Superintendencia de Control del Poder de Mercado

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-058-2017

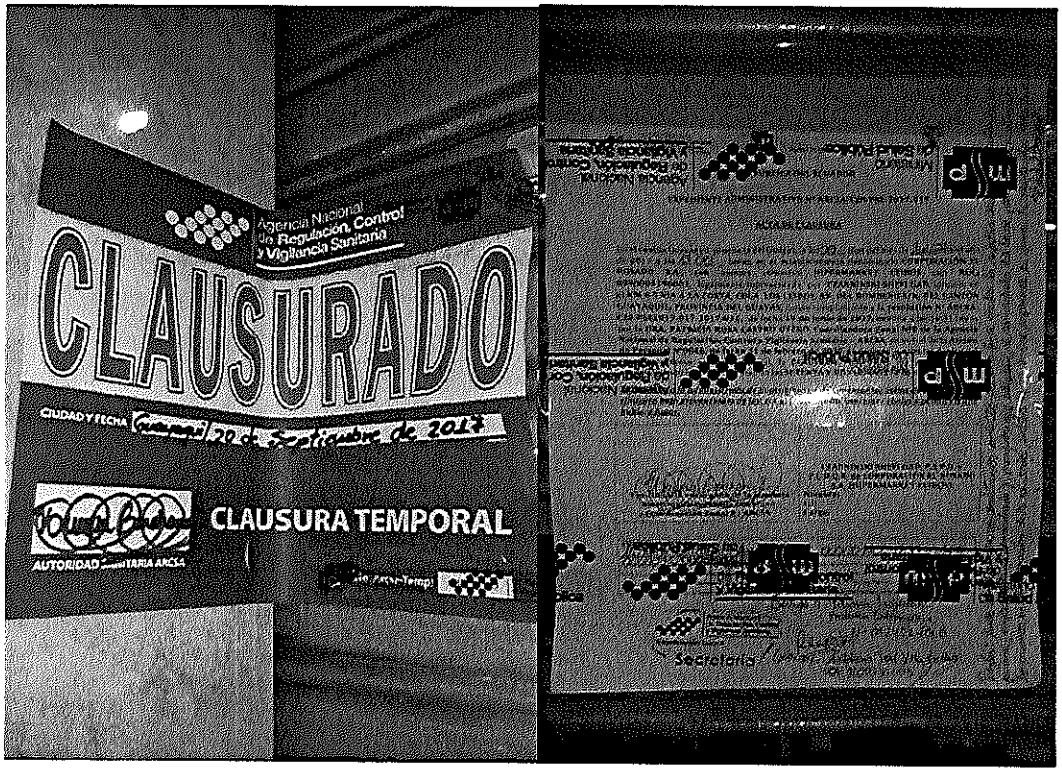
SUPERINTEDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 21 de septiembre de 2017, a las 16h50. **VISTOS.-** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado, y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, según los actos administrativos correspondientes, quienes ordenan agregar al expediente el informe SCPM-IIPD-34-2107 de 21 de septiembre de 2017, suscrito por la economista María Victoria Santamaría Intendente de Investigación Prácticas Desleales (s), remitido a través del sistema SIGDO, constante en nueve (9) página. La Comisión de Resolución de Primera Instancia en atención al estado del presente procedimiento administrativo considera:

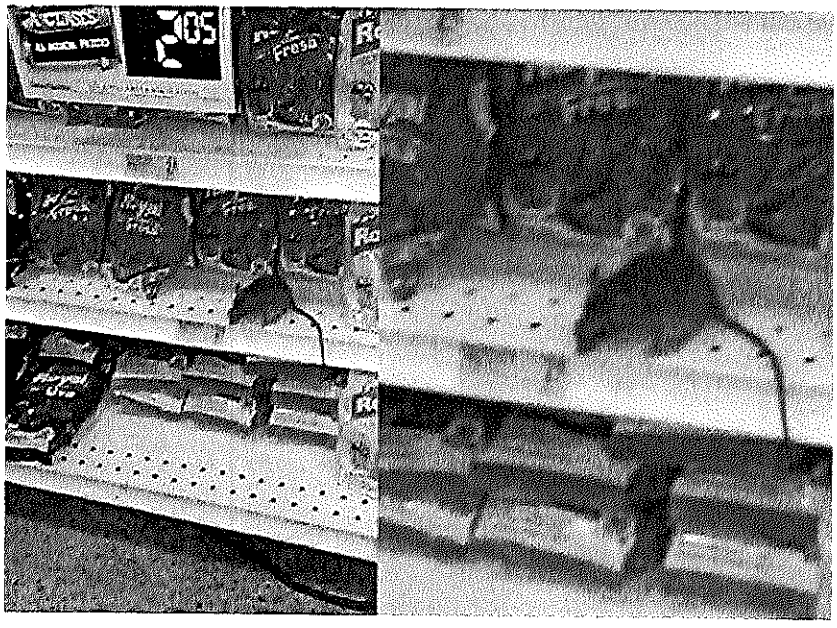
PRIMERO.- ANTECEDENTES.-

1.1.- Que, ha llegado a conocimiento a esta Intendencia a través de las redes sociales que el día 20 de septiembre del 2017 la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria procedió a la clausura temporal del local Hipermarket de la cadena de supermercados Mi Comisariato ubicado en Los Ceibos, de la Corporación El Rosado, en cumplimiento a la Resolución Nro. ARCSA-CZ8-PSE2017-017-2017-012, de fecha 19 de junio del 2017 emitido por la Dra. Patricia Castro Otero, Coordinadora Zonal No 8.

1.2.- De la información preliminar recabada por la Intendencia se puede evidenciar que ha existido posible negligencia en el trato y manejo de los alimentos que se expenden en este local; deficiencias en el aseo y salubridad de las instalaciones donde funciona el Hipermarket ubicado en Los Ceibos en la ciudad de Guayaquil.

1.3.- Dentro del informe No SCPM-IIPD-34-2107 de 21 de septiembre de 2017 por la Intendencia de Investigación Prácticas Desleales (s) adjunta los siguientes medios de prueba:


Agencia Nacional
de Regulación, Control
y Vigilancia Sanitaria
CLAUSURADO
CIUDAD Y FECHA
CLAUSURA TEMPORAL
AUTORIDAD



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

SEGUNDO.- FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES, LEGALES, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.-

2.1.- Constitucionales.-

El artículo 11 numeral 3 respecto a uno de los principios para el ejercicio de los derechos nos dice: "(…) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".

El artículo 76 contempla 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. 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza (…)".

El artículo 213 describe que: "(…) 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 (…)".

El artículo 284 entre los objetivos de la política económica en el numeral 8 prevé: "(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...)"

El artículo 304, numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo: "(...) evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados (...)".

El artículo. 336 en relación al comercio justo determina que: "(...) 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."

2.2.- Legales.-

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

El artículo 1 establece el objeto de esta Ley al expresar: *"(...) 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 artículo 2 sobre el ámbito de la presente ley estatuye: *"(...) Están sometidos 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 lo 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 (...)".*

El Artículo 3 de la LORCPM correspondiente al Principio de Primacía advierte que: "*Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos (...)*".

El artículo 4 contempla los lineamientos para la regulación y principios en la materia de esta Ley cuando indica: "(...) los lineamientos que se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia del mismo cuerpo legal, son: "(...) 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; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado (...)". "(...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (...)"

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

El artículo 25 define la práctica desleal y expresa: *(...) 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 asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil (...)".*

El Artículo 26 de la mencionada norma legal establece que: *"(...) 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. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia (...)".*

El artículo 27 en sus numerales 9 y 10 literales a) señala que "(...)*Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:* **9.- *Violación de Norma.-*** *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, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. (...)* ***10.- Prácticas Agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.-*** *Se consideran prácticas desleales, entre otras: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.*

El Artículo 50 del mismo cuerpo normativo dispone que: "*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* (...)".

El artículo 62.- se refiere a las medidas preventivas *"(...) El órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar." "En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución." "Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación." "En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días (...)".*

Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.-

El artículo 73.- Establece la clases de medidas preventivas *"(...) Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores: a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley. b) La imposición de condiciones. c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida. d) La adopción de comportamientos positivos. e) Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales. En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento (...)".*

El artículo.74.- ilustra sobre la adopción de las medidas preventivas.- *"(...) El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas*

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

preventivas por el plazo que estimare conveniente. Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida. El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación. La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar (...)"

El artículo 75 en cuanto a la caducidad de medidas preventivas nos dice: *"(...) De conformidad con la Ley, cuando las medidas preventivas se adopten antes de iniciarse la etapa de investigación, dichas medidas caducarán si no se inicia el procedimiento de investigación en el término de quince (15) días desde su notificación (...)".*

El art 76 se refiere a la modificación y revocatoria de las medidas preventivas y al respecto estatuye: *"(...) De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción (...)".*

El artículo 77 trata sobre el informe de suspensión, modificación y revocatoria de las medidas Preventivas y prescribe: *"(...) Si es el denunciante o denunciantes quienes solicitan fundamentadamente la suspensión, modificación o revocatoria de medidas cautelares ya adoptadas, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta al órgano de investigación sobre su procedencia, quien deberá emitir su informe en el término de treinta (30) días desde recibida la consulta." "Si es el órgano de investigación quien sugiere la suspensión, modificación o revocación de las medidas preventivas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución, deberá presentar informe motivado que justifique su solicitud (...)".*

El artículo 78 consagra el cese de medidas preventivas cuando determina que: *"(...) Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento (...)".*

Instructivo Especial para la Aplicación de Medidas Preventivas menciona.

El Artículo 28 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado refiere: "*La Comisión de Resolución*

de Primera Instancia, durante la etapa de investigación, podrá adoptar las medidas preventivas; a sugerencia del órgano de investigación y/o a pedido de parte (...)"

El Artículo 16 del Instructivo Especial para la Aplicación de Medidas Preventivas refiere: "*El órgano de investigación será el encargado de monitorear el cumplimiento de las medidas preventivas adoptadas a fin de verificar que se cumplan y en caso de incumplimiento poner en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia. El incumplimiento de las medidas cautelares, cuando sean atinentes al operador económico, constituirán un agravante para la aplicación de la sanción a que hubiere lugar*".

2.3.- Doctrinarios.-

2.3.1.- El tratadista nacional Marco Morales Tobar sostiene: "*(...) Toda actuación de la Administración Pública debe ser obedecida por los subordinados, administrados, gobernados, por el colectivo en general; la Administración Pública actúa para que sus disposiciones sean cumplidas. Ilustra de forma precisa Dromi (384) que la ejecutividad es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber del cumplimiento del acto a partir de su notificación (...)* Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito-Ecuador 2011. Página 171.

2.3.2.- De su parte el jurista Jorge Zavala Egas, afirma: "*(...) Es de importancia destacar que la presunción de legitimidad concomitante (presupuesto) de la facultad del órgano administrativo de ejecutar el acto, pues el acto ya, por ser presuntamente legítimo, tiene obligatoriedad. Esa posibilidad de ejecución del acto es lo que se conoce como ejecutoriedad. Para ESCOLA el acto administrativo tiene ejecutoriedad, o sea, la posibilidad de una acción directa coercitiva como medio de asegurar su cumplimiento (...)*". Lecciones de Derecho Administrativo, Editores Edilex S.A. Primera Edición. Lima Perú 2011. Páginas 387 y 388.

2.4.- Jurisprudenciales.-

2.4.1.- Constitución garantista.- *(...) El texto de la nueva Constitución, aprobada en referéndum del 28 de septiembre del 2008,, en su artículo primero, establece el tránsito del Estado social de derecho a un Estado constitucional de derechos y justicia; esta particularidad ha permitido que algunos estudios la hayan catalogado como una Constitución "garantista", esto es, el extraordinario peso que el texto de la Constitución concede a los derechos; que no se limita a declarar su existencia: abre cauces, establece procedimientos, concreta exigencias y prevé mecanismos para garantizar su cumplimiento(...)"* **Sentencia No.012-11-SCN-CC CASO No.0014-11-CN 24 de noviembre del 2011.**

2.4.2.- La Corte Constitucional del Ecuador enseña: *"(...) la seguridad jurídica es un valor jurídico implícito en nuestro orden constitucional y legal vigente, en virtud del cual el estado provee a los individuos del conocimiento de las conductas que son permitidas, y dentro de las cuales las personas pueden actuar. Si no existiera este principio en una sociedad las personas no pudieran establecer un conocimiento certero de las actuaciones permitidas, puesto que al interpretarse y aplicarse el texto de la ley, de forma distinta y arbitraria, "se impediría el libre actuar de las personas" (...)"* **Sentencia 125-12-SEP.CC.Caso.No.0361-10-EP (R.O S.No.724 de 14 de junio 2012)**

2.4.3.- En otro de sus fallos la Corte Constitucional ilustra: *"(....) cuando la administración pública, en el ejercicio de sus competencias, expide un acto administrativo, este se impone obligatoriamente a sus destinatarios, que constituye en uno de los elementos importantes del acto administrativo Y añade "(...) En este orden y toda vez que la administración debe buscar defender la legalidad administrativa y proteger los derechos de los administrados, la administración goza del privilegio de la ejecutoriedad que le habilita a "obtener el cumplimiento de sus actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca ese derecho y la habilite a ejecutarlos" (...)".* **Sentencia No.156-12-SEP-CC. Caso No.0556- 10-EP (R.O.S.743 de 11 de julio de 2012)**

TERCERO.-FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD CESE DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.-

Entre los fundamentos existentes en el informe SCPM-IIPD-34-2107 de 21 de septiembre de 2017, suscrito por la economista María Victoria Santamaría Intendente de Investigación Prácticas Desleales (s) constan las siguientes *"(...) Que al operador económico Corporación El Rosado ha recibido la clausura temporal de su local HIPERMARKET ubicado en la ciudadela Los Ceibos de la ciudad de Guayaquil por parte de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, por haber incurrido en violación de normas sanitarias. "(...) Que la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ha emitido la Resolución Nro. ARCSA-CZ8-PSE2017-017-2017-012, de fecha 19 de junio del 2017 emitido por la Dra. Patricia Castro Otero, Coordinadora Zonal No 8, después del trámite respectivo.*

CUARTO.- DECISIÓN.-

En mérito de los argumentos expuestos anteriormente y al tenor de lo que prescribe el artículo 78 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de sus competencias y atribuciones legales.

RESUELVE:

1. ACOGER la recomendación del Informe **No. SCPM-IDNIAPM-03-2017** de fecha 21 de septiembre de 2017, suscrito por la economista María Victoria Santamaría Intendente de Investigación Prácticas Desleales (s), mediante el cual, solicita que se adopten medidas preventivas necesarias y que se encuentran contenidas en el mencionado Informe.

2. ADOPTAR como medidas preventivas las siguientes:

a) Proceder a retirar de la percha todos los productos caducados en el plazo de 10 días.

b) Realizar un control de inventarios a nivel nacional de los alimentos caducados comercializados en los locales de HIPERMARKET y Mi Comisariato en un término de 10 días y proceder a la destrucción de los mismos con la presencia de la autoridad competente.

c) Instalar en un término de 30 días un sistema informático de control de inventarios que alerte sobre los productos próximos a vencerse o vencidos para su posterior retiro de percha.

d) Crear en un término de 30 días una unidad de supervisión que cumpla las funciones de: auditar el sistema informático de alertas de productos caducados y el retiro inmediato de los productos caducados de percha.

Estas medidas preventivas están ajustadas a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar. Tienen apariencia de buen derecho y existe peligro en el tiempo en caso de no ser adoptadas, no causan daño irreparable ni vulneran los derechos fundamentales de los operadores económicos obligados.

3. REQUERIR a la Intendencia de Investigación de Investigación de Prácticas Desleales, el seguimiento del cumplimiento de las medidas preventivas dispuestas por esta CRPI. De encontrar incumplimiento a la presente resolución por parte de los operadores económicos obligados, se servirán abrir expedientes de investigación por la infracción de incumplimiento a esta resolución emitida por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, de conformidad con lo establecido por los artículos 78 y 79 de la LORCPM.

4. NOTIFICAR con la presente decisión al operador económico CORPORACION EL ROSADO en la siguiente dirección: Av. 9 de Octubre No. 719 y Boyacá en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas y a los correos electrónicos iparedes@elrosado.com; kevco@elrosado.com; mcarboz@elrosado.com y jczarnin@elrosado.com se notificará adicionalmente al Ministerio de Salud Pública y a la Defensoría del Pueblo para que

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

colaboren con la eficacia del cumplimiento de la presente resolución y adopten las medidas pertinentes con ocasión de sus atribuciones y competencias.

5. Actué en calidad de Secretario **AD–HOC** de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el abogado Christian Torres Tierra.-**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO