

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-0062-2016

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 24 de febrero de 2017, las 16h45.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del 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 dispone: **i)** Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico Corporación El Rosado S.A. (en adelante “El Rosado”), recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM), el 08 de febrero de 2017, a las 15h07, constante en dos (2) páginas y un anexo de (8) páginas; **ii)** Incorporar al expediente el Memorando Nro. SCPM-CGAJ-100-2017-M, suscrito por el Dr. Patricio Rubio Román, Coordinador de Asesoría Jurídica de fecha 22 de febrero de 2017, constante en una (1) página; **iii)** Agregar al expediente el Memorando Nro. SCPM-CGAJ-107-2017-M, suscrito por el Dr. Patricio Rubio Román, Coordinador de Asesoría Jurídica de fecha 24 de febrero de 2017, constante en una (1) página; En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.-

La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para resolver la presente causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM).

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., ha alegado que el presente procedimiento administrativo se encuentra viciado de nulidad, al expresar que:

2.1.- La SCPM carece de competencia material para investigar y ejercer la potestad sancionadora respecto de una conducta que, según ha reconocido la propia autoridad, no constituye infracción, al respecto debemos manifestar que: El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, define a la tipicidad como: *“Concepto muy discutido en el Derecho Penal moderno, entre otras razones porque guarda relación con el Derecho Penal liberal, del cual es garantía, que se vincula con el principio del nullum crimen sine praevia lege. Jiménez de Asúa, refiriéndose a BELING, creador de la teoría, dice que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sanciona con una pena, estando definidos por el código o las leyes, para poder castigarlos. ‘Descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito’. Añade que en la tipicidad no hay ‘tipos de hechos’, sino solamente ‘tipos legales’, porque se trata de la conducta del hombre que se subsume en el tipo legal”*. La definición antes invocada guarda concordancia con la aseveración del operador económico

El Rosado, ya que no se trata de una infracción sino de una conducta prohibida. Si bien es cierto, el artículo 6 del RLORCPM manifiesta que *“Abuso de poder de mercado.- Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna, la acción de Estado, de conformidad con el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el buen vivir. Al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica le son aplicables los literales b) o c) del artículo 79 de la Ley; o, si no es posible determinar el volumen de negocios, los numerales 2 y 3 del mismo artículo; en función de la gravedad de la conducta y lo previsto en este reglamento, lo que será determinado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado previo el respectivo procedimiento de investigación y sanción”*, daría la impresión que se convierte en infracción a través del Reglamento, cosa que no es posible. A pesar de lo manifestado, el inciso segundo del artículo 7 de la LORCPM manifiesta que *“(…) Sin embargo, el obtener o reforzar el poder del mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, **constituirá una conducta sujeta a control, regulación** y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”* (El resaltado es nuestro) De lo expuesto concluimos que las conductas prohibidas en el artículo 10 de la LORCPM, sin ser infracción, son conductas sujetas a control y regulación por parte de la autoridad de competencia.

2.2. El procedimiento administrativo es nulo pues ha sido sustanciado por un órgano cuya competencia se encuentra caducada.

Según se ha comunicado a la CRPI, existe una sentencia del Tribunal Distrital de lo Contenciosos Administrativo con Sede en el Cantón Guayaquil Provincia del Guayas, dentro del proceso signado con el número 00681-2016, que en su parte pertinente manifiesta: *“10 DECISIÓN: Por los fundamentos expuestos, este Tribunal Distrital de los Contenciosos Administrativo No.2 con sede en Guayaquil, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANDO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” admite la demanda presentada por CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. en contra de la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE PODER DE MERCADO. consecuentemente, se declara la ilegalidad y nulidad de los actos administrativos impugnados así como la caducidad de la potestad investigadora de la entidad vencida.(…)”* Sin embargo de lo señalado, la SCPM planteó el recurso extraordinario de casación que fue informado por la Coordinación General de Asesoría Jurídica de la SCPM mediante memorando SCPM-CGAJ-100-2017-M, el que manifiesta: *“Por medio del presente me permito poner en su conocimiento las sentencias expedidas en los juicios contenciosos No. 09802-2016-00608y09802-201600681 propuestos por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., representado por el señor JOHNY JACOBO CZARNINSKY BAIER en su calidad de Presidente Ejecutivo. Me permito manifestar a usted que con respecto a las dos sentencias se ha interpuesto Recurso de Casación, el cual en el juicio No. 09802-2016-0608, presentado con fecha 12 de diciembre de 2016, ha sido inadmitido por la Corte Nacional de Justicia, sin embargo se encuentra pendiente de proveer un recurso de ampliación planteado por la SCPM., el 19 de enero de 2017, por lo que la*

sentencia no se encuentra en firme. Respecto del Juicio No. 09802-2016-00681, el Recurso de Casación ha sido presentado con fecha 10 de febrero de 2017, el cual no ha sido proveído por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2, por lo que la sentencia tampoco se encuentra en firme.”.

El Memorando No. SCPM-CGAJ-107- 2017-M, de 24 de febrero de 2017, en el cual se remite el alcance al Memorando No. SCPM-CGAJ-100-2017-M, suscrito por el doctor Patricio Hernán Rubio Román, Coordinador General de Asesoría Jurídica, en el que informa *“Como alcance al memorando en referencia, me permito manifestar que, en lo relacionado a la sentencia del juicio contencioso No. 09802201600681, mediante providencia notificada el 22 de febrero de 2017, el Tribunal Distrital de los Contencioso Administrativo con Sede en el Cantón Guayaquil, en el numeral Tercero dispone: “TERCERO.- Al haber cumplido las condiciones que determina el artículo 267 ibídem, se lo admite, disponiéndose que se eleve el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conforme establece el artículo 269 del mismo cuerpo legal, dejando copia certificada de la sentencia recurrida para los fines pertinentes...”.*

Conforme queda anotado, ante la sentencia expedida en el juicio No. 09802201600681, se presentó Recurso de Casación; y, conforme lo determina el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 274, opera el efecto suspensivo sobre la sentencia, por cuanto el recurso de casación fue presentado por una institución del sector público.”

El artículo 274 del COGEP manifiesta: *“Efectos.- La admisión del recurso no impedirá que la sentencia o auto se cumpla, salvo que el proceso verse sobre el estado civil de las personas o que haya sido propuesto por los organismos o entidades del sector público.”* De lo manifestado se desprende que el actual proceso administrativo debe ser resuelto por la CRPI, porque se encuentra suspensa la sentencia que debe dictar el Tribunal de Casación de la Corte Nacional.

2.3 Las pruebas de cargo presentadas por la Intendencia son nulas por haberse practicado indebidamente al reproducirse sin sustento documentos "salvados" de un procedimiento nulo. El procedimiento es nulo por haberse negado, con el mismo fundamento, la práctica de pruebas solicitadas por El Rosado. El Superintendente de Control de Poder del Mercado en su resolución dentro del recurso de Revisión, consideró lo siguiente *“(...) con fundamento en el numeral 8 del Art. 130 del Código Orgánico de Función Judicial que dice: “FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión, (...)”;* Esta acción es perfectamente lícita y legal ya que se la adopta dentro de las competencias que tiene la SCPM en la primera Disposición General, último inciso, la cual constituyen normas supletorias en materia de regulación de control del poder de mercado; con respecto a la práctica de las pruebas, estas se han practicado conforme la normativa pertinente en las fases

correspondientes en la materia, con observancia de los principios que rigen la actividad probatoria.

2.4 La prueba de cargo presentada por la Intendencia es nula, al menos parcialmente, por haberse ordenado y practicado fuera del término legal en violación del derecho a la defensa de El Rosado.

La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, de conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, ha practicado, enumerado, valorado, las pruebas presentadas, con apego a lo que establece Art. 164 COGEP señala: *“Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.- La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.”*

2.5 En definitiva, el presente procedimiento administrativo, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento de la LORCPM, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar y que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación preliminar.-

La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM), mediante decisión de 07 de octubre de 2013 a las 08h43, resolvió dar inicio a la investigación preliminar, al señalar: *“[...]PRIMERO: Iniciar una Investigación Preliminar de Oficio cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término de conformidad con lo establecido en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.- SEGUNDO.- La presente Investigación Preliminar de Oficio no limita a esta Autoridad la posibilidad de determinar la existencia de posibles conductas que, a más de las determinadas en la presente Resolución, podrían ser objeto de investigación y sanción; así como establecer presuntos operadores económicos responsables dentro del ámbito de competencia de esta Autoridad y la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, [...]*

3.2. Investigación formal.-

a) Mediante providencia de 05 de agosto del 2014 a las 15h48, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resolvió

dar inicio a la investigación formal dentro del Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023, al manifestar: “[...] por existir presunciones sobre la existencia de prácticas prohibidas conforme lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y de las posibles conductas que previa investigación podrían ser objeto de sanción dentro del ámbito de competencia de esta Autoridad; por parte de los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTAMARÍA S.A.”.

b) El 16 de septiembre de 2014 se celebró una reunión de trabajo con representantes de CORPORACIÓN EL ROSADO, relacionada a los métodos de aprovisionamiento para los supermercados de este operador. En dicha reunión, se indicó que este operador económico tiene dos formas de abastecimiento. La primera corresponde a la entrega centralizada en Quito o Guayaquil; y, la segunda, corresponde al despacho directo en cada local. Además, señalaron que el costo de transporte, en los dos casos, corre a cargo del proveedor.

c) Con providencia de 30 de enero del 2015, a las 12h10, La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, resolvió ampliar la investigación al expresar: “[...] ampliar por ciento ochenta días adicionales el plazo de investigación dispuesto mediante resolución de inicio de investigación” lo anterior debido a que, como consta en la providencia referida, “[...] los elementos de convicción así como los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la emisión de la resolución de inicio de este procedimiento investigativo, deben ser reforzados a la luz de los elementos solicitados a las partes mediante providencias debidamente notificadas; toda vez que se ha solicitado formalmente información a los operadores económicos relacionados con este expediente y esta información es necesaria para la continuidad del proceso investigativo; la falta de atención oportuna de los requerimientos de información referidos que se ha dilatado por parte de los requeridos no permite a la fecha hacer determinaciones concluyentes; en consecuencia, es necesario ampliar el plazo de la etapa de investigación formal, sobre la base de lo que manda el artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado; [...]”.

d) Con providencia de fecha 02 de abril de 2015 a las 09h00, La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM dispuso: “[...] requiérase información a los operadores económicos detallados a continuación: [...] para que por medio de quien corresponda, remita a este órgano de investigación en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación con la presente providencia la respuesta al Cuestionario P, referente a la “Comercialización de productos, a través (sic) de Canales Modernos y Tradicionales [...]”

3.3. Del recurso extraordinario de revisión.-

3.3.1 Con providencia 20 de febrero de 2016 a las 13h15, dentro del expediente extraordinario de revisión signado con el No. SCPMIIAPMAPR-023-2013 DC2-RER-008-DS, el Doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió: *Primero.- DE OFICIO declarar la nulidad de todo lo actuado en el expediente*

administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-023-2013-DC2, sustanciado en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a partir de fojas 5277 inclusive, hasta la presente fecha, excluyendo de esta nulidad a la providencia expedida el 27 de julio de 2015, las 13h30 por cuanto esta autoridad considera que es necesario que los procedimientos de investigación de los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A. se sustancien por separado. Segundo.- Se deja salvo todos los instrumentos públicos que se encuentren incorporados en el expediente; con fundamento en el numeral 8 del Art. 130 del Código Orgánico de Función Judicial que dice: “FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión”, se convalida todo lo actuado de fojas 5429 a 5671 (carpeta 8); 5678 a 6088 (carpeta 9); 6089 a 6242; 6256; 6263 a 6295 (carpeta 10); 6315 a 6862 (carpeta 11); 6863 a 7362 (carpeta 12); 7370 a 7372; 7288 a 7404; 7412 a 7828 (carpeta 13); 7838 a 8060 (carpeta 14), [...].

3.3.2 Mediante Resolución de 23 de marzo de 2016 a las 12h20, en la disposición segunda, el doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, amplió la Resolución de 20 de febrero de 2016 a las 13h15, en el siguiente sentido: “SEGUNDO.- [...] a) Se declara la nulidad de lo actuado a partir de fojas 5235 inclusive, retrotrayendo el tiempo procesal hasta antes de la emisión del informe de resultados y se dispone a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, emita un nuevo Informe de Resultados individualizando cada proceso de investigación, dentro del plazo establecido en el Art. 62 del Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. TERCERO.- Con respecto a la aclaración de la etapa procesal a la que se retrotrae el expediente, se aclara que el proceso se encuentra en etapa de investigación y es la IIAPMAPR quien deberá contabilizar el tiempo efectivo transcurrido desde la resolución de inicio de investigación o su ampliación hasta la fecha que consta a fojas 5234, a fin de determinar el tiempo restante de la etapa de investigación.- CUARTO.- A fin de precautelar el derecho a la defensa de los operadores económicos y el principio de contradicción tutelado por la Constitución de la República, se excluye de la nulidad declarada en este auto y la resolución que se amplía, además de lo ya dispuesto, a la hoja de ruta No. UIO-2015-05320 la cual contiene la autorización de desclasificación de la información de 04 de septiembre de 2015, la cual reposa en el expediente sustanciado por la IIAPMAPR, a fojas 1718. [...]”.

3.4.- Informe de resultados y formulación de cargos.-

3.4.1- La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM., se pronunció sobre los resultados de la investigación, mediante Informe SCPM-DNIAPM-027-2016 de 13 de abril de 2016, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP-2013-023-DC2 en el que concluye y recomienda: “(...

CONCLUSIONES 1. De conformidad al análisis realizado, se concluye que un total de 20 proveedores (identificados en el Anexo 2) se encuentran en relación de dependencia con respecto a los supermercados de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. Se concluyó esto tras analizar las alternativas con las que cuenta el proveedor, el grado de dependencia de cada proveedor y las respuestas a las encuestas realizadas. 2. En situación de dependencia económica, el operador económico que tiene la ventaja de negociación posee poder de mercado sobre su contraparte (doctrinariamente conocido como poder de mercado relativo). Las condiciones para determinar esto fueron: barreras de salida a las que se enfrenta cada proveedor; proporción de compra de cada supermercado investigado; altas barreras de entrada de competidores de los supermercados; y, facilidad en encontrar más proveedores por parte de los supermercados. 3. CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. habría incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que habría impuesto condiciones comerciales a los siguientes proveedores dependientes: - Auquillas Rea Javier Estuardo - Serrano Machuca Félix Roberto - Bacigalupo Buenaventura Zulzly Priscila - Minerva S.A. - Festa S.A. -Aluminio Nacional Del Ecuador S.A. “(...) **RECOMENDACIONES** 1. Correr traslado con el presente informe y la formulación de cargos al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. para que en el término de 15 días presenten sus excepciones, de conformidad al artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el inciso cuarto del artículo 55 del mismo Reglamento. 2. En caso que el órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado resuelva que existe el mérito suficiente, de conformidad a lo establecido en el artículo 67 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el inciso cuarto del artículo 55 del mismo Reglamento, se propone la adopción de la medida correctiva, establecida en el artículo 73 literales a y b de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. a favor de sus proveedores dependientes. 3. En caso que el órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado resuelva que existe el mérito suficiente, de conformidad a lo establecido en el artículo 67 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se sugiere la sanción al operador CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento para la aplicación.”

3.4.2- La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Mediante providencia de 13 de abril de 2016 a las 17h00, corre traslado al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.: [...] PRIMERO: Agréguese al expediente el Informe de Resultados SCPM-DNIAPM-027-2016, de 13 de abril de 2016, elaborado por el señor Daniel Jaramillo, Analista Económico de la IIAPMAPR, revisado y aprobado por el economista Vicente Abril, Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado [...]; SEGUNDO: Agréguese al expediente la Formulación de Cargos emitida por esta autoridad, en calidad de Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (S) [...].- TERCERO: Al amparo de lo dispuesto

en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y el artículo 68 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, córrase traslado con el Informe de Resultados No. SCPMDNAPM-027-2016, de 13 de abril de 2016, debidamente agregado en el ordinal segundo y con la Formulación de Cargos debidamente agregada en el ordinal tercero, al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO, a fin de que en el término de quince (15) días, contados desde la notificación con la presente providencia, la conteste y deduzca excepciones, aclarando que de no dar cumplimiento a lo dispuesto en el término previsto se continuará la sustanciación en rebeldía [...]

3.5.- Término de prueba.-

Con sujeción a lo previsto en el artículo 59 de la LORCPM, providencia de 06 de mayo de 2016 a las 09h00, La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la dispuso la apertura del período de prueba por el término de sesenta (60) días, el mismo que fue prorrogado por el término de treinta (30) días, con providencia de 20 de julio de 2016 a 08h48.

3.6.- Avoco Conocimiento del Informe No. CPM-IIAPMAPR-030-2016.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante providencia de fecha 30 de septiembre de 2016, Avoca conocimiento del Informe No. CPM-IIAPMAPR-030-2016, de fecha 28 de septiembre de 2016, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMMAPR-EXP-023-2013-DC2, remitido por el abogado Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso de Poder del Mercado Acuerdo y Prácticas Restrictivas; signa al presente expediente con el No. **SCPM-CRPI-062-2016** y córrase traslado al operador económico **CORPORACIÓN EL ROSADO** a por el término de 10 días a fin de ejerza su derecho a la defensa y presente las alegaciones que se crea asistido.

3.7.- Audiencia pública

La Comisión de Resolución de Primera Instancia, fijó para el lunes 28 de noviembre de 2016, audiencia pública a fin escuchar a las partes procesales.

3.8.- Informe de Actuaciones Complementarias.-

La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitió a esta Comisión, el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-DNIAPM-100-2016 referente a las Actuaciones Complementarias dentro del expediente No. SCPM-CRPI-2016-062 de 16 de diciembre de 2016.

3.9.- Memorando remitido por la Coordinador de Asesoría Jurídica de la SCPM.,

Con fecha 22 de febrero de 2017 el Dr. Patricio Rubio Román, remite el memorando Nro. SCPM-CGAJ-100-2017-M, , el que refiere: “*Por medio del presente me permito poner en su conocimiento las sentencias expedidas en los juicios contenciosos No. 09802-2016-00608y09802-201600681propuestos por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., representado por el señor JOHNY JACOBO CZARNINSKY BAIER en su*

calidad de Presidente Ejecutivo. Me permito manifestar a usted que con respecto a las dos sentencias se ha interpuesto Recurso de Casación, el cual en el juicio No. 09802-2016-0608, presentado con fecha 12 de diciembre de 2016, ha sido inadmitido por la Corte Nacional de Justicia, sin embargo se encuentra pendiente de proveer un recurso de ampliación planteado por la SCPM., el 19 de enero de 2017, por lo que la sentencia no se encuentra en firme. Respecto del Juicio No. 09802-2016-00681, el Recurso de Casación ha sido presentado con fecha 10 de febrero de 2017, el cual no ha sido proveído por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2, por lo que la sentencia tampoco se encuentra en firme.”

3.10.- Memorando No. SCPM-CGAJ-107- 2017-M, de 24 de febrero de 2017, en el cual se remite el alcance al Memorando No. SCPM-CGAJ-100-2017-M, suscrito por el doctor Patricio Hernán Rubio Román, Coordinador General de Asesoría Jurídica, en el que informa *“Como alcance al memorando en referencia, me permito manifestar que, en lo relacionado a la sentencia del juicio contencioso No. 09802201600681, mediante providencia notificada el 22 de febrero de 2017, el Tribunal Distrital de los Contencioso Administrativo con Sede en el Cantón Guayaquil, en el numeral Tercero dispone: “TERCERO.- Al haber cumplido las condiciones que determina el artículo 267 ibídem, se lo admite, disponiéndose que se eleve el expediente a la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, conforme establece el artículo 269 del mismo cuerpo legal, dejando copia certificada de la sentencia recurrida para los fines pertinentes...”*. Conforme queda anotado, ante la sentencia expedida en el juicio No. 09802201600681, se presentó Recurso de Casación; y, conforme lo determina el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 274, opera el efecto suspensivo sobre la sentencia, por cuanto el recurso de casación fue presentado por una institución del sector público.”

CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR EL OPERADOR ECONOMICO CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.-

4.1.- Explicaciones.-

4.1.1 El procedimiento administrativo es nulo por haber sido sustanciado, según lo ha reconocido la propia Intendencia, para la investigación de conductas que no constituyen infracción previstas legalmente (principio de legalidad), de lo que deriva la incompetencia material tanto del órgano de investigación como del órgano de resolución en este caso.

4.1.2 El procedimiento administrativo es nulo pues ha sido sustanciado por un órgano cuya competencia se encuentra caducada y se encontraba caducada, al menos, desde la emisión del informe No. SCPM-DNIAPM-027-2016, de 13 de abril de 2016 (fs. 8017 a 8032), emitido por el Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado (el "Informe de Resultados").

4.1.3 La prueba de cargo presentada por la Intendencia es nula por haberse practicado indebidamente al reproducirse documentos "salvados", parte de un procedimiento nulo, sin que exista norma legal que sustente esa actuación. El procedimiento es nulo por haberse negado, con el mismo fundamento, la práctica de pruebas solicitadas por El Rosado.

4.1.4 La prueba de cargo presentada por la Intendencia es nula, al menos parcialmente, por haberse ordenado y practicado fuera del término legal de prueba en violación del derecho a la defensa de El Rosado.

4.1.5 El Informe Final carece de sustento jurídico pues no se han presentado y menos demostrado los elementos constitutivos de la prohibición en la que se sostiene que ha incurrido El Rosado (sin que sea infracción). En particular:

i) el régimen jurídico aplicable no reconoce la existencia del poder de dominio en relación de dependencia económica que ha sido creado por la Intendencia.

ii) no existe ni se ha probado conducta alguna de El Rosado que implique imposición de condiciones comerciales a sus proveedores. Por el contrario, pese a que la carga de la prueba le corresponde a la autoridad, El Rosado ha demostrado documentadamente que no ha impuesto ninguna condición comercial a sus proveedores.

4.1.6 Al no existir infracción tipificada legalmente, no corresponde la aplicación de ninguna sanción (como lo reconoce el Informe Final) y, en consecuencia, tampoco procede la aplicación de ninguna medida correctiva. Si no existe infracción, no existe conducta que corregir.

4.1.7 Las medidas correctivas recomendadas en el Informe Final:

i) resultan inútiles dado que el proceso competitivo, en todo caso, ya fue restablecido,

ii) son infundadas debido a que persiguen un fin distinto al previsto legalmente,

iii) son irracionales, draconianas y desproporcionadas respecto de las prohibiciones supuestamente inobservadas; y,

iv) pretenden, al menos parcialmente, que El Rosado supla a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado ("SCPM") en el cumplimiento de obligaciones y deberes que le corresponden legalmente.

4.2.- Excepciones interpuestas.-

1.- Pronunciamiento previo sobre los hallazgos del Informe

2.- La competencia de investigación de la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado se encuentra caducada

3.- Se ha violado el procedimiento debido en perjuicio de El Rosado causando la nulidad de la investigación. La Formulación de Cargos se refiere a supuestas infracciones que no fueron materia de la resolución de inicio de investigación

4.- Las conductas descritas en el art. 10 de la LORCPM no se han calificado como infracciones ni tienen sanción prevista legalmente

5.- El Rosado no tiene poder de mercado en el mercado relevante de aprovisionamiento de supermercados y, por tanto, no es sujeto de infracción

6.- No existe sustento para acusar ninguna infracción pues tanto las conclusiones y recomendaciones del Informe como la Formulación de cargos se han efectuado exclusivamente sobre la base de los resultados de una encuesta llenada por varios Proveedores de El Rosado

7.- El régimen jurídico no reconoce el "Poder de Mercado" en los términos al que se refiere en el apartado 4 del Informe y la Superintendencia no puede crearlo en el Informe.

4.2.- Síntesis de los fundamentos de la Contestación del operador económico Corporación el Rosado S.A.

En el presente procedimiento administrativo el operador económico Corporación el Rosado S.A. refiere: *“(...) el procedimiento administrativo repuesto por disposición del Superintendente de Control de Poder de Mercado ha violado el derecho a la defensa de El Rosado. En efecto, sin admitir la competencia material ni temporal de la autoridad, la reposición del procedimiento permitió (de hecho) que la Intendencia innove sus cargos y alegaciones para tratar de enmendar algunas de las enormes falencias del procedimiento original. Esa innovación ha violado el derecho a la defensa de mi representada. La nulidad incurrida por la omisión de notificar la formulación de cargos no habilitaba a la autoridad a modificar esos cargos y sus fundamentos en perjuicio del operador económico.”*

QUINTO.- PRUEBAS DE LOS INTERVINIENTES.-

5.1.- Prueba presentada por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM.

5.1.1 Escrito servidores de la Secretaría Permanente de la Junta de Regulación justificando no asistencia a declaraciones - fojas 5348 a 5353.

5.1.2 El Oficio No-MSP-ARCSA-2013-0762-0, con fecha 16 de septiembre de 2013 remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA en la que anexa en forma digital un CD, conteniendo un listado actualizado según la base de datos publicado en la página web del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" (De fojas 008, 008-A).

5.1.3 Escrito operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., de 16/09/2015 - impugnación sobre la desclasificación de los formularios P - fojas 5354 a 5357.

5.1.4 Escrito del operador económico AGUA CRISTAL - ACRISTAL S.A. - adjunta Contrato Marco de Provisión de Mercaderías, Plantilla e información en CD - fojas 5599 a 5946.

5.1.5 Escrito servidores de la Secretaría Permanente de la Junta de Regulación, de 01/10/2015 - justificando no asistencia a declaraciones - fojas 6161 a 6162

5.1.6 Escrito del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., de 14/10/2015, solicita ampliación del término probatorio - foja 6176.

5.1.7 Escrito del Ministerio Coordinador de la producción, Empleo y Competitividad, donde se señala los periodos de trabajo de los servidores que fueron invitados a declaraciones - fojas 6194 a 6202.

5.1.8 Escrito del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., de 23/10/2015, solicita copias del pliego de preguntas preparado para el Secretario Permanente de la Junta de Regulación - foja 6209.

5.1.9 Escrito del operador económico AGUA CRISTAL - ACRISTAL S.A. - donde se señala: "Debo insistir, una vez más, tal como se expresó en escrito de fecha 12 de octubre de 2015, que mi representada NO ha tenido inconveniente alguno con el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. [...] mi representada NO cuenta con ningún tipo de documentación donde conste que CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. haya impuesto descuentos o bonificaciones durante el período comprendido entre enero 2011 y agosto 2014, por la razón de que jamás la hemos recibido pues, como se ratifica una vez más, no se nos ha impuesto condición alguna hasta la fecha. Como lógica consecuencia, tampoco cabe declaración juramentada alguna al respecto. [...]". - foja 6213.

5.1.10 Escrito operador económico ZULLY BACIGALUPO BUENAVENTURA de 27 de octubre de 2015 - solicita prórroga para presentación de la información solicitada - fojas 6214 a 6219.

5.1.11 Escrito del operador económico AGUA CRISTAL - ACRISTAL S.A. - donde solicita: "[...] le ruego a usted aclarar su providencia en el sentido de conocer de qué modo podría mi representada celebrar una declaración juramentada sobre los hechos que reiteradamente ha manifestado que no han existido [...]".- fojas 6241 a 6242.

5.1.12 Escrito del operador económico AGUA CRISTAL - ACRISTAL S.A. - incluye declaración jurada que señala: "[...] tengo a bien declarar, bajo gravedad de juramento, que mi representada no ha sido requerida con condiciones especiales ni se le han impuesto descuentos o bonificaciones durante el período comprendido entre enero del año dos mil once y agosto del año dos mil catorce por parte de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. y que por ello la empresa AGUA CRISTAL ACRISTAL S.A. no ha presentado reclamo alguna al respecto [...]". - fojas 7315 a 7324.

5.1.13 Escrito del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.- en el mismo se impugna los informes No. SCPMIIAPMAPR-087-2014 emitido el 26 de junio de 2014 y No. SCPM-IIAPMAPR-126 emitido el 4 de agosto de 2014- fojas 7325 a 7326.

5.1.14 Escritos y anexos del operador económico ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 17 de septiembre de 2015 a las 15h29, remitidos mediante hoja de ruta UIO5885, se adjunta: - la planilla F y el CD - copia certificada de pedido de aporte promocional por apertura de local que señala: "[...] Esta promoción tiene como propósito lograr en conjunto un objetivo que sea en beneficio de todos los productos que ustedes nos proveen y que serán vendidos en Hiper Market Riocentro El Dorado. Para el financiamiento de dicha promoción solicitamos su colaboración,

otorgándonos una parte del pedido inicial, como aporte promocional de la participación" - copias certificadas de facturas, transferencias de pago con retraso en el pago.- de foja 5374 a foja 5473-

5.1.15 Escritos y anexos del operador económico AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 17 de septiembre de 2015 a las 11h41, remitidos mediante hoja de ruta UIO-5850, se adjunta la plantilla F y CD.- de foja 5358 a foja 5373.

5.1.16 Escritos y anexos del operador económico AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 21 de octubre de 2015 a las 10h22, remitidos mediante hoja de ruta UIO-7148, en el que se señala: "Hago conocer a usted que jamás [h]e suscrito ningún tipo de contrato u anexos con la CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., la mía fue verbal yo me acerque a sus oficinas y ofrecí mi producto; el único contrato que he suscrito con ellos es desde este año 2014 (sic) [...]". - adjunta copia certificada de Contrato Marco de Provisión de Mercadería 2014 y CD con plantilla F.- de foja 6186 a foja 6193.

5.1.17 Escritos y anexos del operador económico BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 28 de septiembre de 2015 a las 16h00, remitidos mediante hoja de ruta 2015-00110.- en el mismo se señala: "[...] debo indicar a usted Señor Superintendente de Control y Poder del Mercado, no existen contratos y anexos que haya suscrito con CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., los acuerdos comerciales fueron de manera verbal [...] todos aquellos documentos en los cuales conste que CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. le ha impuesto condiciones o requerimientos de servicios adicionales de manera periódica sin estar previamente pactados a mi representada durante el período comprendido entre enero 2011 hasta agosto 2014, debo manifestar que no existe tal requerimiento efectuado a mi persona. [...]" adjunta la Plantilla F.- de foja 5970 a foja 6008A;

5.1.18 Escritos y anexos del operador económico BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA, recibidos en la Intendencia Zonal 8 de la SCPM el 05 de noviembre de 2015 a las 15h28.- adjunta declaración jurada que señala: "[...] declara juramentadamente cual en derecho se requiere, lo siguiente: A) Que por el giro de mi negocio, mantengo relaciones mercantiles con CORPORACIÓN El Rosado S.A., estas han trascurrido en estricto apego al ordenamiento jurídico que versa sobre la materia, en tal sentido CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. no ha impuesto o condicionado el desempeño de requerimiento de servicio alguno de manera periódica, respetando siempre las políticas de comercio pactadas en este acto mercantil [...]".- de foja 6236 a foja 6240;

5.1.19 Escritos y anexos del operador económico FABRICA FESTA S.A., recibidos en la Secretaría General de la SCPM el 18 de septiembre de 2015 a las 16h53, remitidos mediante hoja de ruta UIO-5998.- adjunta Plantilla F, detalle de las notas de crédito de los años 2011, 2012, 2013, 2014, y circular solicitando colaboración con producto por apertura de nuevo local.- contenidos de foja 5474 a foja 5590;

5.1.20 Escritos y anexos del operador económico MINERVA S.A., recibidos en la Secretaría General de la SCPM el 22 de septiembre de 2015 a las 16h12, remitidos mediante hoja de ruta UIO-6169 - adjuntan Planilla F y escrito que señala: "[...] No hemos suscrito acuerdo con la compañía CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. [...] En relación a la respuesta a la pregunta 1 del cuestionario P, nos permitimos indicar que por un error involuntario por parte del funcionario asignado se comprendió mal la pregunta contestándose afirmativamente que se nos imponían los precios a los productos vendidos a CORPORACIÓN EL ROSADO SA., a pesar de que las negociaciones entre MINERVA S.A. y CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. se realizaron de manera verbal entre nuestros vendedores y las personas responsables de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. [...]"- de foja 5947 a foja 5969;

5.1.21 Escrito del operador económico MINERVA S.A., recibido en la Secretaría General de la SCPM el 01 de octubre de 2015 a las 16h30.- solicita nuevo plazo para la presentación del Cuestionario P, de acuerdo al error involuntario por parte de un funcionario en la contestación de las preguntas.- a foja 6160;

5.1.22 Escritos y anexos del operador económico MINERVA S.A., recibidos en la Secretaría General de la SCPM el 22 de octubre de 2015 a las 16h41, remitidos mediante hoja de ruta UIO-2015-07235.- adjunta declaración jurada donde señala: "[...] El compareciente declara que: CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. no nos ha fijado el precio de compra de nuestros productos y que la información suministrada en el cuestionario "P" fue errónea debido a que el funcionario asignado comprendió mal el sentido de las preguntas allí contenidas.[...]"- de foja 6203 a foja 6208;

5.1.23 Escrito del operador económico MINERVA S.A., recibido en la Secretaría General de la SCPM el 26 de octubre de 2015 a las 10h15, remitidos mediante hoja de ruta UIO-201507407.- señala que ya ha dado cumplimiento a lo solicitado por la IIAPMAPR.- de foja 6210 a foja 6211;

5.1.24 Escritos y anexos del operador económico SERRANO MACHUCA FELIZ ROBERTO, recibidos en la Intendencia Zonal 8 de la SCPM el 29 de septiembre de 2015 a las 12h17 - adjunta Plantilla F y CD.- de foja 6009 a foja 6159;

5.1.25 Oficio de la Secretaría Técnica de la Junta de Regulación de Poder de Mercado No. MCPEC-STJRPM-2015-0127-O, recibido en Secretaría General de la SCPM el 20 de octubre de 2015 a las 16h19, remitidos mediante hoja de ruta ID-2015-07220 - se adjunta respuesta al pliego de preguntas enviado por la IIAPMAPR.- de foja 6183 a foja 6185;

5.1.26 Escrito del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., recibido en la Secretaría General de la SCPM el 26 de octubre de 2015 a las 11h48, remitido mediante hoja de ruta UIO-7290, solicita se oficie al Servicio de Rentas Internas y a la Intendencia de Compañías de Quito para que suministren información en calidad de prueba.- contenido a foja 6212;

5.1.27 Oficio del Servicio Rentas Internas No. 117012015OSTR022468 y anexos, recibidos en la Secretaría General de la SCPM el 19 de noviembre de 2015 a las 11h06, remitidos mediante hoja de ruta ID-2015-1443, contenido de foja 6243 a foja 6679;

5.1.28 Oficio de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros No. SCVS.IRQ.SG.SRS.2015.4319.22895 y anexos, recibidos en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM el 20 de noviembre de 2015 a las 11h15, remitidos mediante hoja de ruta ID2015-1329, contenidos de foja 6680 a foja 7283;

5.1.29 Escrito del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., recibido en la Secretaría General de la SCPM el 26 de noviembre de 2015 a las 15h53, remitido mediante hoja de ruta UIO-20151777.- solicita se oficie a varios operadores económicos para que presenten información a ser reproducida como prueba.- de foja 7291 a 7292;

5.1.30 Escrito y anexos del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 30 de noviembre de 2015 a las 15h03, remitidos mediante hoja de ruta UIO-20151896- solicita se incluya como prueba RUC's de Hipermarket Vergeles y El Dorado y ejemplar de Diario Expreso que acompaña en original apertura Hipermarket Vergeles.- de foja 7309 a 7314;

5.1.31 Escrito y anexos del operador económico ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 08 de diciembre de 2015 a las 11h56, remitidos mediante hoja de ruta UIO2015-2200- adjunta copia certificada de las declaraciones de impuesto a la renta y del impuesto al valor agregado de 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, además de copia certificada de los balances generales, de los estados de cuenta de pérdidas y ganancias y de los informes de auditoría externa de los últimos cinco años.- de foja 7334 a 7503;

5.1.32 Escrito y anexos del operador económico MINERVA S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 08 de diciembre de 2015 a las 13h03, remitidos mediante hoja de ruta ID 2207 - adjunta copias certificadas de los balances generales de los 5 últimos años, copias certificadas de los estados de cuentas de pérdidas y ganancias, de los 5 últimos años y copias certificadas de los informes de auditoría de los últimos 5 años.- de foja 7504 a 7683;

5.1.33 Escrito y anexos del operador económico AGUA CRISTAL S.A., recibidos en la Intendencia Zonal 8 de la SCPM el 11 de diciembre de 2015 a las 16h17 - adjunta copias de las declaraciones anuales, así como de los estados financieros y de resultados durante los últimos 5 años y copias debidamente certificadas de los informes de auditoría externa de 2013 y 2014.- de foja 7684 a 7750;

5.1.34 Escrito y anexos del operador económico EMPRESA FESTA S.A., recibidos en la Secretaría General de la SCPM el 09 de diciembre de 2015 a las 17h00, remitidos mediante hoja de ruta UIO-2015-2288- adjunta declaraciones anuales impuesto a la renta e IVA desde 2011 a 2015, balances generales desde 2011 a 2014, estados de cuentas de pérdidas y

ganancias desde 2012 a 2014, informes de auditoría desde 2011 a 2014.- de foja 7760 a 7984;

5.1.35 Extracto no confidencial del Informe Nro. SP-2015-007 de 18 de septiembre de 2015.- de foja 5591 a foja 5592;

5.1.36 Extracto no confidencial del Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-091-2015 de 27 de noviembre de 2015.- de foja 7293 a foja 7295

5.1.37 Cuestionario P ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A - de fojas 4050 a 4072

5.1.38 Cuestionario P AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO.- de fojas 4597 a 4602

5.1.39 Cuestionario P BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA - de fojas 4478 a 4483

5.1.40 Cuestionario P FESTA S.A. - de fojas 3805 a 3808.

5.1.41 Cuestionario P MINERVA S.A. - de fojas 4012 a 4016.

5.1.42 Cuestionario P SERRANO MACHUCA FELIX ROBERTO.- de fojas 4785 a 4788

5.1.43 DECLARACIÓN JURAMENTADA FESTA S.A. ingresado 06/09/2016 - "Yo, SANDRA JUDITH SILVA CHAPARRO, en mi calidad de Gerente general y representante legal de la COMPAÑÍA "FESTA" SOCIEDAD ANÓNIMA, bajo las prevenciones de ley, con conocimiento de las penas de perjurio en forma libre, voluntaria y bajo juramento declaro que no hemos suscritos contratos con el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., durante el periodo comprendido entre enero de dos mil once y agosto dos mil catorce es todo lo que declaro en honor a la verdad, la misma que la hago para los fines legales pertinentes."- de fojas 8981 a 8992.

5.1.44 Informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de 26 de junio de 2014, suscrito por el economista John Reyes Proaño y el ingeniero Jaime Borja Parreño. - de fojas 215 a 236.

5.1.45 Informe de Resultados No. SCPMDNIAPM-027-2016 de 13 de abril de 2016, elaborado por el economista Daniel Jaramillo, revisado y aprobado por el economista Vicente Abril. - de fojas 8017 a 8032

5.1.46 Notificación recibida dentro del proceso No. SCPM-IIAPMAPR-023-2013 DC2-RER008-DS, respecto de la Resolución de 23 de marzo de 2016, a las 12h20, que amplía la Resolución de 20 de febrero de 2016, a las 13h15, emitida por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, dentro del Recurso Extraordinario de Revisión. - de foja 7990 a 7995

5.1.47 Escrito y anexos de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., con ID 23566, de 19/09/2016 - donde señala: En relación con lo dispuesto en su providencia de 9 de septiembre de 2016, las 13h14, ordinal décimo, manifiesto que la metodología utilizada por El Rosado y sus proveedores para definir descuentos se ha basado en la negociación directa de las partes

con sujeción a las buenas prácticas comerciales del mercado de supermercados. Esas negociaciones, por la dinámica de las relaciones comerciales y el régimen jurídico aplicable, se traducen, de ser el caso, en acuerdos consensuales no sujetos a formalidades o solemnidades de validez o existencia. En cualquier caso, a modo ilustrativo, remito, para que se incorporen al expediente, copias certificadas de las certificaciones emitidas por los proveedores Aluminio nacional del Ecuador S.A. y FESTA S.A. (original incorporado previamente al expediente) de las cuales se desprende la naturaleza voluntaria y consensuada de esos procesos de negociación." - de fojas 10335 a 10338.

5.1.48 Copias certificadas de facturas y cheques solicitados a CORPORACIÓN EL ROSADO, respecto de pagos a ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A. de los años 2011, 2012, 2013, 2014 - de fojas 10339 a 11090.

5.1.49 Escrito de CORPORACIÓN EL ROSADO de 20/09/2016, con ID 23702, donde señala: "[...] Sin perjuicio de la impugnación que dejo indicada, como demostración del ánimo siempre colaborativo y la transparencia de las actuaciones de El Rosado con la Superintendencia, en relación con los pedidos constantes en los numerales 1, 2, 3 y 4 del ordinal quinto de su providencia de 12 de septiembre de 2016, las 16h20, notificada el 13 de septiembre de 2016 (fuera de término de prueba), señalo que mi representada no mantiene en sus archivos documentación que pueda proveer en la que consten "políticas" respecto de "devolución a sus proveedores", de "descuentos por compras a sus proveedores", de "negociaciones de precios con sus proveedores" o de "pago a sus proveedores", por el período establecido en la providencia que comento."- de fojas 11475 a 11484

5.1.50 Escrito y anexo de CORPORACIÓN EL ROSADO de 21/09/2016, signado con ID 23792, donde señala: "2. [...] en relación con los pedidos constantes en los numerales 1, 2 del ordinal duodécimo de su providencia de 9 de septiembre de 2016, las 13h14, notificada el 12 de septiembre de 2016 (último día del término de prueba), señalo que: (a) En el periodo al que se refiere el pedido, mi representada no mantenía contratos escritos con los proveedores enlistados en el numeral 1 del ordinal duodécimo de la providencia. (b) No han existido "cambios en precios aplicados sobre el proveedor: SERRANO MACHUCA FÉLIZ ROBERTO" por lo que El Rosado no dispone de documentación al respecto. Como he anticipado, la metodología utilizada por El Rosado y sus proveedores para definir descuentos se ha basado en la negociación directa de las partes con sujeción a las buenas prácticas comerciales del mercado de supermercados. Esas negociaciones, por la dinámica de las relaciones comerciales y el régimen jurídico aplicable, se reducen, de ser el caso, en acuerdos consensuales no sujetos a formalidades o solemnidades de validez o existencia. 3. (...) en relación con los cheques No. 0173752, 0174195 y 0157044, constan incorporados al expediente del procedimiento administrativo dentro de aquellos que la autoridad ha entendido que están "salvados" (...) no existe necesidad ni obligación de duplicar esa prueba que, adicionalmente, corresponde íntegramente a hechos ocurridos antes del 13 de octubre de 2011. (...) de ser el caso, se considerará a favor del El Rosado, la fecha de ocurrencia de cada uno de los hechos que se acreditan con los documentos que constan en las foja señaladas". 4. (...) en relación con las facturas No. 002-001-00-0012478, 002-001-000013277 y 002-001-00-00-0013299, constan incorporados al expediente del procedimiento

administrativo dentro de aquellos que la autoridad ha entendido que están "salvados" (...) no existe necesidad ni obligación de duplicar la prueba. Los cheques con los que se efectuaron esos pagos (que se encuentran en poder de la respectiva institución financiera) fueron entregados en copia certificada mediante escrito de 19 de septiembre de 2016, a las 15h57, al atender un requerimiento constante en su providencia de 9 de septiembre de 2016, las 13h14 (notificada el 12 de septiembre de 2016)." - fojas 11489 a 11492

5.1.51 Memorando SCPM-CGAJ-715-2016-M de 21/09/2016 de la Coordinación General de Asesoría Jurídica SCPM, ID 23959, donde se señala: "[...] La Superintendencia de Control del Poder de mercado ha sido citada con la demanda presentada por el operador económico CORPORACIÓN El Rosado, dentro del Juicio Contencioso Administrativo No. 09802-2016-00681; de la lectura del auto expedido por la autoridad judicial el 10 de agosto de 2016, se desprende que se ha negado el pedido de suspensión de los actos administrativos de 20 de febrero y 23 de marzo de 2016 planteado por el accionante. Por lo tanto no existe orden judicial de suspensión de ninguna resolución administrativa de la SCPM dentro del Juicio Contencioso Administrativo No. 09802-2016-00681." - adjunta la notificación correspondiente.

5.1.52 Escrito del operador económico FELIX ROBERTO SERRANO MACHUCA, de 26/09/2016, ID 23979, donde señala: "[...] tengo a bien precisar que no he recibido en todos los años como proveedor de la compañía CORPORACIÓN El Rosado S.A., imposición de condiciones comerciales. Tanto las condiciones comerciales como los precios, han sido determinados de mutuo acuerdo por ambas partes. Por lo que pongo en su conocimiento que no poseo en mis archivo respaldos documentales sobre la supuesta imposición de precios (...)"

5.1.53 Escrito del operador económico FELIX ROBERTO SERRANO MACHUCA, de 26/09/2016, ID 24165, adjunta copia de documentos de entrega-recepción.

5.1.54 Escrito del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., de 27/09/2016, ID 24239, adjunta información sobre las facturas: 002-001-00-0012478, 002-001-00-0013277, 002-001-00-0013299 emitida por el operador económico ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A

5.2.- Pruebas presentadas por la Corporación El Rosado S.A.

5.2.1 Certificado emitido por FESTA S.A. - Señala que FESTA decidió colaborar de forma voluntaria en la promoción organizada por Mi Comisariato - El aporte de productos se efectuó a título de colaboración sin que haya existido obligatoriedad ni condicionamiento alguno - ha valorado como beneficiosa y positiva su participación voluntaria. - de fojas 10335 a 10336.

5.2.2 Oficio No.: SCVS.IRQ.SG.SRS.2016.3084.20053 Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros - remite información solicitada sobre FESTA S.A., ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A., INDUSTRIAS LACTEAS S.A. INALECSA, MINERVA C.A. - de fojas 8228 a 8231.

5.2.3 Copia certificada por Superintendencia de Compañías de estados financieros correspondientes al ejercicio económico del año 2015 FESTA S.A. y Copia certificada por Superintendencia de Compañías del informe de auditoría externa del año 2015 FESTA S.A. - de fojas 8232 a 8269.

5.2.4 Copia certificada por Superintendencia de Compañías de estados financieros correspondientes al ejercicio económico del año 2015 de ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A. y copia certificada por Superintendencia de Compañías del informe de auditoría externa del año 2015 de ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A. - de fojas 8270 a 8289

5.2.5 Copias certificadas de los estados financieros correspondientes a los ejercicios económicos de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 de INDUSTRIAS LACTEAS S.A. INDULAC y copias certificadas de los informes de auditoría externa de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 de INDUSTRIAS LACTEAS S.A INDULAC - de fojas 8290 a 8449.

5.2.6 Copias certificadas de los estados financieros correspondientes a los ejercicios económicos de los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 de MINERVA C.A. y Copias certificadas de los informes de auditoría externa de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 de MINERVA C.A. - de fojas 8450 a 8517

5.2.7 Escrito y CD de GRÁFICOS NACIONALES S.A. de 05/09/2016, ID, donde se adjunta copia del Diario Expreso de 17 de abril de 2012. - de fojas 8517A a 8518

5.2.8 Escrito y anexo de ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A. de 05/09/2016, ID 22324- adjunta copia certificada de balances generales y de estados de cuenta de pérdidas y ganancias e informe de auditoría externa correspondiente al ejercicio fiscal 2015. - de fojas 8519 a 8552.

5.2.9 Escrito y anexos de INDUSTRIAS LÁCTEAS S.A. INDULAC de 6/09/2016, ID 22408 - adjunta estados financieros internos y auditados 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 - de fojas 8553 a 8924.

5.2.10 Escrito y anexos de FESTA S.A. de 06/09/2016, ID 22418 - adjunta copia certificada del balance general 2015, copia certificada de estado de pérdidas y ganancias de 2015, copia certificada de informe de auditoría 2015.- de fojas 8925 a 8980.

5.2.11 Escrito y anexos de MINERVA S.A. ingresado 06/09/2016, con ID 22435 - adjuntan copias certificadas de declaraciones de impuesto a la renta 2011, 2012, 2013, 2014, 2015; copias certificadas de declaraciones de impuesto al valor agregado ejercicios fiscales 2011, 2012, 2013, 2014, 2015; copias certificadas de informes de auditoría externa, balances general, estado de pérdidas y ganancias ejercicios fiscales 2011, 2012, 2013, 2014, 2015.- de fojas 8993 a 9348

5.2.12 Escrito de ZULLY PRISCILA BACIGALUPO BUENAVENTURA, con ID 22551 - solicita prórroga para presentar información solicitada mediante providencia de 25 de agosto de 2016. - de fojas 9697 a 9702.

5.2.13 Escrito CORPORACIÓN EL ROSADO de 07/09/2016, ID 22532, señalando: "La pertinencia de la prueba solicitada radica en la necesidad de que conste en el expediente el conocimiento formal de la autoridad sobre la existencia de la acción que impugna su competencia (por caducidad) para la sustanciación de este procedimiento administrativo, para los efectos previstos en el numeral 9 del art. 11 de la Constitución. La competencia del órgano es presupuesto indispensable de su actuación y de validez de sus actos. En cualquier caso, acompaño copia de la demanda que dio inicio a ese proceso judicial y compulsa de la razón de sorteo correspondiente." - incluye anexos señalados.- de fojas 9349 a 9368.

5.2.14 Trámite ID 22535 - Declaraciones de impuesto a la renta y del impuesto al valor agregado correspondientes al ejercicio fiscal 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015 AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO- de fojas 9369 a 9696.

5.2.15 Escrito CORPORACIÓN EL ROSADO de 8/09/2016, ID 22686, donde se señala en referencia ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A.: "(...) El Rosado ha ejecutado cientos de transacciones con el proveedor en referencia por lo que solicito que se conceda un plazo no menor a 10 días para atender el pedido. Debe estimarse no solamente el volumen de transacciones sino, además, el requerimiento de copias certificadas y el hecho de que el domicilio del El Rosado y los archivo respectivos se encuentran en la ciudad de Guayaquil"- de fojas 9703 a 9704.

5.2.16 Escrito y anexos de INDUSTRIAS LÁCTEAS S.A. INDULAC de 9/09/2016, con ID 22752 - se adjunta copias certificadas de las declaraciones de impuesto a la renta y del impuesto al valor agregado de 2011, 2012, 2013, 2014, 2015. - de fojas 9705 a 9876.

5.2.17 Oficio SCVS.IRQ.SG.SRS.2016.3152.20753 de 9/09/2016 de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, donde adjunta información de la empresa PRODUCTOS MINERVA CIA. LTDA. - a) Copias certificadas de los balances de los ejercicios económicos correspondientes a 2011, 2012, 2013, 2014, 2015; b) Copias certificadas de los estados de cambios de patrimonio de los años 2012, 2013, 2014 y 2015; c) Copias certificadas de los informes de auditoría de los años 2012, 2013, 2014 Y 2015. - de fojas 9906 a 10047.

5.2.18 Escrito de MINERVA CIA LTDA DE 16/09/2016 - adjunta copias certificadas de: declaraciones de impuesto a la renta de 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, declaraciones de impuesto al valor agregado de los años 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015, e, informe de auditores independientes correspondiente al ejercicio 2015, conjuntamente con los estados financieros.- de fojas 10085 a 10332.

5.2.19 Copia certificada de certificado emitido por ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A., el 13/09/2016, donde señala: "El mes de marzo de 2012, aproximadamente, recibimos circular por parte de "Mi Comisariato" en donde nos solicitaban una colaboración para la apertura del local "Hipermarket Vergeles", en la cual como empresa participamos, ya que en realidad la contribución a nuestro criterio era muy inferior al volumen de ventas que mi representada maneja en los diversos almacenes de "Mi Comisariato". Es justamente por esa razón que Aluminio nacional del Ecuador S.A. ha participado en otras promociones de apertura de local, como es el caso de "Hipermarket El Dorado" en octubre de 2013. Esta

participación se ha dado por ser conveniente a nuestros intereses de difusión de productos y sin ningún tipo de coacción por parte de "Mi Comisariato" para participar en dichas promociones."- de fojas 10337 a 10338.

5.2.20 Escrito y anexos de ZULLY PRISCILA BACIGALUPO BUENAVENTURA de 20/09/2016, con ID 23629.- adjunta declaraciones de impuesto a la renta 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, declaraciones de impuesto al valor agregado 2011, 2012, 2013, 2014, 2015. - de fojas 11091 a 11474.

SEXTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

6.1.- Fundamentos de Hecho.-

6.1.1. La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM), mediante decisión de 07 de octubre de 2013 a las 08h43, resolvió dar inicio a la investigación preliminar, e Iniciar una Investigación Preliminar de Oficio, la que podrían ser objeto de investigación y sanción; así como establecer presuntos operadores económicos responsables dentro del ámbito de competencia de esta Autoridad y la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado.

6.1.2. Que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, mediante providencia de 05 de agosto del 2014 a las 15h48, resolvió dar inicio a la investigación formal dentro del Expediente SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023, al manifestar: “[...] *por existir presunciones sobre la existencia de prácticas prohibidas conforme lo establecido en los numerales 3 y 4 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y de las posibles conductas que previa investigación podrían ser objeto de sanción dentro del ámbito de competencia de esta Autoridad; por parte de los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTAMARÍA S.A.*”.

6.1.3. La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, con providencia de 30 de enero del 2015, a las 12h10, resolvió ampliar la investigación por ciento ochenta días adicionales el plazo de investigación dispuesto mediante resolución de inicio de investigación, debido a que considera, que los elementos de convicción así como los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la emisión de la resolución de inicio de este procedimiento investigativo, deben ser reforzados.

6.1.4 Que la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM, con providencia de fecha 02 de abril de 2015 a la 09h00, dispuso: “[...] *requiérase información a los operadores económicos detallados a continuación: [...] para que por medio de quien corresponda, remita a este órgano de investigación en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación con la presente providencia la respuesta al Cuestionario P, referente a la “Comercialización de productos, a través (sic) de Canales Modernos y Tradicionales [...]*”

6.1.5 La Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, en el informe de resultados determinó que existen 20 operadores que se encuentran en situación de dependencia económica con los supermercados de CORPORACIÓN EL ROSADO, sin embargo, únicamente 6 de estos proveedores (mediante el cuestionario P) señalaron que CORPORACIÓN EL ROSADO ha realizado algún tipo de conducta que contravendría el artículo 10 de la LORCPM. Los proveedores antes mencionados son: AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO, SERRANO MACHUCA FELIX ROBERTO, BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA, MINERVA S.A., FESTA S.A., ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A.

6.1.6 El Doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, con providencia 20 de febrero de 2016 a las 13h15, dentro del expediente extraordinario de revisión signado con el No. SCPMIIAPMAPR-023-2013 DC2-RER-008-DS, resolvió declarar de oficio la nulidad de todo lo actuado en el expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-023-2013-DC2, sustanciado en la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, a partir de fojas 5277 inclusive, hasta la presente fecha, excluyendo de esta nulidad a la providencia expedida el 27 de julio de 2015, las 13h30 por cuanto esta autoridad considera que es necesario que los procedimientos de investigación de los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A. se sustancien por separado; dejando a salvo todos los instrumentos públicos que se encuentren incorporados en el expediente; con fundamento en el numeral 8 del Art. 130 del Código Orgánico de Función Judicial que dice: “FACULTADES JURISDICCIONALES DE LAS JUEZAS Y JUECES.- Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 8. Convalidar de oficio o a petición de parte los actos procesales verificados con inobservancia de formalidades no esenciales, si no han viciado al proceso de nulidad insanable ni han provocado indefensión”, se convalida todo lo actuado de fojas 5429 a 5671 (carpeta 8); 5678 a 6088 (carpeta 9); 6089 a 6242; 6256; 6263 a 6295 (carpeta 10); 6315 a 6862 (carpeta 11); 6863 a 7362 (carpeta 12); 7370 a 7372; 7288 a 7404; 7412 a 7828 (carpeta 13); 7838 a 8060 (carpeta 14), [...].

6.1.7 Mediante Resolución de 23 de marzo de 2016 a las 12h20, en la disposición segunda, el doctor Pedro Páez Pérez, Superintendente de Control del Poder de Mercado, amplió la Resolución de 20 de febrero de 2016 a las 13h15, en el siguiente sentido: “*SEGUNDO.- [...] a) Se declara la nulidad de lo actuado a partir de fojas 5235 inclusive, retrotrayendo el tiempo procesal hasta antes de la emisión del informe de resultados y se dispone a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, emita un nuevo Informe de Resultados individualizando cada proceso de investigación, dentro del plazo establecido en el Art. 62 del Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. TERCERO.- Con respecto a la aclaración de la etapa procesal a la que se retrotrae el expediente, se aclara que el proceso se encuentra en etapa de investigación y es la IIAPMAPR quien deberá contabilizar*

el tiempo efectivo transcurrido desde la resolución de inicio de investigación o su ampliación hasta la fecha que consta a fojas 5234, a fin de determinar el tiempo restante de la etapa de investigación.- CUARTO.- A fin de precautelar el derecho a la defensa de los operadores económicos y el principio de contradicción tutelado por la Constitución de la República, se excluye de la nulidad declarada en este auto y la resolución que se amplía, además de lo ya dispuesto, a la hoja de ruta No. UIO-2015-05320 la cual contiene la autorización de desclasificación de la información de 04 de septiembre de 2015, la cual reposa en el expediente sustanciado por la IIAPMAPR, a fojas 1718. [...]”.

6.1.8 La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM., se pronunció sobre los resultados de la investigación, mediante Informe SCPM-DNIAPM-027-2016 de 13 de abril de 2016, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP-2013-023-DC2 en el que concluye y recomienda: “(...) **CONCLUSIONES** 1. De conformidad al análisis realizado, se concluye que un total de 20 proveedores (identificados en el Anexo 2) se encuentran en relación de dependencia con respecto a los supermercados de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. Se concluyó esto tras analizar las alternativas con las que cuenta el proveedor, el grado de dependencia de cada proveedor y las respuestas a las encuestas realizadas. 2. En situación de dependencia económica, el operador económico que tiene la ventaja de negociación posee poder de mercado sobre su contraparte (doctrinariamente conocido como poder de mercado relativo). Las condiciones para determinar esto fueron: barreras de salida a las que se enfrenta cada proveedor; proporción de compra de cada supermercado investigado; altas barreras de entrada de competidores de los supermercados; y, facilidad en encontrar más proveedores por parte de los supermercados. 3. CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. habría incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que habría impuesto condiciones comerciales a los siguientes proveedores dependientes: - Auquillas Rea Javier Estuardo - Serrano Machuca Félix Roberto - Bacigalupo Buenaventura Zully Priscila - Minerva S.A. - Festa S.A. -Aluminio Nacional Del Ecuador S.A. “(...) **RECOMENDACIONES** 1. Correr traslado con el presente informe y la formulación de cargos al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. para que en el término de 15 días presenten sus excepciones, de conformidad al artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el inciso cuarto del artículo 55 del mismo Reglamento. 2. En caso que el órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado resuelva que existe el mérito suficiente, de conformidad a lo establecido en el artículo 67 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el inciso cuarto del artículo 55 del mismo Reglamento, se propone la adopción de la medida correctiva, establecida en el artículo 73 literales a y b de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. a favor de sus proveedores dependientes. 3. En caso que el órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado resuelva que existe el mérito suficiente, de conformidad a lo establecido en el artículo 67 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se sugiere la sanción al operador CORPORACIÓN EL

ROSADO S.A., de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento para la aplicación.”

6.1.9.- Del Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-030-2016 28 de septiembre de 2016, presentado por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, sugiere lo siguiente: ***La suscripción de contratos de provisión, en los que se deberán incluir principalmente las siguientes condiciones: a) Sobre los precios y medios de pago b) Sobre los plazos para el pago c) Sobre la recepción de productos en el supermercado d) Sobre la vigencia de los contratos e) Sobre los débitos, descuentos, créditos y devoluciones de productos: Además sugiere que se prohíba la ruptura de relaciones comerciales con los proveedores, así como el nombramiento de un interventor, proponiendo concretamente que*** “De conformidad con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y de acuerdo a los elementos recabados en la investigación y desarrollados en el presente informe, se propone la adopción de medidas correctivas, al considerar que esta tiene como finalidad prevenir, y corregir el mercado afectado por la infracción.” “(...) las medidas correctivas pueden consistir en : “ a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o, c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.”

6.1.10.- Que la Coordinación de Asesoría Jurídica de la SCPM., remite el Memorando Nro. SCPM-CGAJ-100-2017-M, de fecha 22 de febrero de 2017, suscrito por el Dr. Patricio Rubio Román, en el que expresa: “*Por medio del presente me permito poner en su conocimiento las sentencias expedidas en los juicios contenciosos No. 09802-2016-00608y09802-201600681propuestos por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., representado por el señor JOHNY JACOBO CZARNINSKY BAIER en su calidad de Presidente Ejecutivo. Me permito manifestar a usted que con respecto a las dos sentencias se ha interpuesto Recurso de Casación, el cual en el juicio No. 09802-2016-0608, presentado con fecha 12 de diciembre de 2016, ha sido inadmitido por la Corte Nacional de Justicia, sin embargo se encuentra pendiente de proveer un recurso de ampliación planteado por la SCPM., el 19 de enero de 2017, por lo que la sentencia no se encuentra en firme. Respecto del Juicio No. 09802-2016-00681, el Recurso de Casación ha sido presentado con fecha 10 de febrero de 2017, el cual no ha sido proveído por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 2, por lo que la sentencia tampoco se encuentra en firme.*”

6.2.- Fundamentos de Derecho.-

6.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

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:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. [...]

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos”.

Art. 66, numerales 15, 25 y 26, garantizan “[...] el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental [...] el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características [...] el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental [...]”.

Art. 304, numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo “[...] evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado [...]”.

Art. 335 impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, “[...] cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas [...] definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal [...]”.

Art. 336, determina que “[...] El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”

6.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

Art. 1 “El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas [...]”.

Art. 2 “Están sometidos 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 lo 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. 3 “Primacía de la realidad”: *“Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”*

Art. 4 Los lineamientos que se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia del mismo cuerpo legal, son: “[...] 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado [...]”.

Art. 7.- Poder de mercado.- “Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado. La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”

Art. 10 LORCPM señala: “Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares: El abuso consistirá, en particular, en: 1.- La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a

incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor.- 2. Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas.- 3. La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares.- 4. La imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.- Las entidades públicas encargadas de la regulación de la producción en cada uno de los sectores productivos vigilarán la estricta observancia de esta prohibición, especialmente en los intercambios de los pequeños y medianos productores agroalimentarios y de la economía popular y solidaria con las redes de intermediación del sector privado, y, en caso de identificar incumplimientos, tomarán las medidas correspondientes en el ámbito de su competencia, además de informar obligatoriamente a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para la investigación y sanción respectivas.”

Art. 73 LORCPM establece: “Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente.- Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en: a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o, c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.”

Art. 74 LORCPM señala: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el marco de esta Ley, implementará para cada caso las medidas correctivas, previo informe técnico del órgano de investigación, que permitan suspender, corregir, revertir o eliminar las conductas contrarias a la presente Ley.- La implementación de medidas correctivas no obstará la aplicación de las sanciones contempladas en esta Ley.”

Art. 75 LORCPM manda: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado notificará al o a los operadores económicos que hubieren incurrido, o pudieren incurrir, en conductas contrarias a la presente Ley, y señalará cuáles son dichas conductas e impondrá las medidas correctivas que juzgue pertinentes.- El o los operadores económicos tendrán un término de setenta y dos (72) horas para presentar el descargo del que se creyeran asistidos, o acoger las medidas correctivas. Si el descargo fuere infundado o insuficiente, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ordenará la aplicación de las medidas correctivas, sin perjuicio de la continuación de los procedimientos que determina la presente Ley.”

Art. 77 LORCPM define: “Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley. [...]”

Art. 78 LORCPM establece: “Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. [...]”

Art. 79 LORCPM dispone: “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: [...] b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. [...] En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:[...] 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.- 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas. [...]”

Art. 87 LORCPM manda: “Serán de conocimiento público y publicadas, en medios de amplia difusión, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones en firme impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida.”

La Disposición General Primera de la LORCPM permite: “[...] *En lo 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.*”

La Disposición General Quinta de la LORCPM manda: “Los operadores económicos adecuarán su comportamiento, operaciones, contratos y en general todas sus actividades económicas al régimen previsto en esta Ley de manera inmediata.”

6.2.3.- Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

Art. 158 COGEP establece: “Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.”

Art. 161 COGEP determina: “Conducencia y pertinencia de la prueba. La conducencia de la prueba consiste en la aptitud del contenido intrínseco y particular para demostrar los hechos que se alegan en cada caso.- La prueba deberá referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidos.”

Art. 164 COGEP señala: “Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.- La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su

resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.”

Art. 165 COGEP establece: “Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla.”

Art. 193 del COGEP manifiesta: “Prueba documental. Es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho”.

Art. 216 del COGEP señala: “Documento privado. Es el que ha sido realizado por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo”.

6.2.4.- Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)

Conforme lo establecido en el artículo 1 RLORCPM: “[...] El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”.

Art. 4 RLORCPM manda: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”.

Art. 6 RLORCPM dispone: “Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna, la acción de Estado, de conformidad con el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el buen vivir. Al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica le son aplicables los literales b) o c) del artículo 79 de la Ley; o, si no es posible determinar el volumen de negocios, los numerales 2 y 3 del mismo artículo; en función de la gravedad de la conducta y lo previsto en este reglamento, lo que será determinado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado previo el respectivo procedimiento de investigación y sanción.”

Art. 54 RLORCPM determina: “Conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, el procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, o por denuncia.”

Art. 55 RLORCPM señala: “El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley.- El órgano de sustanciación abrirá un expediente y conducirá una investigación

preliminar, cuyo informe no podrá ser expedido en más de ciento ochenta (180) días término, de haber resuelto el inicio de la investigación.- Dentro del término de tres (3) días de haber concluido el informe, se notificará al presunto o presuntos responsables sobre la existencia de presunciones de haber incurrido en una infracción.- El presunto o presuntos responsables podrán presentar explicaciones en el término de quince (15) días de notificado el inicio de la investigación preliminar. Vencido este término, el órgano de sustanciación se pronunciará, en el término de diez (10) días, sobre el inicio de la investigación de conformidad con el artículo 56 de la Ley u ordenará el archivo del expediente. Si se iniciare la investigación, continuará el procedimiento y se resolverá de conformidad con los artículos 58 al 61 de la Ley y artículos 62 al 72 del Reglamento.”

Art. 70 RLORCPM manda: “Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o de reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley.- El informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento, para su conocimiento y resolución.”

Art. 89 RLORCPM dispone: “En los casos de abuso de poder de mercado en relación de dependencia económica tipificados en el artículo 10 de la Ley, además de las medidas correctivas que correspondan, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado designará un interventor temporal, que ejercerá sus atribuciones de conformidad con la Ley y este Reglamento.”

Art. 93 RLORCPM establece: “Los honorarios del o los interventores nombrados por la Superintendencia de Control de Poder del Mercado serán establecidos por la Superintendencia y cancelados por el operador económico intervenido.”

6.2.5. Derecho administrativo sancionador.-

6.2.3.1. El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene: *[...] proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justificación dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador [...]*¹

6.2.6. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales.-

¹ Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito-Ecuador 2011, Páginas 322 y 323

6.2.6.1.- El principio de legalidad significa: “[...] *El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]”*.²

6.2.6.2.- El derecho al debido proceso implica: “[...] *El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica[...]*”.³

6.2.6.3.- El derecho a la defensa comporta: “[...] *el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos[...]*”. “[...] *El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés [...]*”.⁴

6.2.6.4.- El derecho a la seguridad jurídica entraña: “[...] *Como lo ha señalado esta Corte, la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo*

² Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.

³ Sentencia No.056-12-SEP-CC CAS No.0850-10-EP 27 de marzo de 2012.

⁴ Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y en que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela.[...]”.

*“[...] En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita [...]”*⁵

6.2.7.- Doctrina y Jurisprudencia (Análisis de Derecho Comparado)

6.2.7.1.- Doctrina sobre el acto administrativo.-

6.2.7.1.1.- El jurisconsulto Jorge Zavala Egas, invocando a Gallego Anabitarte Alfredo, ilustra: “[...] El acto administrativo es la Resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto. Para, ahora ampliar y afirmar que el acto administrativo es la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de un caso concreto dictado por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos [...] Lecciones de Derecho Administrativo, Editores Edilex S.A, Primera Edición, Lima Perú- 2011, Página 338.

6.2.7.1.2.- Para los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “[...] Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria [...]”.Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, Undécima Edición, Madrid 2002, Página 544.

6.2.7.2.- Jurisprudencia sobre el acto administrativo.-

6.2.7.2.1.- Concordante con los criterios expuestos en la doctrina la Corte Constitucional define al acto administrativo indicando que: “[...] de modo general se entiende por acto administrativo la declaración unilateral de voluntad de autoridad pública competente, que en ejercicio de su potestad administrativa ocasione efectos jurídicos subjetivos, al crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas individuales concretas [...]” Sentencia No.014-10-SIS-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 25 de febrero de 2012.

6.2.7.2.2.- En otro fallo la Corte Constitucional señala: “[...] es conocido que según la doctrina y la jurisprudencia el acto administrativo es toda declaración unilateral efectuado en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos en forma directa; que goza de legitimidad, ejecutoriedad, validez y eficacia, presunción de legitimidad que considera que toda decisión emanada del poder público está enmarcada en el respectivo ordenamiento jurídico; en consecuencia, todo acto administrativo es válido hasta que la

⁵ Sentencia No.109-12-SEP-CC, CASO No.0246-10-EP, 08 de marzo de 2012.

autoridad competente declare lo contrario, esto es, anule o decida la ilegalidad de tal acto [...]”. Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones Tomo XI julio 2012, páginas 408 y 409.

6.2.7.2.3.- En cuanto al procedimiento para la expedición del acto administrativo la Corte Constitucional enseña: “[...] Ahora bien, todas las facultades que tiene la administración pública, que se manifiestan a través de los actos administrativos que expide, deben siempre observar los procedimientos formales establecidos para el efecto y respetar los derechos constitucionales de las personas. Ese es precisamente su límite, sin que en ningún caso, ante la eventual trasgresión a los derechos las personas estas queden en indefensión [...]”. Sentencia No.156-12-SEP-CC, CASO No.0556-10-EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 743 de 11 de julio de 2012

6.2.7.2.4.- Jurisprudencia de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica.-

En la sentencia 313 de 28 de octubre de 2011, expedida por la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, se señala lo siguiente:

“[...] Cuarto.-El artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal reputa desleal “la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.” [...]”

“[...] El ilícito concurrencial analizado requiere no sólo la constatación de una situación de dependencia económica entre una empresa y sus empresas clientes o proveedores sino, además, que aquélla explote esa situación que se presume legalmente cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.

La afirmación de una situación de dependencia económica sólo puede hacerse previa definición del mercado relevante y a falta de mayor precisión debemos considerar como tal el de la venta o suministro de aceite de oliva embotellado a las empresas de distribución minorista en Canarias al tiempo a que se refieren los hechos enjuiciados, finales de 2007 y principios de 2008 [...]”.

“[...] Por tanto, lo que debe analizarse es si la entidad demandante padecía una situación de dependencia económica respecto de la demandada en dicho mercado o, lo que es lo mismo, si la demandada gozaba de poder de mercado relativo, esto es, de poder de mercado frente a la demandante, sin que se precisara que lo tuviera frente a la generalidad de los suministradores de aceite de oliva que es lo que diferencia la situación de dependencia económica y este ilícito concurrencial de la posición de dominio prohibida por el Derecho de la competencia o la legislación antitrust [...]”.

“[...] Como destaca la doctrina, la situación de dependencia económica se caracteriza legalmente como aquella situación en la que clientes y proveedores no disponen de alternativa equivalente y, en el supuesto enjuiciado, deberá apreciarse esa situación si la demandante no disponía de otras empresas de distribución minorista en Canarias, distintas de la demandante, a las que suministrar su producto en la época a la que se contraen los hechos enjuiciados. Por el contrario, deberá negarse la situación de poder de mercado relativo si la demandante sí disponía de alternativas equivalentes para colocar su producto en el mercado relevante antes definido [...]”.

SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS.-

De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad que se imputada al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., dado que la investigación se enmarca en las conductas tipificadas en el artículo 10 numeral 4 de la LORCPM que establece: “*Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. [...]*” ”4.- *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*” es necesario distinguir los proveedores que se encuentran en una situación de dependencia económica con respecto a cada supermercado.

OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LOS INTERVINIENTES.-

8.1.- Pruebas relevantes presentadas por el operador económico el Corporación el Rosado S.A.

Del Certificado emitido por FESTA S.A señala que: “*FESTA decidió colaborar de forma de forma voluntaria (SIC) en la promoción organizada por Mi Comisariato - El aporte de productos se efectuó a título de colaboración sin que haya existido obligatoriedad ni condicionamiento alguno - ha valorado como beneficiosa y positiva su participación voluntaria (...)*” “Además “*Mediante escrito de 6 de septiembre de 2016, el proveedor FESTA S.A. remite una declaración juramentada en la que señala: “Yo, SANDRA JUDITH SILVA CHAPARRO, en calidad de gerente general y representante legal de la compañía ‘FESTA’ SOCIEDAD ANONIMA, bajo prevenciones de ley, con conocimiento de las penas de perjurio en forma libre, voluntaria y bajo juramento, declaro que no hemos suscritos contratos con el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A, durante el periodo comprendido entre enero del 2011 y agosto del 2014”.*

Mediante declaración juramentada realizada por BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA ingresada como anexo al escrito del 05 de noviembre de 2015 a las 15h28, constante en fojas 6236 hasta 6240, señala: “*A) Que por el giro de mi negocio, mantengo relaciones mercantiles con CORPORACIÓN el Rosado S.A., estas han transcurrido en estricto apego al ordenamiento jurídico que versa sobre la materia, en tal sentido CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. no ha impuesto o condicionado el desempeño de requerimiento de servicio alguno de manera periódica, respetando siempre las políticas de comercio pactadas en este acto mercantil*”

Mediante escrito de 22 de septiembre de 2015, el operador económico MINERVA S.A., establece lo siguiente: *"2. No hemos suscrito ningún acuerdo con la compañía CORPORACIÓN EL ROSADO S.A."*

En el escrito CORPORACIÓN EL ROSADO de fecha 07 de septiembre de 2016, señala que: *"La pertinencia de la prueba solicitada radica en la necesidad de que conste en el expediente el conocimiento formal de la autoridad sobre la existencia de la acción que impugna su competencia (por caducidad) para la sustanciación de este procedimiento administrativo, para los efectos previstos en el numeral 9 del art. 11 de la Constitución. La competencia del órgano es presupuesto indispensable de su actuación y de validez de sus actos. En cualquier caso, acompaño copia de la demanda que dio inicio a ese proceso judicial y compulsa de la razón de sorteo correspondiente."*

ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A., 13 de septiembre de 2016, remite copia certificada de certificado, donde señala: *"El mes de marzo de 2012, aproximadamente, recibimos circular por parte de "Mi Comisariato" en donde nos solicitaban una colaboración para la apertura del local "Hipermarket Vergeles", en la cual como empresa participamos, ya que en realidad la contribución a nuestro criterio era muy inferior al volumen de ventas que mi representada maneja en los diversos almacenes de "Mi Comisariato". Es justamente por esa razón que Aluminio nacional del Ecuador S.A. ha participado en otras promociones de apertura de local, como es el caso de "Hipermarket El Dorado" en octubre de 2013. Esta participación se ha dado por ser conveniente a nuestros intereses de difusión de productos y sin ningún tipo de coacción por parte de "Mi Comisariato" para participar en dichas promociones."*

Escrito del operador económico FELIX ROBERTO SERRANO MACHUCA, de 26/09/2016, ID 23979, donde señala: *"[...] tengo a bien precisar que no he recibido en todos los años como proveedor de la compañía CORPORACIÓN El Rosado S.A., imposición de condiciones comerciales. Tanto las condiciones comerciales como los precios, han sido determinados de muto acuerdo por ambas partes. Por lo que pongo en su conocimiento que no poseo en mis archivo respaldos documentales sobre la supuesta imposición de precios (...)"*.

8.2.- Pruebas relevantes presentadas por el operador económico La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas,

Escritos y anexos del operador económico AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 21 de octubre de 2015 a las 10h22, remitidos mediante hoja de ruta UIO-7148, en el que se señala: *"Hago conocer a usted que jamás he suscrito ningún tipo de contrato u anexos con la CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., la mía fue verban (sic) yo me acerque a sus oficinas y ofrecí mi producto; el único contrato que he suscrito con ellos es desde este año 2014 (sic) Además "En el cuestionario P del proveedor AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO, reproducido como prueba en la providencia de 28 de julio de 2016, en la pregunta número 1, se infiere que los supermercados de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A le habrían impuesto al proveedor el precio de compra de sus productos, sin que haya mantenido una negociación con el supermercado, así como*

también ha tenido devoluciones periódicas de sus productos, posteriores a la firma del acta entrega-recepción (pregunta 4 y 6)." Escritos y anexos del operador económico BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 28 de septiembre de 2015 a las 16h00, remitidos mediante hoja de ruta 2015-00110.- en el mismo se señala: *"[...] debo indicar a usted Señor Superintendente de Control y Poder del Mercado, no existen contratos y anexos que haya suscrito con CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., los acuerdos comerciales fueron de manera verbal [...] todos aquellos documentos en los cuales conste que CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. le ha impuesto condiciones o requerimientos de servicios adicionales de manera periódica sin estar previamente pactados a mi representada durante el período comprendido entre enero 2011 hasta agosto 2014, debo manifestar que no existe tal requerimiento efectuado a mi persona.* "Escritos y anexos del operador económico FABRICA FESTA S.A., recibidos en la Secretaría General de la SCPM el 18 de septiembre de 2015 a las 16h53, remitidos mediante hoja de ruta UIO-5998.- adjunta Plantilla F, detalle de las notas de crédito de los años 2011, 2012, 2013, 2014, y circular solicitando colaboración con producto por apertura de nuevo local.

Escritos y anexos del operador económico MINERVA S.A., recibidos en la Secretaría General de la SCPM el 22 de septiembre de 2015 a las 16h12, remitidos mediante hoja de ruta UIO-6169 - adjuntan Planilla F y escrito que señala: *"[...] No hemos suscrito acuerdo con la compañía CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. [...] En relación a la respuesta a la pregunta 1 del cuestionario P, nos permitimos indicar que por un error involuntario por parte del funcionario asignado se comprendió mal la pregunta contestándose afirmativamente que se nos imponían los precios a los productos vendidos a CORPORACIÓN EL ROSADO SA., a pesar de que las negociaciones entre MINERVA S.A. y CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. se realizaron de manera verbal entre nuestros vendedores y las personas responsables de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A."*

DECLARACIÓN JURAMENTADA FESTA S.A. ingresado 06/09/2016 - *"Yo, SANDRA JUDITH SILVA CHAPARRO, en mi calidad de Gerente general y representante legal de la COMPAÑÍA "FESTA" SOCIEDAD ANÓNIMA, bajo las prevenciones de ley, con conocimiento de las penas de perjurio en forma libre, voluntaria y bajo juramento declaro que no hemos suscritos contratos con el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., durante el periodo comprendido entre enero de dos mil once y agosto dos mil catorce es todo lo que declaro en honor a la verdad, la misma que la hago para los fines legales pertinentes."* Además *"Mediante escrito de 18 de septiembre de 2015, el operador económico FESTA S.A., constante en fojas 5474 a 5590, presenta dos circulares, tanto por la apertura de Hiper Market Vergeles e Hiper Market Babahoyo, en las cuales CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. solicita: "Por medio de la presente informamos a ustedes que Hiper Market Vergeles, está próximo a inaugurarse, motivo por el cuál [sic] estamos organizando una "HIPER PROMOCIÓN" de inauguración. Esta promoción tiene como propósito lograr en conjunto un objetivo que sea en beneficio de todos los productos que ustedes nos proveen y que serán vendidos en Hiper Market Vergeles. Para el financiamiento de dicha promoción solicitamos su colaboración, otorgándonos una parte*

del pedido inicial, como aporte proporcional de participación. Desde ya agradecemos su colaboración y apoyo a la "HIPER PROMOCIÓN" de inauguración de Hiper Market Vergeles"

Informe de resultados de la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, reproducido como prueba mediante providencia de 12 de septiembre de 2016, se determinó que existen 20 operadores que se encuentran en situación de dependencia económica con los supermercados de CORPORACIÓN EL ROSADO, sin embargo, únicamente 6 de estos proveedores (mediante el cuestionario P) señalaron que CORPORACIÓN EL ROSADO ha realizado algún tipo de conducta que infringiría el artículo 10 de la LORCPM. Mencionando que los proveedores antes mencionados son: AUQUILLAS REA JAVIER ESTUARDO el que establece que: “(...) *la proporción de las ventas que este proveedor destinó al supermercado CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. fue del 100%, lo cual es corroborado con la plantilla F, constante en la foja 5358 a 5373, que señala el detalle de todas las facturas enviadas al supermercado CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.. En este sentido, el operador económico analizado sería dependiente de supermercados CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.*”; SERRANO MACHUCA FELIX ROBERTO, “(...) *se estableció que la proporción de las ventas que este proveedor destinó al supermercado TÍA fue del 86,77%; sin embargo, en la plantilla F presentada por el operador económico el 18 de septiembre de 2015, constante en fojas 6009 a 6159, en donde se señala el detalle de todas las facturas enviadas a CORPORACIÓN el Rosado S.A., se observa que las ventas del operador SERRANO MACHUCA FÉLIX ROBERTO a CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. son superiores a las señaladas en la plantilla C, aumentando el porcentaje de proporción de ventas. Lo anterior nos permite determinar que las alternativas de dicho operador económico (para que cumplan con el criterio de suficiencia) deben estar en la capacidad de mantener por lo menos la misma proporción de compras, es decir que los posibles pares comerciales deben adquirir por lo menos el 86.77% de la producción del operador económico. En este sentido, el operador económico analizado sería dependiente de supermercados CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.*”; BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA, se establece que: “(...) *la proporción de las ventas que este proveedor destinó al supermercado CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. es del 100%; lo cual es corroborado con la plantilla F, constante en fojas 5977 a 6008, que detalla todas las facturas enviadas al supermercado CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. Lo anterior, nos permite determinar que las alternativas de dicho operador económico (para que cumplan con el criterio de suficiencia) deben estar en la capacidad de mantener por lo menos la misma proporción de compras, es decir que los posibles pares comerciales deben adquirir el 100% de la producción del operador económico. En este sentido, el operador económico analizado sería dependiente de supermercados CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.*”; Además “En el cuestionario P del proveedor BACIGALUPO BUENAVENTURA ZULLY PRISCILA, reproducido como prueba en la providencia de 28 de julio de 2016, en la pregunta número 2, se infiere que los supermercados de CORPORACIÓN EL ROSADO S.A le habrían impuesto al proveedor condiciones o requerimientos de servicios adicionales de manera periódica sin estar previamente pactados.”; MINERVA S.A se establece que: “(...) *la proporción de las ventas que este proveedor destinó al supermercado*

CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. fue del 79,21%, lo cual es concordante con la plantilla F, presentada por el operador económico el 22 de septiembre de 2015, constante en fojas 5952 a 5953. Lo anterior nos permite determinar que las alternativas de dicho operador económico (para que cumplan con el criterio de suficiencia) deben estar en la capacidad de mantener por lo menos la misma proporción de compras, es decir que los posibles pares comerciales deben adquirir por lo menos el 79.21% de la producción del operador económico. En este sentido, el operador económico analizado sería dependiente de supermercados CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.” “Además 2En el cuestionario P del proveedor MINERVA S.A., reproducido en providencia de 28 de julio de 2016, en la pregunta 1, se infiere que CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. ha impuesto el precio de compra de sus productos, sin que haya mantenido una negociación; así como ha impuesto otras condiciones comerciales no equitativas, como es el establecimiento unilateral de una nota de crédito (pregunta 7)” FESTA S.A., establece que: “(...) la proporción de las ventas que este proveedor destinó al supermercado CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. fue del 86,65%; sin embargo, en la plantilla F presentada por el operador económico el 18 de septiembre de 2015, constante en fojas 5479 a 5507, que señala el detalle de todas las facturas enviadas a CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., se observa que las ventas del operador FÁBRICA FESTA a CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. son superiores a las señaladas en la plantilla C, aumentando el porcentaje de proporción de ventas. Lo anterior nos permite determinar que las alternativas de dicho operador económico (para que cumplan con el criterio de suficiencia) deben estar en la capacidad de mantener por lo menos la misma proporción de compras, es decir que los posibles pares comerciales deben adquirir por lo menos el 86.65% de la producción del operador económico. En este sentido, el operador económico analizado sería dependiente de supermercados CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.” Además “En el cuestionario P del proveedor FESTA S.A., reproducido en providencia de 28 de julio de 2016, en la pregunta 7, se infiere que CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. ha impuesto otras condiciones comerciales no equitativas como es la exigencia de entrega de productos, sin costo alguno, para la obtención de una mejor ubicación en percha, por apertura de un nuevo local, para ingresar a la cadena”; ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A. se establece que: “(...) la proporción de las ventas que este proveedor destinó al supermercado CORPORACIÓN EL ROSADO S.A, durante el periodo comprendido entre los años 2011 y 2014 fue del 51.67%, lo cual nos permite determinar que las alternativas de dicho operador económico (para que cumplan con el criterio de suficiencia) deben estar en la capacidad de mantener por lo menos la misma proporción de compras, es decir que los posibles pares comerciales deben adquirir por lo menos el 51,67% de la producción del operador económico. En este sentido, el operador económico analizado sería dependiente de supermercados CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.”. “Por otro lado, durante la investigación se ha podido determinar que existen retrasos en pagos, los que pueden ser considerados como la imposición de otras condiciones comerciales no equitativas hacia ALUMINIO NACIONAL DEL ECUADOR S.A. A continuación se presenta un resumen de los pagos con retraso junto con sus respectivas facturas y los comprobantes de pago en donde se observa la fecha de cancelación de las mismas”

El operador económico Corporación el Rosado S.A., tiene relación comercial con los 20 proveedores de acuerdo a las respuestas a las encuestas realizadas teniendo ventaja de negociación posee poder de mercado sobre sus proveedores, pudiendo constatar la imposición de condiciones comerciales a los siguientes proveedores: Auquillas Rea Javier Estuardo, Serrano Machuca Félix Roberto, Bacigalupo Buenaventura Zully Priscila, Minerva S.A., Festa S.A., Aluminio Nacional Del Ecuador S.A.

De acuerdo a la Ley Orgánica de Control del Poder del Mercado en el artículo 10 numeral 4 indica: “Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.- *“Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.”*

Por lo tanto el operador económico Corporación El Rosado S.A., ha abusado del poder de mercado sobre sus proveedores, por mantener la posición de dependencia económica, obteniendo ventajas adicionales y de esta manera afectando los derechos sobre sus proveedores.

De lo expuesto, se determina que el operador económico investigado, ha incurrido en la conducta de abuso de poder de mercado, al mantener relación de dependencia con veinte proveedores, de los que 6 proveedores han manifestado las condiciones de trabajo que mantenía con Corporación el Rosado S.A., de acuerdo al requerimiento de información a todos los operadores, en el formato del Cuestionario P. En este sentido el operador económico investigado ha influido significativamente el mercado, debiendo aclarar que si bien es cierto que la infracción investigada no es infracción y como tal no se puede sancionar, es una conducta prohibida y lógicamente sujeta a control y regulación por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, conforme a la norma establecida en el Art. 7 de la LORCPM.

NOVENO.- DECLARACIÓN Y ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.-

9.1 El operador económico CORPORACION EL ROSADO S.A., mantiene, entre otros, relación con veinte proveedores investigados, en los que se evidencia relación de dependencia de acuerdo a las encuestas realizadas, el operador económico tiene la ventaja de negociación siendo presunto responsable de la conducta prohibida en el artículo 10 numeral 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado que consiste en la imposición de forma directa de precios y condiciones comerciales.

9.2 La dependencia económica en materia de competencia se define como la situación en la que un operador no tiene una alternativa equivalente para el desempeño de su actividad. Para determinar cuáles son los proveedores que se encuentran en relación de dependencia con respecto a un supermercado determinado, se procede a analizar lo siguiente: **Estimación de las alternativas del proveedor:** “El proveedor abastece con el mismo producto a diferentes

establecimientos, el volumen de compra que tiene un supermercado en comparación con una tienda de barrio o tienda de conveniencia es mucho mayor, el proveedor se ve favorecido al vender a un supermercado debido a que para iniciar la comercialización del producto es necesario invertir en publicidad; mientras que, cuando se los vende en los supermercados, estos ya cuentan con la publicidad elaborada, y el posicionamiento en el mercado. Entonces el proveedor se ve favorecido al vender a un supermercado ya que no tiene que incurrir en costos adicionales”; **Proporción de ventas del proveedor a supermercados:** Una de las consideraciones para determinar qué proveedores se encuentran en relación de dependencia es la proporción del total de ventas que se destina a un solo cliente. “Para identificar el porcentaje que muestra indicios de dependencia económica, se puede obtener un índice de dependencia por proveedor, estableciéndose que el grado de dependencia de los proveedores de El Rosado. En este sentido se encontró que, del total de proveedores que respondieron a la Plantilla C, 48 tienen un grado de dependencia superior al 50%. En promedio estos proveedores entregan el 84% de sus ventas a este establecimiento y 15 venden el total de su producción a El Rosado. Esta información se resume en la Tabla 4” **Respuestas a la encuesta realizadas:** La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCPM., procedió a la determinación de aquellos proveedores que destinan al menos el 50% del total de sus ventas a un supermercado, realizó un requerimiento de información a todos los operadores que cumplieran con este requisito, en el formato del Cuestionario P. Una de las preguntas incluidas en dicho cuestionario señala: “En el caso de que uno de los supermercados mencionados en la pregunta anterior le negara la compra de sus productos, tiene la posibilidad de encontrar, en el corto plazo, otro establecimiento que adquiera sus productos en las mismas condiciones (precio, volumen, frecuencia, logística, etc.) (...) “En base a la información constante en el Anexo 2 se concluye que existen un total de 20 proveedores dependientes de los supermercados de El Rosado. Esto tras haber analizado: las alternativas en el mercado de los proveedores, el grado de dependencia de los mismos y la respuesta a la pregunta 11 del Cuestionario P.” La legislación española diferencia entre el poder de mercado y la dependencia económica, estableciendo que una empresa es dependiente si vende al menos el 50% de su producción a una firma específica. Así, en la enmienda presentada por Convergencia y Unión (CIU) en el Congreso de España, con mención a la reforma introducida por la Ley 52/1999, se manifestó: “Una cosa es que Continente-Pryca tenga cerca de 20 por 100 del total de ventas españolas de productos de alimentación (posición dominante) y otra es que una empresa láctea pueda tener el 50 por 100 de sus ventas en el Grupo Continente-Pryca (situación de dependencia).” **Jiménez y Mulder (2002) Posición de dominio y situación de dependencia económica. En Defensa de la Competencia en el mercado. Madrid.** Andrés Bruno, observa que la prueba y la comprobación de la dependencia económica son complicadas, toda vez que el investigador debe demostrar la inexistencia de una alternativa suficiente y razonable, considerando el término suficiente para el mantenimiento del status quo y el volumen de ventas. Además, se establece una presunción de dependencia económica, cuando el dependiente, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente regular otras ventajas adicionales que no concede a compradores similares. **Andrés Bruno. Actos desleales contra el mercado: actos de explotación de una situación de dependencia**

económica. IP&IT Derecho e Internet. 2012.

<http://derechoeinternet.me/2012/04/20/actos-desleales-contr-el-mercado-actos-de-explotacionde-una-situacion-de-dependencia-economica/#>

Bajo estas consideraciones conforme lo establece el Art. 10 de la LORCPM., se puede demostrar que existe una situación de dependencia económica si el proveedor está obligado a otorgar otras ventajas adicionales que no concede a compradores similares.

9.3 Principales alegaciones que presenta el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., es que el procedimiento administrativo está viciado de nulidad y que: “(...) *En su momento, El Rosado anunció que los arts. 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado ("LORCPM") que, en su orden, tipifican y sanciona las conductas en la materia, no han incluido en el catálogo de infracciones y, en consecuencia, tampoco de sanciones, a las conductas que describe el art. 10 ibídem. Adicionalmente, señala que La imposición de una sanción respecto de esas conductas, resultaría en una violación al principio de legalidad, reconocido en el art. 76, numeral 3, de la Constitución que ordena (énfasis añadido): La garantía constitucional reconocida en el principio de legalidad (aplicable al Derecho administrativo sancionador) impide que un sujeto sea juzgado por un acto que al momento de su ejecución no esté tipificado como infracción, en este caso, administrativa. Tampoco se le puede imponer una sanción y menos una medida correctiva por una conducta que no constituye infracción. La Intendencia ha violado el debido proceso, a sabiendas y pese a las reiteradas alegaciones de El Rosado, con el solo hecho de haber iniciado y continuado el procedimiento de investigación respecto de conductas que no constituyen infracciones legales según su propio reconocimiento. Resultó, como se alertó, en sí mismo inoficiosa la conducción de un procedimiento administrativo de investigación a sabiendas de la imposibilidad de imposición de una sanción posterior por ausencia de tipicidad y sanción en la ley. En su momento, los servidores involucrados deberán justificar el uso de importantes recursos públicos y la desatención del cumplimiento de sus planes estratégicos, para la conducción de un procedimiento administrativo en estas condiciones. La Comisión no debe replicar esos errores al emitir un pronunciamiento de fondo (que convalidaría esas actuaciones incluso si se confirma la presunción de inocencia de El Rosado). Le corresponde, únicamente, declarar su falta de competencia material y ordenar el archivo del proceso. Cualquier otra actuación le hará responsable, junto con los servidores públicos que han intervenido en la etapa de investigación, por los daños provocados a mi representada en los términos del art. 11, numeral 9 de la Constitución. A la determinación de esa responsabilidad contribuye el expreso reconocimiento de la Intendencia en su Informe Final. La Intendencia ha tratado de moderar el efecto dañoso de sus actos al limitarse a señalar que la conducta que ha investigado y acusado no está sancionada por la LORCPM. Lo cierto, y que ha omitido indicar, es que esas conductas (supuesta imposición de condiciones comerciales) no constituyen ni siquiera infracciones de conformidad con el art. 78 ibídem; esa es la razón por la que no están sancionadas legalmente. En síntesis, la autoridad inició y continuó por más de tres años (desde el inicio de la investigación preliminar) un procedimiento administrativo respecto del que carece de competencia material, a sabiendas de que su sola existencia viola el principio de legalidad y, con ello, el derecho a la defensa de El Rosado. Como consecuencia del propio*

*razonamiento de la Intendencia en el Informe Final, El Rosado no puede ser imputado como infractor de la conducta establecida en el art. 10 numeral 4 de la LORCPM por que la conducta no está tipificada ni sancionada en la ley. El inciso segundo del artículo 7 de la LORCPM manifiesta que “(...) Sin embargo, el obtener o reforzar el poder del mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, **constituirá una conducta sujeta a control, regulación** y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.” (El resaltado es nuestro)*

9.4.- Análisis.- El Rosado sostiene que no tiene poder de mercado en el mercado relevante de aprovisionamiento de supermercados y, por tanto, no es sujeto de infracción, al respecto es necesario aclarar que la IIAPMAPR definió a la compra mayorista de productos de uso cotidiano en el hogar por parte de las cadenas de supermercados a nivel nacional. Son lógicas diferentes, seguramente, El Rosado no tiene poder de mercado respecto de los otros supermercados, pero lo tiene respecto de los proveedores que atienden sus necesidades de comercialización, por lo que la CRPI acoge el concepto de la Intendencia para el presente caso. De lo expuesto concluimos que las conductas prohibidas en el artículo 10 de la LORCPM, sin ser infracción, son conductas sujetas a control y regulación por parte de la autoridad de competencia, por lo que las actuaciones del operador económico El Rosado constituyen conductas prohibidas sujetas a control y regulación. Cabe destacar que las competencias y atribuciones de la SCPM establecidas en el artículo 1 de la LORCPM establecen que “*El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; (...)*” y la autoridad de competencia en conocimiento de conductas abusivas por parte de operadores económicos tiene la obligación de controlar y regular la dinámica de esas relaciones. Entonces, es menester, corregir las conductas prohibidas a fin de garantizar a los operadores económicos que están sujetos a las condiciones de quienes dependen o tienen poder de mercado, tengan oportunidad y puedan acceder a los mercados en condiciones favorables.

CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. habría incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que habría impuesto condiciones comerciales conforme se desprende de las pruebas constantes dentro del presente expediente a los siguientes proveedores dependientes: Auquillas Rea Javier Estuardo, Serrano Machuca Feliz Roberto, Bacigalupo Buenaventura Zully Priscila, Minerva S.A. FESTA S.A., Aluminio Nacional del Ecuador S.A. En este sentido la SCPM, puede controlar, regular o corregir, ya que el operador económico CORPORACION EL ROSADO S.A., a pesar de no tener poder de mercado en respecto de los otros supermercados, canales modernos de distribución, influye significativamente en el mercado de proveedores. El operador económico El Rosado tiene poder de mercado u ostenta posición de dominio ya que puede actuar de modo independiente con prescindencia de sus proveedores o compradores, conforme lo determina el Art. 7 de la LORCPM.

Las evidencias determinan la responsabilidad al operador económico El Rosado, mas algunos de los descargos presentados por el operador investigado, lo único que demuestran son las presiones que han ejercido sobre los operadores económicos que en principio declararon que

habían sido objeto de abuso por parte del operador económico El Rosado. La LORCPM, cuenta para su análisis y resolución con la “primacía de la realidad” en su artículo 3, que en su parte pertinente dice: *“Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”* En el presente caso, esta autoridad no considera las declaraciones posteriores, ya que resultan contradictorias y se presume que existiría presión para hacerlas. La autoridad de competencia, ordenará que no se ejerzan represalias de ninguna naturaleza.

DÉCIMO.- SANCIÓN.- En aplicación del Artículo 79 de la LORCPM que establece *“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 (...)”* Para el presente caso, si bien el artículo 10 LORCPM prohíbe las conductas de abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, esta conducta no constituye infracción, pero está sujeta al control y la regulación por parte de la autoridad de competencia.

DÉCIMO PRIMERO.- DECISIÓN.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones contempladas en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de las facultades, competencias y atribuciones establecidas en la ley

RESUELVE:

1. Acoger parcialmente el Informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-030-201628, de 28 septiembre de 2016, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-023-2013-DC2, emitido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
2. Imponer las siguientes medidas correctivas al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.

2.1 Suscripción de contratos de provisión.

Que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., en el término máximo de 30 días, el supermercado deberá suscribir contratos de provisión con todos sus proveedores actuales; de ahí en adelante deberá suscribir contratos con todos los proveedores con los que inicie relaciones comerciales. En los contratos de provisión se deberán incluir principalmente las siguientes condiciones:

i) Sobre los precios y medios de pago

Los precios serán fijados de acuerdo a la dinámica legítima del mercado, cumpliendo con las normas legales aplicables a nivel nacional. Para cumplir con lo establecido en el inciso que precede se observarán las siguientes reglas:

a) No están permitidos los convenios tendientes a concretar acuerdos de adelantos de pagos u otras formas de pago mediante las cuales se sacrifiquen los legítimos derechos del proveedor; b) Los precios serán negociados entre los proveedores y el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., de lo cual se dejará constancia en un acta de negociación suscrita por las partes; y, c) Está prohibida la incorporación de cualquier cláusula o condición que implique pacto de retroventa o retro compra de los productos entregados por el proveedor al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.

ii) Sobre los plazos para el pago

Para los pagos a sus proveedores, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., supermercado deberá observar los siguientes plazos máximos:

a) Hasta cincuenta mil Dólares (USD 50.000,00), se pagará dentro del plazo de máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura; b) Desde cincuenta mil Dólares un centavo (USD 50.000,01) hasta doscientos cincuenta mil Dólares (USD 250.000,00), se pagará dentro del plazo máximo de treinta (30) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura; c) Desde doscientos cincuenta mil Dólares un centavo (USD 250.000,01) hasta un millón de Dólares (USD 1'000.000,00), se pagará dentro del plazo máximo de cuarenta (40) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura; d) Desde un millón de Dólares un centavo (USD 1'000.000,01) hasta tres millones de Dólares (USD 3'000.000,00), se pagará dentro del plazo máximo de cincuenta (50) días contados a partir de la entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura; y, e) Desde tres millones de Dólares un centavo (USD 3'000.000,01), en adelante se pagará dentro del plazo máximo de cincuenta y uno (51) días contados a partir de la fecha de entrega-recepción de la mercadería, la cual deberá estar acompañada de la respectiva factura.

En caso de que los plazos de pago de los proveedores actuales sean menores a los establecidos en las líneas anteriores, se tomarán los plazos actuales como los máximos desde la adopción de la medida correctiva. Asimismo, en caso de que los plazos sugeridos se contrapongan a los establecidos en otras regulaciones, se deberá aplicar el plazo más favorable al operador económico proveedor del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.,.

Los pagos que se realicen fuera de los plazos estipulados en los contratos de provisión generarán los correspondientes intereses legales.

ii) Sobre la recepción de productos en el supermercado.

a) Los cambios en los procedimientos de entrega-recepción se anticiparán a los proveedores con un plazo mínimo de 15 días, por escrito o por medios electrónicos de acuerdo a la Ley de Comercio Electrónico, y se publicarán en los portales web; b) Las causales para la devolución de productos deberán ser publicadas en la página web para conocimiento de los proveedores; c) Los aspectos relacionados con la logística de entrega-recepción en los puntos de venta o de entrega serán fijados y acordados previamente con los proveedores; y, d) Los horarios de entrega-recepción se aplicarán de manera precisa y su incumplimiento por efecto de caso fortuito o fuerza mayor no generarán ninguna clase de gravamen en contra de los proveedores; asimismo, los retrasos de hasta dos (2) horas tampoco generarán cualquier tipo de multa o sanción.

iii) Sobre la vigencia de los contratos.

Todos los contratos de provisión deberán necesariamente tener un plazo de vigencia, la duración de los contratos de provisión tendrá el plazo que los operadores económicos legalmente hayan pactado.

Se podrá suscribir contratos marco de provisión con una duración concreta, con entregas parciales mediante órdenes de compra.

Para la codificación de nuevos productos, cambios de precios, plazos, forma de pago u otras modificaciones legalmente permitidas a los términos del contrato marco de provisión vigente, se lo hará mediante convenios modificatorios directos o mediante la utilización de mecanismos digitales de acuerdo a la Ley de Comercio Electrónico.

v) Sobre los débitos, descuentos, créditos y devoluciones de productos

Los mecanismos de débito, descuento, crédito y devoluciones se regirán por las siguientes reglas:

1. El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., no podrá realizar cobros ni notas de débito unilaterales por productos que no se encuentren pactados en el contrato de provisión o multas por procedimientos ajenos a la realidad de la relación comercial;
2. El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., se abstendrá de emitir unilateralmente y sin motivo real y legítimo notas de débito o de crédito y descuentos a las personas o empresas proveedoras por motivos que no sean los relacionados con la transacción comercial;
3. Las notas de débito o las notas de crédito deberán ser emitidas con el acuerdo de las partes;
4. El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., no podrá devolver los productos luego de haberse firmado el acta de entrega-recepción, salvo por errores verificados de fabricación, rotulado o producción o de conformidad con las causales pactadas en los contratos de provisión, tales como, suspensión o inhabilitación del registro sanitario; detección de vida útil insuficiente; detección de incumplimiento de la normativa aplicable; detección de incumplimiento de estándares de calidad; detección del PVP

impreso por debajo del precio de comercialización; fallas o inconsistencias en la presentación del producto; 5. La mercadería no podrá ser rechazada al momento de entrega, salvo que ésta no se encuentre conforme a lo acordado por las partes, no sea apta para la comercialización y/o consumo o se detecte la ocurrencia de alguno de los eventos indicados en el literal anterior; 6. Para los casos en los que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., preste el servicios de transporte a los productos de los proveedores hacia los centros de distribución o acopio del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., el precio de dicho servicio se determinará de mutuo acuerdo, el cual deberá constar por separado respecto del precio del producto entregado; 7. Al supermercado le queda prohibida la devolución arbitraria de los productos; 8. Para evitar desabastecimientos de cualquier producto, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. y los proveedores incorporarán obligatoriamente en sus contratos cláusulas de abastecimiento periódico y permanente, ordinario y extraordinario, a fin de mantener siempre un stock suficiente, incorporando para el efecto sistemas informáticos de alerta y comunicación; 9. El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., no podrá exigir al proveedor que le entregue los productos con la propia marca del supermercado; la marca propia tiene que ser realizada bajo contratos de producción independientes del contrato de provisión; 10. No se permite cualquier clase de retención económica por parte del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., salvo con orden judicial; y, 11. Las actas de entrega recepción deberán utilizar medios electrónicos o computarizados, salvo cuando las circunstancias no lo permitan.

El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. podrá devolver los productos a pedido escrito del proveedor, única y exclusivamente cuando las circunstancias de los productos o los intereses del proveedor se vean afectados de seguir manteniendo sus productos en exhibición. Por las devoluciones que se realicen al amparo de lo señalado, el proveedor extenderá la nota de crédito correspondiente.

Se prohíbe de manera expresa que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., imponga algún tipo de retaliación a los operadores económicos que colaboraron con el proceso de investigación.

3. El operador económico Corporación El Rosado S.A., realizará las siguientes actividades

3.1 El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. deberá realizar tres eventos anuales de capacitación técnica, en diferentes ciudades, con sus proveedores pertenecientes a la micro y pequeña industria, por el periodo de cinco años.

En los eventos se deberán abordar las regulaciones de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su reglamento de aplicación; en especial, enfocado en las conductas de abuso de poder de mercado.

Para el efecto, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. deberá remitir, en los primeros días del año, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el cronograma especificando las fechas respectivas, el nombre y hoja de

vida de los capacitadores. A los eventos se invitará de forma obligatoria a la SCPM para que participe como expositor en dichos eventos.

3.2 Publicar en el sitio web del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. el contrato de provisión tipo.

3.3 Durante el periodo de cinco años, realizar campañas de publicidad en radio y televisión cuyo objeto sea la promoción de buenas prácticas comerciales en el sector de supermercados. La campaña será aprobada en los primeros días del año por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

3.4 Incluir en el portal Web del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., la versión digital del libro “Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica”, y de las actualizaciones que se realice.

3.5 Por lo plazo de cinco años, imprimir conforme las indicaciones de la Dirección de Comunicación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y distribuir a cada uno de sus proveedores, junto con los contratos de provisión, las obras relacionadas a las conductas de abuso de poder de mercado, cuyo machote será entregado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

3.6 Imprimir y ubicar cien unidades de la obra señalada en el numeral anterior, en la sección de revistas de cada uno de sus locales, con el fin de que el público en general interesado pueda adquirirlo de forma gratuita.

4. Prohibición de ruptura de relaciones comerciales

Por el periodo de cinco años, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., no podrá dar por terminado sus relaciones comerciales con los proveedores que han sido objeto de las medidas preventivas dentro de este procedimiento de investigación. En caso de que se requiera finalizar la relación comercial por alguna razón justificada (a criterio del supermercado) se requerirá previamente la autorización de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. La solicitud podrá ser aceptada o rechazada de manera motivada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Durante el periodo de cinco años, en el caso de los proveedores beneficiados por las medidas preventivas, que han finalizado sus relaciones comerciales con el supermercado; este último no podrá negarse a reestablecer sus relaciones comerciales con dichos proveedores ni tomar ningún tipo de retaliación. En caso de que exista alguna razón justificada (a criterio del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.) para no reestablecer las relaciones comerciales, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., deberá solicitar a la SCPM su autorización para no contratar. La solicitud podrá ser aceptada o rechazada de manera motivada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Encargar a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el seguimiento del cumplimiento de las medidas correctivas

adoptadas por la autoridad de competencia. La Intendencia presentará a ésta Comisión informes Semestrales respecto del cumplimiento de la medida correctiva.

5. Notifíquese la presente resolución al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. y a la Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.
6. Actué en calidad de Secretario de la Comisión el abogado Christian Torres Tierra.
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO