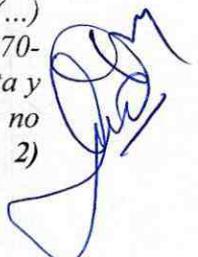


EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-0072-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito DM., 24 de enero de 2018, las 16h57.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. Agréguese al expediente el Memorando No. SCPM-ICC-DNEC-024.2018-M de 24 de enero de 2018, por contener información de terceros operadores en el mercado relevante de oficio se declara como información confidencial el citado memorando. Por corresponder al estado procesal del procedimiento el de resolver, la Comisión de Resolución de Primera Instancia:

COSIDERANDO:

- I) La Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendente de Control del Poder de Mercado, (en adelante CRPI), el 11 de septiembre de 2017, las 15h00 mediante Auto Resolutorio declaró: "(...) **1. DECLARAR** no concluido el procedimiento de investigación dentro del expediente No. SCPM-ICC-005-2017." "**2. DEVOLVER** el informe No. SCPM-ICC-0037-2017, fechado el 14 de julio de 2017, a la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, a efectos de que contenga la información integral necesaria para que la CRPI, adopte la resolución correspondiente." "**3. DECLARAR** la nulidad de lo actuado en el presente procedimiento administrativo a partir del 13 de julio de 2017, a costa de la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas." "**4. De ser necesario** la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, prorrogará los términos del proceso investigativo a fin de que el informe que emita al respecto cuente con todos los elementos, presupuestos y requisitos previstos en la normatividad vigente aplicable en esta materia" "**5. NOTIFICAR** la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y a los operadores económicos Icebell S.A., y Recapitonsa S.A. (...)"
- II) La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, mediante memorando SCPM-ICC-224-2017- de fecha 12 de diciembre remite la entrega del expediente digital No. SCPM-ICC-005-2017 e informe No. SCPM-ICC-070-2017, de fecha 12 de diciembre de 2017, el que trata sobre: "*Informe sobre la Operación de Concentración Económica No Notificada realizada por ICEBELL S.A. en el año 2014*"
- III) La CRPI., con providencia 15 de diciembre de 2017 a las 14h20, en uso de sus atribuciones legales procede avocar el informe en el que refiere: "(...) **RESUELVE: 1) AVOCAR CONOCIMIENTO** del Informe No. SCPM-ICC-070-2017 de 12 de diciembre de 2017, ingresado al sistema SIGDO, en cincuenta y dos páginas, relacionado con la notificación de concentración económica no Notificada realizada por el operador económico ICEBELL, en el año 2014. 2)



*Signar el presente expediente administrativo con el número de trámite **SCPM-CRPI-072-2017**. 3) Incorporar como parte del presente expediente el **INFORME No. SCPM-ICC-070-2017**, de 12 de diciembre de 2017, suscrito por el economista Daniel Cedeño Gallegos, Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (...)*

- IV)** La CRPI., con providencia de fecha 28 de diciembre de 2017, dispone agregar los siguientes escritos a favor del operador económico ICEBELL S.A. en el que presenta sus alegaciones al informe al Informe No. SCPM-ICC-070-2017 de 12 de diciembre de 2017, presentado por la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, providencia que manifiesta: "(...) **1) i) Agregar al expediente el escrito presentado por Ana Ximena Ruiz Illescas en calidad de liquidadora, administradora y Representante Legal del operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 14h47, constante en doce (12) páginas. ii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 14h50, constante en diez (10) páginas. iii) Agregar al expediente el escrito presentado por Ana Ximena Ruiz Illescas en calidad de liquidadora, administradora y Representante Legal del operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 14h52, constante en diez (10) páginas. iv) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 14h55, constante en cuatro (4) páginas y un anexo de diez páginas. v) Agregar al expediente el escrito presentado por Ana Ximena Ruiz Illescas en calidad de liquidadora, administradora y Representante Legal del operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 14h58, constante en ocho (8) páginas. vi) Agregar al expediente el escrito presentado por Ana Ximena Ruiz Illescas en calidad de liquidadora, administradora y Representante Legal del operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 15h00, constante en seis (6) páginas. vii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 15h03, constante en doce (12) páginas. viii) Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ICEBELL S.A., recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 26 de diciembre de 2017, a las 15h05, constante en dos (2) páginas. 2) Tómese en cuenta el contenido de los escritos agregados en los numerales i), ii), iii), iv) v), vi), vii), viii) que constan en líneas superiores, presentados por el operador económico ICEBELL S.A. mismos que serán tomados en cuenta al momento de resolver. 3) Con los**



escritos "ut supra" se corre traslado a la Intendencia Investigación y Control de Concentraciones Económicas de la SCPM., por el término de cinco días (5) días, a fin de que se pronuncie al respecto mediante informe motivado y proceda a informar a esta Comisión (...)"

- V) Con providencia de fecha 05 de enero de 2018, a las 09h00, la CRPI., dispone "(...)" 2) Con sujeción a lo que disponen los artículos 76, numeral 7, literales c) y h) de la Constitución de la República del Ecuador y 38 numeral cuarto de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por estimarlo conveniente este órgano de sustanciación y resolución, convoca a las partes intervinientes en el presente procedimiento administrativo a audiencia que tendrá lugar el día **lunes 8 de enero de 2018 a las 15h00 (...)"** 2) i) Por cuanto el Dr. Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la CRPI, a partir del día **lunes 08 de enero de 2017**, estará en uso del goce de vacaciones de ley, y con la finalidad de que todos los miembros de este órgano de sustanciación y resolución estén presente en la diligencia antes citada, para escuchar la exposición verbal y las alegaciones formuladas por los intervinientes que les permita adquirir mayores elementos de convicción para expedir una resolución debidamente motivada, razón por la cual, esta Comisión ha considerado necesario diferir la diligencia para el día **martes 16 de enero de 2018, a las 15h00**, audiencia a realizarse en una de las Salas de la SCPM (...)", audiencia solicitada por el operador económico ICEBELL S.A., la CRPI., misma que se realiza la Salas de la SCPM.
- VI) Mediante providencia de fecha 08 de enero del 2018, a las 10h30 la CRPI., manifiesta: "(...)" 3) En atención al memorando "ut supra", por decisión de esta autoridad se prorroga por el término de dos (2) días a partir de la notificación de la presente providencia, a fin de que cumpla con la remisión del informe solicitado (...)"
- VII) La Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, remite a la CRPI., el informe No. SCPM-ICC-003-2018 de fecha 10 de enero de 2018, el que refiere: "Informe en contestación al Memorando SCPM-CRPI-2017-0716 de 28 de diciembre de 2017."
- VIII) Mediante providencia de 17 de enero de 2018 la CRPI., dispone. "(...)" I) i) Agregar al presente expediente el memorando No. **SCPM-ICC-008-2018-M**, de 10 de enero de 2018, suscrito por el economista John Reyes Proaño Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (e), recibido mediante SIGDO en una página. ii) Incorporar al presente expediente el memorando No. **SCPM-ICC-010-2018-M**, de 11 de enero de 2018, suscrito por el economista John Reyes Proaño Intendente de Investigación y Control de Concentraciones Económicas (e), recibido mediante SIGDO en una página. iii) Agregar al expediente el escrito presentado el operador económico **ICEBELL S.A.**, recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 16 de enero de 2018, a las 15h25, constante en dos (2) páginas y

un anexo de 30 páginas. iv) Agregar al expediente el escrito presentado el operador económico **ICEBELL S.A.**, recibido en Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 17 de enero de 2018, a las 14h30, constante en dos (2) páginas. 2) Tómesese en cuenta el contenido del escrito y sus anexos agregado en el numeral iii) que consta en líneas anteriores presentados por el operador económico **ICEBELL S.A.** mismo que serán tomado en cuenta al momento de resolver. 3) i) En atención a la petición formulada por el operador económico **ICEBELL S.A.**, constante en el 17 de enero de 2018, a las 14h30, se indica que al tenor de lo que prescribe el artículo 65 del Reglamento de Aplicación de la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, se dispone que previa coordinación con Secretaría de esta Comisión, confieran las copias simples que solicita; para el efecto, **se fija para el día viernes 19 de enero de 2018, a las 15h00.** ii) Remitir atento memorando al Departamento de Comunicación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a fin de que se sirva conferir una copia digital de la grabación de audio y video realizado en la Audiencia de día martes 16 de enero de 2018, a las 15h00. 4) Por corresponder al estado procesal del presente procedimiento administrativo, pasen los autos para resolver. (...)"

- IX) La CRPI., con providencia de fecha 23 de enero del 2018, a las 16h15 dispone: "(...) 3) Se requiere a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas de la SCPM, que en veinticuatro (24) horas, remita a esta Comisión de Resolución de Primera Instancia, la Cuota de Participación del Mercado del operador u operadores económicos responsables. 4) Por corresponder al estado procesal del presente procedimiento administrativo, vuelvan los autos para resolver (...)"
- X) La Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, mediante memorando No. SCPM-ICC-DNEC-024-2018-M, de fecha 24 de enero de 2018, remite: "Respuesta a Providencia de 23 de enero de 2018, dentro del Expediente SCPM-CRPI-072-2017, solicitado a través de Memorando CRPI-2018-0060 de 23 de enero de 2018." En el que en su parte pertinente refiere: "(...) informo a usted que esta Intendencia cuenta con un equipo de tres (3) funcionarios especialistas entre abogados y economistas para analizar el caso por lo que en el plazo otorgado de 24 horas para emitir la cuota de participación del mercado del operador u operadores económicos responsables, resulta insuficiente por las limitaciones de acceso a la información pública y al número de oferentes de este mercado que se encuentra en la ciudad de Guayaquil. (...)"
- XI) Que el artículo 11 numerales 3, 5 y 9 de la Constitución del República del Ecuador, respecto a los principios para el ejercicio de los derechos nos dice: "(...) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". "(...) En materia de derechos y garantías constitucionales,



las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (...) “(...) El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...)”.

- XII)** Que el artículo el 76 de la Carta Magna determina que: “(...) En todo proceso en el que se determine derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)” “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...)”
- XIII)** Que el artículo 4 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM.) “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 (...)” “(...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.”
- XIV)** La Primera Disposición General de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su inciso tercero estatuye: “(...) En lo que no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables (...)”. Código Orgánico General de Procesos. El artículo 109 respecto al efecto que produce la nulidad nos dice: “(...) La nulidad de un acto procesal tiene como efecto retrotraer el proceso al momento procesal anterior aquel en que se dictó el acto nulo (...)”. El artículo 110 sobre la declaración de nulidad y convalidación prescribe: “(...) La nulidad del proceso deberá ser declarada I. De oficio o a petición de parte, en el momento en que se ha producido la omisión de solemnidad sustancial (...)”.
- XV)** **La Corte Constitucional afirma:** (...) La naturaleza jurídica del principio constitucional a la seguridad jurídica está dada por el hecho de dejar de lado la arbitrariedad, salvaguardar la armonía del sistema jurídico, observar las formalidades del debido proceso, no limitar el derecho a la defensa, motivar las sentencias, resoluciones o fallos de autoridad pública administrativa o judicial, recurrir de los mismos en todo procedimiento, del acceso a la administración de justicia, obtener la tutela efectiva de los derechos, constituye la garantía de que el ordenamiento es aplicado de manera objetiva, de tal forma que el Estado garantice a los ciudadanos el respeto de los derechos consagrados en la Constitución como en los convenios y tratados internacionales de derechos humanos, y que los mismos no serán violentados en el futuro, por ninguna persona y en ella incluye a las autoridades administrativas, o judicial o particular (...). Sentencia 165-12 SEP-CC Caso 0511-EP (RO-S 756:30-JUL-2012).

- XVI) En relación al debido proceso la Corte Constitucional sostiene: (...) El debido proceso se materializa en las garantías básicas que permiten el desarrollo de un procedimiento que dé un resultado justo, equitativo e imparcial, a fin de procurar el respeto a los derechos de toda persona a la igualdad que tienen las partes y el órgano jurisdiccional de utilizar la ley para su defensa y para el correcto juzgamiento, así como para lograr la plena satisfacción de los intereses individuales de las partes. Observando el trámite propio de cada procedimiento, según sus características y el agotamiento de las etapas previamente determinadas por el ordenamiento jurídico. (...)" . Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo XI de 30 de julio, Quito – Ecuador. Pág. 221.**
- XVII)** La CRPI., debe contar con toda la información integral necesaria, así como todas las variables aplicables al caso, esto es, entre otros, los elementos que se encuentran establecidos en la resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la LORCPM., información que no ha sido incluida dentro del informe No. SCPM-ICC-070-2017 de 12 de diciembre de 2017. Existe una condición necesaria para la emisión de la resolución que consiste en la conclusión del procedimiento de investigación, de la documentación remitida por la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas, la CRPI no cuenta con la información relativa la Cuota de Participación del Mercado del operador u operadores económicos responsables, información aplicable al presente caso, por lo que se deduce que el proceso de investigación no está completo, por lo que es obligación de la CRPI devolver a la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones el informe No. SCPM-ICC-070-2017 de 12 de diciembre de 2017, a efectos de que el proceso investigativo continúe y se proceda a completar la información requerida por la normativa pertinente, ya que todo acto administrativo debe contar con la información necesaria para su existencia, validez y eficacia, al no contar con información relevante como la solicitada, el acto administrativo no sería eficaz. Adicionalmente a la devolución del informe se deberá declarar, la nulidad de todos los actos realizados a partir del 11 de diciembre de 2017. A su vez la Intendencia deberá realizar los actos investigativos para concluir su informe dentro de los términos establecidos en la normativa aplicable al caso, de ser necesario prorrogará la ampliación de los términos del proceso de investigación.

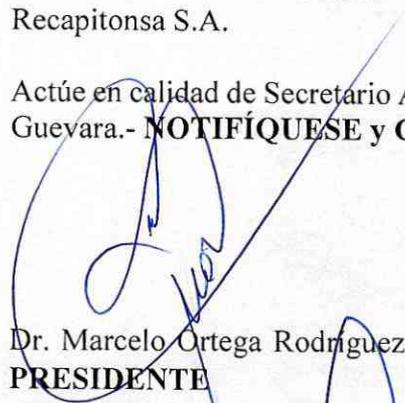
En mérito de los razonamientos que anteceden y en uso de sus atribuciones legales, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia.

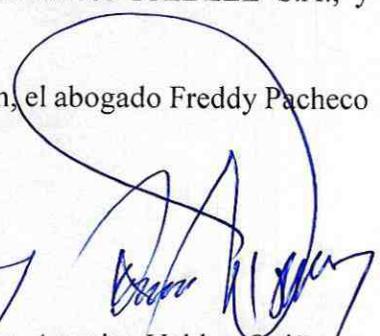
RESUELVE:

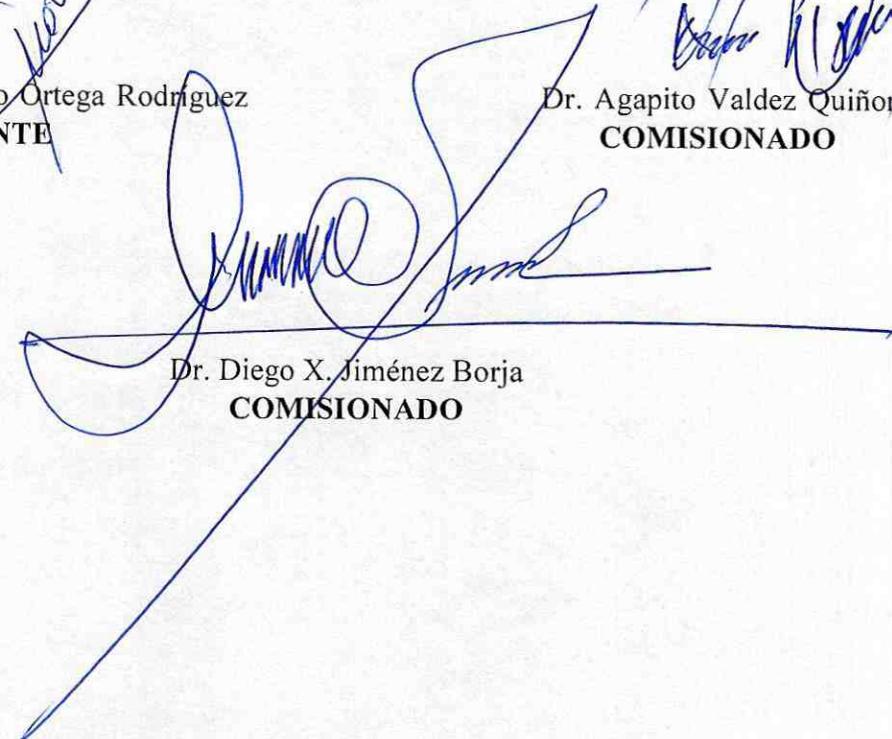
- 1. DECLARAR,** no concluido el procedimiento de investigación dentro del expediente No. SCPM-ICC-005-2017.



2. **DEVOLVER** el informe No. SCPM-ICC-070-2017 de 12 de diciembre de 2017, a la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas y el expediente No. SCPM-ICC-05-2017, a efectos de que su informe contenga todos las variables aplicables al caso, especialmente aquellas relacionadas con la resolución No. 012 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de 22 de Septiembre de 2016, a fin de que la CRPI. adopte la resolución correspondiente.
3. **DECLARAR** la nulidad de lo actuado en el presente procedimiento administrativo a partir del 11 de diciembre de 2017.
4. De ser necesario la Intendencia de Investigación de Control de Concentraciones Económicas, prorrogará los términos conforme establece el artículo 26 del RLORCPM., a fin de que el informe que remita, cuente con todos los elementos, presupuestos y requisitos previstos en la normatividad vigente aplicable en esta materia.
5. **NOTIFICAR** la presente Resolución a la Intendencia de Investigación y Control de Concentraciones Económicas y a los operadores económicos ICEBELL S.A., y Recapitonsa S.A.
6. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc, de esta Comisión, el abogado Freddy Pacheco Guevara.- **NOTIFIQUESE y CÚMPLASE.-**


Dr. Marcelo Ortega Rodriguez
PRESIDENTE


Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO


Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO

