

**INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE
ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS
RESTRICTIVAS**

Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-0016-2017

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO
DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.-**

Quito, 06 de marzo de 2019, a las 15h15, en mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, encargada, de conformidad con la acción de personal SCPM-INAF-DNATH-0092-2019-A, que rige desde el 01 de marzo de 2019, avoco conocimiento del expediente de investigación SCPM-IIAPMAPR-EXP-0016-2017, y en uso de mis facultades legales y administrativas emito las siguientes **ÓRDENES PROCESALES:**

PRIMERO: COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 213 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); 56 del Reglamento de aplicación de la LORCPM; y 11, numeral 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se declara la competencia de esta autoridad para dictar la presente resolución.- **SEGUNDO: DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-** a) Agréguese al expediente el escrito y anexo documental ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 11 de enero del 2019 a las 10h42, signados con el número de trámite 122493, remitidos por el Ing. Boris Giovanni Piedra Iglesias, Gerente General de la Empresa S.A. Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento, ETAPA EP; b) Agréguese al expediente el escrito y anexo documental ingresados a la Secretaría General de la SCPM el 09 de enero de 2019 a las 16h37, signados con el número de trámite 122350, remitidos por el Lcdo. Bolívar Saquipay Nivecela, en su calidad de Prefecto del Gobierno Provincial del Azuay; c) Agréguese al expediente el acta con sus anexos documentales y el medio magnetofónico, signados con el número de trámite 122882, de la reunión de trabajo mantenida con los operadores económicos IMPORTADORA COMERCIAL EL HIERRO CÍA. LTDA., IMPMATZAM CÍA., y COMERCIAL IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA., el 16 de enero del 2019 a las 15h05. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 66 numeral 19 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el artículo 3 del RLORCPM, de oficio, se declaran con el carácter de confidencial los anexos documentales y la grabación de la reunión de trabajo que se agregan; y, d) Agréguese al expediente el escrito suscrito por Fabián Pozo Neira, abogado patrocinador de los operadores económicos

IMPORTADORA COMERCIAL EL HIERRO CÍA. LTDA., IMPMATZAM CÍA., y COMERCIAL IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA., y sus anexos documentales, ingresados a la Secretaría General de la SCPM el 13 de febrero de 2019 a las 16h04, signados con el número de trámite 125269.- **TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES QUE CONSTAN DEL PROCEDIMIENTO.- 3.1. INICIO DE LA INVESTIGACIÓN.- a)** Mediante Oficio No. SERCOP-SDG-2017-0148-OF ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 11 de abril de 2017, signado con el número de trámite 43621, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP puso en conocimiento de esta Autoridad la existencia de presuntas irregularidades y vinculaciones en la participación de procedimientos de contratación pública de los operadores económicos IMPORTADORA COMERCIAL EL HIERRO CÍA. LTDA., y COMERCIAL IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA.; **b)** Mediante Resolución de fecha 13 de abril de 2017 a las 16h00, el Intendente de la fecha, dispuso: *“Iniciar con la Fase de Barrido correspondiente al expediente número SCPM-IIAPMAPR-EXP-0016-2017, a fin de realizar las diligencias preparatorias y el análisis de la información, por el término de treinta (30) días”*; **c)** Mediante Resolución de fecha 30 de mayo de 2017 a las 17h00, el Intendente de la fecha resolvió: *“PRIMERO: Acoger el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-28-2017 de 30 de mayo de 2017 [...] SEGUNDO: Iniciar la investigación preliminar a solicitud de otro órgano de la administración pública, por presuntas conductas susceptibles de infracción contenidas en el numeral 6 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuyo informe no podrá ser expedido en más de 180 días término de conformidad con el artículo 56 del Reglamento [...]”*; **3.2. DE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR.- a)** Mediante Resolución del 20 de febrero de 2018 a las 17h00, el Intendente de la fecha manifestó que: *“Esta autoridad en base a los fundamentos de hecho y de derecho determinados en el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-11-2018 del 20 de febrero de 2018 [...] acoge el mismo.- TERCERO: a) Conforme lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, notifíquese con la presente providencia y con el Informe [...] a los operadores económicos: 1) GOBIERNO PROVINCIAL DE AZUAY; 2) COMERCIAL IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA.; 3) IMPORTADORA COMERCIAL EL HIERRO CÍA. LTDA.; 4) IMPMATZAM CÍA. LTDA., a fin de que contesten y deduzcan explicaciones en el término de (15) días contados a partir de la notificación de la presente providencia”*; **3.3. DE LA INVESTIGACIÓN FORMAL.- a)** Mediante Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-015-2018, de fecha 29 de marzo de 2018, elaborado por el Abg. Jacobo Aguayo Zambrano, que ejercía sus funciones como Director de la Dirección Nacional de Investigación y Control de Acuerdos y Prácticas Restrictivas (DNICAPR) a la fecha, concluyó que las explicaciones presentadas por el Gobierno Provincial del Azuay y del operador económico COMERCIAL IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA., respecto a la conducta contenida en el

numeral 21 del artículo 11 de la LORCPM, eran suficientes. El Informe devela que las explicaciones de los operadores económicos IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA., IMPMATZAM CÍA. LTDA., e IMPORTADORA COMERCIAL EL HIERRO CÍA. LTDA., no fueron suficientes en relación a la conducta contenida en el numeral 6 del artículo. Por tanto, recomendando iniciar la fase de investigación formal, por el: “[...] presunto cometimiento de la infracción contenida en el artículo 11 numeral 6 de la LORCPM [...]”; b) Mediante Resolución del 29 de marzo de 2018 a las 17h15, el Intendente de la fecha resolvió acoger en su totalidad el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-015-2018, y dispuso: “Iniciar la etapa de investigación del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-016-2017, conforme lo establecido en el artículo 62 del Reglamento para la aplicación de la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de mercado, por cuanto existe la presunción de la existencia de posibles acuerdos anticompetitivos, tipificados en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM, por parte de los operadores económicos: 1) IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA.; 2) IMPMATZAM CÍA. LTDA.; y, 3) IMPORTADORA COMERCIAL EL HIERRO CÍA. LTDA. [...] la presente investigación no podrá exceder de 180 días, que en caso de considerarlo pertinente, esta autoridad podrá prorrogar ese plazo hasta por 180 días más [...]”; **3.4. DE LA PRÓRROGA DE LA INVESTIGACIÓN FORMAL.-** a) Mediante Memorando No. SCPM-INICAPMAPR-033-2018-M, de fecha 19 de septiembre de 2018, el Intendente de la fecha solicitó a la Intendencia General Técnica se le conceda una prórroga para la investigación formal del presente expediente de investigación, por el plazo de 45 días; b) Mediante Providencia de fecha 24 de septiembre de 2018 a las 15h30, el Intendente de la fecha, agrega al expediente el memorando de solicitud de prórroga y la autorización otorgada por la Intendencia General Técnica, sin orden procesal de prórroga del plazo de la investigación formal; **3.5. DEL FIN DE LA INVESTIGACIÓN FORMAL.-** a) Mediante Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-001-2018, de fecha 09 de noviembre de 2018, elaborado por el Abg. Jacobo Aguayo Zambrano, que ejercía sus funciones como Director de la DNICAPR a la fecha, y la Formulación de Cargos signada con el número de trámite 118530 se recomendó notificar a los operadores económicos investigados para que deduzcan excepciones en el término de 15 días; b) Mediante Resolución del 09 de noviembre de 2018 a las 17h00, el Intendente de la fecha resolvió: “Acoger en su totalidad el Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPR-001-2018, de 09 de noviembre de 2018 [...] notificar a los operadores IMPORTADORA COMERCIAL EL HIERRO CÍA. LTDA., IMPORTADORA ROMAV CÍA. LTDA., e IMPMATZAM CÍA. LTDA., en calidad de presuntos responsables [...] a fin de que contesten y deduzcan excepciones en el término de (15) días, por el presunto cometimiento de la infracción prevista en el numeral 6 del artículo 11 de la LORCPM [...]”; **3.6. DEL TÉRMINO PROBATORIO.-** a) Mediante Resolución del 05 de diciembre de 2018 a las 17h15, el Intendente de la fecha, agrega los escritos de excepciones presentados por los operadores económicos investigados y ordena la

apertura del término probatorio por el término de sesenta (60) días; **CUARTO: MARCO NORMATIVO QUE AMPARA LA RESOLUCIÓN.-** En base a la descripción de los hechos expuestos dentro del presente procedimiento, es pertinente la enunciación de normas legales que guardan relación con lo descrito, es así que: **4.1.- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: Artículo 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”*; **Artículo 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; 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...]; 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 1) 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. [...]”*; **Artículo 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.”*; **Artículo 169:** *“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades (...)”*; **Artículo 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. [...]”*; **Artículo 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.”*; y, **Artículo 227:** *“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”*; **4.2.- LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL**

PODER DE MERCADO: Artículo 1: “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.”;

Artículo 2: “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. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.”;

Artículo 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: [...] **6.** El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre competencia. [...] y, **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.”;

Artículo 41: “[...] Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivados y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos [...]”;

y, **Artículo 53:** “El procedimiento se iniciará [...] a solicitud de otro órgano de la Administración Pública [...]”;

4.3.- REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO: Artículo 1: “El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley.- Para efectos de este instrumento, serán aplicables las definiciones y lineamientos contenidos en la Ley”;

Artículo 58: “Sustanciación.- En todos los casos, el procedimiento de investigación y sanción será sustanciado por el órgano de investigación hasta la emisión del informe final; y, por el órgano de sustanciación y resolución, desde que recibe el informe final y expediente remitidos por el órgano de investigación hasta la resolución del procedimiento. Para los efectos de los artículos 55

al 63 de la Ley, se entenderá por órgano de sustanciación a aquél que conduce el procedimiento en cada una de dichas etapas de conformidad con este Reglamento.”;

Artículo 62: “Resolución de inicio de investigación.- [...] si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez. [...]”;

4.4.- INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO: Artículo 21: “[...] b) [...] La fase de investigación preliminar se iniciará mediante providencia emitida en el término de tres (3) días [...] y abrirá la fase de investigación preliminar por ciento ochenta (180) días hábiles. Luego de finalizada la investigación preliminar se emitirá el informe respectivo [...]”;

QUINTO: ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN.- Una vez que se han identificado los hechos constantes en el expediente administrativo, amparado en el artículo 227 de la Norma Constitucional que determina la sujeción de la administración pública a los principios de eficiencia, calidad, eficacia e imparcialidad, y conforme el derecho a la tutela efectiva, al haber conocido las actuaciones administrativas desarrolladas dentro del expediente de investigación sustanciado por esta Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se ha evidenciado: **a)** Que mediante Resolución de 29 de marzo de 2018 a las 17h15, el Intendente a la fecha, resolvió acoger en su totalidad el Informe No. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPR-015-2018, y dispuso el inicio de la etapa de investigación del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-016-2017, conforme lo establecido en el artículo 62 del Reglamento para la aplicación de la Ley orgánica de Regulación y Control del Poder de mercado, por 180 días plazo. Mediante Memorando No. SCPM-INICAPMAPR-033-2018-M, de fecha 19 de septiembre de 2018, el Intendente de la fecha solicitó a la Intendencia General Técnica, se autorice y conceda una prórroga para la etapa de investigación formal por el plazo de 45 días, misma que fuese autorizada. Para constancia procesal de lo anterior, mediante Providencia de fecha 24 de septiembre de 2018 a las 15h30, el Intendente de la fecha, agregó al expediente el memorando de solicitud de prórroga y la autorización otorgada por la Intendencia General Técnica. No obstante, de la constancia procesal analizada, se evidencia que el Intendente a la fecha, en el texto de la providencia de 24 de septiembre de 2018 a las 15h30, no emitió orden procesal por la cual se prorrogue el plazo de la investigación formal de 180 días dispuesto en Resolución del 29 de marzo de 2018 a las 17h15, con lo cual, al existir actuaciones posteriores al 25 de septiembre del 2018, fecha en la que feneció la etapa de investigación formal, se ha dado trámite y sustanciación al expediente administrativo fuera del plazo que el Reglamento para la aplicación de la LORCPM contempla para dicho efecto. De la verdad procesal descrita y analizada en las líneas precedentes, se ha comprobado que el plazo dispuesto, en el artículo 62 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de

Regulación y Control del Poder de Mercado (plazo de 180 días), ha transcurrido en demasía, razón por la cual la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ha perdido la facultad seguir sustanciando y pronunciarse dentro del expediente administrativo N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-0016-2017, pues, ha operado *ipso jure* la caducidad de la potestad administrativa sancionadora; al respecto, “(...) *se entiende por caducidad administrativa la extinción de ciertas situaciones activas que están acompañadas de la necesidad de cumplir con determinados deberes, cargas o modalidades originadas por el hecho de no haber observado estos últimos*”¹; así mismo, la Corte Nacional de Justicia en el precedente jurisprudencial constante en la Resolución No. 13-2015, primer suplemento del R.O. No. 621, de 5 de noviembre de 2015, Tema: Caducidad, establece: “(...) *Artículo 1. Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe expedido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, dado que la caducidad en una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, (...)*”. En este contexto, la Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 75 y 82, determinan el derecho de las personas a contar con la tutela efectiva de sus derechos, basado en normas claras, pre existentes que procuran la defensa en el momento oportuno, y a su vez que, los actos administrativos sean emitidos por autoridad competente, generando de este modo seguridad jurídica al administrado; de la misma forma, el artículo 76 numeral 1 establece la obligación de toda autoridad administrativa de garantizar el cumplimiento de las normas y el derecho de las partes, y el numeral 3 del artículo ibídem consagra como garantía constitucional, el derecho que tiene toda persona para ser juzgado en observancia al trámite propio de cada procedimiento. En virtud de lo expuesto, al haberse evidenciado que ha operado la caducidad de la facultad sancionadora de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, vicio insubsanable, no siendo necesario ahondar o realizar un análisis o pronunciamiento respecto del fondo del expediente administrativo. **SEXTO.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, artículo 62 de su Reglamento de Aplicación, esta Autoridad. **RESUELVE: PRIMERO.- ARCHIVAR** el expediente administrativo signado con el número N° SCPM-IIAPMAPR-EXP-0016-2017, por cuanto ha operado la caducidad en la presente causa. **SEGUNDO.-** Remitir la presente Resolución a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a fin de que, en el ámbito de sus competencias inicie el trámite disciplinario

¹ Revista de derecho – Valdivia (2007). La caducidad de los actos administrativos. vol.30 no.2. Véase: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502017000200010

pertinente; y de ser el caso, de determinarse responsabilidades administrativas; así mismo, de encontrar merito, se ponga en conocimiento de las autoridades competentes para la determinación de las acciones y responsabilidades a las que haya lugar; **TERCERO.-** Remítase la presente Resolución a la Intendencia General Técnica para la supervisión correspondiente; **CUARTO.-** Notifíquese a las partes procesales, a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano y a la Intendencia General Técnica. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Econ. María Alejandra Egúez Vásquez.

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO
DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS (E)**