

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica - SCE
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-030-2022
- **Expediente Apelación:** SCE-INJ-5-2023
- **Denunciado / Apelante:** SUMESA S.A.

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- Quito, DM, 08 de septiembre de 2023, a las 15h00.- Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Competencia Económica, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, modificada mediante acción de personal No. SCE-INAF-DNATH-2023-074-A de 30 de junio de 2023, cuyas copias certificadas constan agregadas al expediente, en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., en contra de la Resolución de 06 de junio de 2023, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia –CRPI-, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO. -

El abogado Edison Carrera Taiano, en calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal del operador económico SUMESA S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Competencia Económica [en adelante SCE], el 04 de julio de 2023 con número de trámite ID. 202303307 presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 06 de junio de 2023, a las 15h55 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022; recurso del cual esta autoridad, en providencia de 12 de julio de 2023 a las 16h55, avocó conocimiento y, debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa -IGPA, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

TERCERO. - ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 06 de junio de 2023, a las 15h55 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022, que resolvió:

“[...] PRIMERO.- DECLARAR que el operador económico SUMESA S.A. cometió una falta leve al haber incumplido lo dispuesto por esta Comisión, dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, en resolución de 12 de julio de 2019, de conformidad con lo establecido en la letra d), del numeral 1, del artículo 78 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución. SEGUNDO.- IMPONER al operador económico SUMESA S.A, la multa de CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 79/100

(USD. \$ 43.609,79), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [...]” (El énfasis pertenece al texto original)

CUARTO. - PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico SUMESA S.A., en su escrito de apelación, en el apartado décimo, señala:

“[...] 10.4 La pretensión de la apelación del acto administrativo del cual recurrimos expresamente ante su Excelencia, y de conformidad a lo establecido en el artículo 173 de la Constitución y en el numeral 2 del artículo 44, y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM-; y el artículo 52 del Instructivo de Gestión procesal Administrativa SCPM, es que deje sin efecto la Resolución de fecha 06 de Junio de 2023 a las 15h55; emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro Expediente No. SCPM-CRPI-030-2022 y se declare la nulidad absoluta por las vulneraciones de las normas constitucionales, legales y reglamentarias. [...]”

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita, se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 06 de junio de 2023, que dispone declarar que el operador económico impugnante cometió una falta leve al haber incumplido lo dispuesto por la CRPI dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2019, en Resolución de 12 de julio de 2019, de conformidad con lo establecido en la letra d), del numeral 1, del artículo 78 de la LORCPM; en consecuencia, se pretende se revierta la resolución emitida por la CRPI.

En la forma de exposición el escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el apelante estructura sus impugnaciones en presuntos vicios en el expediente administrativo, trasladados al acto impugnado:

1. Violación del procedimiento
2. Caducidad
3. Motivación
4. Limitación de la libertad de expresión (medidas preventivas)
5. De las medidas preventivas:
 - Han cesado
 - El marco temporal es erróneo
6. Mercado relevante erróneamente determinado
7. Error en el cálculo de la multa

Postulados que se transcriben en el siguiente texto:

Sobre la vulneración al derecho al debido proceso, seguridad jurídica y garantía de la motivación:

“[...] estamos frente a una resolución de la CRPI con motivación aparente, ya que a primera vista parece suficiente, pero en realidad no lo es, la aparente motivación afecta a su

*suficiencia, porque presenta vicios motivacionales por inatención e impertinencia [...] Si la nulidad declarada retrotrae el procedimiento administrativo al momento en que se produce el VICIO es decir 23 DE FEBRERO DE 2021, las actuaciones anteriores a esa fecha SON VÁLIDAS. En este sentido, el acto administrativo en el que se avoca conocimiento, es decir, el Primer Avocamiento, mediante Resolución con fecha 19 de Enero de 2021, ES TOTALMENTE VÁLIDO, ya que no existe ningún acto administrativo que declare su nulidad. Es preciso señalar que todo lo posterior al 23 DE FEBRERO DE 2021 no produce efecto jurídico alguno debido a la declaratoria de nulidad y la retrotracción del procedimiento. En virtud, de la nulidad declarada, la INICPD emite una providencia con fecha 27 de enero de 2022 donde avoca conocimiento - **SEGUNDO AVOCAMIENTO** – este acto administrativo no invalida ni deja sin efecto la providencia del primer avocamiento, manteniendo así su validez y sus efectos jurídicos. Los efectos jurídicos generados por el avocamiento implican que la autoridad administrativa asume la responsabilidad del conocimiento y competencia del procedimiento administrativo en curso, así como la normativa aplicable vigente. Estos DOS AVOCAMIENTOS afectan la adopción del procedimiento legalmente establecido que comienza a partir del avocamiento, y, la aplicación de la normativa vigente en el momento de dichos avocamientos. [...] AMBOS INSTRUCTIVOS TIENE UN PROCEDIMIENTO LEGALMENTE EXIGIBLE TOTALMENTE DISTINTO LA CRPI: 1. No dejó sin efecto el primer avocamiento. 2. Tampoco aplicaron los procedimientos legalmente exigibles por cada avocamiento. 3. En el caso de haberse dejado sin efecto el primer avocamiento - QUE ESTO NO OCURRIÓ – tampoco puso en conocimiento del Intendente General Técnico; y, de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en los casos que traten respecto del seguimiento del cumplimiento de una de sus resoluciones. 4. Tampoco existe el pronunciamiento de la Intendencia General Técnica, en el término de tres (3) días de recibido los informes para autorizar la apertura del expediente y el inicio del Procedimiento de investigación. [...]*

Sobre el vicio de nulidad por violaciones al debido proceso, seguridad jurídica, caducidad de las facultades, preclusión y falta de motivación:

“[...] Si observamos, los avocamientos, la aplicación del procedimiento establecido en el Instructivo de Gestión Procesal referente al Art. 58 vigente para cada avocamiento establece la “Apertura de un Expediente” y no la ilegal acumulación de “piezas procesales” de manera artesanal sin seguir un debido proceso. DONDE ESTA LA RESOLUCIÓN DE ACUMULACION DE EXPEDIENTES SEÑOR SUPERINTENDENTE? [...] Ello no se hizo, se ahorró el procedimiento. La CRPI en el término de 5 días de recibido el Informe debió ordenar a la INICPD que abra un expediente de investigación. La CRPI desvirtúa el procedimiento y omite los 5 días para ordenar a la INICPD abrir el Expediente, y, en su lugar, concede 5 días a los operadores para que presente las observaciones, esto no lo contempla el presupuesto del Artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal emitido el 20 de Julio de 2020 y vigente hasta el 19 de enero de 2021. [...] Veamos, para el caso del primer avocamiento, el Instructivo de Gestión Procesal anterior emitido el 20 de Julio de 2020 vigente hasta el 19 de Enero de 2021 que debió aplicarse con el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas Nro. SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, la CRPI debió cumplir con lo establecido en el Art. 58, que señala una vez recibido el Informe ordenará al INICPD que abra un expediente de investigación [...] Nunca ordenó abrir el expediente. Ya no pudo hacerlo, se le pasó el término. Al precluir el término caducó la facultad y perdió su competencia en razón del tiempo, tanto la CRPI como la INICPD. [...] En cuanto, al segundo avocamiento, el Instructivo de Gestión Procesal vigente emitido el 23 de Junio de 2021, la

Intendencia General Técnica y no la CRPI debió aplicar el Art. 58 en los Informes de Seguimientos de Medidas Preventivas Nros. SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I; y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, que fueron agregados nuevamente en el Expedientes en ocasión a la nulidad declarada; y, el Informe Nro. SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, debió autorizar a la INICPD aperturar el Expediente y no la CRPI agregar la pieza procesal dentro del Expediente Nro. SCPM-IGTT-INICPD-022-2020. [...]”

Sobre la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la defensa del interés general de la sociedad:

*“[...] Si Usted examina, los dos referidos literales adoptados en la Medida Preventiva observará que no mantiene la proporcionalidad y adecuación, traspasa la tolerancia al censurar el derecho a la libre expresión vulnerando Derechos Fundamentales, aceptar este tipo de restricciones implica una clara violación no solo de derecho a la libertad de expresión, sino también a la libre concurrencia en el mercado [...] Todas las suposiciones que se le ocurra señalar Oriental fueron recogidas bajo el velo de lo “indirectamente” aludiendo inciertamente una pseudo vinculación, Oriental no es dueño absoluto de los colores, ni de las tarrinas, ni a los precios, ni al gramaje, como lo pretende hacer ver, so pretexto de la cuestionada Medida Preventiva, a pesar de que de ninguna publicidad hace alusión a marca ni a producto ni empresa alguna para determinar que se está alusión ni directa ni indirectamente, el derecho no se sustenta en meras conjeturas y suposiciones de estar incurso en el incumplimiento de la Medida Preventiva [...] Si se analiza detalladamente la medida preventiva se evidenciará que es contraria a derecho, que la administración ha pretendido tutelar violando, el orden jurídico de manera ilegítima, cuando le otorgó el ius prohibendi al solicitante de manera desproporcionada e inadecuada, destinada a prohibir a Sumesa todo tipo de publicidad en la esfera de su actividad comercial. [...] Todas esas restricciones exageradas vienen a causar daño a mi representada colocándolo en una posición de inferioridad y desigualdad antela ley y ante la libre competencia y concurrencia favoreciendo a otros. [...] Sumesa en sus pautas comerciales comparativas **no ha hecho alusión a empresa ni producto alguno.** [...] Por todas estas consideraciones se puede constatar que no existen elementos de juicios para declarar incumplimiento de la Medida Preventivas por ser un hecho procedimiento contrario al ordenamiento plagado de inconstitucional e ilegalidad, la administración no puede convalidar actos con vicios de irregularidades y sustentarse en mera conjeturas y suposiciones, el derecho no se sustenta en meras suposiciones. [...] No existe un hecho cierto ni en el expediente principal ni en la solicitud de la medida (meras conjeturas) que implique las condiciones de procedibilidad de un buen derecho (Fumus boni iuris) que le asista al operador económico solicitante, ni tampoco la peligrosidad en que este sometido ese derecho (periculum in mora), sino que se basa en sus análisis en un temor infundado por parte de Oriental bajo la premisa del elemento “indirectamente” [...]” (El énfasis pertenece al texto original).*

Sobre la inexistencia de referencia inequívoca al o los competidores:

“[...] las menciones genéricas, referidas al resto de competidores cuando son más de dos, como la mención genérica “otros”, sin hacer ninguna referencia expresa a un competidor, no pueden constituir un supuesto de comparación desleal, así lo recalca la Sentencia de la Autoridad Provincial de Vizcaya, Sección 4ª de 29 de diciembre de 1999, AC 1999, 8496, en la que se mencionan de forma genérica a las agencias de publicidad

no asociadas, sin mencionar concretamente ninguna. [...]” (El énfasis pertenece al texto original).

Sobre el cese de las medidas preventivas:

“[...] es absurdo que dentro período del cesación de las medidas preventivas (3 meses, y 12 días) se tomen como elementos de juicio las publicidades transmitidas para el supuesto incumplimiento de las medidas preventivas desde el 29 de septiembre de 2021 hasta el 12 de enero de 2022. [...]En el período de cese de las medidas preventivas, no puede haber seguimiento de las mismas, ya que ellas no existieron, en virtud de que existió una resolución que pone fin al procedimiento, por lo que al cumplirse con el artículo 78 del RLORPM las medidas preventivas habían dejado de existir en el mundo jurídico [...]”

Sobre la duración de la infracción:

*“[...] Las publicidades **NO SON CONTINUADAS**, señalar que la infracción se extendió desde septiembre de 2020 hasta diciembre de 2021, es inexacto y falso de falsedad absoluta en su continuidad, ya que todas las formas de publicidad tienen una duración y una temporalidad determinadas, con un inicio y un fin claramente establecidos. [...] **Además existe un período de cese de las medidas preventivas, el cual no fue considerado en el análisis de la duración de la supuesta infracción publicitaria. Al no tener en cuenta estos elementos, se vulneran principios fundamentales como el debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.** [...]*” (El énfasis pertenece al texto original).

Sobre la errónea determinación del mercado relevante y cálculo de la multa:

*“[...] La CRPI erradamente está incluyendo en la sumatoria a operadores económicos que no forman parte del mismo nivel de mercado, se están incluyendo a distribuidores y comercializadores, esto implica que se incluye en el volumen de negocios a productos duplicados que el PRODUCTOR produce y vende su producto a los DISTRIBUIDORES Y COMERCIALIZADORES, y estos mismos PRODUCTOS son reportados por los DISTRIBUIDORES Y COMERCIALIZADORES, existiendo una duplicidad de volumen de negocios. [...] Mi representada no representa el 8,8% de participación, por la mala determinación del mercado relevante no todos estos operadores pertenecen al mismo nivel del mercado ni compiten directamente entre sí. [...] La CRPI para determinar el volumen de negocio tomó la información disponible correspondiente a 2021 y no 2022 que es el correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa [...] Es relevante señalar que la CRPI no ha activado sus facultades de actividades complementarias para solicitar a mi representada los ingresos correspondientes al año 2022 o información al SRI, para determinar cuál ejercicio económico aplicar en el cálculo de la multa. La Resolución impugnada mediante la presente apelación es de fecha 06 de Junio de 2023 y la presentación de nuestros ingresos al SRI fue el 06 de abril del 2023 es decir, los datos de 2022 estuvieron disponible 61 días antes de la Resolución de la sanción. [...] **el Índice Herfindahl-Hirschman (en adelante HHI) mide la concentración económica de un sector del mercado no mide el presuntocometimiento de una infracción. El HHI suele hacerse en casos de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos anticompetitivos, nada tiene que ver con Prácticas Desleales. La Intendencia ha cometido errores técnicos tremendos que nulitan todo el proceso.** [...] El mercado relevante determinado para el presente caso no se corresponde con el objeto de nuestra investigación, que se centra en el ámbito de la publicidad, y, es donde se delimita el mercado relevante.*

[...]” (El énfasis pertenece al texto original).

Sobre los elementos utilizados en las publicidades:

*“[...] la tarrina plástica no deber ser considerado como una alusión indirecta a Oriental [...] Estamos en presencia de un acto discriminatorio en contra de SUMESA, por cuanto en el mercado ecuatoriano se comercializa este tipo de fideos, con las mismas características del producto de oriental, en tal sentido, oriental no podía sentirse aludida con esta publicidad, por cuanto existe incluso otro operador económico que también usa ese tipo de tarrinas en sus productos y no se sienten aludidos. [...] oriental no vende su producto al consumidor final a USD 1.70, nía 1.75 entonces mi representada no ha hecho alusión directa ni indirecta a oriental.[...] como se evidencia los colores rojo azul, blanco amarillos colores de atracción cromática, que son utilizados en los diferentes sectores de bebidas y alimentos para atraer la atención del consumidor. [...] Como puede apreciarse el término tallarín/es es un término común, de uso general en la industria alimenticia, siendo un término indeterminado, por lo tanto, no existe razones ni motivo para determinar -per se- que el uso del término **TALLARINES** determina e identifica a un producto de un operador económico, por lo tanto, Oriental no tiene exclusividad del término “TALLARINES”. [...] La falta de identificación de la empresa y el producto en la publicidad no debería ser motivo suficiente para atribuir responsabilidad a mi representada sin elementos facticos y probatorios. **NO EXISTE PRUEBA QUE DEMUESTRE LA PERCEPCION DEL CONSUMIDOR MEDIO** [...]”* (El énfasis pertenece al texto original).

Con las citas de la exposición de motivos, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los vicios del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, planteando el porqué de la invalidez del procedimiento administrativo así como del acto impugnado, y sobre los cuales versará el análisis realizado por esta autoridad.

QUINTO. – PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. -

Conforme los hechos expuestos por el operador económico SUMESA S.A., en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratar, si para la adopción de la Resolución de 06 de junio de 2023 se han respetado los derechos al debido proceso y a la defensa; si existen vicios en la sustanciación y cumplimiento de formalidades de los Expedientes Administrativos SCPM-CRPI-030-2022 y SCPM-IGT-INICPD-022-2020; y, sí el acto administrativo de la referencia contiene motivación suficiente y adecuada que justifique la decisión adoptada, a partir del análisis de la verdad procesal del expediente administrativo.

Para efectos del desarrollo de la presente resolución, se analizarán -de la verdad procesal- los argumentos impugnatorios de hecho y de derecho, comparativamente con el acto administrativo impugnado, bajo los vicios presentados por el recurrente como fundamento de la pretensión de nulidad, del procedimiento administrativo o del acto en sí mismo.

SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL.-

De la revisión de los recaudos procesales constantes en los expedientes administrativos objeto de análisis, así como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se detallan a continuación:

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-022-2020:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Resolución de 12 de julio de 2019 emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2029, por medio de la cual la CRPI impuso medidas preventivas al operador económico SUMESA S.A.;
2. Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I de 03 de diciembre de 2020, respecto del “[...] *Seguimiento de Medidas Preventivas dispuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) mediante resolución de 12 de julio de 2019*”, emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales –INICPD-;
3. Resolución de 28 de diciembre de 2020, emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2029, por medio de la cual la CRPI dispuso a la INICPD iniciar la etapa de investigación por el presunto incumplimiento de las medidas preventivas por parte del operador económico Sumesa S.A.;
4. Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2021-001 de 13 de enero de 2021, emitido por la Intendencia Nacional Jurídica, mediante el cual señaló: “[...] *el procedimiento administrativo sancionador aplicable para la sanción de las infracciones previstas en la LORCPM, es el previsto en el Capítulo V, Sección 2a. de la Ley ibídem, en concordancia con las normas de su Reglamento para la aplicación [...]*”;
5. Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2021-002 de 15 de enero de 2021, por medio del cual la Intendencia Nacional Jurídica atiende el alcance al Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2021-001 de 13 de enero de 2021, mediante el cual señaló “[...] *para las infracciones no derivadas del cometimiento de conductas anticompetitivas, lo más correcto, atendiendo también a la naturaleza y particularidades de dichas infracciones, es aplicar el procedimiento de rango legal, previsto en el Capítulo V “De los Procedimientos”, Sección 2 “Del Procedimiento de Investigación y Sanción” de la LORCPM [...]*”;
6. Providencia de 19 de enero de 2021, por medio de la cual la INICPD avocó conocimiento del procedimiento de investigación y dispuso correr traslado con el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I y la providencia de 28 de diciembre de 2020, emitida por la CRPI, al operador económico SUMESA S.A.;
7. El escrito presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 09 de febrero de 2021, signado con el ID. 184583, mediante el cual el operador económico presentó explicaciones;
8. Resolución de 19 de enero de 2022, por medio de la cual la CRPI resolvió declarar la nulidad del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-022- 2020, a partir de la Resolución de 23 de febrero de 2021;
9. Providencia de 20 de enero de 2022, por medio de la cual la INICPD avocó conocimiento del procedimiento y retomó la sustanciación del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-022-2020;

10. Providencia de 26 de enero de 2022, por medio de la cual la CRPI aclaró que la declaratoria de nulidad dispuesta mediante resolución de 19 de enero de 2022 incluye la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-022-2020;
11. Providencia de 27 de enero de 2022, por medio de la cual la INICPD revocó la disposición primera de la providencia de 20 de enero de 2023; avocó conocimiento y retomó la sustanciación del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-022-2020;
12. Resolución de 09 de febrero de 2022, por medio de la cual la INICPD ordenó el inicio de una investigación dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-022-2020 por el plazo de ciento ochenta (180) días, prorrogables por ciento ochenta días (180) adicionales;
13. Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-007-2022 de 21 de julio de 2022, que concluyó que existen elementos de convicción de que el operador económico SUMESA S.A. podría haber incumplido la Resolución de la CRPI de 12 de julio de 2019, en consecuencia infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM;
14. Formulación de cargos de 22 de julio de 2022, en la cual, la INICPD resolvió formular cargos en contra del operador económico SUMESA S.A.;
15. Escrito presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 15 de agosto de 2022 con el cual presentó excepciones;
16. Providencia de 16 de agosto de 2022, la INICPD, en lo principal, dispuso la apertura de la etapa de prueba por el término de sesenta (60) días;
17. Providencia de 14 de noviembre de 2022, la INICPD declaró concluida la fase probatoria;
18. Providencia de 21 de noviembre de 2022, la INICPD dispuso elevar a conocimiento de la CRPI el Informe Final N.º SCPM-IGT-INICPD-030-2022, de 21 de noviembre de 2022.

b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022:

1. Memorando SCPM-IGT-INICPD-103-2022-M de 21 de noviembre de 2022, por medio del cual la INICPD puso en conocimiento de la CRPI el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 y el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-022-2022;
2. Providencia de 24 de noviembre de 2022 por medio de la cual la CRPI, en lo principal, avocó conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022;
3. Providencia de 30 de noviembre de 2022, la CRPI trasladó el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 al operador económico SUMESA S.A. para que en el término de diez (10) días presente sus alegatos;
4. Providencia de 12 de diciembre de 2022, a las 15h47, en la cual la CRPI concede al operador económico ORIENTAL, la calidad de tercero interesado en el expediente;

5. Escrito de 15 de diciembre de 2022, signado con número de trámite ID. 260511 por medio del cual el operador económico SUMESA S.A. presentó sus alegatos;
6. Providencia de 05 de enero de 2023, por medio de la cual la CRPI, en lo principal, convocó para el 24 de enero de 2023 a fin de que se lleve a cabo audiencia pública.
7. Providencia de 20 de enero de 2023, por medio de la cual la CRPI, en lo principal, difirió la audiencia pública, misma que se instaló y suspendió el 02 de febrero de 2023;
8. Providencia de 17 de febrero de 2023, por medio de la cual la CRPI, en lo principal, convocó a la reanudación de la audiencia, para el 06 de marzo de 2023;
9. Acta de la audiencia pública, instalada el 06 de marzo de 2023, con la presencia de las partes procesales, la INICPD y los miembros de la CRPI;
10. Resolución de 06 de junio de 2023, por medio de la cual la CRPI resolvió declarar que el operador económico SUMESA S.A. cometió una falta leve al haber incumplido lo dispuesto mediante Resolución de 12 de julio de 2019, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2019.

c) Expediente Administrativo SCE-INJ-5-2023:

En la sustanciación del recurso de apelación se hacen constar las actuaciones relevantes, sin que esto implique que no se estudió el expediente en su integridad:

1. Memorando SCPM-CRPI-2023-144 de 07 de julio de 2023, suscrito por la abogada Verónica Del Rocío Vaca Cifuentes, Experta de Resolución en Primera Instancia de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al cual como anexos adjunta: **a.** La versión no confidencial de la Resolución expedida por la CRPI el 06 de junio de 2023, a las 15h55; **b.** Copia certificada del escrito que contiene el Recurso de Apelación y sus anexos, ingresados el 04 de julio de 2023, a las 16h36, con número de trámite ID. 202303307; **c.** Providencia expedida por la CRPI el 07 de julio de 2023, a las 15h25.
2. Memorando SCPM-CRPI-2023-142 de 07 de julio de 2023, suscrito por la abogada Verónica Del Rocío Vaca Cifuentes, Experta de Resolución en Primera Instancia de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante el cual pone en conocimiento de esta autoridad, lo dispuesto mediante providencia de 07 de julio de 2023 a las 11h12, emitida dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022, en la que la CRPI en su parte pertinente indica: “[...] La providencia emitida por esta autoridad el 06 de julio de 2023, a las 15h25, por un lapsus tiene por fecha 07 de julio de 2023, cuando lo correcto es 06 de julio de 2023. En tal virtud, en aplicación del artículo 133 del COA esta Comisión procede a subsanar dicho error. [...] PRIMERO.- Subsanar el error en la fecha de la providencia dictada el 06 de julio de 2023, a las 15h25, que establece 07 de julio de 2023, cuando lo correcto es 06 de julio de 2023. [...]”, anexando al mismo, la reproducción de la providencia expedida por la CRPI el 07 de julio de 2023, a las 11h12;

3. Providencia de 12 de julio de 2023, a las 16h55, por medio de la cual, el Superintendente de Competencia Económica avocó conocimiento del Recurso de Apelación y lo admitió a trámite;
4. Providencia de 01 de agosto de 2023, a las 10h28, por medio de la cual, el Superintendente de Competencia Económica, en lo principal, convocó a audiencia pública a las partes procesales, la cual es diferida con providencia de 08 de agosto de 2023, a las 16h55;
5. Razón de 16 de agosto de 2023, sentada por la Secretaria de Sustanciación por medio de la cual certifica la celebración de la audiencia pública;
6. Providencia de 23 de agosto de 2023, a las 17h00, por medio de la cual, el Superintendente de Competencia Económica, en lo principal, concedió el término de tres (3) para que el especialista técnico designado presente un informe sobre elementos técnicos y económicos;
7. Informe SCE-DS-23-2023 de 28 de agosto de 2023 suscrito por el economista Sergio Torres, especialista técnico designado;
8. Providencia de 28 de agosto de 2023, a las 16h40, por medio de la cual, el Superintendente de Competencia Económica, en lo principal, corrió traslado con el Informe SCE-DS-23-2023 a las partes para que realicen observaciones.

SÉPTIMO. - MARCO NORMATIVO APLICABLE. -

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador** –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías:

“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. [...] 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: [...] c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; “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. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “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. 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.”

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:

“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.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”; “Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras [...] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley [...]”; “Art. 41.- Resoluciones.- Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.”; “Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma de 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. 61.- Una vez efectuada la audiencia o concluido el término de prueba, el órgano de resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días.”; “Art. 67.- Recurso de Apelación o

Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control 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 Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM- establece:

“Art. 71.- Etapa de resolución.- Una vez recibido el informe final y en el término de tres (3) días, el órgano de sustanciación y resolución correrá traslado con el mismo a las partes, las que podrán presentar alegatos ante dicho órgano en el término de diez (10) días. Si el órgano de sustanciación y resolución lo estimare conveniente, ordenará que se convoque a audiencia pública señalando el día y hora de la misma. Los interesados, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Habiéndose corrido traslado a las partes con el informe final; o, una vez efectuada la audiencia pública, el órgano de sustanciación y resolución, dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días. La resolución deberá contener los antecedentes del expediente, las alegaciones aducidas por los interesados, las pruebas presentadas por estos y su valoración, los fundamentos de hecho y derecho de la resolución, la identificación de las normas o principios violados y los responsables, la calificación jurídica de los hechos, la declaración de existencia de infracción y, en su caso, los efectos producidos en el mercado, la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y la decisión sobre la aplicación, exención o reducción del importe de la multa. Si se determinare que se produjo una infracción a la Ley, el órgano de sustanciación y resolución mediante resolución, impondrá las sanciones y medidas correctivas que establece la Ley o, de ser el caso, la exención o reducción de la multa cuando corresponda. Durante este periodo, si el órgano de sustanciación y resolución lo considera necesario, podrá solicitar que el órgano de investigación practique actuaciones complementarias que pudieren servir como prueba. El órgano de investigación remitirá al órgano de sustanciación y resolución un informe sobre los resultados de las actuaciones complementarias que hubiere realizado.”

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa –IGPA prevé:

“Art. 52.- CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN.- El recurso de apelación será interpuesto ante el Superintendente, conforme al Art. 67 de la LORCPM, por el operador económico, dentro del término de veinte (20) días contados desde su notificación con la expedición del acto administrativo, en la Secretaría General o a la que haga sus veces en las Intendencias Zonales. a. La Secretaria General o la que haga sus veces en las Intendencias Zonales, enviará el recurso de apelación al Intendente o Presidente de la CRPI, según corresponda, quien incorporará al expediente el escrito del recurso en el término de tres (3) días y lo remitirá mediante providencia al Superintendente. b. El Superintendente en el término de cinco (5) días de recibido el expediente del inferior, avocará conocimiento del recurso y verificará si este ha sido presentado dentro del término legal; en caso de ser extemporánea su presentación, en la primera providencia lo negará sin análisis alguno; caso contrario, el Superintendente correrá traslado a las partes para que en el término de tres (3) días presenten alegaciones motivadas; c. Este recurso será resuelto y notificado en el plazo de sesenta (60) días, contados desde el día que el Superintendente

avoque conocimiento del mismo. Esta resolución podrá ser objeto de aclaración o ampliación, sea de oficio o a petición de parte; y, d. El recurso de apelación será con efecto devolutivo y resuelto por el Superintendente de conformidad con la LORCPM. De lo resuelto por el Superintendente no habrá recurso alguno salvo el de aclaración o ampliación. El contenido del recurso de apelación deberá contener al menos lo siguiente: 1. Identificación del acto administrativo que genera la vulneración de derechos de las partes; 2. Invocación de la norma constitucional, legal o reglamentaria presuntamente inobservada; 3. La pretensión; 4. Casillero electrónico asignado por la SCPM o casillero judicial o un correo electrónico; y, 5. La firma del representante legal del operador económico y de su abogado defensor.”

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO. -

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE-¹, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece para el régimen de competencia ecuatoriano:

“El objeto de la presente Ley es [...] 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”²

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Competencia Económica, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para prevenir, prohibir y sancionar prácticas desleales acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento para la aplicación. Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, pues la carta constitucional reza:

“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.”

¹ CRE. - “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. [...]”

² LORCPM.- “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”

Atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM por los cuales este organismo técnico de control debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, previniendo, prohibiendo y sancionando prácticas desleales; en concordancia con la sección III del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – RLORCPM-, en la que consta el presupuesto de que cuando uno o varios operadores económicos cometan prácticas desleales que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general recaerán en infracción a la Ley no siendo las conductas susceptibles de exoneración alguna.

Una vez realizadas las citadas precisiones, cabe señalar que, previo a analizar los fundamentos de la impugnación, en contraste con lo resuelto en el acto administrativo apelado, es necesario realizar un control de legalidad. Así, en observancia a lo previsto en el artículo 227 de la CRE que determina la sujeción de la administración pública a los principios de eficiencia, calidad e imparcialidad, y conforme el derecho a la tutela efectiva, al haber conocido las actuaciones administrativas desarrolladas dentro del expediente que fuere sustanciado y tramitado por la CRPI, se ha evidenciado, conforme se expone en el apartado sexto de la presente resolución que refleja los recaudos procesales, que dentro del Expediente Administrativo signado con el número SPCM-CRPI-030-2022, la resolución fue emitida fuera del plazo contemplado en el artículo 61 de la LORCPM y artículo 71 del RLORCPM; conforme la siguiente verificación de las actuaciones relevantes de dicho expediente:

- Una vez recibido el Informe Final No. SPCM-IGT-INICPD-030-2022 remitido por la INICPD el 21 de noviembre de 2022, la CRPI dentro del término de tres (3) días, mediante providencia de 24 de noviembre de 2022, avocó conocimiento y suspendió el término del procedimiento hasta la resolución de la excusa del comisionado Pablo Carrasco.
- Con providencia de 30 de noviembre de 2022, la CRPI levantó la suspensión del término del procedimiento y dispuso trasladar el Informe Final al operador económico SUMESA S.A. para que en el término de diez (10 días) presente alegatos.
- Mediante providencia de 05 de enero de 2023, la CRPI convocó a audiencia pública misma que fue diferida por medio de providencia de 20 de enero de 2023.
- La audiencia pública fue instalada y suspendida el 02 de febrero de 2023 y, posteriormente, **reanudada y finalizada el 06 de marzo de 2023.**
- **La CRPI emitió la resolución el 06 de junio de 2023,**

El artículo 61 de la LORCPM establece que: “**Art. 61.- Una vez efectuada la audiencia o concluido el término de prueba, el órgano de resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días.**” (El énfasis me corresponde); disposición que también se encuentra debidamente desarrollada en el artículo 71 del RLORCPM que dice: “[...] *Habiéndose corrido traslado a las partes con el informe final; o, una vez efectuada la audiencia pública, el órgano de sustanciación y resolución, dictará resolución debidamente motivada en un plazo máximo de noventa (90) días*”; en el presente caso se observa la existencia o materialización de la Audiencia Pública, por lo tanto, conforme lo mandado por la norma el plazo de noventa (90) días que tenía la CRPI para emitir la Resolución se computa a partir de que la Audiencia Pública se efectuó. En el presente caso, de los hechos constantes en el

Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022, se observa que la audiencia pública se efectuó el **06 de marzo de 2023** a las 10h00, y la resolución se emitió el **06 de junio de 2023 a las 15h55**; empero el plazo de los noventa (90) días que otorga la ley contados a partir del día siguiente a la celebración de la audiencia, fenecían el día 04 de junio de 2023; por lo que al haberse emitido la resolución el 06 de junio de 2023 se encuentra fuera del plazo de noventa (90) días; con lo cual se inobservó el artículo 61 de la LORCPM y el inciso tercero del artículo 71 del RLORCPM, provocando la caducidad de la potestad administrativa para pronunciarse.

Respecto de la caducidad Couture Eduardo J. sostiene que esta figura jurídica comprende la: “*I. Extinción, clausura, caducidad; acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal, ya sea por prohibición de la ley, por haberse dejado pasar la oportunidad de verificarlo, o por haberse realizado otro incompatible con aquel. II. Principio procesal así designado por oposición al denominado de secuencia discrecional, según el cual el juicio se divide en etapas, cada una de las cuales supone la clausura de la anterior sin posibilidad de renovarla*”³, en esta línea la Corte Nacional de Justicia en el precedente jurisprudencial constante en la Resolución No. 13-2015, Primer Suplemento del R.O. No. 621, de 05 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 de la CRE 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, concordante con ello, el artículo 65 del Código Orgánico Administrativo al referirse a la competencia, orienta: “*(...) es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado (...)*” (el resaltado no es propio del texto).

De lo expuesto, es claro que la potestad decisoria caduca cuando la administración pública no ejerce sus facultades dentro del periodo temporal establecido por la norma para el efecto.

Esto sin perjuicio de que, concomitantemente, se emita una resolución fuera del tiempo, ocasiona la materialización de dos de las causales de nulidad del acto administrativo sancionador previstas en el artículo 105 numerales 3 y 4 del Código Orgánico Administrativo que expresa:

³ Couture, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, Montevideo, Ed. Facultad de Derecho, 1960, pág. 477

*“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:
[...]*

3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.

4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado. [...]” (las negrillas no son propias del texto)

En virtud de lo expuesto, la LORCPM y su Reglamento de aplicación contienen en su codificación un procedimiento reglado de cumplimiento obligatorio para todo órgano de la SCPM en apego del principio de legalidad; en el caso de análisis, el órgano de resolución en su procedimiento debió emitir su pronunciamiento acorde con el trámite que señala la norma, en el tiempo y en la forma que la misma lo prevé, de lo contrario, las actuaciones que no se ajusten al mandato legal acarrearían, según el caso, nulidad y caducidad. Para esta autoridad, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022, debido al pronunciamiento de la CRPI fuera del plazo contemplado en el artículo 61 de la LORCPM y artículo 71 del RLORCPM, ha operado la caducidad, misma que a criterio general de la doctrina es *“la pérdida de la validez de una facultad por haber transcurrido el plazo para ejecutarla”*.

Finalmente, se deja sentado que el cumplimiento de los procesos, procedimientos, plazos y términos propios de estos, se constituyen en solemnidades sustanciales, cuyo incumplimiento o inobservancia lesiona el principio de legalidad, derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica, este último es definido por José Araujo Suárez cómo: *“la garantía de aplicación objetiva de la ley en su sentido amplio, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, a su vez, esta seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los Poderes Públicos, y como es lógico, ésta solo se logra en los Estados de Derecho donde las personas no están sometidas a la arbitrariedad de los órganos del Poder Público”*. (El subrayado fuera de texto)

En razón de haber realizado el control de legalidad se ha verificado la caducidad de la facultad resolutoria de la CRPI, no cabe analizar las alegaciones contenidas en el recurso de apelación presentado por el operador económico SUMESA S.A., ya que el acto administrativo impugnado es nulo.

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 44, numerales 1 y 2, y los artículos 61 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- DECLARAR** la caducidad de la facultad resolutoria de la Comisión de Resolución de Primera Instancia para emitir resolución, y, en consecuencia, se deja sin efecto la Resolución de 06 de junio de 2023, a las 15h55 emitida por la CRPI dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022; **DOS.-** En virtud de la caducidad declarada en el acápite uno de esta parte resolutoria, se dispone el **ARCHIVO** de los Expedientes Administrativos SCPM-IGT-INICPD-22-2020 y SCPM-CRPI-030-2022; **TRES.-** Por los hallazgos identificados en esta resolución, referentes a la nulidad del acto administrativo en razón de la competencia, lo cual contrarían los principios generales del servicio público, tales como calidad, eficiencia, oportunidad, responsabilidad y coordinación, se dispone: **3.1.-** A la Secretaria de Sustanciación, elabore un informe en el que, especificando las actuaciones procesales identificadas en la presente, singularice a los

funcionarios actuantes responsables de la caducidad y nulidad del acto administrativo, otorgándose para el efecto el término de cinco (5) días; y, **3.2.-** Cumplida la disposición que antecede, la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano deberá iniciar el procedimiento disciplinario correspondiente.- **CUARTO.-** Se deja a salvo el derecho y responsabilidad de la administración para de haber lugar y mientras no se encuentre prescrito, iniciar la investigación sobre la presunta infracción a la LORCPM.- **QUINTO.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeren oportuno.-

DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; notifíquese con el presente auto a: **i)** Al operador económico **SUMESA S.A.**, en los correos electrónicos: ecarrera@sumesa.com.ec; crivadeneira@sumesa.com.ec; y, vrossi@sumesa.com.ec; **ii)** Al operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “OIA” S.A.**, en los correos electrónicos: legal@gruporiental.com; eduardo.esparza@dentons.com; jorge.paz@dentons.com; **iii)** Comisión de Resolución de Primera Instancia; **iv)** A la Intendencia General de Técnica; **v)** A la Intendencia General de Gestión; **vi)** A la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano .-

DÉCIMO PRIMERO.- Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Claudia Pontón Caamaño.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Abg. Claudia Pontón Caamaño
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN