EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-027-2022

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 12 de abril de 2023, 13h18.

Comisionado Sustanciador: Édison Toro Calderón

VISTOS

[1] La Resolución No. SCPM-DS-2023-08 de fecha 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> ***Artículo único***.- *Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:*
>
> *–Doctor Edison René Toro Calderón;*
> *–Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
> *–Doctor Pablo Carrasco Torrontegui."*

[2] La Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> ***Artículo 2.-*** *Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022."*

[3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 7 de marzo de 2023, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.

[4] La Resolución de 5 de abril de 2023, dictada a las 12h42, por la que la Comisión de Resolución de Primera Instancia resolvió lo siguiente:

> "***PRIMERO.- DECLARAR*** *que el operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A. ha cometido la infracción grave contenida en el artículo 78, numeral 2, literal h) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al haber suministrado a la Administración Pública información engañosa, de conformidad a la parte motiva de la presente Resolución.*
>
> ***SEGUNDO.- IMPONER*** *al operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A. como multa la suma de USD 504.330,61, que deberá ser cancelada al día siguiente de la notificación de la presente resolución. Los valores serán depositados en la cuenta*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

corriente No 7445261 del Banco del Pacífico, a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, debiendo remitir el comprobante del depósito a la CRPI en el término de tres (3) días contado a partir de la realización del pago."

[5] El escrito presentado por el operador económico CHAIDE Y CHAIDE S.A. (en adelante **CHAIDE**) el 6 de abril de 2023, a las 17H16, signado con número de ID 269301, contentivo de la petición de ampliación y aclaración de la Resolución referida en el punto anterior.

[6] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

[7] El artículo 133 del Código Orgánico Administrativo, COA, dispone que, en su parte pertinente, lo siguiente:

> *"Art. 133.- Aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.*
>
> *Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.*
>
> *(...)"*

[8] El operador económico **CHAIDE**, dentro del término señalado en la norma transcrita ha presentado una petición de ampliación y aclaración de la Resolución de 5 de abril de 2023 emitida por la CRPI, en los siguientes términos:

> "*2. Con base en lo previsto en el artículo 133 del Código Orgánico Administrativo concordante con artículo 253 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, "COGEP"), CHAIDE respetuosamente solicita:*
>
> a. *Que **aclare** qué fórmula / metodología de las previstas en la Resolución No. 2021-019 "Metodología para la determinación del importe de multas por el cometimiento de infracciones a la LORCPM" utilizó para efectos del cálculo de la multa impuesta a CHAIDE.*
>
> *Lo anterior pues, de la lectura del apartado 10 de la Resolución de la CRPI "CÁLCULO DE LA MULTA" no queda claro cuál de todas las fórmulas previstas*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

en la antedicha resolución utilizó su Autoridad o si, en su defecto, es una fórmula creada por la CRPI exclusivamente para el presente caso.

b. *En el punto 9.4. de la Resolución de la CRPI, su Autoridad realiza un "análisis de la conducta". Sin embargo, a criterio de CHAIDE, no toma en consideración todos los argumentos señalados por CHAIDE durante la tramitación del Expediente, a pesar de que, en el punto 4.3. de la Resolución de la CRPI los resume.*

Por lo anterior, CHAIDE solicita que ***amplíe*** *el análisis realizado en lo relativo al supuesto cometimiento de un acto de engaño y tome en consideración todos los argumentos de CHAIDE, dentro de estos, que tome en consideración las circunstancias especiales y particulares del giro de negocio de CHAIDE en cuanto a cómo funciona en la práctica la comunicación de sus listas de precios. Esto con base a su derecho constitucional al debido proceso y a la defensa, en particular en su garantía a recibir resoluciones debidamente motivadas de los poderes públicos.*

3. Por su parte, con base en lo previsto en el artículo 254 del COGEP1, CHAIDE respetuosamente solicita que revoque parcialmente la Resolución de la CRPI en el punto resolutivo segundo y que, en lugar de disponer que CHAIDE cancele el valor de la sanción impuesto -misma que no consciente- "al día siguiente de la notificación de la presente resolución" disponga que la multa sea cancelada una vez que la resolución se encuentre en firme. Esto por cuanto, exigir a un operador económico pagar cuantiosas multas en 24 horas es de imposible cumplimiento y afecta su derecho a impugnar las resoluciones a través de los recursos que se encuentren a su alcance."

