

- 39 -
TRENTA
Y NOVE



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIPD
- **Expediente IIPD:** SCPM- IIPD-2016-010
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2016-010-R-A-0003-2017-DS
- **Denunciante:** ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO
- **Denunciado:** PINTURAS QUIMICOS DEL ECUADOR
ALEJANDRO AHMED PAZMIÑO
ADHEPLAST

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 27 de marzo de 2017, a las 09h40.- **VISTOS.-** En mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado (s), conforme lo acredito con la copia certificada de la resolución No. SCPM-DS-013-2017 de 24 de marzo de 2017, que en copia certificada se agrega al proceso, en uso de mis facultades legales y estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- 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. **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 esta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente, señor Xavier Fernando Jimbo Quizhpi, en calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía ADHEPLAST S.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 04 de enero de 2017, en contra de la providencia de 23 de diciembre de 2016, expedida por la Intendente de Investigación de Prácticas Desleales; en cumpliendo al principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el "Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control 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", **CUARTO.- ACTO**

ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.- El acto administrativo impugnado es la providencia de 23 de diciembre de 2016, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante la cual se dispone, “(...) *Que de la revisión de los medios de verificación por parte del secretario de sustanciación en el presente expediente, se desprende que efectivamente no se ha (sic) adjuntaron y notificado los documentos en referencia. Que encontrándose el presente expediente dentro del plazo de 180 días para concluir la investigación, es pertinente corregir la providencia del 20 de diciembre de 2016 a las 17h00, por lo que se dispone: PRIMERO: Proceder a notificar a los operadores económicos ADHEPLAST S.A. y PINTURAS Y QUÍMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. con el informe de resultados, formulación de cargos y denuncia, a efectos de que presenten sus excepciones en el términos (sic) de 15 días desde su notificación. SECUNDO: Reformar el literal b de la disposición segunda de la providencia de 20 de diciembre de 2016 a las 17h00, toda vez que de la revisión del informe de resultados se desprende que por un lapsus calami se hizo referencia únicamente a ADHEPLAST S.A. cuando también corresponde al operador PINTURAS Y QUÍMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. (...).* **PRIMERO.-** Proceder a notificar a los operadores económicos ADHEPLAST S.A. y PINTURAS y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. con el informe de resultados, formulación de cargos y denuncia, a efectos (sic) de que presenten sus excepciones en el término de 15 días desde su notificación (...)”. **QUINTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.-** El recurrente, señor Xavier Fernando Jimbo Quizhpi, en calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía ADHEPLAST S.A, interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 04 de enero de 2017, en el que principalmente argumenta, “(...) *Por lo tanto, consideramos que no se ha acreditado que el señor AHMED PAZMIÑO sea efectivamente un consumidor y no un agente encubierto de otro operador económico, alegación que no solamente ha sido presentada por ADHEPLAST sino también por PINTURAS Y QUÍMICOS PYQ, por lo que al menos la Intendencia debió INVESTIGAR el particular (...) EL INFORME DE RESULTADOS Y LA FORMULACIÓN DE CARGOS FUERON NOTIFICADOS FUERA DEL PLAZO ESTABLECIDO, POR LO QUE LA INTENDENCIA PERDIÓ SU COMPETENCIA. (...)* Según se ha expuesto y ha sido admitido por la propia Intendencia: La investigación inició el 28 de julio de 2016, por un plazo de 180 días, que no fueron prorrogados. a) La investigación inició el 28 de julio de 2016, por un plazo de 180 días, que no fueron prorrogados. b) Este plazo venció el 24 de diciembre de 2016. c) En fecha 20 de diciembre de 2016 se me envió una providencia, sin embargo esta no contenía anexo el informe ni formulación de cargos. d) Reconociendo que no se había notificado con el informe y formulación de cargos, fui notificado en fecha 28 de diciembre con el informe y formulación de cargos, encontrándose ya vencido el plazo para ello. Por esto, la Intendencia de Investigación perdió su facultad para emitir y notificar al operador económico con la formulación de cargos, así mismo, precluyó la etapa procesal habiendo culminado sin que se notifique al administrado con el informe de investigación y la



formulación de cargos, así mismo, precluyó la etapa procesal habiendo culminado sin que se notifique al administrado con el informe de investigación y la formulación de cargos. Al haber perdido en razón del tiempo la competencia, de continuarse con el procedimiento se vulneraría la garantía del debido proceso contenida en el artículo 76 numeral 7 literal K de la constitución, que obliga a que en todo procedimiento en que se determinen derechos y obligaciones, los administrados tienen derecho a ser juzgados por la autoridad competente (...) 3 EL INFORME DE RESULTADOS SE FUNDAMENTA EN ANALISIS ACERCA DE PINTURAS DE TIPO III CUANDO LAS PINTURAS DE ADHEPLAST SON TIPO IV. Subsidiariamente, es necesario referirnos a la falta de motivación y concordancia de los hechos que afectan al informe de investigación y a la formulación de cargos emitida en consecuencia de ello. (...) En este caso, se aprecia que existe FALTA DE MOTIVACIÓN, por contradicción, por motivo hipotético y por falta de respuesta a la conclusión, así como existe DETURPACIÓN por existir error flagrante de apreciación debido a que: a) El Informe afirma que "la pintura Súper Económica de Adheplast" es una pintura LATEX TIPO III", siendo esto falso ya que la pintura Látex Super Económico Adheplast motivo de esta investigación es del TIPO IV. (...) b) El Informe incluye un cuadro de Precios de venta al público, sin embargo NO incluye referencias a pinturas TIPO IV, sino solo 1. c) El informe realizó un análisis de correlación de precios de pinturas tipo III respecto de pinturas tipo I y tipo IV, sin embargo no hizo ningún análisis respecto de pinturas del tipo IV como es la de ADHEPLAST. (...) 3.4 ACERCA DE LA VOLUNTARIEDAD DE LA NORMA INEN SOBRE PINTURAS DEL TIPO IV. Subsidiariamente, debe considerarse que existe un error respecto de la aplicabilidad de la normativa INEN cuyo incumplimiento se nos acusa, pues, las pinturas tipo IV no se encontraban reguladas por la Norma Técnica No. INEN 1544 en su primera revisión que sí fue aprobada como OBLIGATORIA. La segunda revisión de la Norma Técnica No. INEN 1544 incluyó el TIPO IV en la clasificación de pinturas, a la que se pertenece el producto PINTURA LATEX SUPER ECONOMICA ADHEPLAST TIPO IV. Esta norma fue aprobada con carácter de VOLUNTARIA, a diferencia de su primera revisión predecesora. (...) 3.5 ACERCA DE LAS SUPUESTAS EVIDENCIAS. (...) Cabe decir que las supuestas evidencias son nulas absolutamente invalidas, en primer lugar porque el laboratorio del que provienen estos análisis es de un competidor y que además, no es un laboratorio acreditado por el Servicio de Acreditación Ecuatoriano, como se observa en el sistema de consultas de dicha Institución, cuya impresión se presentó a la Intendencia de Investigaciones pero que ha sido ignorada (...) **PETICION CONCRETA** En virtud de lo expuesto a lo largo de este escrito, solicito comedidamente señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, se sirva: a) aceptar íntegramente este recurso de apelación y en consecuencia deje sin efecto y declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en providencia de fecha 23 de diciembre de 2016, las 16h02, dictada dentro del Procedimiento

J

Nro. SCPM-IIPD- 2016-010 seguido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, notificada a mi representada en fecha 28 de diciembre de 2016, por la cual se resuelve FORMULAR CARGOS en contra de mi representada b) Se sirva ordenar el archivo del Procedimiento **SCPM-IIPD-2016-010**, por haberse notificado con el Informe de Resultados y Formulación de Cargos fuera del plazo legal y reglamentario. c) Por falta de motivación al referirse el Informe de Resultados y sus estudios a pinturas del TIPO III cuando el producto investigado de ADHEPLAST es del TIPO IV, inexistiendo así un análisis de correlación de precios y demás estudios económicos propios de la determinación del mercado relevante respecto de productos del TIPO IV. Asimismo, al basarse en premisas erróneas, las conclusiones a las que se arribó no son aplicables a las pinturas TIPO IV de ADHEPLAST, por lo que existe falta de motivación por falta de contradicción, falta de concordancia con la conclusión y por deturpación. d) Por no existir norma obligatoria infringida, ya que la Segunda Revisión de la Norma Técnica INEN 1544 que incluyó por primera vez el Tipo IV de pinturas, fue oficializada con carácter de VOLUNTARIA, a diferencia de la primera revisión que solamente incluía pinturas hasta el TIPO III, que en su momento fue considerada como OBLIGATORIA. e) Por basarse en pruebas no contradichas, obtenidas en un laboratorio de un competidor, no acreditado, sin que exista NINGÚN otro elemento incriminatorio. f) Por haberse formulado vaga y ambiguamente la formulación de cargos, por varias conductas sin especificar los elementos y subtipos que aplicarían al caso. g) Por inexistencia de ventaja significativa ni daño al mercado alguno, f) Por inexistencia de ventaja significativa ni daño al mercado alguno, Por inexistencia de un pronunciamiento previo de autoridad competente que determine la existencia de un incumplimiento de norma alguna de parte de ADHEPLAST, requisito si ne qua non para que se pueda probar la conducta de violación de normas, elemento en el que además la Intendencia basa su acusación por otras conductas.” **SEPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIPD-2016-010, sustanciado en la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, se analizan las siguientes constancias procesales relevantes: **a)** Denuncia presentada el 13 de abril del 2016, mediante el cual el señor Alejandro Ahmed Pazmiño por sus propios derechos, pone en conocimiento presuntas Prácticas Desleales por parte de los operadores económicos Pinturas y Químicos del Ecuador PYQ S.A y ADHEPLAST S.A. **b)** Providencia de 26 de abril del 2016, en la que se califica la denuncia, se admite a trámite y se corre traslado a Pinturas y Químicos del Ecuador PYQ S.A y ADHEPLAST S.A, con copia de la denuncia y anexos a fin de que, en el término de 15 días presenten sus explicaciones. **c)** Providencia de 20 de mayo del 2016, mediante la cual se corre traslado a Pinturas y Químicos del Ecuador con la copia de la denuncia y anexos. **d)** Escrito presentado por el señor Xavier Fernando Jimbo Quizhpi, Representante legal de la Compañía ADHEPLAST S.A., de 19 de mayo de 2016, mediante el cual presenta sus explicaciones.



e) Escrito presentado por el señor Omar Flores Li, en calidad de Apoderado Especial del operador económico Pinturas y Químicos del Ecuador PYQ S.A., de 10 de julio de 2016, mediante el cual entrega explicaciones. f) Resolución de 28 de Junio de 2016, mediante el cual se acoge el informe preliminar elaborado por la Dirección Nacional de Prácticas Desleales y se el inicio de la investigación por el plazo de 180 días. e) Providencia de 20 de diciembre del 2016, en la cual se dispone, agregar el informe de resultados de la misma fecha, la formulación de cargos y otorgar 15 días a fin de que los denunciados presenten excepciones. f) Providencia de 23 de diciembre del 2016, en la cual se dispone, "(...). **PRIMERO.-** *Proceder a notificar a los operadores económicos ADHEPLAST S.A. y PINTURAS y QUIMICOS DEL ECUADOR PYQ S.A. con el informe de resultados, formulación de cargos y denuncia, a efectos (sic) de que presenten sus excepciones en el término de 15 días desde su notificación (...)*". Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma constitucional y legal aplicable para el efecto, así la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: "**Art. 52.-** *Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. (...)*"; "**Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 3. (...) 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: (...); I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. (...)*"; "**Art. 132.-** *La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: (...). 6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales*"; "**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 prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.(...)*"; "**Art. 425.-** *El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente : La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las*

resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (...)”. En 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 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 (...)”; “**Art. 25.- Definición.**- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. (...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. (...)”; “**Art. 26.- Prohibición.**- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. (...)”; “**Art. 27.- Prácticas Desleales.**- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: (...)2.- Actos de engaño.- Se considera 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 (...) 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, (...) La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.”; “**Art. 37.-** Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; (...)”;

“**Art. 38.-** Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: 1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración que considere necesarias. (...)”;

“**Art. 44.-** Atribuciones del Superintendente Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 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. 49.-** Facultad de investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos internos, tendrá las siguientes facultades investigativas, (...)”;

“**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. 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. (...)”;

“**Art. 58.-** 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. (...)”;

“**Art. 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.(...)”; **“Disposición General Primera** *“La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior 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 Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)**, determina; **“Art. 1.- Objeto.-** *El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley. Para efectos de este instrumento, serán aplicables las definiciones y lineamientos contenidos en la Ley.”*; **“Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.-** *Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer.”*; **“Art. 68.- 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. (...)”*. En **Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado** dice; **“Art. 1.- OBJETO.-** *El presente instructivo tiene por objeto precisar los términos y plazos para la gestión procesal administrativa, que permitan fortalecer la seguridad jurídica en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado SCPM.”*; **“Art. 2.- AMBITO DE APLICACION.-** *Rige para la gestión procesal administrativa de la Superintendencia en los campos de investigación, estudio, sustanciación y resolución.”*; **“Art. 5.- DENUNCIA.-** *(...) El Intendente en diez (10) días hábiles de recibido el documento deberá pronunciarse mediante providencia sobre el inicio de la fase tres (3) denominada de investigación o el archivo de la denuncia, terminando así con la fase de investigación preliminar, informando del cambio de fase a la Coordinación General de Planificación, con el respectivo medio de verificación. En caso de que se resuelva el inicio de la fase de investigación, en la misma providencia se avocará conocimiento, se dispondrá al Director correspondiente la elaboración de un plan de trabajo en el término de diez (10) días a presentarse por escrito al Intendente General, al Intendente y a la Coordinación General de Planificación, el cual contendrá la fecha de inicio y la fecha probable de finalización, y se abrirá la investigación por el término de ciento ochenta (180) días, prorrogables por ciento ochenta (180) días hábiles, a criterio del Intendente en el momento procesal oportuno. El cronograma de las fases establecidas en el Plan de Trabajo se remitirá a la Intendencia General, con copia a la Coordinación General de Planificación. La fase de investigación concluirá con la elaboración de un*



informe de resultados emitido por el Director correspondiente en el término de quince (15) días que discurrirá dentro del referido término de ciento ochenta (180) días, el cual se deberá entregar al Intendente, dando inicio a la fase cuatro (4) denominada de sustanciación, informando del cambio de fase a la Coordinación General de Planificación, con el respectivo medio de verificación. En esta fase de sustanciación se notificará al denunciante y denunciado con el informe de resultados para que éste último conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días de conformidad con los Arts. 58 al 61 de la LORCPM y 62 al 72 del Reglamento. (...)" (el resaltado no es parte del texto original). Por su parte el **Estatuto Orgánico por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado** establece, "2.2.1 *GESTION GENERAL DE INVESTIGACION DE PRACTICAS DESLEALES INTENDENCIA DE INVESTIGACION DE PRACTICAS DESLEALES (...)*a) Definir e implementar las metodologías y manuales de procedimientos para la aplicación de investigaciones en el ámbito de prácticas desleales; (...) e) Emitir el informe de resultados de las investigaciones correspondientes a prácticas desleales (...)" ; "2.2.1.1 *GESTION DE INVESTIGACION DE PRACTICAS DESLEALES DIRECCION NACIONAL DE INVESTIGACION DE PRACTICAS DESLEALES (...)* c) Elaborar informes de investigación con las pruebas y evidencias que sustente el análisis y recomendaciones respecto a la investigación pertinente (...)" . El **Código Orgánico General de Procesos COGEP**, prescribe, "**Art. 88.- 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 (...)" . Una vez establecida la normativa aplicable y los elementos fácticos, se procede a realizar el análisis de los argumentos planteados por el apelante. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) como parte de la Función de Transparencia y Control Social, debe procurar el bienestar general de todos los actores en las relaciones comerciales, así lo prevé el Art. 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por tanto su objetivo es el bienestar general, inclusive anteponiéndolo al interés particular, por tanto la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales ha centrado la investigación en determinar indicios de cometimiento de las presuntas prácticas anticompetitivas denunciadas, las cuales afectarían al normal desarrollo del mercado, considerando en este a todos los actores de la relación comercial, por tanto la individualización del interés particular, en este caso, no es elemento constitutivo de la investigación, así lo expone el tratadista Sebastián Alfredo García, en su obra la "Competencia Desleal", al manifestar, "(...) *la protección del orden económico del mercado, no solo con respecto de la tutela de los intereses individuales de los competidores, sino también con respecto a los intereses colectivos de los consumidores y del interés público del Estado (...)*" ; Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia en una de sus

sentencias ha expuesto que: *“La competencia es un principio estructural de la economía social de mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y de unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia”*. Por su parte, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha manifestado que: *“(…) lo que importa a efectos de la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia es la defensa del interés público consistente en proteger las condiciones de funcionamiento de la libre competencia en el mercado, no defender los intereses de una empresa frente a otra, para lo que es necesario acudir a los Tribunales ordinarios”*. Por otro lado y una vez estructurada la línea de tiempo de las actuaciones procesales verificadas por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD), se evidencia que, la resolución de inicio de investigación fue expedida con fecha 28 de junio de 2016, por tanto la fase de investigación concluía el 24 de diciembre de 2016, es decir una vez transcurrido el plazo de 180 días, por tanto, la providencia de 20 de diciembre de 2016 en la cual se omite adjuntar la formulación de cargos y el informe de resultados se verifica en temporalidad en el día 176 del plazo de la investigación; como efectivamente aduce el apelante la notificación efectiva se realiza con fecha 27 y 28 de diciembre de 2016; sin embargo en este punto es menester considerar lo establecido en el Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el cual en el Art. 5 determina los términos y plazos en que el órgano de investigación debe actuar; así, en su parte pertinente dispone, *“(…) La fase de investigación concluirá con la elaboración de un informe de resultados emitido por el Director correspondiente en el término de quince (15) días que discurrirá dentro del referido término de ciento ochenta (180) días, (...) En esta fase de sustanciación se notificará al denunciante y denunciado con el informe de resultados para que éste último conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días de conformidad con los Arts. 58 al 61 de la LORCPM y 62 al 72 del Reglamento. (...)”*. De lo cual es evidente que el órgano de investigación expidió el informe de resultados dentro del plazo establecido en el Art. 62 del Reglamento de Aplicación a la LORCPM, en concordancia con el Art. 5 del Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y que la notificación en legal y debida forma se verifica dentro de la fase de sustanciación como lo dispone el mismo instrumento. Es importante establecer que el Instructivo de Gestión Procesal, ha sido expedido con fundamento a lo prescrito en el Art. 132 de la Constitución, que a la letra y en su parte pertinente dice: *“6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”*; concordante con lo determinado en el inciso segundo del Art. 37 de la LORCPM que establece: *“(…) La*



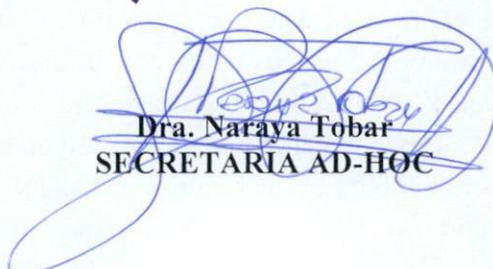
Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que pueda alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación.”, disposición análoga con el Art. 44 del mismo cuerpo legal, *“Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 16. Expedir resoluciones de carácter general, guías y normas internas para su correcto funcionamiento”*; por lo que se encuentra investido de presunción de legalidad, ejecutividad; cuyo objetivo es precautelar los preceptos constitucionales, tales como el derecho a la defensa, principio de contradicción, debido proceso y seguridad jurídica, que se evidencia de conformidad a los recaudos procesales, consecuentemente no ha precluido la facultad de investigación o sustanciación del expediente materia de análisis. Respecto al presunto errado análisis de parte de la IIPD, alegado por el operador económico ADHEPLAST, se debe establecer que, el informe de resultados no constituye un acto administrativo de naturaleza impugnable, por cuanto constituye un insumo técnico para la posterior expedición de los actos administrativos y los de simple administración, además de que de conformidad a lo establecido en el Estatuto Orgánico por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en su Art. 2.2.1 y 2.2.1.1 definen cuales son las competencias del órgano de investigación, el cual está provisto de personal especializado para atender y conocer las investigaciones en el ámbito técnico como legal; sin embargo de ello de la revisión del informe se determina que lo manifestado por el accionante constituye una análisis respecto de los tipos de pintura; por lo que debido a la fase procesal en la que se encuentra la investigación, no es competencia de esta autoridad realizar valoraciones de tipo técnico, puesto que a la fecha la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales debe estar sustanciando la fase de prueba, en la cual el apelante tendrá el término legal para desvirtuar los argumentos del informe de resultados, así como la formulación de cargos; este argumento es aplicable también respecto de la impugnación de violación de norma en el caso de la Norma Técnica INEN. En consideración a la afirmación de la imprecisión alegada respecto de informe de resultados, se debe establecer tanto para las partes, como para el órgano de investigación que, la formulación de los cargos es el acto mediante el cual se plantea al operador económico de la conducta que se imputa, dicho de otra forma, de lo que debe desvirtuar frente a los recaudos de la autoridad de control; de este hecho partirá la estrategia de defensa del investigado y principio de contradicción, cuya trascendencia es tal, que a pesar de no generar un efecto jurídico directo sobre el administrado, puesto que no genera obligaciones, ni gravámenes, a partir de este se puede llegar a la imposición de una multa en la etapa de resolución, generando un perjuicio para el operador investigado; al respecto el tratadista Marco Morales Tobar, en su obra *“Manual de Derecho Procesal Administrativo”* especifica, *“En sentido amplio, el principio de contradicción implica la garantía de la participación*

L

activa de los interesados en el desarrollo de todo proceso en el que se ventilan sus derechos e intereses legítimos, lo que desde luego, presupone la presencia de los administrados en todas las diligencias que anteceden a la emisión de una resolución definitiva, lo que implica primordialmente la práctica de pruebas, la formulación de alegaciones, el acceso a los informes, dictámenes y actuaciones previos a la emisión del acto administrativo que los afecta así como la interposición de recursos. El principio de contradicción se apalanca con el principio de igualdad, en sentido que resguarda que los mecanismos de los cuales el ordenamiento jurídico inviste a los administrados para hacer valer sus derechos, a fin de que los mismos efectivamente se cumplan sin ninguna restricción. Como bien aluden García de Enterrera y Tomas Fernández "en términos constitucionales no hay, pues, procedimiento válido sino existe igualdad de oportunidades entre las partes en cada una de las piezas, trámites o momentos procesales, esto es si no existe un auténtico debate contradictorio tanto sobre los hechos como la calificación jurídica (...)"; sin embargo por la naturaleza del acto, tampoco constituye elemento impugnabile en esta fase. **OCTAVO.-** Por todo lo expuesto, 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 planteado por el operador económico ADHEPLAST, S.A de 4 de enero de 2017, por cuanto se evidencia que el órgano de investigación ha actuado dentro del marco legal establecido, sin que exista violación al debido proceso, en consecuencia ratificar lo actuado mediante providencia de 23 de diciembre de 2016, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales. **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 (s)



Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC