

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015-A-0018-2016-DC
- **Denunciante:** OFICIO
- **Denunciado:** CIA. GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 04 de enero de 2016, a las 16H20.- **VISTOS:** Dentro del presente expediente administrativo, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme el acta de posesión ante el Pleno de la Asamblea Nacional, de fecha 06 de septiembre de 2012 cuya copia certificada consta en el expediente, en uso de mis facultades legales **avoco** conocimiento de la presente causa; estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- INCORPORACION DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente; **a)** Escrito de 10 de noviembre de 2016, presentado por el señor Hugo Quezada Izquierdo, en calidad de Representante Legal de la Compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cia. Ltda., atendiendo el mismo, tóme en cuenta el casillero judicial No. 5894 del Palacio de Justicia de la ciudad de Quito, para notificaciones, así como los correos fpozo@gottifredipozo.com y fgottifredi@gottifredipozo.com. **b)** Escrito de 03 de enero de 2017, presentado por el señor Hugo Quezada Izquierdo en calidad de Representante Legal de la Compañía Gerardo Ortiz e Hijos Cia., Ltda., atendiendo el mismo, póngase en conocimiento de la Secretaría General el escrito que se provee a fin de que atiendan lo pertinente.- **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.- **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 ésta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- SUSTITUCIÓN SECRETARIA AD-HOC.-** Por ausencia definitiva de la funcionaria Abogada Gabriela Leguísamo Basantes, quien venía actuando como secretaria Ad- Hoc en la tramitación del presente recurso, déjese sin efecto su nombramiento y en su reemplazo designo como secretaria Ad-Hoc a la Doctora Naraya Tobar Mier quien acepta la designación y firma en forma conjunta, debiendo desempeñar en legal y debida forma sus funciones en la sustanciación del presente Recurso de Apelación. **QUINTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente (CIA. GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA), con fecha 14 de octubre de 2016, ha presentado Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 30 de septiembre de 2016, expedida por el Director Zonal de Control 6 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, recurso que ha sido presentado dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), Art. 67 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. **SEXTO.- RESOLUCIÓN IMPUGNADA.-** El acto administrativo impugnado es el expedido el 30 de septiembre de 2016, por el Director Zonal de Control 6 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado quien resolvió: “(...) **SEGUNDO.-** Iniciar una investigación formal (sic) del expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en base a la investigación iniciada de oficio el 27 de octubre de 2015; por existir presunciones de la existencia de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica conforme lo establecido en los numerales 2.3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para determinar la existencia o no de las conductas antes mencionadas; y, de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de investigación dentro del ámbito de las competencias de ésta Autoridad (...) **CUARTO.-** De conformidad con lo determinado en el artículo 62 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de ciento ochenta días, que en caso de considerarlo pertinente, ésta Autoridad podrá prorrogar por ciento ochenta (180) días más (...).” **SÉPTIMO.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO POR EL RECURRENTE.-** En el escrito de 14 de octubre de 2016, que contiene el Recurso de Apelación, el recurrente principalmente argumenta: “(...) Salta a la vista que la Resolución de inicio de investigación formal de éste recurso **NO CUMPLE** [sic] con los requisitos que el artículo 62 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado impone para para [sic] éste tipo de acto. (...) Como su autoridad podrá apreciar, en la Resolución dictada por el señor Director Zonal 6 de la SCPM, **NO CONSTAN los elementos mínimos ordenados por la norma citada.** [sic]. No hay identificación de responsables, no existe una descripción de la conducta objeto de la investigación, ni se detalla en la Resolución las características del servicio investigado, ni se detalla la duración de la conducta, ni se identifican las partes ni su relación económica de la conducta, ni se expone una relación de los hechos que motivarían el inicio de la investigación, y el señalamiento de duración de la investigación. Este simple hecho acarrea la NULIDAD de la resolución de inicio de investigación que apelo para ante Usted, pues la resolución de inicio de investigación es un acto administrativo reglado expresamente por la LORCPM y su Reglamento, con requisitos mínimos que deben cumplir para su validez, mismos que están ausentes en el acto recurrido. Por lo expuesto, solicito declare la nulidad de esta Resolución. (...) **2.- EL INFORME FUE EMITIDO FUERA DEL TÉRMINO LEGAL DE 180 DÍAS, CONTADOS DESDE LA RESOLUCIÓN DE INICIO DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.-** El informe de Resultados (sic) que precede a la Resolución de Inicio de la Investigación Formal de la

que apelo, ha sido emitido fuera del término reglamentario de 180 días establecido en el Reglamento para la Aplicación de la LORCPM en su artículo 55, por lo cual caducó la facultad de la Intendencia de Investigación y sus delegados para emitir dicho informe, y por ende, continuar con la investigación. En este caso, conforme cita el Informe de Resultados, página 2, la Resolución por la que se dio inicio a esta investigación preliminar es de fecha 27 de Octubre de 2015, las 17h00, mediante providencia de fecha 30 de octubre de 2015, las 16h45. El informe de Resultados en este caso fue emitido en fecha 30 de agosto de 2016, y me fue notificado con fecha 31 de agosto de 2016, las 10h25. **Entre el 27 de octubre de 2015 y el día 31 de agosto de 2016, transcurrieron 226 días término** [sic] por lo que el informe fue emitido y notificado fuera del término legal, caducando así la facultad de la Intendencia de Investigaciones para emitirlo, y por ende para continuar con ésta investigación. El hecho de que, por vicios de nulidad imputables a la Intendencia, en fecha 15 de agosto de 2016 se haya declarado la Nulidad del proceso a partir de fojas 0567, procediendo a emitir un nuevo informe de resultados de la investigación preliminar- para lo cual se concedió a sí misma un término de 15 días-no altera el término legal que debía cumplirse, ni suspendió su contabilización. Inclusive, en el caso de que se considerare que con la declaratoria de nulidad del proceso desde fojas 0567 en fecha 15 de agosto de 2016, el proceso se retrotrajo al estado que tenía a ese entonces (11 de julio de 2016)- retrotrayendo así el término-, incluso bajo dicha interpretación, la Intendencia habría tenido solamente 2 días para emitir su informe dentro del término. Al otorgarse 15 días para ello, incluso bajo dicha interpretación, la Intendencia habría tenidos solamente 2 días para emitir su informe dentro del término. Al otorgarse 15 días para ello, incluso en este escenario, lo emitió fuera del término legal (los 180 días vencían el 13 de julio de 2016, hasta el 11 de julio de 2016 habrían transcurrido 178 días término). (...) Si se continuase el procedimiento en base a un informe emitido fuera del término reglamentario, la SCPM carecería de competencia para hacerlo en razón del tiempo, incurriendo en violación del principio de legalidad (...) Por éstas razones, al tratarse de una competencia reglada de la administración sujeta a un término legalmente establecido, al haberse emitido el Informe de Resultados fuera de plazo de (sic) la Intendencia perdió la competencia para actuar en base al mismo, por tanto, **el expediente debe ser archivado, so pena de generarse una nulidad absoluta.** (...) **En ningún momento se ha dispuesto la suspensión del término para emitir el informe, ni siquiera con la declaratoria de nulidad dictada mediante providencia de fecha 15 de agosto de 2016 a las 09h30, a cuya fecha ya había vencido el término de 180 días que tenía la Intendencia para emitir el Informe de Resultados.** [sic]. Si bien en dicha providencia se otorgó un término de 15 días para que los analistas del caso emitan el Informe de Resultados, se hizo referencia expresa a que se lo hará “de conformidad con lo que dispone el artículo 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, lo cual incluye evidentemente que debía emitirse dentro del término de 180 días contados desde la resolución de inicio de la investigación preliminar. Al haberse emitido fuera de este término, caducó la facultad de la Intendencia (sic) para emitir el informe, y ante ello, Usted señor Superintendente, sabrá ordenar su archivo, pues **continuar el trámite en base a un informe para el que ya no existía facultad legal para emitirlo generaría nulidad absoluta de todo lo posterior.** [sic]. (...) III.- PETICIÓN CONCRETA.- Solicito comedidamente señor

Superintendente de Control del Poder de Mercado, se sirva acoger íntegramente este recurso de apelación y en consecuencia: déjese sin efecto y declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en providencia de 30 de septiembre de 2016, las 16h00 dictada dentro del procedimiento administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, notificada por vía electrónica a mi representada el fecha 03 de octubre de 2016, a las 15h42, el señor Director Zonal de Control 6 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en virtud de la delegación realizada mediante resolución SCPM-DS-046-2016 de fecha 01 de agosto de 2016, por lo cual se resuelve dar inicio a una Investigación Formal en contra de mi representada. Asimismo, en consecuencia de ello, solicito se sirva ordenar el archivo del Procedimiento Administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015. (...)

(...)” OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Una vez analizado el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, se analizan las siguientes constancias procesales relevantes: **a)** Mediante providencia de 14 de septiembre de 2015, las 16h00 el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispone iniciar con la fase de barrido en el presente proceso administrativo. **b)** Mediante Informe N° SCPM-IIAPMAPR-139-2015, de 27 de octubre de 2015, el Director Nacional de Investigación de Acuerdos y Prácticas Restrictivas, pone en conocimiento del Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el informe sobre la pertinencia o no de apertura de la etapa de investigación preliminar del expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en el que recomienda abrir una etapa de investigación preliminar, a fin de que se analice si los proveedores del operador económico CORAL HIPERMERCADOS se encuentran en relación de dependencia económica; y, se ser el caso, investigar si existen indicios del cometimiento de la conducta establecida en el artículo 10 de la LORCPM. **c)** En providencia de 27 de octubre de 2015, a las 17h00, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resuelve acoger el informe de barrido N° SCPM-IIAPMAPR-139-2015, de 27 de octubre de 2015, aprobado por el Director Nacional de Abuso de Poder de Mercado; así mismo, dispone iniciar la investigación preliminar de oficio, por presuntas conductas susceptibles de infracciones contenidas en el artículo 10 de la LORCPM. **d)** En providencia de 23 de noviembre de 2015, las 15h25, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (Subrogante) dispone remitir el expediente a la Intendencia Zonal 6, en virtud de la autorización conferida por el Intendente General de la SCPM. **e)** Mediante providencia de 22 de diciembre de 2015, a las 14h00, el Intendente Zonal 6 de la SCPM, en virtud de lo dispuesto en los artículos 53 de la LORCPM, 55 del RLORCPM y demás normativa conexas, avoca conocimiento del expediente y dispone se continúe con la investigación preliminar. **e)** Con providencia de 12 de julio de 2016, las 16h00, el Intendente Zonal 6, dispone se notifique al operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA LTDA (CORAL HIPERMERCADOS) con el informe de Resultados del Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015. Caso DC4, en cuya parte pertinente dice: “(...) Presuntamente GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA. Ha impuesto medidas abusivas sobre sus proveedores que se encuentran en relación de dependencia, dichas conductas se encuentran mencionadas en el apartado 5 de este informe; estas son las tipificadas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la LORCPM. **RECOMENDACIÓN.-** Correr traslado con el presente informe al operador

económico: GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA, para que en el término de 15 días presente sus explicaciones que considere necesarias, de conformidad al artículo 55 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en virtud de que se presume el cometimiento de las infracciones tipificadas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.”. f) Mediante escrito de 27 de julio de 2016, el investigado presenta sus explicaciones y realiza una serie de observaciones al informe de Resultados. g) El 15 de agosto de 2016, mediante providencia el Director Zonal 6 de Control, en su parte pertinente dispone: “(...) En virtud de que el informe de resultados N° SCPM-IZ6-023-2016, de 11 de julio de 2016 tanto en su versión confidencial como en la no confidencial, la fundamentación jurídica enunciada no concuerda con las recomendaciones realizadas (...) se declara la NULIDAD del presente proceso administrativo a partir de fojas 0567. SEGUNDO.- Se dispone a los analistas jurídico y económico de la Dirección de Control Zonal 6-SCPM que en término de 15 días presenten el informe de resultados de la investigación preliminar de conformidad con lo que dispone el artículo 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...).” h) El 30 de agosto de 2016, se emite el Informe de Resultados del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015- CASO DC4”. i) En providencia de fecha 30 de agosto de 2016, las 16h46, el Director Zonal de Control 6 de la SCPM, dispone agregar el informe No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015- CASO DC4” que contiene los resultados de la etapa de investigación preliminar, y dispone se ponga en conocimiento del operador económico a fin de que en el término de 15 días presente las explicaciones que considere necesarias. i) El operador económico presenta sus explicaciones mediante escrito de fecha 13 de septiembre de 2016, en cuya parte pertinente solicita: “(...) disponer el archivo del expediente de la investigación preliminar, sin necesidad de aperturar una investigación formal. Subsidiariamente solicito se declare la nulidad de lo actuado por las violaciones procesales anteriormente indicadas (...)”. j) Informe del expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015- Caso DC4, en el cual se realiza el análisis a las explicaciones presentadas por el representante legal del operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA mediante el cual recomienda: “Dados los resultados del presente informe, se recomienda continuar con el proceso administrativo-Caso “DC4” procediendo con la etapa de investigación.” k) Resolución de 30 de septiembre de 2016, las 16h00, notificada al operador económico el 03 de octubre de 2016, el Director Zonal de Control 6 de la SCPM dispone en lo principal: “(...) Acoger el informe N° SCPM-DCZ6-001-2016, de fecha 29 de septiembre de 2016. SEGUNDO.- Iniciar una investigación formal del expediente N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en base a la investigación iniciada de oficio el 27 de octubre de 2015, por existir presunciones de la existencia de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica conforme lo establecido en los numerales 2, 3, y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...) CUARTO.- De conformidad con lo determinado en el artículo 62 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de ciento ochenta días, que en caso de considerarlo pertinente, esta autoridad podrá prorrogar hasta por ciento ochenta días 180 días(sic) más. (...)”. l) El 14 de octubre de 2016, el operador económico GERARDO ORTIZ E

HIJOS CIA. LTDA interpone Recurso de Apelación, en contra de la Resolución de inicio de investigación de 30 de septiembre de 2016.- **m)** Mediante providencia de fecha 17 de octubre de 2016, las 15h30, el Director de Control Zonal 6-SCPM, dispone se agregue al proceso el Recurso de Apelación interpuesto por el señor Hugo Quezada Izquierdo en calidad de Representante Legal de la Compañía Gerardo Ortiz e hijos Cía. Ltda., y se ponga en conocimiento del Superior Jerárquico, para los fines pertinentes. ” 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. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*” “**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: (...); 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....”; **Art. 82.-** “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; **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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.”; **Art. 226,** “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”; **Art. 284,** “La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; **Art. 304,** “La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.”; **Art. 335,** “El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios,*

así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; **Art. 336**, “El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”; **Art. 424**, “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”; **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 caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”. En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece, **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. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.”; **Art. 4**, “Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: 1. El

reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico. 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular. (...) 4. El fomento de la desconcentración económica, a efecto de evitar prácticas monopólicas y oligopólicas privadas contrarias al interés general, buscando la eficiencia en los mercados. (...) 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre competencia. (...) 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.”. **Art. 10.-** “Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.- Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. El abuso consistirá, en particular, en: (...) 2.- Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. 3.- La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares. 4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos. Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán las medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la investigación y sanción respectivas.”; **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; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.”, “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. 50** “*Obligación de colaborar con los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- Toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Pública están obligados, sin necesidad de requerimiento judicial alguno, a suministrar los datos, la documentación, la información verdadera, veraz y oportuna, y toda su colaboración, que requiera la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y sus servidores públicos, siempre que esto no violente los derechos ciudadanos. Las autoridades y servidores públicos a los que se refiere el inciso precedente están obligados a prestar su colaboración y ayuda, so pena de las sanciones previstas en la ley que regule el servicio público por el incumplimiento de sus deberes esenciales y la presente Ley. Tratándose de los particulares que no suministraren la información requerida, serán sancionados con las multas y sanciones previstas en esta Ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de solicitar y practicar de oficio todas las pruebas y diligencias administrativas necesarias para el esclarecimiento de los actos, denuncias y de los procedimientos que conociere e investigar.*” **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*”; **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 (LORCPM)**, aplicable al presente caso, dispone lo siguiente: **Art. 55** “*Inicio del Procedimiento de oficio.- El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de los estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley. El órgano de sustanciación abrirá un expediente y conducirá una investigación preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término, de haber resuelto el inicio de la investigación. Dentro del término de tres (3) días de haber concluido el informe, se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción. El presunto o presuntos responsables podrán presentar explicaciones en el término de quince (15) días de notificado el inicio de la investigación preliminar. Vencido este término, el órgano de sustanciación se pronunciará en el término de diez (10) días, sobre el inicio de la investigación de conformidad con el artículo 56 de la Ley u ordenará el archivo del expediente. Si se iniciare la investigación, continuará el procedimiento y se resolverá de conformidad con los artículos 58 a 61 de la Ley y artículos 62 al 72 del Reglamento*”. El Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, establece: **Art.**

6 “DE OFICIO O A SOLICITUD DE OTRO ORGANO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.- a) (...) La fase de investigación preliminar iniciará cuando el Intendente respectivo en el término de tres (3) días mediante providencia avoque conocimiento y apertura el expediente por el término de ciento ochenta (180) días. Concluido éste término se notificará al o los presuntos responsables en tres (3) días hábiles, los mismos que tendrán el término de quince (15) días para presentar explicaciones, luego de lo cual el Director correspondiente elaborará un informe de investigación preliminar con el inicio de la investigación o archivo del expediente en el término de diez (10) días, para conocimiento y suscripción del Intendente con lo cual concluirá esta fase. El Intendente en diez (10) días hábiles deberá pronunciarse mediante providencia sobre el inicio de la fase (3) denominada de investigación o caso contrario la archivará debidamente motivada, terminando así con la fase de con la fase de investigación preliminar, (...)”.

El Código Orgánico General de Procesos COGEP; **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 (...)”.

Art. 107.- Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos: 1. Jurisdicción. 2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila. 3. Legitimidad de personería. 4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente. 5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias. 6. Notificación a las partes con la sentencia. 7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe. Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto.”

En este punto, brevemente se debe realizar una aclaración de conceptos partiendo del concepto de Acto administrativo, Simple Acto de la Administración y Hecho Administrativo, en ese orden: **a) Acto Administrativo.-** Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos generales en forma directa. **b) Simple Acto de la Administración.-** Es toda declaración unilateral o interorgánica, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma indirecta. **c) Hecho Administrativo.-** Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos.¹

La Enciclopedia Española de Derecho y Administración, en relación a los autos interlocutorios, los define de la siguiente manera: “(...) Los autos interlocutorios pueden recaer, ya sobre la sustanciación y ritualidad del juicio, ya sobre la resolución de alguna controversia incidental que se haya suscitado en el curso de él. Este doble concepto ha dado lugar a que los intérpretes hayan establecido una subdivisión de los autos interlocutorios, llamándolos en un caso interlocutorios con fuerza de definitivos, y en otros si ellos son de mera sustanciación. (...) Los segundos son los que recaen sobre los trámites y órdenes del juicio, y no deciden ni terminan cuestión alguna, ni tienen otra fuerza que la de una providencia de simple sustanciación. (...) Los mismos escritores a quienes acabamos de referirnos, han distinguido los autos interlocutorios en apelables y no apelables,

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

*considerando comprendidos en la primera denominación, a los que tienen fuerza de definitivos; y en la segunda a los de mera sustanciación (...)*²; En este punto se debe aclarar al recurrente, que tanto la providencia que dispone el inicio de la Investigación preliminar como la que dispone el inicio de la investigación formal, se constituyen “autos interlocutorios”, cuya naturaleza, en el primer caso (investigación preliminar) es recabar información a fin de establecer indicios de la existencia o no de presuntas infracciones, que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de la SCPM, por intermedio de su órgano de investigación. Es decir, la resolución de inicio de investigación preliminar, por sí misma no genera un efecto legal negativo sobre los operadores a quien se les requiere información, cuya obligatoriedad se encuentra establecida en el Art. 50 de la LORCPM, puesto que el acto administrativo no resuelve el tema principal, no establece responsabilidades, ni impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, ni dispone se realice un acto o se abstenga de hacerlo, pues constituye el inicio de la fase de investigación; de igual forma, en la fase de investigación el operador económico podrá presentar la documentación que considere pertinente para que sea valorada conforme los procedimientos establecidos en la Ley. En el expediente que nos ocupa, la Resolución de inicio de la investigación, se expidió en apego al debido proceso establecido en la norma que rige a la materia de competencia a fin de sustanciar el proceso de investigación en curso; consecuentemente, no puede causar perjuicio o gravamen al operador económico investigado pues no implica restricción alguna a sus actividades económicas. En el campo del derecho administrativo la resolución de inicio de investigación, es un acto de simple administración ya que no decide el fondo de la Litis, en el presente caso, estamos frente a un decreto de sustanciación o de mero trámite; al respecto el Dr. Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo dice, “(...), el acto “interlocutorio o de mero trámite”, que a pesar de su denominación sería un acto productor de efectos jurídicos directos aunque no en cuanto al fondo de la cuestión debatida sino al trámite (...)”. En cuanto a las providencias que disponen el inicio de la investigación formal, la naturaleza es similar a la referida anteriormente, extendiendo solamente las facultades investigativas conferidas en el artículo 49 de la LORCPM, por lo tanto, dichos autos interlocutorios como queda señalado, no generan ningún efecto negativo ni merma de manera alguna los derechos de los operadores económicos. Dicho esto y en referencia específica a la petición realizada por el operador económico respecto a la declaratoria de nulidad del acto administrativo de 30 de septiembre de 2016, las 16h00 es necesario aclarar al recurrente que como se detalló en líneas anteriores, estos autos no generan afectación al investigado, por tanto no son de naturaleza impugnabile. De la revisión realizada al expediente recurrido, se puede evidenciar que el Director Zonal 6 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en providencia de 15 de agosto dispone lo siguiente: “(...) En virtud de que el informe de resultados N° SCPM-IZ6-023-2016, de 11 de julio de 2016 tanto en su versión confidencial como en la no confidencial, la fundamentación jurídica enunciada no concuerda con las recomendaciones realizadas (...) se declara la NULIDAD del presente proceso administrativo a partir de fojas 0567. SEGUNDO.- Se dispone a los analistas jurídico y económico de la Dirección de Control Zonal 6-SCPM que en término de 15 días presenten el informe de resultados de la

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

investigación preliminar de conformidad con lo que dispone el artículo 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...).” En mérito al incumplimiento procesal en la tramitación del expediente es necesario establecer que el debido proceso es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos mínimos que debe reunir todo expediente administrativo para asegurar la certeza, justicia y legitimidad en la prosecución del trámite, así lo establece el Art. 76 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”* Es decir que la esencia del debido proceso radica en respetar los preceptos legales que les asisten a los operadores económicos en el expediente administrativo sea este de investigación o de sanción, por tal razón dichas normas deben ir encaminadas a garantizar el cumplimiento de la LORCPM y su Reglamento de Aplicación. Además el debido proceso garantiza en cada expediente el procedimiento que se debe cumplir. Al respecto el tratadista Luis Reneé expresa, *“El debido proceso significa que: a) Ningún justiciable puede ser privado de un derecho sin que se cumpla un procedimiento regular fijado por ley; b) Ese procedimiento no puede ser cualquiera, sino que tiene que ser el debido; c) Para que sea el debido tiene que dar suficiente oportunidad al justiciable de participar con utilidad en el proceso; d) Esa oportunidad requiere tener noticia fehaciente (o conocimiento) del proceso y de cada uno de sus actos y etapas, poder ofrecer y producir prueba, gozar de audiencia (ser oído)”*. Todo acto administrativo del poder público se presume legítimo y están llamados a cumplirse desde su notificación, por tanto las actuaciones de las autoridades públicas están sometidas a la Constitución. Al respecto la Primera Sala de la Corte Superior de Quito (Hoy Corte Provincial de Pichincha) en su pronunciamiento publicado en la Gaceta Judicial, Año LXX, Serie X, No. 15, página No. 4139 de 7 de Marzo de 1966, expreso: *“VIOLACION DE TRAMITE COMO CAUSA DE NULIDAD. La violación de trámite como causa de nulidad, supone seguir un procedimiento distinto del que corresponde a la naturaleza del asunto o al de la causa que se está juzgando. No es una omisión; es una actitud procesal positiva pero equivocada, distinta de la pertinente (...)*”. Ahondando en los criterios en cuanto a la violación de trámite se debe considerar el fallo emitido en tercera instancia, publicado en la Gaceta Judicial. Año LXXXII, Serie XIII, No, 13, página 2977, de 13 de noviembre de 1981 que dice: *“El Art. 32 de la Carta Fundamental del Estado dispone que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia al que no se oponen las normas del Código de Procedimiento Civil que son precisamente los medios para alcanzar el postulado de la justicia, reglando la sustanciación de los asuntos controvertidos atenta su naturaleza, ora en los juicios declarativos de derecho ora de ejecución, etc. que demanda trámites especiales. No es, por lo mismo, la violación de trámite una simple formalidad sino algo sustantivo a cada caso, cuestión que no está atribuido a la voluntad de las partes ni del juez sino a regulaciones legales que atañen al orden público. La ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan en que las normas procesales son normas medios, porque sirven de medio para la aplicación de las normas objetivas materiales y, además son instrumentales porque sirven de instrumento para la relación del derecho objetivo en casos determinados, singulares y concretos. De ahí que,*

en definitiva, el derecho procesal es un derecho público formal, instrumental y de medio autónomo, de superlativa importancia y de imperativo cumplimiento (...)". Finalmente, el incumplimiento del debido proceso violenta el principio de la adecuada motivación dispuesta en el Artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República, que precisa: *"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"*.- énfasis agregado. Por eso, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 110-13-SEP-CC, determinó: *"En base a las consideraciones señaladas se concluye que la decisión judicial de no pronunciarse sobre el pedido de ampliación, por no haber participado en la sentencia cuya ampliación se solicita, vulnera el derecho al debido proceso, en la garantía de la motivación, establecido en el citado artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Constitución de la República"*.- énfasis añadido. De esta forma, el debido proceso constituye el medio por el cual se limita los poderes del Estado e impone las garantías de protección a los derechos de los administrados, de tal forma que las resoluciones de las autoridades públicas no obedezcan a su propio arbitrio, sino que se encuentren obligadas al fiel cumplimiento de lo señalado en la ley. Por estas razones, es obligación jurídica tutelar los derechos de las partes procesales aplicando en forma directa los principios constitucionales con la finalidad de generar seguridad jurídica y evitar la discrecionalidad. En el caso puntual la providencia expedida el 15 de agosto de 2016, mediante la cual se resuelve, *"(...) En virtud de que el informe de resultados N° SCPM-IZ6-023-2016, de 11 de julio de 2016 tanto en su versión confidencial como en la no confidencial, la fundamentación jurídica enunciada no concuerda con las recomendaciones realizadas (...) se declara la NULIDAD del presente proceso administrativo a partir de fojas 0567. SEGUNDO.- Se dispone a los analistas jurídico y económico de la Dirección de Control Zonal 6-SCPM que en término de 15 días presenten el informe de resultados de la investigación preliminar de conformidad con lo que dispone el artículo 55 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)"*; se encuentra indebidamente declarada por cuanto, en la LORCPM, su Reglamento, ni en el Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, establece que puedan establecerse prórrogas adicionales a los 180 días para la emisión del informe de resultados de la investigación preliminar establecidos en el artículo 55 del Reglamento de la Ley que rige la materia; adicionalmente, el hecho de que la fundamentación jurídica enunciada de dicho informe no concuerda con las recomendaciones realizadas, no se constituye en causal de nulidad, tanto más que, el Código Orgánico General de Procesos, norma supletoria de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece en su artículo 107, cuales son las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, por lo tanto, la indebida motivación en la base legal señalada un informe de investigación no es causal de nulidad, puesto que el informe es un insumo técnico, más no legal, ni vinculante para la autoridad. Por lo tanto, se ha determinado que la providencia de 15 de Agosto de 2016, contiene claras violaciones a la naturaleza del procedimiento investigativo y al debido proceso garantizado en la Constitución de la República, atentando directamente al

principio de legalidad y seguridad jurídica, ya que la facultad para ampliar términos y plazos establecidos en la LOCPM no ha sido atribuida a ninguna autoridad administrativa. **NOVENO.-** Por todo lo expuesto, 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.-** Aceptar Parcialmente el Recurso de Apelación planteado por el operador económico GERARDO ORTÍZ E HIJOS CIA LTDA, de 14 de octubre de 2016, en consecuencia; **a)** Se declara la nulidad de todo lo actuado desde fojas 567 del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-027-2015, en la cual consta el informe No. SCPM-IZ6-023-2016, de 11 de junio de 2016 en adelante; y en consecuencia se dispone a la Intendencia Zonal 6 se proceda conforme lo establecido en el Art. 55 y siguientes del Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, es decir se expida el Informe de Investigación Preliminar, dentro del término establecido en el referido artículo.- **b)** Se niega el archivo del expediente solicitado por el apelante, por cuanto es facultad de ésta Superintendencia ejercer las actividades investigativas conferidas en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y su Reglamento. **Segundo.-** Se declara esta nulidad a cargo del Dr. Carlos Almeida Delgado, Director Zonal 6 de Control de la Superintendencia, por tanto póngase en conocimiento de la Dirección Administrativa de Talento Humano el particular a fin de que procedan conforme corresponda.- **Tercero.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

Pedro Páez Pérez
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Dra. Naraya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC

ÁREAS Y PERSONAS RESPONSABLES				
ACCIÓN	NOMBRE	ÁREA	FECHA	VTO. BUENO
Aprobado por:	Dr. Patricio Rubio	CGAJ	29/12/2016	
Revisado por:	Dr. Daniel Váscones	CGAJ	29/12/2016	
Elaborado por:	Ab. Renato Alvarado	CGAJ	29/12/2016	