[9] Para dar respuesta a este requerimiento, la CRPI lo hace con los siguientes razonamientos:

[10] El análisis y aplicación de la metodología para el cálculo de la multa fueron realizados por este órgano de resolución en estricto apego a la normativa vigente para el efecto. Hacer lo contrario, o como dice la recurrente, creando una fórmula exclusivamente para el caso en cuestión, sería romper el principio de interdicción de la arbitrariedad que no es ni ha sido la práctica de la CRPI en ejercicio de sus competencias.

[11] La Resolución referida deja expresamente señalado que la infracción contenida en el artículo 78.2 literal h) de la LORCPM es de aquellas consideradas graves, por lo que el importe de la multa debe ser calculado considerando esta condición. En este sentido, la fórmula que se utilizó para la imposición de la sanción contenida en la resolución de 5 de abril de 2023 es la contemplada en el artículo 6 de la Metodología para la determinación del importe de multas por el cometimiento de infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, LORCPM, que señala lo siguiente:

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

Art. 6.- Fórmula de cálculo para infracciones leves, graves o muy graves relacionadas con el objeto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- *El cálculo de las multas se realizará conforme con los criterios del artículo 80 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con los artículos del 95 al 100 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de acuerdo con lo establecido en la presente metodología, según las siguientes fórmulas de cálculo:*

$$Importe\ total\ de\ la\ Multa = min\{Importe\ de\ la\ multa, 03 * VNMR\}$$

$$Importe\ de\ la\ multa = \left\{\left[\sum_{t=1}^{T} VNMR_t * \lambda_t * (\kappa_t)\right] * (\eta^{-1}) * \tau\right\} * \psi$$

$$\kappa_t = \frac{e^{\beta(\alpha_t + HHI_t^M + \varphi_t + \varepsilon_t)} + \omega_t + HCR + EC_t}{100}$$

Donde:

$0 \leq VNMR$
$0 \leq \lambda \leq 1$
$e = 2{,}71828182845904$
$0 < \beta$
$0 < \alpha$
$0 < HHI^M \leq 1$
$0 \leq \varphi \leq 1$
$\varepsilon \in [0, 1]$
$0 \leq \omega$
$0{,}5 \leq \tau$
$HCR \in [0, 1]$
$EC \in [0, 1]$

[12] La resolución de 5 de abril de 2023, que ahora es materia de la petición de ampliación, es lo suficientemente clara y explícita en su motivación. Desde el párrafo [281] constan completa y adecuadamente explicadas las acciones y omisiones en que incurrió el operador económico para configurar la infracción de suministrar información engañosa, según lo tipifica el artículo 78.2 literal h) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Consta, además, las explicaciones sobre el tipo de infracción y la posición jurídica que le llevó a esta Comisión a determinar que la Intendencia, en la fase de investigación, había probado los elementos de la conducta tachada como infracción. En este sentido, mal se puede hablar de falta de motivación cuando los elementos sustanciales de la infracción y los elementos probatorios han sido expuestos lógicamente y cuya conclusión lleva a la determinación de la responsabilidad del operador económico.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[13] Ahora bien, se ha pedido una ampliación de la resolución, cuando para los actos administrativos no cabe, bajo el entendido jurídico de su naturaleza y a la expresa disposición del artículo 133 del Código Orgánico Administrativo, por lo que no es posible atender lo solicitado. Sin embargo, se deja expresamente señalado que en cuanto a lo que señala **CHAIDE** en su escrito de aclaración respecto a que no se tomó en cuenta *"cómo funciona en la práctica la comunicación de sus listas de precios"*, este órgano de resolución considera innecesario el análisis de este particular porque en nada guarda relación ni es procedente para desvirtuar los elementos y las pruebas que sirvieron para determinar la infracción y su responsable. Es decir que en nada pudo haber cambiado la práctica comercial que mantiene **CHAIDE** con sus distribuidores, el hecho de haber inducido al engaño a la administración en la entrega de información. Las relaciones comerciales con los distribuidores de **CHAIDE** en nada condiciona o exime de responsabilidad respecto a la entrega de información a la Administración dentro de una investigación por prácticas anticompetitivas que indujo al engaño que hubiese impedido, además, ejercer sus competencias.

[14] Sin perjuicio de lo indicado, esta Comisión procede a aclarar lo siguiente:

[15] Entre las principales alegaciones realizadas por el operador económico se encuentra el que la providencia de 13 de octubre de 2021, emitido por la Intendencia habría realizado un requerimiento de información amplio y generalizado y a pesar de ello **CHAIDE** habría realizado sus mejores esfuerzos para remitir la información solicitada.

[16] Al respecto, esta Comisión en su Resolución de 5 de abril de 2023, manifestó:

> *[282] De los hechos relatados en esta Resolución que fueran plenamente expuestos por la Intendencia en su informe final, además de los soportes documentales que hacen mérito probatorio suficiente, se tiene que la Intendencia realizó en dos ocasiones pedidos información al operador económico CHAIDE dentro del marco de una investigación por conductas anticompetitivas. En sendas providencias de 08 de septiembre de 2021 y 13 de octubre de 2021, el órgano actuante en fase de investigación solicitó al operador económico información que le sirviera para poder determinar si cabía o no la investigación y eventual sanción de prácticas anticompetitivas.*
>
> *[283] En cumplimiento del deber de colaboración al que están sometidos los operadores económicos ante la Administración Pública, lo esperable era que se atienda esos requerimientos en el tiempo oportuno y en la forma que la buena fe demandan. Al contrario, al primer requerimiento de 8 de septiembre de 2021, CHAIDE hizo caso omiso al requerimiento, lo que impulsó que la Intendencia reiterara su solicitud.*
>
> *[284] Fue solamente a la segunda solicitud que el operador económico atiende el pedido y entrega información a la Intendencia. Esto no habría generado ninguna consecuencia a no ser porque la Intendencia, en el transcurso de la investigación en el expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-014-2020, constató que CHAIDE no*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

había incluido documentos de trascendental importancia para el caso que investigaba.

(...)

[298] La respuesta está en el contexto de las actuaciones del operador económico cuando contestó el requerimiento de la Administración. Cabía el argumento de que se había cometido una falta menor al no incluir la totalidad de la información solicitada sino se habría evidenciado a través de los correos electrónicos entregados y que forman parte del expediente en los que es notorio que los personeros de CHAIDE, primero, conocían de la existencia de ese documento denominado "LISTADO DE PRECIOS MÍNIMOS"; segundo, que entendían plenamente que el requerimiento de la Intendencia comprendían comunicaciones respecto al contenido del documento; y, finalmente, que tuvieron la oportunidad para entregar la información completa y deliberadamente decidieron no hacerlo.

[17] En adición, la Comisión manifestó:

[301] No es posible, entonces, admitir el argumento de la defensa del operador económico de que no se tuvo el tiempo suficiente para dar contestación plena a lo que se requirió en dos providencias por parte de la Intendencia. Y esto, por dos hechos relevantes. El correo electrónico de 16 de octubre de 2021 enviado por [redacted] *demuestra que la información omitida siempre estuvo al alcance de los funcionarios para ser enviada a la SCPM. Y el segundo hecho, es que no se puede alegar válidamente una negligencia para obtener una ventaja procesal: se ha dicho que por descuido no se atendió el primer requerimiento hecho por la Intendencia el 8 de septiembre de 2021, lo que habría provocado que, frente al segundo pedido de 13 de octubre de 2021 se contara con menos días para dar respuesta. Esto, desde el punto de vista de la CRPI no es suficiente para justificar una actuación que, como queda expuesto, constituyó una decisión de inducir al engaño a la Administración Pública.*

[302] Para completar el análisis, este órgano de resolución debe dejar en claro y reitera que la actuación culpable del operador económico se ve agravada por el hecho de que la información deliberadamente omitida para configurar el engaño era de tal importancia para la Intendencia porque configuraba un elemento esencial para el análisis de la conducta investigada. De no mediar la debida diligencia en los funcionarios que solicitaron información a terceros, sin ese elemento documental es plausible pensar que se hubiera archivado el caso, impidiendo ilegalmente que se ejerciera de manera debida la competencia otorgada constitucional y legalmente a la SCPM.

[18] En este sentido, resulta evidente que el operador económico tuvo el tiempo suficiente para proceder con la entrega de la información solicitada, además que el operador económico mal

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

podría alegar una supuesta generalidad en la solicitud del requerimiento de la información por cuanto se desprende que personeros y trabajadores del propio operador económico consultaron entre sí, si entregaban o no a la SCPM el *"LISTADO DE PRECIOS MÍNIMOS"*.

[19] Razón por la que, el operador económico era claramente consciente de la información que se requería por la Intendencia y de la cual finalmente decidió omitir su entrega, con lo anotado resulta clara la atención por parte de esta Comisión a la Alegación realizada por el operador económico.

[20] En igual sentido, **CHAIDE** alegó que no contó con el tiempo oportuno para presentar la documentación solicitada por la Intendencia, al respecto la Comisión en su Resolución de 5 de abril de 2023, en lo párrafos [282] y [284] previamente citados, consideró que la Intendencia otorgó una prórroga para la entrega de la información solicitada. Al respecto, incluso entre la primera solicitud en providencia de 8 de septiembre y la insistencia de 13 de octubre de 2021, transcurrió más de un mes calendario, siendo que además en la providencia de 13 de octubre de 2021, la Intendencia otorgó un tiempo adicional para su cumplimiento.

[21] Por lo que, se procede aclarar que esta Comisión considera que el operador económico contó con el tiempo razonable para cumplir con el requerimiento realizado por la Intendencia.

[22] En otro orden de ideas, **CHAIDE** señaló que colaboró con la Intendencia en la investigación como en la entrega del listado de distribuidores autorizados y lo trabajadores de éstos, por lo que no sería razonable que al haber entregado dicha información se considere que decidió "***deliberadamente*** *ocultar esta información",* ya que la Intendencia podía tener acceso a esa información, más aún por que en la providencia de 8 de septiembre de 2021 la Intendencia habría solicitado a un distribuidor copias de los comunicados enviados por el operador económico.

[23] Al respecto, en la Resolución de 5 de abril de 2023, esta Comisión en los párrafos 298, 302 y 303, analizó que el operador económico conocía de su propia lista de precios "LISTADO DE PRECIOS MÍNIMOS" y que de forma consciente decidió no entregarla, en este sentido resulta importante el correo enviado por [redacted] que lo demuestra. En tal sentido, la decisión contenida en la indicada Resolución deviene de las propias actuaciones y omisiones realizadas por el operador económico dentro del expediente de investigación.

[24] En tal sentido, el hecho de que el operador económico conociere que la Intendencia realizó requerimientos de información a terceros (distribuidores) no le exime del deber de la entrega de la información y menos aún de la responsabilidad en la adopción deliberada de su decisión de no remitir el "LISTADO DE PRECIOS MÍNIMOS".

[25] Finalmente, el operador económico alegó que el listado de precio mínimos fue parte de una política comercial, la cual no llegó a implementarse en su totalidad. Además, el operador económico señaló que no implementó un mecanismo de control efectivo y no se le dio un seguimiento como a una política en uso.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[26] Al respecto, esta Comisión aclara que la Resolución de 5 de abril de 2023 trata únicamente respecto de la entrega de información engañosa o falsa y no respecto de conductas anticompetitivas por abuso de poder de mercado, análisis que fue debidamente realizado en el expediente No. SCPM-CRPI-016-2022. En este sentido, las alegaciones realizadas por el operador económico no enervan el análisis realizado por esta Comisión en su resolución de 5 de abril de 2023.

[27] Por lo expuesto, se ratifica que la resolución de 5 de abril de 2023 contiene los elementos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico, especialmente en lo que se refiere a la motivación.

[28] Ahora bien, también se ha solicitado, con base en el artículo 254 del Código Orgánico General de Procesos, COGEP, la revocatoria parcial de la resolución referida. Al respecto hay que señalar que la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) tuvo pleno sentido al momento de su expedición cuando no existía en nuestro ordenamiento jurídico una norma legal que regule procedimientos administrativos de manera general. Al momento en que se expide el Código Orgánico Administrativo, y al reconocer que el ejercicio de las competencias ejercidas por la Administración Pública debe estar sujeto al Derecho Administrativo, la normativa natural para suplir los vacíos que tiene la LORCPM es la del Código Orgánico Administrativo.

[29] Habrá que decir, sin embargo, que esa Disposición General Primera, que no ha sido modificada, deberá ser entendida, interpretada y aplicada siempre que no se desnaturalice el ejercicio de las competencias administrativas, los procedimientos administrativos y, en fin, las regulaciones propias del ámbito del Derecho Administrativo. En este sentido la propia LORCPM y el Código Orgánico Administrativo establece los recursos, pedidos, solicitudes y reclamos que caben sobre los actos administrativos, sus efectos y ante quiénes se interponen. La revocatoria, ni parcial ni total, es posible jurídicamente que la conozca y resuelva el mismo órgano que dictó el acto administrativo. Por lo tanto, no es procedente el pedido que ha realizado el operador económico.

[30] Cabe señalar, en complemento a lo expuesto, que, aunque pudiera darse paso a la aplicación del artículo 254 del COGEP, esta disposición se refiere a la revocatoria de autos de sustanciación, lo que no pudiera equipararse bajo ningún supuesto jurídico a los efectos que produce un acto administrativo.

[31] Sin embargo, en atención a la preocupación de **CHAIDE** sobre la disposición de pago inmediato de la multa impuesta, es necesario recordar que el acto administrativo emitido por la Administración Pública goza de las presunciones de validez o legitimidad y está llamado a ser cumplido cuando alcanza eficacia con la notificación a la persona interesada. Es decir, que desde el día siguiente a su notificación es plenamente ejecutable. Esto no implica desconocer los recursos, tantos administrativos como ante el Tribunal Contencioso Administrativo, están previstos para la impugnación de los actos administrativos. Estos medios de impugnación, aun cuando no interrumpen los efectos del acto administrativo impugnado, sí impiden la prosecución

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

cuando no interrumpen los efectos del acto administrativo impugnado, sí impiden la prosecución del procedimiento de ejecución forzada o coactiva, que deberá llevarse a cabo en el marco de la normativa prevista por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al presente expediente lo siguiente el escrito presentado por el operador económico **CHAIDE** de 7 de abril de 2023, a las 17H16, signado con número de ID 269301.

SEGUNDO.- ACLARAR la Resolución de 5 de abril de 2023, a las 12h42, dictada por esta Comisión en los términos que quedan señalados en la parte motiva de la presente Resolución.

TERCERO.- RECHAZAR la solicitud de ampliación y revocatoria parcial de la Resolución de 5 de abril de 2023, a las 12h42, dictada por esta Comisión en los términos que quedan señalados en la parte motiva de la presente Resolución

CUARTO.- DECLARAR la presente resolución como confidencial.

QUINTO.- EMITIR la versión no confidencial de la presente resolución.

SEXTO.- AGREGAR al expediente en su parte confidencial la presente resolución.

SÉPTIMO.- AGREGAR al expediente la versión no confidencial.

OCTAVO.- NOTIFICAR la presente resolución en su versión confidencial al operador económico **CHAIDE Y CHAIDE S.A.,**

NOVENO.- NOTIFICAR la versión no confidencial a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI, SERIALNUMBER=0906211116 46, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Ubicación:
Fecha: 2023.04.12 13:37:19-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.0

COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
CARL MARTIN PFISTERMEISTER MORA
Razón: Resolución expediente SCPM-CRPI-027-2022
Localización: Quito - Ecuador
Fecha: 2023-04-12T13:41:45.074904-05:00

COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

PRESIDENTE

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador