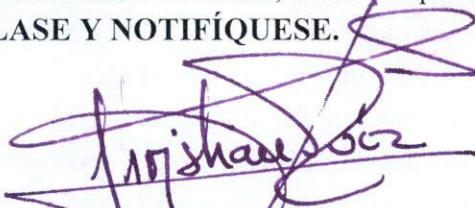
no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.(...); “**Art. 38.- Atribuciones.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: (...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley. (...)”; “**Art. 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.(...)”; “**Art. 53.- Inicio.-** El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.”; “**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.(...) El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas (...)”; “**DISPOSICIONES GENERALES.- Primera.- Jerarquía.-** (...) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”. El **Código Orgánico General de Procesos** (norma supletoria) dispone, “**Art. 65.- Notificación.-** Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales. (...)”; “**Art. 66.- Regla general.-** Las partes, al momento de comparecer al proceso, determinarán dónde recibirán las notificaciones. Son idóneos los siguientes lugares: el casillero judicial, domicilio judicial electrónico, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo electrónico personal.”; “**Art. 109.- Efecto de la nulidad.** 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.”; “**DISPOSICIONES REFORMATARIAS. PRIMERA.-** En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”. Una vez establecidos los elementos de hecho y derecho, es procedente analizar que, de la revisión del expediente investigativo se ha podido establecer que el operador económico mediante escrito presentado el 9 de septiembre de 2016 a las 16h54 entre otras cosas manifestó textualmente lo siguiente: “ 4. Designación de Abogados: Designo como mis abogados patrocinadores a los señores Dra. María Rosa Fabara, Ab. Daniel Castelo Guerrero y Ab. Marín Peñaherrera Oleas, a quienes autorizo para que presenten individual o conjuntamente, cualquier escrito o petición en relación al proceso Nro. SCPM-IIPD-

2015-014. 5. *Notificaciones: Notificaciones que correspondan se recibirán en el casillero judicial No 239 del Palacio de Justicia de esta ciudad de Quito o en la dirección ubicada en la Av. Diego de Almagro N30-118 y Av. República de la ciudad de Quito, y en las direcciones de correo electrónico: mrfabara@fabara.ec; dcastelo@fabara.ec; mpenaherrera@fabara.ec; aalmeida@fabara.ec.”; sin que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales haya procedido a realizar las notificaciones de las actuaciones procesales a los domicilios indicados por parte de ICESA, a partir del 9 de septiembre 2016, donde se designaron nuevos abogados, domicilio judicial y correos electrónicos, inobservando esta petición, consecuentemente continuó notificando en el casillero judicial y correos electrónicos anteriores, lo cual está expresamente reconocido por ésta instancia administrativa cuando textualmente manifiesta, “(...) Como se puede apreciar de lo expresado en el escrito, en ninguna de sus partes manifiesta sustituir o cambiar de abogados patrocinadores, solo designan o incrementan sus abogados para la defensa, de la misma forma no realiza una sustitución del domicilio judicial al designado anteriormente dentro del proceso, es fundamental apreciar que en ninguna de sus líneas expresamente solicita a la Intendencia sustituir a los abogados y domicilio judicial al ya tomado en cuenta dentro de la investigación” “La Intendencia por economía procesal y celeridad dentro de la investigación se continuó notificándolas actuaciones procesales en el domicilio señalado por el operador económico a los abogados debidamente autorizados para la defensa de los derechos del operador económico”. Es evidente que el procesado en el segundo señalamiento de abogados en forma expresa no sustituye a los anteriores defensores, pues en el ordenamiento jurídico el procesado tiene el derecho de contar con uno o varios defensores o de sustituirlos a uno o a todos, pues los efectos en uno u otro caso son distintos, cuando sustituye a sus defensores anteriores la notificación solo surte efectos con los nuevos, y cuando se agrega defensores y se notifica a uno de ellos el efecto es válido, puesto que igualmente el procesado se entera. Sin embargo y si la Intendencia no tenía clara cuál era la petición del operador económico, debió realizar un acto de aclaración procesal procurando se aclare si se agrega o sustituye abogados defensores y domicilios de notificación, lo cual no se ha sido actuado. El hecho concreto es que la Intendencia no notificó al operador económico en el nuevo casillero judicial y correos electrónicos señalados. Otro de los argumentos que se observan dentro del Recurso de Apelación que se atiende, es que el investigado, solicitó en varias ocasiones copias del expediente y acceso al mismo, lo cual es atendido en providencia de 18 de abril de 2017, es decir, transcurridos 7 meses desde la primera petición, con el agravante que esta providencia tampoco fue notificada a los domicilios señalados, lo cual atenta directamente con lo prescrito en el último inciso del Art. 56 de la LORCPM, lo que indiscutiblemente genera una afectación directa al principio de contradicción y derecho a la defensa consagrados en la Constitución de la República en los Art. 76 y 168; esto, sin embargo de que, el operador económico presentó sus excepciones ante la formulación de cargos realizada en su contra por parte del órgano de investigación, pero, no se evidencia del expediente que se hayan brindado las garantías del debido proceso con los que se encuentra amparado por ley; por lo que se puede determinar que existe el derecho violentado, por una inobservancia en las direcciones a*



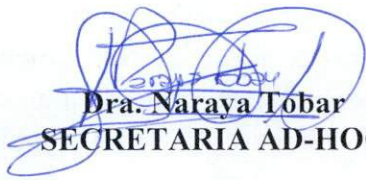
las que se debía notificar, lo cual vicia de nulidad a todas las diligencias actuadas posteriores al vicio, al respecto, el Art. 76 de la Constitución de la República consagra el derecho al debido proceso garantizando a las personas, es decir que, en todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará que se sustanciará con las garantías mínimas que lo comprenden. Una de las garantías básicas que conforman el debido proceso como derecho fundamental es la notificación de los actos emitidos dentro de cualquier procedimiento. El derecho a la defensa comprende la posibilidad formal y empírica que tiene una persona para responder ante la iniciativa de otro sujeto, que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses, durante un procedimiento ya iniciado. El tratadista Zavala Egas en su obra "Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica" señala que, "(...) es un derecho que la Constitución impone, inherente y propio de la dignidad de la persona y que, garantizándose, impide su degradación por efecto de un pronunciamiento de autoridad pública, judicial o administrativa, autoritario y el que no haya participado el supuesto afectado en forma activa, sino que haya sido mero objeto o instrumento para ejercer un poder de decisión jurídicamente conferido. Por ello es un derecho fundamental y, como tal, inalienable, irrenunciable e indivisible (Art.11.6CPR)". Al respecto la Corte Constitucional en sentencia No 012-09-SEP- CC, dictada el 4 de julio de 2009 en el caso 004S-OS-EP ha profundizado sobre la relevancia constitucional de la notificación y claramente ha señalado, "(...) la notificación comprende el acto de informar a las partes la actuación jurisdiccional determinándose, en esencia, la publicidad y transparencia de los procesos, los mismos que solo estarán garantizados si las partes intervinientes en el mismo se hallan informados debidamente de todas las actuaciones que se realizan en un proceso. (...)". Es obligación de la autoridad velar por el respeto de las normas del debido proceso y, en la especie, por precautelar el derecho a ser notificado y efectivizar las garantías que le ampara la norma, es decir conocer el proceso en base al cual se le están formulando cargos (con las excepciones previstas en la misma ley), el cual trasciende el hecho de una simple formalidad para transformarse en un derecho adquirido por parte de quienes intervienen en un procedimiento de investigación, solo mediante la respectiva notificación, las partes pueden tener conocimiento de las decisiones adoptadas, evitándose, de este modo, que una o varias de las partes procesales queden en indefensión por falta de información respecto a los acontecimientos suscitados dentro del procedimiento. Constituye un deber fundamental de la autoridad administrativa ajustar sus actuaciones a los principios, mandatos y reglas que gobiernan la función pública, ya que estos preceptos demarcan su competencia eficaz, siempre con el fin de garantizar el cumplimiento del derecho primordial al debido proceso, derecho a la defensa y principio de contradicción, solo así se puede presumir que el actuar de la administración es legalmente valido. Otro de los argumentos planteados por el apelante refiere a la incorrecta e indebida inclusión de ICESA con otros operadores económicos en un mismo expediente, analizando lo cual, se debe considerar que la LORCPM, ni su reglamento de aplicación o el Instructivo de Gestión Procesal determinan la obligatoriedad de sustanciar los expedientes por separado; el Reglamento a la LORCPM, en el Art. 66, posibilita al órgano de investigación a ordenar el desglose de los expedientes cuando la naturaleza de

los hechos demande esta necesidad, valoración que debe ser efectuada por el órgano de sustanciación. **SEPTIMO.-** Por todas las consideraciones fácticas y legales, 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.-** ACEPTAR el Recurso de Apelación presentado por Ab. Daniel Castelo, patrocinador del operador económico ICESA S.A., mediante escrito de 04 de agosto de 2017, en contra de la providencia de fecha 06 de julio de 2017, expedida por la Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en consecuencia, se declara la nulidad de todo lo actuado en el proceso de investigación No SCPM-IIPD-2015-014, a partir de la providencia de 23 de septiembre de 2016 (inclusive), hasta la presente fecha, por lo que las actuaciones del órgano de investigación, deberán retrotraerse al momento anterior a la generación del vicio, tal como lo determina el Art. 109 del Código Orgánico General de Procesos. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **Tercero.-** En virtud de que, mediante memorando No. SCPM-IIPD-267-2017-M de 29 de septiembre de 2017, la Intendencia de Investigación ha notificado a esta autoridad con la providencia de 15 de septiembre de 2017, donde se agrega el informe final de la investigación al expediente y se dispone remitir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, notifíquese al órgano de resolución a fin de que se observe lo ordenado en la presente resolución. **Cuarto.** En virtud de que el vicio detectado y que genera la nulidad del proceso de investigación es atribuible al órgano de investigación, póngase en conocimiento de lo actuado a la Dirección Administrativa de Talento Humano, a fin de que se proceda con el trámite correspondiente. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.

 SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (e) 



Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC