



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-021-2020

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 11 de diciembre de 2020 a las 10h32.-

Comisionado Sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

“Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:

Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
- *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
- *Doctor Edison René Toro Calderón.”*

- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondiente a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Édison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 05 de junio de 2020, mediante la cual se deja constancia de que la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI), designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-328 de 13 de noviembre de 2020, remitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante “INICAPMAPR”), a través del



cual se adjunta el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-026 de 13 de noviembre de 2020.

- [5] El Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-026 de 13 de noviembre de 2020 emitido por la INICAPMAPR y anexos.
- [6] La providencia de 18 de noviembre de 2020 expedida a las 13h14, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

“(…)

CUARTO.- CONCEDER al operador económico **REFRESCOS SIN GAS S.A.**, el término de tres (3) días improrrogables, a fin de que se pronuncie sobre el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-026 de 13 de noviembre de 2020 emitido por la INICAPMAPR.

(…)”

- [7] El escrito presentado el 23 de noviembre de 2020, signado con Id 177534, mediante el cual el operador económico **REFRESCOS SIN GAS S.A. RE.S.GA. SA.** (en adelante **REFRESCOS SIN GAS**), solicitó la nulidad del procedimiento administrativo, argumentando lo siguiente:

“... *El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante IGPA) emitido por la SCPM, no sólo se encuentra en una jerarquía normativa inferior al COA, sino que es inaplicable a terceros, ajenos a la SCPM. De acuerdo con el Decreto Ejecutivo No. 1161, artículo 6, publicado en el Registro Oficial 842 de 16 de septiembre de 2016:*

“*La capacidad normativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado establecida en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, estará **enmarcada exclusivamente al ámbito administrativo y de control interno**, sin contravenir las normas de carácter general dictadas por la Junta de Regulación.” (Énfasis añadido)*

(…)”

En conclusión, el procedimiento para la aplicación de multas y sanciones en general debe constar en la ley, o en su defecto en el Reglamento expedido por el Presidente de la República. En ausencia de dicho procedimiento, se debe aplicar el marco normativo subsidiario, que en este caso, se encuentra dado por el COA, norma jerárquicamente superior de conformidad con el artículo 425 de la Constitución de la República.



Lo correcto en este caso, es que la SCPM inicie un procedimiento administrativo sancionador de conformidad con el artículo 244 y siguiente del COA.

La indebida aplicación del procedimiento señalado vulnera el principio de seguridad jurídica y confianza legítima, establecido en el COA.

En adición, vulnera el debido proceso, en la garantía de motivación, por cuanto el informe de cumplimiento elaborado por la Intendencia se sustenta en el procedimiento establecido en el IGPA, en lugar de motivarlo en el COA.

Finalmente, alego la violación al debido proceso, en la garantía constitucional establecida en el artículo 76, número 3 de la Constitución de la República, que en su parte pertinente reconoce y garantiza que “Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”

CONSIDERANDO

- [8] Que, una vez revisada la solicitud de nulidad presentada por el operador económico **REFRESCOS SIN GAS**, la CRPI indica lo siguiente:
- [9] No suministrar información o hacerlo de manera incompleta o incorrecta, es una infracción prevista en el penúltimo inciso del artículo 79 de la LORCPM, así:

“Art. 79.- Sanciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:

(...)

Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.

(...)”

- [10] Si bien el artículo 56 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante IGPA), establece el procedimiento para la aplicación de la multa por no entrega de información, la CRPI encuentra que la propia Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), establece un procedimiento de investigación y sanción para las infracciones previstas en dicha ley.

[11] Lo anterior se desprende del artículo 56 de la LORCPM que establece lo siguiente:

“Art. 56.- Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario.”

El procedimiento de investigación se regirá por las disposiciones constantes en la sección primera del presente capítulo.

(...)” Negrita y Subrayado por fuera del texto.

[12] Lo anteriormente mencionado evidencia una antinomia entre la LORCPM y el IGPA. Por tal razón, y amparada en el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 225 de la Constitución Nacional¹, la CRPI considera que el procedimiento aplicable para sancionar las infracciones por no entrega de información es el establecido en la propia LORCPM y su Reglamento, y no así el previsto en el IGPA.

[13] Además de lo anterior, es importante tener en cuenta el pronunciamiento vinculante del Procurador General del Estado contenido en el Oficio No. 06578 de 11 de noviembre de 2019, donde se indica lo siguiente:

“(...) [S]e debe determinar si en materia de procedimiento administrativo sancionador y de impugnación de actos administrativos en vía administrativa, la especialidad corresponde a la LORCPM o al COA. (...) Así, la LORCPM, en el Capítulo V <De los Procedimientos>, Sección 2 <Del Procedimiento de Investigación y Sanción>, artículos 53 al 64, desarrolla el procedimiento aplicable para la sanción de infracciones administrativas en

¹ **“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.**

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

(...)”



*materia de control del poder de mercado; en su Sección 3 <De los Recursos en Sede Administrativa y Jurisdiccional>, artículos 65 al 69, regula los recursos administrativos, sus condiciones, causales y características; y, el Capítulo VI <De las Medidas Correctivas y de las Sanciones>, Sección 2 <Sanciones> artículos 77 al 88, contempla las infracciones y las sanciones establecidas para quienes infrinjan lo dispuesto en la LORCPM. (...) **De lo hasta aquí analizado se observa que, las disposiciones de la LORCPM, sobre el procedimiento administrativo sancionador y los recursos administrativos, sus condiciones, causales y características, son incompatibles con las normas que, sobre la misma materia, constan en el COA, advirtiéndose que las disposiciones de la LORCPM no han sido derogadas ni expresa ni tácitamente (...) Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 del CC y 3, numeral 1 de la LOGJCC, el COA no ha derogado, ni expresa ni tácitamente, las disposiciones previstas en la LORCPM concernientes al procedimiento sancionador especial y los recursos administrativos. En tal virtud, respecto de la segunda consulta se concluye que las condiciones, términos y plazos, causales y características del procedimiento sancionador especial establecido por la LORCPM se encuentran vigentes.***”. Negrita y subrayado por fuera del texto,

- [14] Lo mencionado también fue plasmado por la Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM (en adelante INJ), a través del Criterio Jurídico SCPM-DS-INJ-2020-018 de 04 de diciembre de 2020, donde se concluyó lo siguiente:

“Conforme lo establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 82 ibídem que garantiza el derecho a la seguridad jurídica, en aplicación de lo establecido en el artículo 56 de la LORCPM, y en observancia del pronunciamiento vinculante realizado por el Procurador General del Estado, 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.

La aplicación de las normas instructoras, debe ser siempre realizada en el marco del principio de jerarquía normativa y de juridicidad, esto quiere decir, que la actuación administrativa debe estar sometida a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la Ley, a los principios y a la jurisprudencia aplicable. De identificar cualquier órgano de la SCPM la incompatibilidad de normativa instructora con los mandatos legales o reglamentarios, deberá advertir inmediatamente a las instancias correspondientes, a fin de analizar de manera inmediata la derogatoria o reformas correspondientes; sin perjuicio de su obligación de aplicar directamente la Ley y la Constitución.



(...)

- [15] Como en este caso tanto el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2020-026 de 13 de noviembre de 2020, como el procedimiento adelantado por la CRPI, se encuentran soportados en el artículo 56 del IGPA, la Comisión encuentra la existencia de un vicio de nulidad del procedimiento.
- [16] Para salvaguardar el derecho al debido proceso, específicamente la garantía contenida en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución Nacional², la CRPI declarará, de conformidad con el cuarto inciso del artículo 107 del COA³, la nulidad total del procedimiento sustanciado, y dispondrá a la Intendencia que para emitir el informe

² “**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:

(...)

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. **Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.**

(...)” Negrita y subrayado por fuera del texto.

³ “**Art. 107.- Efectos.** La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables.

La declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición.

La declaración de nulidad de un acto administrativo afecta exclusivamente al acto viciado, salvo en los casos en que el procedimiento administrativo deba también ser declarado nulo de conformidad con este Código.

Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado.

El órgano que declare la nulidad del procedimiento administrativo dispondrá la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual de no haberse incurrido en el vicio que motiva la declaración de nulidad del procedimiento.” Negrita y subrayado por fuera del texto.



respectivo aplique los parámetros procedimentales contenidos en la LORCPM y su Reglamento.

- [17] Si bien el operador económico **REFRESCOS SIN GAS** sustenta su petición de nulidad en que se debió aplicar el COA y no el IGPA, la CRPI al encontrar la existencia de un procedimiento aplicable en el LORCPM no encuentra asidero a lo argumentado por el solicitante, pero sí evidencia un vicio de nulidad, tal y como se expresó líneas arriba.

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

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente el escrito presentado por el operador económico **REFRESCOS SIN GAS S.A. RE.S.GA. SA.**, el 23 de noviembre de 2020 y signado con Id 177534

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad total del procedimiento sustanciado por la CRPI mediante el Expediente No. SCPM-CRPI-021-2020, dejando a salvo la facultad de la INICAPMAPR para iniciar el procedimiento de investigación de conformidad a la LORCPM y su Reglamento.

TERCERO.- SOLICITAR a la INICAPMAPR que previo a emitir el informe sobre la presunta no entrega de información por parte del operador económico **REFRESCOS SIN GAS S.A. RE.S.GA. SA.**, siga el procedimiento previsto en la LORCPM y su Reglamento.

CUARTO.- NOTIFICAR al operador económico **REFRESCOS SIN GAS S.A. RE.S.GA. SA.**, a la IGT y a la INICAPMAPR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Édison Toro Calderón
COMISIONADO

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE