

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2016-061

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 08 de marzo de 2017, las 15h10.- **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 Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen: i) agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico **TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A.**, recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado(en lo sucesivo SCPM) el 03 de marzo de 2017, a las 14h46, constante en seis (6) páginas.ii) incorporar al expediente el escrito presentado por el operador económico **TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A.** 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 el presente expediente de investigación, 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.-

2.1.-En la resolución expedida el día martes 07 de marzo de 2017, a las 16h32, se deslizó un lapsus calamis consistente en la repetición del considerando SEPTIMO que se refiere a la IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS, y de acuerdo con el criterio del jurista ecuatoriano Marco Morales Tobar, quien respecto a la rectificación de errores, nos dice “[...] *Por lo que debe quedar claro que a manera de rectificar errores de hecho, no se puede pasar a cambiar el fondo o la verdad material del acto, por lo que la ejecutoriedad del mismo no entra en discusión, lo único que se está haciendo es corrigiendo lapsus calamis, cometidos de buena fe por el actuario o servidor a cuyo cargo estuvo la redacción o emisión del acto o resolución [...]*”. Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito- Ecuador 2011, Página 242. Por consiguiente, en mérito de lo expuesto se rectifica el error existente en la numeración invocada, siendo por lo tanto la numeración correcta la siguiente: OCTAVO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS, NOVENO.-DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDE A SUS AUTORES, DECIMO.- SANCIÓN; y, UNDECIMO.- SANCIÓN. En lo demás la decisión se mantiene incólume.

2.2.- El presente proceso para la imposición de sanciones por la comisión de conductas prohibidas, 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 y seguridad jurídica, puntualizadas en los artículos 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar y que hubiere influido en la tramitación del presente procedimiento administrativo, razón por la cual se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación preliminar.-

3.1.1.- “[...] Mediante resolución de 07 de octubre de 2013 a las 08h43, constante en la foja 1 del presente expediente, el doctor Santiago Salinas Jaramillo, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas resolvió: 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, [...]”.

3.1.2.- “[...] Mediante providencia de 17 de octubre de 2013, a las 09h00 constante en fojas 2 a 9, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispuso: [...] 3.- Diríjase atento oficio al operador económico ALMACENES TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADOS-TIA- , para que por intermedio de quien corresponda, en el término de QUINCE (15) días, tomando como base de información, los productos detallados en el anexo denominado "Elaboración de Canastas para estudio de Supermercados ", remita a esta Autoridad de Control del Poder de Mercado la siguiente información: a) Información de los años 2011, 2012, y 2013, sobre proveedores activos, productos y servicios, compras a proveedores, ventas a supermercados, información que debe ser remitida en formato físico y digital Excel no protegido, conforme a las plantillas A, C, D, E que se agregan a la presente como anexo; b) Información de los últimos doce (12) meses, sobre proveedores salientes, información que debe ser remitida en formato físico y digital Excel no protegido, conforme a la plantilla B, que se agrega a la presente como anexo [...]”.

3.1.3.- “[...] Mediante informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de 26 de junio de 2014, constante en fojas 215 a 236, los señores economista John Reyes Proaño e ingeniero Jaime

Borja Parreño presentan una investigación del sector de supermercados, el cual identifica posibles conductas anticompetitivas por parte de los supermercados, que podrían afectar negativamente a sus proveedores. En dicho informe se concluye: [...] III CONCLUSIONES: El impacto de la concentración de supermercados en los proveedores - El impacto de la concentración en el sector de supermercados del Ecuador, favorece al poder de comprar de los supermercados sobre las empresas proveedoras. Esto puede desencadenar en que se vea reducida la capacidad de producción de nuevos emprendimientos por parte de las pequeñas y medianas empresas en calidad, cantidad y servicio que repercute en el consumidor final. - Son los proveedores quienes finalmente ven las conductas abusivas y de imposiciones que los supermercados les hacen aprovechando su poder de compra, acentuando el problema para los pequeños negocios de producción que son los que están afectados por las condiciones de compra de los supermercados. Competencia en el mercado proveedor - El efecto de la competencia en el mercado de aprovisionamiento trae consigo un beneficio para toda la cadena de comercialización y distribución de productos. El hecho de que solo se cobre al proveedor por los servicios efectivamente prestados redunde en un beneficio al precio final de los productos, al fomentarse la competencia entre proveedores, quienes deben ser eficientes en sus precios. IV RECOMENDACIONES - Esta investigación pretende fomentar la transparencia que debe existir en las relaciones comerciales entre las empresas de supermercados y sus proveedores, en un mercado que para el año 2012 vendió más de tres millones de dólares en el Ecuador, lo que representa un monto significativamente importante para efectos de resguardar la competencia del sector. - Una recomendación fundamental, es proponer que en todo tipo de acuerdos y condiciones comerciales entre supermercados y proveedores, que son fruto de las negociaciones entre las partes; existan cláusulas o condiciones que impidan prácticas abusivas de toda índole sobre todo actitudes unilaterales o ex post, igualmente se debe hacer constar en el documento toda la información posible sobre las políticas comerciales de los supermercados hacia sus proveedores, que cada transacción sea precedida de mutuo acuerdo voluntario y formal por escrito, que el documento sirva de base para que las partes puedan establecer reglas y normas que guíen los diferentes procesos del negocio, que se cuente por anticipado con la información relevante para la mejor toma de decisiones en lo relacionado a la compra venta de mercadería, especialmente para las empresas consideradas como de menor tamaño. - Recomendar de manera firme y decidida, se revisen las políticas de cobros que por diferentes razones se les hace a los proveedores por parte de los supermercados, propiciando que se limiten los cobros exclusivamente a la prestación de servicios relacionados con la compra venta del producto, así mismo sobre los descuentos que solo se deberían aplicar proporcionalmente en relación a los precios de compra de los productos. - Se recomienda en lo referente al sistema de pagos que los supermercados tiene establecido por días, semanas o meses para cancelar (sic) las facturas a sus proveedores, se reduzcan los periodos de tiempo, propiciando que el máximo plazo sea: hasta de veinte días contados desde el día de entrega de la mercadería al supermercado para todos los proveedores que reflejen ventas menores

a los US\$ 100.000,00 dólares anuales, y no más de treinta días para proveedores con ventas mayores a los US\$ 100.000,00 dólares y menores a US\$ 3'000.000,00 de dólares anuales de todo producto alimenticio procesado o no procesado. Detalle que se traduce en menores costos para ese proveedor, ya que al no operar con capitales de trabajo con alto costo financiero por dar crédito a los supermercados, le permite a futuro obtener una mejor rentabilidad en la línea de su negocio. Adicionalmente se recomienda promover la implementación de un código o manual de buenas prácticas comerciales entre las respectivas empresas de supermercados y sus proveedores, con el afán de que se norme y se regule el accionar de los procesos comerciales del negocio, donde cualquier divergencia se pueda ventilar ante un tribunal que sojucione (sic) este tipo de conflictos de una manera ágil y oportuna. En virtud de que la información contenida en los anexos del presente informe constituye información sensible y de alto valor comercial para los operadores económicos respectivos, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 19 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 3 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y el artículo 1, letra d) de la Ley de Propiedad Intelectual, se recomienda calificar como confidencial todos los anexos adjuntos al presente informe.” Mediante providencia de 30 de junio de 2014 a las 09h00, constante en fojas 265 a 271 se dispone: SEXTO.- Sobre la base de lo descrito en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, córrase traslado con el texto de la presente providencia y del informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de fecha 26 de junio de 2014 a los operadores económicos CORPORACIÓN LA FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A. a través de sus Representantes Legales de dichas compañías, a quienes se les notificará en el domicilio respectivo; se les concede un término de QUINCE (15) días para que presenten las explicaciones correspondientes. Mediante escrito presentado por la doctora María Rosa Fábara (sic) en calidad de abogada autorizada del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TÍA), constante en fojas 543 a 589, el operador económico citado presenta sus explicaciones [...]”:

3.1.4.- “[...] Mediante informe No. SCPM-IIAPMAPR-126-2014 de 04 de agosto de 2014, constante a fojas 606 a 618, el economista Vicente Abril, la economista Roxana Pozo y el doctor Wilmer Campaña, concluyen: [...] IV CONCLUSIONES 1. Los proveedores sin contrato podrían estar sujetos o expuestos a aceptar condiciones ex-post, que resultarían de cierto modo sorpresivos o inesperados, al no haber un sustento que estipule detalladamente las condiciones bajo las cuales se ejecuta su relación comercial con el supermercado. Se considera prudente investigar con mayor profundidad las relaciones contractuales que existen entre proveedores y supermercados y sus potenciales afectaciones a la competencia y al funcionamiento óptimo de los mercados (Apartado 1.1). 2. En vista del análisis realizado sobre los tiempos de pago de facturas, sería apropiado extender la investigación dentro de

este expediente para esclarecer las razones por las cuales hay pagos a proveedores que superan incluso los 45 días, puesto que de las explicaciones de los escritos no se ha podido encontrar razones que lo aclaren en su totalidad. Dos de cuatro operadores no mencionan las razones de fondo por las cuales hay estos pagos con tiempos mayores; [...] TIA presenta explicaciones que tampoco permiten determinar que todos los plazos corresponden a eventos relacionados con sus proveedores. Adicionalmente, en base a las explicaciones recibidas y si se abre el periodo investigativo, se considera apropiado incluir en la evaluación el tema de plazos de pago que se otorgan a proveedores en caso de incumplimiento de lo acordado, el cual no se ha evaluado hasta ahora pero que también podría significar plazos de pago aún mayores a los encontrados hasta ahora, sin haberse esclarecido de qué versan tales incumplimientos de los proveedores (Apartado 1.2) 3. Las concesiones que realizan los proveedores, tales como aportes para mejorar la participación en perchas o para la inauguración de nuevos locales, podrían evidenciar condiciones de ventaja de negociación de los supermercados, que estarían actuando oligopólicamente. La posibilidad de "obtener algún beneficio" por parte del supermercado por las "contribuciones" no relacionadas con el objeto y la razón de la negociación están sujetas al poder sobre el mercado del canal y a la alternancia u opciones que tiene el proveedor. Se considera primordial extender una investigación al respecto de este tema para aclarar la situación bajo las cuales se llevan a cabo estas concesiones (Apartado 1.3.1). 4. En base a que los proveedores pueden verse condicionados a aceptar concesiones dados los riesgos inherentes a perder el contrato con un supermercado y a su dificultad de sustitución, se recomienda realizar un estudio más profundo de las condiciones bajo las cuales se suscribe contratos entre supermercados y proveedores (Apartado 1.3.2). 5. En relación a acciones diversas de supermercados con sus proveedores, se considera necesario llevar a cabo una investigación más profunda poniendo especial atención a la condición de recompra de productos, puesto que los proveedores podrían estar sujetos a aceptar condiciones diversas, a pesar de haber negociación, debido a las características mismas de las relaciones que mantienen con los supermercados (1.3.3). 6. En relación a los descuentos obtenidos por supermercados de sus proveedores, se considera importante iniciar un estudio que analice en detalle las condiciones en las cuales se dan los descuentos con los proveedores, la magnitud de dichos descuentos, la implicación de que estos puedan darse de manera "espontánea", así como la transparencia sobre la especificación de estos descuentos al proveedor. Además, en base a lo sugerido en las explicaciones, cabe también analizar los mencionados beneficios que estos descuentos traen a consumidores, proveedores y cadenas de supermercados y los posibles impactos que traería una regulación sobre dichos descuentos (Apartado 1.3.4). 7. Acerca del tema de dependencia económica, basados en lo expresado por los proveedores encuestados dentro del informe No. SCPMIIAPMAPR- 087-2014, existe aceptación de condiciones que probablemente no se concederían a compradores similares. Estas condiciones, como se evaluó a lo largo del apartado 1, no han sido completamente desvirtuadas por ninguno de los operadores económicos, por lo cual se considera que existen indicios de dependencia

que requieren de un estudio más profundo durante la etapa de investigación formal (Apartado 2.1). 8. En relación a la calidad de la muestra estadística utilizada en el informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014, el presente informe ha evaluado las explicaciones de los supermercados en base a los indicios encontrados y se puede determinar que dichos indicios no han sido refutados en su totalidad. Dado esto, es necesario aclarar que sería oportuno sugerir el inicio de la etapa de investigación formal, en la cual sí se realizarán las investigaciones apropiadas, con métodos sólidos, que permitan confirmar (sic) o rechazar los indicios que han sido evaluados en el presente informe y que han quedado abiertos a pesar de las explicaciones presentadas (Apartado 2.3). V RECOMENDACIONES En base a la evaluación de las explicaciones presentadas por los operadores económicos CORPORACIÓN FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A., en relación al informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014, se recomienda el inicio de la etapa de investigación formal del presente procedimiento de investigación [...].”

3.2. Etapa de investigación formal.-

3.2.1.- “[...] Mediante providencia de 05 de agosto del 2014 a las 15h48, constante en fojas 619 a 625, el economista Diego Mancheno Ponce, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas resuelve el inicio de la investigación del expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023, “[...] 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.”. Mediante providencia de 30 de enero del 2015 a las 12h10, constante en foja 1385, el doctor Wagner Mantilla Cortés, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas resuelve: “[...] 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; [...].

3.2.2.- “[...] Con fecha 2 de abril de 2015 a las 09h00, constante en fojas 3601 a 3618, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas 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.- Informe de resultados.-

3.3.1.- “[...]Mediante Informe SCPM-DNIAPM-028-2016 de 13 de abril de 2016, constante en fojas 7134 a 7151, el Director Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado presenta el Informe de Resultados del expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP- 2013-023, en el que concluye y recomienda: 6. CONCLUSIONES 1. De conformidad al análisis realizado, se concluye que un total de 21 proveedores (identificados en el Anexo 2) se encuentran en relación de dependencia con respecto a los supermercados de TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA 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. TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA 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: Cárdenas Molina Digna Cecilia, Granja Almeida Gladys María y Escobar León Victoria Isabel. 4. TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A. habría incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que habría devuelto producto injustificadamente a los siguientes proveedores dependientes Granja Almeida Gladys María y Muñoz Zambrano Ramón Antonio. 5. TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A. habría incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que habría negado la compra de productos al proveedor dependiente Granja Almeida Gladys María. 6. TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A. habría incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que se habría retrasado en el pago de los siguientes proveedores dependientes: Cevallos Delgado María Fernanda, Granja Almeida Gladys María, Escobar León Victoria Isabel y La Fortaleza

Relafor Cía. Ltda. 7. RECOMENDACIONES 1. Correr traslado con el presente informe y la formulación de cargos al operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA 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 [...]”.

3.3.2.- *“[...] 2. En caso que el Órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de Control de 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 las medidas correctivas establecidas en el artículo 73 literales a y b de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al operador TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A. a favor de sus proveedores. 3. En caso que el Órgano de Sustanciación y Resolución de la Superintendencia de Control de 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 TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA 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.- Del recurso extraordinario de revisión.-

3.4.1.- *“[...] Consta en fojas 7069 a 7071, la resolución de 20 de febrero de 2016 a las 12h40, dentro del expediente extraordinario de revisión signado con el No. SCPMIIAPMAPR- 023-2013-RER-007-DS, en la que 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, 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 [...], se convalida todo lo actuado de fojas 5485 a 5651(carpeta 8); 5657 a 5691; 5694 a 5773; 5804 a 5821; 5859 a 5969 (carpeta 9); 5970 a 6378 (carpeta 10); 6386 a 6916 (carpeta 11); 6819 a 7060; 7086 a 7128 y 7135 (carpeta 12) [...]”.*

3.4.2.- “[...] Mediante Resolución de 23 de marzo de 2016 a las 09h00, constante en foja 7078, 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 12h40, 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 lapso 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 [...]”.*

3.5.- Formulación de cargos.-

3.5.1.- “[...] De foja 7152 a 7157 del expediente consta la formulación de cargos dentro de la presente investigación: [...] 5. *NORMAS LEGALES INFRINGIDAS Y FORMULACIÓN DE CARGOS:* Sobre la base de los antecedentes de hecho y derecho constituidos por los respectivos soportes, justificativos, documentales y análisis económico y jurídico pertinente, se establece de forma clara y unívoca que *TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TÍA S.A.* habría incurrido en las conductas que establecen las normas legales y reglamentarias por las cuales se formula el siguiente cargo: *Operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A. como presunto responsable de la conducta contemplada en el artículo 10 numeral 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, cuya conducta es la imposición de precios y condiciones comerciales [...]”.*

3.5.2.- “[...]Mediante providencia de 13 de abril de 2016 a las 16h30, constante en fojas 7158 a 7163 , la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, corre traslado al operador económico *TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA S.A.*: [...] *PRIMERO: Agréguese al expediente el Informe de Resultados SCPMDNIAPM- 028-2016, 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. SCPM-DNIAPM-028-2016 de 13 de abril de 2016, debidamente agregado en el ordinal primero y con la Formulación de Cargos debidamente agregada en el ordinal segundo, al operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A., 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 [...]”.

3.6.- Excepciones.-

“[...] Mediante escrito recibido en esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 04 de mayo de 2016 a las 16h57, constante a fojas 7164 a 7194 el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA S.A., presenta las debidas excepciones y manifiesta:

[...]

3.6.1.- *Violación al debido proceso, derecho a la defensa y otros derechos constitucionales de TÍA [...]*”.

[...] al no poder acceder a todos los documentos utilizados para llegar a las conclusiones del Informe de Resultados, específicamente la plantilla C de los supuestos proveedores afectados, se ha vulnerado el derecho constitucional de TÍA a la defensa, al debido proceso y a no quedar en indefensión [...]

3.6.2.- *Análisis de la única prueba presentada: Respuesta al Cuestionario P de los Proveedores en Supuesta Situación de Dependencia Económica.*

Inadmisibilidad de las respuestas al Cuestionario P como un medio de prueba idóneo.

[...] Con respecto a los tipos de prueba admisibles como medios probatorios, el tratadista Emilio Velasco Célleri indica que: ‘la prueba se divide en seis especies: la primera, la confesión de parte hecha con juramento ante el competente; la segunda, el juramento decisorio, que difiere (sic) una de las partes a la otra; la tercera, la declaración de testigos que es una prueba de carácter histórico; la cuarta, los instrumentos públicos y privados; la quinta la inspección judicial; y la sexta, las presunciones legales y judiciales [...]’. Una lectura de la legislación procesal vigente y de la doctrina citada anteriormente, genera la necesidad de responder a la siguiente pregunta: ¿cuál sería la naturaleza del Cuestionario P dentro de los medio de prueba? La respuesta sería que dentro de las seis especies o tipos

de prueba, el único que le podría ser aplicable es la prueba testimonial, sin embargo, el Cuestionario P no cumple con los requisitos de la prueba testimonial, ya que nunca se otorgó a TÍA el derecho de repreguntar o refutar las declaraciones o respuestas ni a la impugnación de los testimonios [...]

“[...] Por lo anteriormente expuesto, es claro que la única prueba presentada en el Informe de Resultados carece de fuerza suficiente para probar por sí sola, las conclusiones a las que arriba dicho informe [...]”.

3.7.- Definición de Mercado Relevante

3.7. 1.- Mercado Relevante de Producto o Servicio [...] *De la revisión de este punto, se desprende que en el Informe de Resultados, la Intendencia ha definido el mercado de producto o servicio de una manera estrecha, al limitarlo únicamente a las ventas de los productos descritos en el Anexo 1 que son productos alimenticios y no alimenticios de consumo corriente (en adelante, "Productos"), por parte de los proveedores a los supermercados, excluyendo inexplicablemente las ventas de estos mismos Productos y proveedores a otros clientes. Hay que señalar, que el realizar esta investigación reduciendo el mercado relevante únicamente a las relaciones que tienen los proveedores de los Productos con los supermercados, es sin duda alguna reducir y limitar el verdadero mercado en el que se manejan y operan los proveedores. Y es que, al definir el mercado de esta manera, no se está tomando en cuenta que los proveedores de manera general también abastecen los Productos a otro tipo de segmentos, en particular el canal tradicional. Es decir, se deja de lado a otros compradores de productos alimenticios y no alimenticios de consumo corriente ("Productos"), como lo son tiendas, quioscos, farmacias, gasolineras, entre otros [...]*

“[...] el mercado relevante no debe incluir únicamente al aprovisionamiento de los Productos a los supermercados investigados, sino a todos los supermercados y a todos los operadores económicos que son clientes de los proveedores, entre ellos, otros operadores de los distintos canales de distribución: todos los del canal moderno, en el que se encuentra TÍA, y con los del canal tradicional; los cuales son canales de distribución con los que compete TÍA. Y es que sin duda, si bien los supermercados pueden representar un canal importante de distribución para los proveedores, este no es el único canal a través del cual los proveedores dan salida a todos sus productos [...]”.

3.7.2.- La investigación se enfoca únicamente en cuatro supermercados (‘Operadores Investigados’) sin ninguna motivación.

[...] una investigación al sector de supermercados debería incluir al menos a todos los operadores económicos que participan en el canal moderno, puesto que en el análisis hecho faltan partícipes de este canal, que sin duda son importantes a efectos de hacer el análisis

en cuestión, sobre todo con relación a TÍA. Así, en el propio Informe de Resultados, en el punto 4, aparecen otros supermercados tales como Coral Supermercados, Mega Tienda del Sur, Comisariato de las Fuerzas Armadas (Cossfa S.A., ROMAR, Deviescorp, Velboni, entre otros, que indudablemente compiten con TÍA. (sic)

[...] En el Informe de Resultados adicionalmente no se ha hecho el análisis de las características, usos y precios de los posibles sustitutos, siendo que en este caso que los Productos que se encuentran en un supermercado, se pueden encontrar igualmente y con las mismas características y para los mismos usos en los formatos tradicionales de reventa o distribución de Productos de los proveedores [...]

3.7.3.- Análisis del artículo 10 de la LORCPM y su aplicación en el presente caso

3.7.3.1.- Poder de Mercado requisito de existencia de poder de mercado

[...] Si bien el concepto de “poder de mercado relativo” puede ser reconocido en la doctrina y algunas legislaciones extranjeras, en el Ecuador la LORCPM no recoge dicho concepto, sino únicamente contempla el concepto de poder de mercado definido en el artículo 8 de la LORCPM. Esto además de ilegal, es inconstitucional, no sólo porque viola el derecho a la seguridad jurídica, sino el derecho a la defensa y al debido proceso, pues la infracción con ‘poder de mercado relativo’ no está expresamente tipificada en la LORCPM como infracción. [...] En tal sentido, conforme lo previsto en el artículo 226 de la Constitución, la Intendencia sólo puede hacer lo que está expresamente permitido por la ley, además de que en virtud de otras normas constitucionales ya invocadas debe y está obligada a respetar y aplicar los derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, defensa y debido proceso, que le obligan a aplicar la norma del artículo 10 de la LORCPM sin modificación alguna, es decir, considerando al poder de mercado ‘absoluto’, tal como está definido en el artículo 8 de la LORCPM, pudiendo por tanto sólo investigar por las conductas del artículo 10 de la LORCPM a los operadores económicos que tengan poder de mercado en el mercado relevante que se defina conforme a la LORCPM [...]”.

“[...] Respecto del canal tradicional, es importante notar que en el Ecuador dicho canal es incluso mayor que el canal de autoservicios. Una investigación realizada por el órgano investigativo de la anterior Autoridad de Competencia, la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad, cuyo expediente se encuentra en poder la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, concluyó que en el mercado del retail, el canal tradicional tiene entre el 70% y 80% de participación mientras que el canal de autoservicios del 30% a 20% restante [...]”.

“[...] En tal sentido, el canal tradicional, representa un canal de distribución sustantivamente mayor que el canal de autoservicio. Bajo este escenario, es imposible que TÍA tenga poder de mercado, ya que tiene una participación de mercado diminuta que le

hace incapaz de influir en el mercado de manera independiente, condición que señala el artículo 8 de la LORCPM [...]”.

3.7.3.2.- Existencia de dependencia económica de los proveedores de TÍA. Falta de motivación en la determinación de dependencia económica en el Informe de Resultados.

[...] Al respecto es necesario señalar que el Informe de Resultados no explica ni justifica cómo y porque determinó el porcentaje de 50% como umbral para determinar la existencia o no de dependencia económica, y por qué sólo considera el volumen de ventas y no otros factores. En el Informe de Resultados no se presenta ningún argumento o justificación técnica que fundamente la utilización del 50%. [...]”.

Análisis de la supuesta dependencia económica de los proveedores detallados en el Anexo 2 del Informe de Resultados.

3.7.3.3.- Existencia de alternativas para los proveedores de TÍA

[...] En el Informe de Resultados se confunde la no existencia de una alternativa equivalente, como una prueba de la existencia de dependencia económica, cuando en realidad son dos requisitos distintos. Es decir, puede haber un proveedor que dependa económicamente, pero si tiene alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad ya no cabría el análisis al amparo del artículo 10 de la LORCPM [...]”.

[...] En conclusión, de la respuesta de los proveedores en el Anexo 2 a la pregunta 11 del Cuestionario P sólo puede aseverarse que dijeron que no tienen alternativas equivalentes al ejercicio de su actividad sólo 8 de los 21 que el Informe de Resultados señala que dependen económicamente de TÍA y no poseen alternativa equivalente. Para el caso de TÍA existen alternativas equivalentes [...]”.

[...] En tal sentido, los supermercados constituyen sólo uno de los varios canales de distribución que los proveedores tienen a su disposición. Para mi representada no le es posible conocer todos los canales de distribuciones actuales y potenciales que tiene a su disposición un proveedor, sin embargo es posible identificar rápidamente cuales podrían ser esos otros canales de distribución como el canal tradicional y el canal moderno.

En ese sentido, un proveedor de productos alimenticios y no alimenticios de consumo corriente tiene en primer lugar al canal tradicional como una alternativa equivalente. Dado que el canal tradicional representa aproximadamente el 75% del mercado de retail es evidente que las posibilidades de un proveedor para reemplazar a TÍA en el canal tradicional son gigantescas [...]”.

3.7.3.4.- “Supuestas conductas que constituirán abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica por parte de TÍA”.

Imposición de precios y condiciones comerciales

[...] En primer lugar es preciso reiterar que el Informe de Resultados no ofrece otra prueba más que las supuestas tres respuestas de proveedores que señalaron la imposición de condiciones comerciales de TÍA. Dado la falta de pruebas, las respuestas de los proveedores no representan más que una declaración contenida en un cuestionario que se contrapone con lo establecido por TÍA en el presente escrito, que es que no ha impuesto condiciones comerciales o servicios no equitativos. Como ha sido señalado anteriormente la existencia de esta única prueba no es suficiente para concluir con certeza el cometimiento de una infracción por parte de TÍA. En segundo hay que señalar que el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM no solo se refiere a la imposición de precios u otras condiciones comerciales sino que también requiere los mismos sean no equitativos. Al respecto las preguntas 1 y 3 del Cuestionario P son las que han sido utilizadas para sustentar la supuesta existencia de imposición de precios y condiciones comerciales. Una revisión de estas preguntas permite constatar que únicamente se consulta si es que se han impuesto precios y condiciones más no si los mismos fueron inequitativos. Devoluciones En ningún momento la formulación de cargos hace referencia a devoluciones como una infracción al numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM. Por esta razón, se puede concluir que la formulación de cargos realizada no ha recogido los argumentos realizados en el punto [...]”.

“[...] En conclusión del numeral 4 del punto 6 del Informe de Resultados. En tal sentido el supuesto cometimiento de una infracción por la conducta de devoluciones debe ser desechado en el presente expediente [...]”.

[...] Adicionalmente es preciso señalar que la devolución no se encuentra tipificada en el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM. En ese sentido no se motiva adecuadamente como una devolución pueden enmarcarse en la conducta tipificada en el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM. Sin perjuicio de lo anterior es importante notar que el Informe de Resultados aclara que esta conducta constituiría una infracción siempre y cuando la devolución sea injustificada. En ninguna parte del Informe de Resultados se prueba que las devoluciones de productos que haya realizado TÍA se encuentren injustificadas Negación de la compra y condicionamiento de ventas a terceros [...]”.

“[...] En segundo lugar, al igual que con las devoluciones, el documento de Formulación de Cargos únicamente formula cargos en contra de TÍA, en base al numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, por supuestas conductas de imposición de precios y condiciones comerciales. En ningún momento la formulación de cargos hace referencia a la negativa de compra o condicionamiento de venta a terceros como una infracción al numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM. Por esta razón, se puede concluir que la formulación de cargos realizada no ha recogido los argumentos realizados en el punto 5.3 ni la conclusión del numeral 5 del punto 6 del Informe de Resultados. En tal sentido el supuesto cometimiento de

una infracción por la conducta de negación de compra y condicionamiento de ventas a terceros debe ser desechado en el presente expediente [...]”.

“[...] Finalmente la negación de compra y condicionamiento de ventas a terceros no se encuentra tipificada en el numeral 4 del artículo 10 de la LORPCM. En ese sentido no se motiva adecuadamente como una devolución pueden enmarcarse en la conducta tipificada en el numeral 4 del artículo 10 de la LORPCM [...]”.

“Pagos y condiciones de venta”.

[...] es preciso señalar que el establecimiento de descuentos por estas razones, siempre y cuando hayan sido previamente pactados por los proveedores, en ningún momento pueden ser consideradas como un abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. En el párrafo cuarto del punto 5.5 del Informe de resultados se hace referencia la supuesta existencia de retrasos en los pagos [...]”.

[...] Sin perjuicio de lo anterior, es preciso señalar que el simple retraso en ocasiones puntuales en el pago de proveedores no puede ser considerado como un abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica ya que a lo sumo puede ser considerado como una infracción contractual [...]”.

3.8.- Etapa de prueba.-

“[...] Mediante providencia de 06 de mayo de 2016 a las 08h30, constante en foja 7195, se resolvió: [...] SEGUNDO: Por ser el estado del proceso y con la presentación oportuna de excepciones del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA S.A. TÍA, al amparo de los dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con lo dispuesto en el Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en cuyo artículo 69 señala, ‘Término de prueba.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de investigación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, los cuales podrán ser prorrogados hasta por un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad [...]’; esta autoridad dispone la apertura del término probatorio por sesenta (60) días.- [...]”

3.9.- Audiencia Pública.-

Con sujeción a lo previsto en el inciso segundo del artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el día jueves 08 de diciembre de 2016, a las 15h00, se realizó la audiencia pública, en donde se escuchó la exposición verbal de los intervinientes en el presente procedimiento administrativo.

CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR EL OPERADOR ECONOMICO TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A.

“[...] El artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece que “[...] una vez concluido el término de prueba, las partes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días [...]”.

“[...] Mediante escrito ingresado a esta Superintendencia de Control de Poder de Mercado (sic), Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el 16 de Septiembre de 2016, el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS S.A., solicita a esta autoridad la realización de una audiencia [...]”.

“[...] Mediante providencia de 20 de septiembre de 2016 a las 12h24, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispuso: PRIMERO: Agréguese al expediente el escrito de 16 de septiembre de 2016 a las 16h48, ingresado a la Secretaría General de la SCPM, signado con el número de trámite 23462, remitido por el abogado Martín Peñaherrera Oleas, debidamente autorizado por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS S.A. TIA, atendiendo el mismo [...]”
“[...] Una vez concluido el término de prueba, las partes podrán presentar alegatos en el término de diez (10) días [...]”.

“[...] El 21 de septiembre de 2016 a las 16h10 se llevó a cabo la audiencia de alegatos solicitada por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TÍA), conforme consta del Acta de la audiencia y la grabación magnetofónica de esta [...]”.

“[...] Mediante escrito de 26 de septiembre de 2016, recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 26 de septiembre de 2016 a las 15h00, el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS S.A. presenta “un resumen de los principales argumentos que han sido presentados por TIA y pruebas existentes a lo largo del presente expediente [...]”.

QUINTO.- DE LA PRUEBA Y SU VALORACIÓN.-

El artículo 76 numeral 7, letra h) de la Constitución de la República del Ecuador, consagra entre los derechos de las personas a la defensa, el de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Como se puede apreciar la norma constitucional expresamente determina el derecho a la prueba como una garantía que tienen las personas intervinientes en el procedimiento administrativo por infracciones a la LORCPM. Sobre este punto la Corte Constitucional sostiene: *“[...] De una manera somera, diremos que 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 los que se decida sobre sus derechos [...]”. (lo resaltado y subrayado son nuestras). Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VII, Junio 2012, Página 506.

En otro fallo la Corte Constitucional sustenta: “[...] A criterio de esta Corte, el derecho a la defensa constituye un principio fundamental del debido proceso mediante el cual se faculta a una persona a formar parte de un proceso **para presentar y contradecir los alegatos y pruebas que se presenten** [...]”. (las negrillas y lo subrayado no son del texto). Sentencia No.093-12-SEP-CC CASO No.0358-09-EP de 03 de abril de 2012. S.R.O. No.718 de 6 de junio del 2012.

La valoración de la prueba es una actividad intelectual y eminentemente mental por parte de la autoridad administrativa competente, cuyo objetivo es el grado de convicción que puede deducir al examinar y estimar debidamente los hechos y los medios de prueba suministrados por las partes en el expediente.

En nuestro sistema jurídico rige el sistema de valoración de las reglas de la sana crítica, método que en la opinión del connotado jurisconsulto uruguayo Eduardo Couture “[...] Las reglas de la sana crítica son, ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas [...]”. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 11ª. Reimpresión 1978, Página 270.

La Corte Constitucional del Ecuador, enseña: “[...] Nuestro derecho procesal ha operado entre dos extremos: la prueba tasada y tarifaria, que entrañaba(...) la valoración de la prueba en la norma y la libre convicción que otorga total discrecionalidad al juzgador para establecer las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos probados. En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción [...]” **Sentencia No.010-12 SEP-CC (S.R.O 30 de marzo-2012) CASO No.1277-10-EP.**

El inciso segundo del artículo 164 del COGEP, dispone: “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 validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá la

obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”. En mérito de los razonamientos jurídicos que anteceden, los elementos de convicción constantes en el presente expediente administrativo, en base al sistema de valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en donde se entrelazan la lógica y la experiencia de la autoridad administrativa le han permitido a esta Comisión para formar su íntima convicción, pues, son reglas que no constan en normas de derecho positivo, sino son básicamente la aplicación del correcto entendimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica, la equidad, la justicia administrativa y en los principios científicos del derecho.

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

“[...] 1.- Escritos y anexos del operador económico GALARRAGA PÁEZ GALO JAVIER, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 15 de septiembre de 2015 a las 14h18, remitidos mediante hoja de ruta 5786, contenidos de foja 5478 a foja 5498. En los mismos constan copias certificadas de documentos personales, escrito notariado y la plantilla F. los cuales se encuentra constantes en este texto. 2.- Escrito y anexo del operador económico GALARRAGA PÁEZ GALO JAVIER, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 06 de octubre de 2015 a las 11h03, remitidos mediante hoja de ruta UIO-6496, contenidos de foja 5695 a foja 5696, donde consta plantilla F. 3.- Escrito y anexos del operador económico GALARRAGA PÁEZ GALO JAVIER, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 23 de octubre de 2015 a las 11h20, remitidos mediante hoja de ruta UIO-7293, contenidos de foja 5735 a foja 5737, donde consta documentos personales y aclaración acerca de la conducta del operador TÍA frente a la apertura de dos nuevos locales en el año 2012, donde se menciona que el proveedor fue incluido en la lista de proveedores de los dos nuevos locales en una sola ocasión. 4.- Escrito y anexos del operador económico GRANJA ALMEIDA GLADYS MARÍA, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 16 de septiembre de 2015 a las 11h29, remitidos mediante hoja de ruta 5818, contenidos de foja 5499 a foja 5523, donde constan copias certificadas de documentos de identidad, correo donde constata primeras codificaciones con TÍA y facturas entregadas al operador TÍA. 5.- Escrito y anexos del operador económico LA FORTALEZA RELAFOR CÍA. LTDA., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 17 de septiembre de 2015 a las 13h20, remitidos mediante hoja de ruta UIO- 5873, contenidos de foja 5542 a foja 5571, donde constan copias certificadas de escrito donde se menciona que no se suscribió ningún contrato con el operador TÍA, adicionalmente consta plantilla F, facturas de ventas y recibos de cobros a TÍA, junto con copias certificadas de documentos personales. 6.- Escrito del operador económico LA FORTALEZA RELAFOR CÍA. LTDA., recibido en Secretaría General de la SCPM el 12 de octubre de 2015 a las 11h39, remitido mediante hoja de ruta UIO-6661, contenido en la foja 5728, donde consta escrito aclarando razones de devolución. 7.- Escrito y anexos del

operador económico MUÑOZ ZAMBRANO RAMÓN ANTONIO, recibidos en la Intendencia Zonal 4 de la SCPM el 18 de septiembre de 2015 a las 10h30, remitido mediante hoja de ruta UIO-6081, contenido de foja 5580 a foja 5614, constan copias certificadas de documentos personales, escrito notariado donde señala que el operador no ha suscrito ningún contrato con TÍA y adjunta la plantilla F. 8.- Escrito del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TÍA S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM el 26 de noviembre de 2015 a las 16h48, remitido mediante hoja de ruta UIO-7405, contenido de foja 5740 a foja 5743, donde se solicita se reproduzca prueba de todo lo favorable al operador TÍA. 9.- Escrito y anexos del operador económico COMERCIAL KYWI S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 18 de noviembre de 2015 a las 10h39, remitidos mediante hoja de ruta UIO-1371, contenidos de foja 5783 a foja 5850, constan copias certificadas de ventas y devoluciones efectuadas a TÍA, formulario de declaración al Impuesto al Valor Agregado y formulario de declaración al Impuesto a la Renta. 10.- Escrito del operador económico CASA CASA VÍCTOR ALFONSO, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 18 de noviembre de 2015 a las 12h50, remitido mediante hoja de ruta UIO-1384, contenido de foja 5851 a foja 5893, constan copias certificadas de ventas y devoluciones efectuadas a TÍA, formulario de declaración al Impuesto al Valor Agregado y formulario de declaración al Impuesto a la Renta. 11.- Escrito y anexos del operador económico MENA JOSUE ALEXANDER, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 19 de noviembre de 2015 a las 10h59, remitidos mediante hoja de ruta UIO-1441, contenidos de foja 5894 a foja 5928, constan copias certificadas de ventas y devoluciones efectuadas a TÍA, formulario de declaración al Impuesto al Valor Agregado y formulario de declaración al Impuesto a la Renta. 12.- Escrito y anexos del operador económico GALARRAGA PÁEZ GALO JAVIER, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 19 de noviembre de 2015 a las 11h21, remitido mediante hoja de ruta ID-2015-1429, constan copias certificadas de ventas y devoluciones efectuadas a TÍA, formulario de declaración al Impuesto al Valor Agregado y formulario de declaración al Impuesto a la Renta. 13.- Oficio de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros No. SCVS.IRQ.SG.SRS.2015.4350.23052 y anexos, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 20 de noviembre de 2015 a las 11h27, remitidos mediante hoja de ruta ID-2015-1501, contenidos de foja 6067 a foja 6154 14.- Escrito y anexos del operador CALDERÓN TORREROS LUCILA, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 20 de noviembre de 2015 a las 09h50, remitidos mediante hoja de ruta ID-2015-1482, contenidos de foja 6155 a foja 6237, donde constan copias certificadas de contratos y facturas emitidas al operador TÍA, copias certificadas de ventas, pago del impuesto a la renta, declaración de impuesto al valor agregado y plantilla F. 15.- Escrito y anexos del operador económico LA FORTALEZA RELAFOR CÍA. LTDA., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 20 de noviembre de 2015 a las 17h00, remitido mediante hoja de ruta ID-2015-1571, contenido de foja 6238 a foja 6301; donde constan copias certificadas de ventas y devoluciones realizadas a TÍA, formulario de estados financieros de la SUPERCIAS y declaración de impuesto al valor

agregado. 16.- Oficio del Servicio Rentas Internas No. 1170120115OSTR022466 y anexos, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 23 de noviembre de 2015 a las 13h00, remitidos mediante hoja de ruta ID-2015-1578, contenido de foja 6310 a foja 684, donde consta detallado de los operadores que llevaron a cabo la declaración del Impuesto a la Renta. 17.- Escrito y anexos del operador económico HILANTEX S.A., recibidos en la Intendencia Zonal 8 de la SCPM el 23 de noviembre de 2015 a las 15h18, contenidos de foja 6842 a foja 6981, constan copias certificadas de ventas y devoluciones efectuadas a TÍA, formulario de declaración al Impuesto al Valor Agregado y formulario de declaración al Impuesto a la Renta. 18.- Extracto no confidencial del informe Nro. SCPM-IIAPMAPR-091-2015 de 27 de noviembre de 2015, contenido de foja 6983 a foja 6985, donde consta información no confidencial incluida en el informe SCPM-IIAPMAPR-091- 2015. 19.- Extracto no confidencial del informe Nro. SP-2015-007 de 18 de septiembre de 2015, contenido de foja 5572 a foja 5573. 20.- Cuestionario P del operador económico 1) CÁRDENAS MOLINA DIGNA CECILIA (constante de foja 4613 a 4616) 21.- Cuestionario P del operador económico 2) CEVALLOS DELGADO MARÍA FERNANDA (constante de fojas 4148 a 4151) 22.- Cuestionario P del operador económico 3) ESCOBAR LEÓN VICTORIA ISABEL (constante de foja 4114 a 4117) 23.- Cuestionario P del operador económico GRANJA ALMEIDA GLADYS MARÍA (constante de foja 3961 a 3964) 24.- Cuestionario P del operador económico 5) LA FORTALEZA RELAFOR CÍA. LTDA. (constante de foja 3981 a 3984) 25.- Cuestionario P del operador económico 6) MUÑOZ ZAMBRANO RAMÓN ANTONIO (constante de foja 4562 a 4565) 26.- Declaración juramentada de 30 de agosto de 2016, donde COMPAÑÍA LA FORTALEZA RELAFOR S.A., declara que no ha suscrito ningún contrato con TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS S.A., durante el periodo comprendido entre enero del 2012 a agosto del 2014. 27.- 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. 28.- Informe de Resultados No. SCPMDNIAPM- 028-2016 de 13 de abril de 2016, elaborado por el economista Daniel Jaramillo, revisado y aprobado por el economista Vicente Abril. 29.- Notificación recibida dentro del proceso No. SCPM-IIAPMAPR-023- 2013-RER-007-DS, respecto de la Resolución de 23 de marzo de 2016, a las 09h00, que amplía la Resolución de 20 de febrero de 2016, a las 12h40, emitida por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, dentro del Recurso Extraordinario de Revisión. 30.- Escrito y anexos de 19 de septiembre de 2016 a las 17h04, ingresado a la Secretaría General de la SCPM, signados con el número de trámite 23586, remitidos por el abogado Daniel Castelo Guerrero, donde consta copias Página 91 de 138 certificadas de contratos y documentos donde se verifique que el operador TÍA incurrió en cambios de precios, devoluciones, descuentos y bonificaciones, negativas de compra y facturas con fechas de pago correspondiente a todos los proveedores bajo investigación por esta Intendencia. 31.- Escrito y anexos del operador COMERCIAL KYWI S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 09 de septiembre de 2015, contenidos de foja 5406 a foja 5445, donde constan copias certificadas de documentos personales y

nombramiento del representante legal de la empresa en cuestión, junto con la información de la plantilla F en formato digital e impreso. 32.- Escrito y anexos del operador HILANTEX S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 10 de septiembre de 2015, contenidos de foja 5446 a foja 5477, donde constan copias certificadas de documentos personales y nombramiento del representante legal de la empresa en cuestión, facturas emitidas al operador TÍA S.A., y la información de la plantilla F en formato digital e impreso. 33.- Escrito y anexos del operador JOSUE MENA AZUA, recibidos en Secretaría General de la SCPM el 22 de septiembre de 2015, contenidos de foja 5617 a foja 5692, donde constan copias certificadas de documentos personales y nombramiento del representante legal de la razón social en cuestión, contrato y facturas emitidas al operador TÍA S.A., y la información de la plantilla F en formato digital e impreso. 34.- Oficio de la Secretaria Permanente de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado No. SPCPM-003, recibido en Secretaría General de la SCPM el 01 de octubre de 2015 a las 16h57, contenido de foja 5693 a foja 5694, donde consta razones por las cuales no se puede cumplir diligencia solicitada por la IIAPMAPR. 35.- Escrito del operador LA FORTALEZA LTDA., recibido en Secretaría General de la SCPM el 12 de octubre de 2015, contenido en foja 5728, donde consta aclaración de que las notas de débito generadas por TÍA S.A., fueron efectuadas por concepto de Servicio de Publicidad en Eventos de dicho operador económico. 36.- Escrito del operador HILANTEX S.A., recibido en Secretaría General de la SCPM el 12 de octubre de 2015 a las 15h8 (sic), contenidos de foja 5729 a foja 5731, donde consta aclaración de ampliación de objeto social con respecto a la actividad realizada por la empresa en cumplimiento de la resolución No. 09-6- DIC-0001110 de la Superintendencia de Compañías de febrero 26 de 2009. 37.- Escrito del Secretario Técnico de la Junta de Regulación de Poder de Mercado, Edwin Buenaño, recibido en Secretaria General de la SCPM, el 20 de octubre de 2015, contenidos de foja 5732 a foja 5734, donde consta respuestas al pliego de preguntas elaborado y remitido por la IIAPMAPR relacionada al Informe SP-2015-007 de 15 de junio de 2015. 38.- Escrito del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A., recibido en Secretaria General de la SCPM el 23 de noviembre de 2015 a las 16h02, contenido en foja 6302, donde consta tres medios magnéticos que fueron solicitados en providencia de 10 de noviembre de 2015 a las 10h00. 39.- Escrito del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A., recibido en Secretaria General de la SCPM el 09 de noviembre de 2015 a las 11h31, contenido en foja 7053, donde consta la autorización a TIA al acceso al expediente para revisión del mismo operador, y que se confiera a costa de TIA copias simples de todos los documentos que conforman el expediente a partir de la foja 7061 a excepción de lo que ha sido declarado como confidencial y privilegiado. 40.- Escrito del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A., recibido en Secretaria General de la SCPM el 21 de diciembre de 2015 a las 12h04, contenido en foja 7060, donde consta medio magnético que fuere solicitado en Providencia de 17 de diciembre de 2015 a las 15h00 [...]”.

5.2.- Prueba presentada por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS (TA) S.A.

“[...] 1.- Providencia de 23 de agosto de 2016 a las 15h10 emitida por la IIAPMAPR, mediante las cuales se insistió a la proveedora DIGNA CECILIA CÁRDENAS MOLINA, la presentación de pruebas que acrediten que TÍA habría supuestamente impuesto precio de compra de los productos; a la proveedora MARÍA FERNANDA CEVALLOS DELGADO pruebas que acrediten que TÍA habría pagado con retraso los productos adquiridos; a la proveedora VICTORIA ISABEL ESCOBAR LEÓN pruebas que acrediten que TÍA habría supuestamente impuesto precio de compra a los productos adquiridos. 2.- Anexo 1 del escrito de TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TÍA S.A. de 09 de septiembre de 2016, donde se comparecen pruebas presentadas y solicitadas dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023, que fuere solicitado mediante providencia de 06 de mayo de 2016 a las 8h30. 3.- Escrito y anexos del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TÍA S.A., recibidos en Secretaría General de la SCPM el 07 de diciembre de 2015 a las 16h31, remitidos mediante hoja de ruta ID-2015-2163, contenidos de foja 7011 a foja 7052, donde consta escrito de solicitud de incorporación y reproducción de pruebas presentadas y solicitadas. 4.- Con respecto a la proveedora Cecilia María Baquerizo Intriago, en el tema de ausencia de dependencia económica solicita se incorpore, se reproduzca y se tome en consideración una copia del resultado de búsqueda del RUC del proveedor Cecilia María Baquerizo Intriago, realizada en la página web del Servicio de Rentas Internas, documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6388 a 6397 del Expediente No. SCPMIIAPMAPR- EXP-2013-023, que prueba que la señora Cecilia María Baquerizo Intriago no tiene dependencia económica con TÍA, además de que prueba que tiene alternativas equivalentes, escrito presentado por la señora Cecilia María Baquerizo Intriago el 5 de noviembre de 2015, que obra a fojas 5820 del Expediente No. SCPMIIAPMAPREXP- 2013-023, en el que claramente expresa que su relación comercial con TÍA era eventual, que fueron ventas de contado. De la misma proveedora con respecto a alternativa equivalente a TÍA, solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por la proveedora Cecilia María Baquerizo Intriago que consta de fojas 4235 a 4238 del presente Expediente, finalmente con respecto a conducta abusiva a la misma proveedora, solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 3 del Cuestionario P llenado por la proveedora Cecilia María Baquerizo Intriago que consta de fojas 4235 a 4238 del presente Expediente, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el escrito presentado por la señora Cecilia María Baquerizo Intriago el 5 de noviembre de 2015, que obra a fojas 5820 del Expediente No. SCPMIIAPMAPR-EXP-2013-023, en el que claramente expresa que no existen documentos en donde conste o se impongan condiciones o requerimiento que no estuvieren previamente pactados. 5.- Con respecto a la proveedora Lucila Calderón Terreros al tema de ausencia

de dependencia económica, solicita se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6437 a 6452 vuelta del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023, que prueba que la señora Lucila Calderón Terreros no tiene dependencia económica con TÍA; copia del resultado de búsqueda del RUC de la proveedora Lucila Calderón Terreros, realizada en la página web del Servicio de Rentas Internas. Donde se puede comprobar que la proveedora en cuestión tiene registrado un establecimiento matriz (ubicado en Imbabura) y tres establecimientos adicionales en los que comercializa su producto (uno en Imbabura y dos en Quito). Con respecto a alternativa equivalente a TÍA, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por la proveedora Lucila Calderón Terreros que consta de fojas 3781 a 3784 del presente expediente, en el cual la proveedora en cuestión no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. Finalmente con respecto a inexistencia de conducta abusiva, se solicita reproduzca tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 7 del Cuestionario P llenado por la proveedora Lucila Calderón Terreros que consta de fojas 3781 a 3784 del presente expediente, con especial énfasis en la pregunta 7.3 del Cuestionario P donde el proveedor en cuestión señala que los descuentos o bonificaciones se establecieron claramente al inicio de la relación comercial. Solicita se reproduzca, tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 8 del Cuestionario P llenado por la proveedora Lucila Calderón Terreros que consta de fojas 3781 a 3784 del presente expediente, con especial énfasis en la pregunta 8 del Cuestionario P donde el proveedor en cuestión señala que cancela a TÍA el 10% del retorno por publicidad, servicio por inauguración, entrega centralizada y cumplimiento de metas. Solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el convenio comercial suscrito el 7 de mayo de 2014 por la proveedora Lucila Calderón Terreros y TÍA, el cual fue adjuntado por la proveedora y consta de fojas 3786 a 3788. Con especial énfasis en la cláusula tercera del convenio comercial en la cual se establece que la proveedora se compromete a contratar los servicios que serán prestados por TÍA. Solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el Anexo No. 1 al convenio comercial suscrito el 7 de mayo de 2014 por la proveedora Lucila Calderón Terreros y TÍA, el cual fue adjuntado por la proveedora y consta a fojas 3785, donde se deberá notar que en el Anexo No. 1 se encuentran detallados con cada uno de los rubros y servicios que el proveedor se compromete a pagar a TÍA. 6- Con respecto a la proveedora Digna Cecilia Cárdenas Molina, en el tema de existencia de alternativa a TÍA solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 1 del Cuestionario P llenado por la proveedora Digna Cecilia Cárdenas Molina que consta de fojas 4687 a 4690 del presente expediente, con especial énfasis en la pregunta 1 del Cuestionario P el proveedor en cuestión llena los casilleros correspondientes a los operadores económicos Corporación Favorita, Corporación El Rosado, Tiendas Industriales Asociadas (TÍA) y

Mega Santamaría, señalando así que tiene relación comercial con las cuatro cadenas de supermercados antes señaladas. Solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA las respuestas a la preguntas No. 10 y 11 del Cuestionario P llenado por la proveedora Digna Cecilia Cárdenas Molina que consta de fojas 4687 a 4690 del presente expediente, con especial énfasis en la pregunta 10, donde la proveedora se refiere a los cuatro operadores económicos Corporación Favorita, Corporación El Rosado, Tiendas Industriales Asociadas (TÍA) y Mega Santamaría. 7.- Con respecto al proveedor Víctor Alfonso Casa Casa, en el tema de alternativa equivalente a TÍA solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 1 del Cuestionario P llenado por el proveedor Víctor Alfonso Casa Casa que consta de fojas 4583 a 4586 del presente Expediente, con especial énfasis en la pregunta 1 del Cuestionario P, donde el proveedor en cuestión llena los casilleros correspondientes a los operadores económicos Corporación Favorita, Corporación El Rosado, Tiendas Industriales Asociadas (TÍA) y Mega Santamaría, señalando así que tiene relación comercial con las cuatro cadenas de supermercados antes señaladas. Solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por el proveedor Víctor Alfonso Casa Casa, que consta de fojas 4583 a 4586 del presente expediente, con especial énfasis en la pregunta No. 11 del Cuestionario P, donde el proveedor en cuestión no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. Con respecto a inexistencia de conducta abusiva, solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 1 del Cuestionario P llenado por el proveedor Víctor Alfonso Casa Casa que consta de fojas 4583 a 4586 del presente Expediente, con especial énfasis en la pregunta 1 del Cuestionario P del proveedor en cuestión, Víctor Alfonso Casa Casa, donde indica que TÍA no le ha impuesto ni le impone el precio de compra de sus productos, sin que haya mantenido una negociación con el supermercado. Además, solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 3 del Cuestionario P llenado por el proveedor Víctor Alfonso Casa Casa, que consta de fojas 4583 a 4586 del presente expediente, principalmente la pregunta No. 3 del Cuestionario del proveedor Víctor Alfonso Casa Casa, donde responde que TÍA, una vez establecida la relación comercial, no le ha impuesto condiciones o requerimientos de servicios adicionales de manera periódica sin estar previamente pactados. 8.- Con respecto al proveedor María Fernanda Cevallos Delgado, en el tema de existencia de alternativa equivalente a TÍA, se solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por la proveedora María Fernanda Cevallos Delgado que consta de fojas 4226 a 4229 del presente Expediente, principalmente la pregunta No. 11 del Cuestionario P, donde la proveedora en cuestión no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. 9.- Con respecto al proveedor Comercial Kywi, en el tema de ausencia de dependencia económica,

solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 1 del Cuestionario P llenado por el proveedor Comercial Kywi S.A. que consta de fojas 4077 a 4081 del presente expediente, con especial énfasis en la pregunta 1 del Cuestionario P, donde el proveedor en cuestión llena los casilleros correspondientes a los operadores económicos Corporación Favorita, Corporación El Rosado, Tiendas Industriales Asociadas (TÍA) y Mega Santamaría, señalando así que tiene relación comercial con las cuatro cadenas de supermercados antes señaladas. Además se solicita incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6510 vuelta a 6570 vuelta del Expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP-2013-02. Con respecto a alternativa equivalente a TÍA, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 1 del Cuestionario P llenado por el proveedor Comercial Kywi S.A. que consta de fojas 4077 a 4081 del presente expediente, principalmente la pregunta 1 del Cuestionario P del proveedor en cuestión, donde llena los casilleros correspondientes a los operadores económicos Corporación Favorita, Corporación El Rosado, Tiendas Industriales Asociadas (TÍA) y Mega Santamaría, señalando así que tiene relación comercial con las cuatro cadenas de supermercados antes señaladas. Además, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por Comercial Kywi S.A. que consta de fojas 4077 a 4081 del presente expediente, donde Comercial Kywi S.A. no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. Por otra parte, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el documento anexo al Cuestionario P presentado por Comercial Kiwi S.A. y suscrito por su Gerente General que consta de fojas 4080 del presente expediente, principalmente donde señala que su único cliente que es una cadena de supermercado es Corporación Favorita. Adicionalmente, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el documento el escrito presentado por Comercial Kiwi S.A. el 18 de noviembre de 2015, que obra a fojas 5850 y 5850. Con respecto a la inexistencia de alguna conducta abusiva, el operador TÍA solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 7 del Cuestionario P llenado por Comercial Kywi S.A. que consta de fojas 4077 a 4081 del presente expediente, principalmente en la pregunta 7.1 del

Cuestionario P Comercial Kywi S.A. señala, en referencia a TÍA, que esta no ha establecido descuentos o bonificaciones de manera unilateral. 10.- Con respecto al proveedor Victoria Isabel Escobar León, en el tema de ausencia de dependencia económica, solicita incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6571 vuelta a 6641 vuelta del Expediente No. SCPMIIAPMAPREXP- 2013-023 Con respecto a existencia de alternativa equivalente a TÍA solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por la proveedora Victoria

Isabel Escobar León que consta de fojas 4192 a 4195 del presente Expediente, principalmente la pregunta No. 11 del Cuestionario P, donde la proveedora en cuestión no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. 11.- Con respecto al proveedor Galo Javier Galárraga Paéz, en el tema de existencia de alternativa equivalente a TÍA, este operador solicita se reproduzca y torne en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 1 del Cuestionario P llenado por el proveedor Galo Javier Galarraga Páez que consta de fojas 3803 a 3806 del presente Expediente, en especial énfasis la pregunta 1 del Cuestionario P donde el proveedor en cuestión llena los casilleros correspondientes a los operadores económicos Corporación Favorita y Tiendas Industriales Asociadas (TIA) señalando así que tiene relación comercial con las dos cadenas de supermercados antes señaladas. Adicionalmente solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por el proveedor Galo Javier Galarraga Páez que consta de fojas 3803 a 3806 del presente Expediente, principalmente la pregunta No. 11 del Cuestionario P, donde el proveedor en cuestión no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. Con respecto a inexistencia de alguna conducta abusiva, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 3 del Cuestionario P llenado por el proveedor Galo Javier Galarraga Páez que consta de fojas 3803 a 3806 del presente Expediente, con especial énfasis la pregunta No. 3 del Cuestionario donde el proveedor en cuestión responde que TÍA, una vez establecida la relación comercial, no le ha impuesto condiciones o requerimientos de servicios adicionales de manera periódica sin estar previamente pactados. Adicionalmente solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el escrito presentado el 15 de septiembre de 2015 por el proveedor señor Galo Javier Galárraga Páez que consta de fojas 5557 del presente Expediente, donde se expresa que previamente el proveedor ha consentido en entregar producto con un descuento del 50%. Finalmente solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el escrito presentado el 15 de septiembre de 2015 por el proveedor señor Galo Javier Galárraga Páez que consta de fojas 5559 del presente expediente, donde el proveedor expresa que nunca le ha impuesto el precio de compra de alguno de sus productos. 12.- Con respecto al proveedor Gladys María Granja Almeida, en el tema de ausencia de dependencia económica solicita incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6706 a 6712 vuelta del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023. Por otra parte, solicita incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el correo electrónico presentado por la señora Gladys María Granja Almeida mediante escrito de 16 de septiembre de 2015, que obra a fojas 5579 del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023. Con respecto a existencia de alternativa equivalente a TÍA, se solicitó se incorpore, se reproduzca y torne en consideración como

prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6706 a 6712 vuelta del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-02. Finalmente, con respecto a inexistencia de conducta abusiva solicita se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el escrito presentado por la señora Gladys María Granja Almeida el 16 de septiembre de 2015, que obra a fojas 5578 del Expediente No. SCPMIIAPMAPR-EXP-2013-023, y el escrito presentado por la señora Gladys María Granja Almeida el 16 de septiembre de 2015, que obra a fojas 5578 del Expediente No. SCPMIIAPMAPR-EXP-2013-023. 13.- Con respecto al proveedor Hilantex S.A., en el tema de ausencia de dependencia económica solicita se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6713 a 6776 del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023. Adicionalmente solicita se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el escrito presentado por HILANTEX S.A. con fecha 4 de septiembre de 2015, que obra a fojas 5534 a 5538 del Expediente No. SCPMIIAPMAPR-EXP-2013-023. Con respecto a existencia de alternativa equivalente, el operador TÍA solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por el proveedor HILANTEX S.A. que consta de fojas 4524 a 4528 del presente Expediente, particularmente la pregunta No. 11 del Cuestionario P, donde el proveedor en cuestión no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. Con respecto a inexistencia de conducta abusiva, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 7 del Cuestionario P llenado por el proveedor HILANTEX S.A. que consta de fojas 4524 a 4528 del presente Expediente, principalmente la pregunta 7.1 del Cuestionario P donde el proveedor señala que TÍA no ha establecido descuentos o bonificaciones de manera unilateral. 14.- Con respecto al proveedor La Fortaleza Relafor CIA. LTDA., en el tema de ausencia de dependencia económica requiere que se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6776 a 6851 vuelta del Expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP- 2013-023. Adicionalmente solicita se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el escrito de fecha 18 de noviembre de 2015 presentado el 20 de noviembre de 2015 por LA FORTALEZA RELAFOR CIA. LTDA., que obra a fojas 6314 del Expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP- 2013-023. Con respecto a existencia de alternativa equivalente a TÍA, este requiere se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6776 a 6851 vuelta del Expediente No. SCPM-HAPMAPR-EXP-2013-023. Finalmente con respecto a inexistencia de conducta abusiva, requiere reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 4 del Cuestionario P llenado por el proveedor La Fortaleza Relafor Cía. Ltda. que consta de fojas 4059 a 4062 del presente Expediente, destacando la pregunta 4.2 donde el proveedor señala que no ha tenido

devoluciones o bonificaciones por parte de TÍA y la pregunta 4.3 donde se señala que la mayoría de devoluciones serían por error en la cantidad entregada. 15.- Con respecto al proveedor José Alexander Mena Azúa, en el tema de existencia equivalente a TÍA, requiere reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 11 del Cuestionario P llenado por el proveedor José Alexander Mena Azúa que consta de fojas 4407 a 4410 del presente Expediente, destacando la pregunta No. 11 del Cuestionario P, donde el proveedor en cuestión no responde a la pregunta de si en el caso de que TÍA le negara la compra de sus productos esta tendría la posibilidad de encontrar en el corto plazo. Con respecto a la existencia de conducta abusiva, solicita reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 1 del Cuestionario P llenado por el proveedor José Alexander Mena Azúa que consta de fojas 4407 a 4410 del presente expediente. Además, se requiere reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA la respuesta a la pregunta No. 7 del Cuestionario P llenado por el proveedor José Mena Azúa que consta de fojas 4407 a 4410 del presente Expediente. 16.- Con respecto al proveedor Ramón Antonio Muñoz Zambrano, en el tema de ausencia de dependencia económica, TÍA solicita se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como Prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra fojas 6877 6900 del Expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023. Con respecto a existencia alternativa equivalente a TÍA, se incorpora, reproduce y toma en consideración como prueba a favor de TÍA la documentación remitida por el Servicio de Rentas Internas que obra a fojas 6877 a 6900 del Expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP-2013-023 mencionada en la parte superior. Finalmente con respecto a inexistencia de conducta abusiva, solicita se incorpore, reproduzca y tome en consideración como prueba a favor de TÍA el escrito presentado por el señor Ramón Antonio Muñoz Zambrano con fecha 17 de septiembre de 2015, que obra a fojas 5657 del Expediente No. SCPMIIAPMAPR- EXP-2013. 17.- Con respecto al proveedor Proquilarv S.A., TÍA solicita se incorpore, se reproduzca y tome en consideración como prueba el escrito presentado por Proquilarv S.A., con fecha de 11 de septiembre de 2015, que obra en fojas 5602 del Expediente No.SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023, y el correo electrónico de fecha 09 de septiembre de 2015 que obra en fojas 5604 del mismo expediente, donde el proveedor indica no haber tenido novedades con TÍA. Adicionalmente, TÍA solicita se reproduzca y tome en consideración como prueba la providencia de 29 de septiembre de 2015, a las 11h50 que consta de fojas 5653 a 5654 del Expediente No. SCPM-IIAPMAPREXP- 2013-023.

SEXTO.- EXPLICACIONES DE LA INTENDENCIA DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS, RESPECTO A LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS POR EL OPERADOR ECONÓMICO TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS (TÍA) S.A.

“[...] Mediante escrito recibido en esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 04 de mayo de 2016 a las 16h57, constante a fojas 7164 a 7194 el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA S.A., presenta las debidas excepciones y manifiesta: [...]”.

6.1.-“Violación al debido proceso, derecho a la defensa y otros derechos constitucionales de TÍA”

[...] al no poder acceder a todos los documentos utilizados para llegar a las conclusiones del Informe de Resultados, específicamente la plantilla C de los supuestos proveedores afectados, se ha vulnerado el derecho constitucional de TÍA a la defensa, al debido proceso y a no quedar en indefensión [...].”

“[...] Sobre lo alegado por el operador económico se debe señalar que el proceso administrativo sancionador de la SCPM se encuentra amparado por la normativa vigente, permitiendo que la autoridad declare confidencial aquellos documentos que han sido solicitados como tales, así como los que guardan íntima relación con el giro del negocio del operador económico que proporcionó, en el momento dado de la investigación, aquella información que sirvió de fundamento para el seguimiento de la investigación. No obstante lo anterior, no es menos cierto que el operador económico TIA ha solicitado y se le ha proveído todo lo que en derecho le corresponde, así como documentos que le han permitido tener conocimiento de las especificidades del proceso de investigación, como también de los proveedores por los cuales se ha formulado cargos en razón al informe jurídico técnico presentado por la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, el cual ha sido acogido por esta autoridad. Sin realizar un desarrollo amplio sobre el tema, encontramos que no obstante la supuesta “vulneración del derecho a la defensa” alegado el operador económico TÍA; este ha desarrollado en la parte final del escrito de excepciones un análisis extensivo de cada uno de los proveedores que se encuentran dentro de la formulación de cargos. Asimismo, ha solicitado prueba al respecto de los proveedores constantes dentro del informe final realizado por la Dirección Nacional de Abuso de Poder de Mercado [...]”:

6.2.- Análisis de la única prueba presentada: Respuesta al Cuestionario P de los Proveedores en Supuesta Situación de Dependencia Económica.

Inadmisibilidad de las respuestas al Cuestionario P como un medio de prueba idóneo.

“[...] Con respecto a los tipos de prueba admisibles como medios probatorios, el tratadista Emilio Velasco Céleri indica que: “la prueba se divide en seis especies: la primera, la confesión de parte hecha con juramento ante el competente; la segunda, el juramento decisorio, que defiende una de las partes a la otra; la tercera, la declaración de testigos que

es una prueba de carácter histórico; la cuarta, los instrumentos públicos y privados; la quinta la inspección judicial; y la sexta, las presunciones legales y judiciales [...]”.

“[...] Una lectura de la legislación procesal vigente y de la doctrina citada anteriormente, genera la necesidad de responder a la siguiente pregunta: ¿cuál sería la naturaleza del Cuestionario P dentro de los medio de prueba? La respuesta sería que dentro de las seis especies o tipo de prueba, el único que le podría ser aplicable es la prueba testimonial, sin embargo, el Cuestionario P no cumple con los requisitos de la prueba testimonial, ya que nunca se otorgó a TÍA el derecho de repreguntar o refutar las declaraciones o respuestas ni a la impugnación de los testimonios [...]

“[...] Por lo anteriormente expuesto, es claro que la única prueba presentada en el Informe de Resultados carece de fuerza suficiente para probar por sí sola, las conclusiones a las que arriba dicho informe. Respecto a lo anterior, es necesario observar la normativa ecuatoriana en lo referente a los elementos probatorios existentes, así el Código General de Procesos en su Título II desarrolla la prueba y las divide en prueba testimonial, prueba documental, prueba pericial e inspección judicial. Con el fin de esclarecer la excepción presentada por el operador económico, quien trata de interpretar la norma, nos centraremos en lo que el establece el artículo 174 del COGEP, que manifiesta: “Prueba testimonial. Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología [...]”, naturaleza jurídica de la cual no goza el Cuestionario nombrado, desvirtuando en su totalidad la pretensión del operador económico al realizar una interpretación “doctrinaria” tantas veces objetada en el escrito de excepciones presentado por TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TÍA S.A. Más bien, el cuerpo legal antes citado establece en su artículo 193 que prueba documental es “todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho. En el mismo sentido, el artículo 216 del COGEP define: “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. [...]”.

Alfonso Troya Cevallos, en su obra Elementos de Derecho Civil Procesal expresa: “[...] La característica del instrumento privado es la de ser firmado por las partes o por la persona en contra de quien se pude presentar como prueba. [...] La condición para asignar valor de prueba al instrumento privado es la de que la ley no exija, para el caso en cuestión, la solemnidad del instrumento público, y además la de que se encuentre suscrito.”

“[...] Conforme lo anterior se establece que el Cuestionario P fue emanado por autoridad competente, con base en las competencias investigativas que le otorga la Ley y la demás normativa aplicable, lo cual le otorga absoluta validez al documento privado que ha sido remitido. Finalmente, debe mencionarse que los Cuestionarios P fueron entregados al

operador económico en el momento procesal oportuno, de manera que fueron analizados por este en su escrito de excepciones”.

6.3. Definición de Mercado Relevante

6.3.1. Mercado Relevante de Producto o Servicio

“[...] De la revisión de este punto, se desprende que en el Informe de Resultados, la Intendencia ha definido el mercado de producto o servicio de una manera estrecha, al limitarlo únicamente a las ventas de los productos descritos en el Anexo 1 que son productos alimenticios y no alimenticios de consumo corriente (en adelante, "Productos"), por parte de los proveedores a los supermercados, excluyendo inexplicablemente las ventas de estos mismos Productos y proveedores a otros clientes. Hay que señalar, que el realizar esta investigación reduciendo el mercado relevante únicamente a las relaciones que tienen los proveedores de los Productos con los supermercados, es sin duda alguna reducir y limitar el verdadero mercado en el que se manejan y operan los proveedores. Y es que, al definir el mercado de esta manera, no se está tomando en cuenta que los proveedores de manera general también abastecen los Productos a otro tipo de segmentos, en particular el canal tradicional. Es decir, se deja de lado a otros compradores de productos alimenticios y no alimenticios de consumo corriente ("Productos"), como lo son tiendas, quioscos, farmacias, gasolineras, entre otros [...]"

[...] el mercado relevante no debe incluir únicamente al aprovisionamiento de los Productos a los supermercados investigados, sino a todos los supermercados y a todos los operadores económicos que son clientes de los proveedores, entre ellos, otros operadores de los distintos canales de distribución: todos los del canal moderno, en el que se encuentra TÍA, y con los del canal tradicional; los cuales son canales de distribución con los que compite TÍA. Y es que sin duda, si bien los supermercados pueden representar un canal importante de distribución para los proveedores, este no es el único canal a través del cual los proveedores dan salida a todos sus productos [...]"

“[...] En relación a esta excepción es necesario mencionar que el artículo 5 de la LORCPM señala: “El mercado de producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos”; en este sentido, para la delimitación del mercado de producto en la presente investigación se partió de los operadores económicos con los cuales se presume que podrían ejercer poder de compra en las relaciones proveedor distribuidor minorista, siendo estos los supermercados. Bajo este contexto, al tratarse de las relaciones entre los proveedores de productos y los supermercados es necesario determinar la sustituibilidad de la oferta, a fin de poder determinar la posibilidad de que dichos proveedores opten por vender sus productos a otros clientes [...]"

“[...] Es importante mencionar, tal como se señaló en el informe de resultados, que existen dos tipos de canales de distribución, el canal moderno y el tradicional, los cuales constituyen dos mercados diferentes por los siguientes motivos: El canal tradicional incluye la compra-venta directa, como los puestos de agricultores en los mercados o la venta en las fincas de producción. Además, contiene a intermediarios, siempre y cuando estos no estén concentrados; esto es, que existan muchos operadores independientes y de pequeño tamaño. Este tipo de comercio es usual en el mercado abierto o informal. Mientras que, en el canal moderno predominan los operadores grandes, como los centros de acopio, pertenecientes a unas pocas empresas que mueven importantes volúmenes de diversos productos. Una de las características de este tipo de distribución es que se encuentra muy concentrada y en ella priman las relaciones verticales. Además, debido al volumen de compra, los operadores dueños de los centros de acopio tienen poder en las negociaciones [...]”.

“[...] De lo anterior se puede observar que los supermercados pertenecen al canal moderno. En el mismo sentido, la Secretaría Técnica de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, a fin de determinar la existencia de posibles sustitutos de los supermercados, en el informe respecto del sector de supermercados y la problemática en la relación proveedor – cadenas de supermercados No. SP-2015-007 señaló: “Desde la perspectiva de los proveedores, los supermercado (sic) poseen una serie de características concretas que los vuelven no comparables con otros canales de distribución. Dentro de estas especificidades, se puede enumerar las siguientes: a) amplia superficie de abasto; b) un portafolio de productos variados, tanto en multiproductos como multilínea; c) múltiples formatos para cada uno de los productos, que permite al consumidor una amplia gama de selección y satisfacción a sus necesidades así como un servicio diferenciado [...]”.

*“[...] Todavía más, en el informe mencionado supra se señala que los supermercados no tienen sustitutos próximos, ya que poseen características que los hacen más atractivos a los proveedores tales como: **(i)** Los supermercados tienen integrados a su red distintos formatos de establecimientos los mismos que varían en amplitud y surtido de los productos; los cuales se adaptan a las necesidades del consumidor final en el mercado aguas abajo [...]”*

*“[...] **(ii)** El alcance geográfico de los supermercados, hace que los mismos sean más atractivos como clientes para los proveedores, a medida que estos tengan una mayor presencia a nivel nacional. **(iii)** Los volúmenes de compra que un supermercado podría realizar no son comprables a los volúmenes de compra que realicen otro tipo de posibles sustitutos. **(iv)** El costo asociado a la logística de distribución de productos es menor en relación al volumen de compra de un supermercado, y más aún en casos de contar con centros de acopio centralizados [...]”.*

6.3.2 La investigación se enfoca únicamente en cuatro supermercados (‘Operadores Investigados’) sin ninguna motivación [...] *una investigación al sector de supermercados debería incluir al menos a todos los operadores económicos que participan en el canal moderno, puesto que en el análisis hecho faltan partícipes de este canal, que sin duda son importantes a efectos de hacer el análisis en cuestión, sobre todo con relación a TÍA. Así, en el propio Informe de Resultados, en el punto 4, aparecen otros supermercados tales como Coral Supemercados, Mega Tienda del Sur, Comisariato de las Fuerzas Armadas (Cossfa S.A., ROMAR, Deviescorp, Velboni, entre otros, que indudablemente compiten con TÍA [...]*”.

[...] En el Informe de Resultados adicionalmente no se ha hecho el análisis de las características, usos y precios de los posibles sustitutos, siendo que en este caso que los Productos que se encuentran en un supermercado, se pueden encontrar igualmente y con las mismas características y para los mismos usos en los formatos tradicionales de reventa o distribución de Productos de los proveedores [...]”.

“[...] En relación a esta excepción es necesario aclarar que los cuatro supermercado objeto de la presente investigación (LA FAVORITA, SANTA MARÍA, EL ROSADO Y TÍA) abarcan el 95%, 94%, 93% y 93% de las compras realizadas a los supermercados en los años 2011, 2012, 2013 y de enero a agosto de 2014, respectivamente, razón por la cual se ha hecho énfasis en esos supermercados. Cabe recalcar, que debido a que la presente investigación tiene por objeto establecer las infracciones tipificadas en el artículo 10 de la LORCPM, el cual se refiere al Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica, no es necesario considerar que la empresa investigada ostente posición dominante en el mercado relevante definido, ya que la investigación se basa en las relaciones que mantiene el supermercado con los operadores económicos dependientes (proveedores) [...]”

6.4 Análisis del artículo 10 de la LORCPM y su aplicación en el presente caso

6.4.1 Poder de Mercado

Requisito de existencia de poder de mercado

[...] algunas legislaciones extranjeras, en el Ecuador la LORCPM no recogen dicho concepto, sino únicamente contempla el concepto de poder de mercado definido en el artículo 8 de la LORCPM. Esto además de ilegal, es inconstitucional, no sólo porque viola el derecho a la seguridad jurídica, sino el derecho a la defensa y al debido proceso, pues la infracción con "poder de mercado relativo" no está expresamente tipificada en la LORCPM como infracción [...]”

[...] sólo puede hacer lo que está expresamente permitido por la ley, además de que en virtud de otras normas constitucionales ya invocadas debe y está obligada a respetar y

aplicar los derechos y garantías constitucionales a la seguridad jurídica, defensa y debido proceso, que le obligan a aplicar la norma del artículo 10 de la LORCPM sin modificación alguna, es decir, considerando al poder de mercado "absoluto", tal como está definido en el artículo 8 de la LORCPM, pudiendo por tanto sólo investigar por las conductas del artículo 10 de la LORCPM a los operadores económicos que tengan poder de mercado en el mercado relevante que se defina conforme a la LORCPM [...]"

"[...] Al respecto se señala que el artículo 10 de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado establece dentro de su parte principal lo siguiente: "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" (el subrayado no pertenece). Conforme se desprende del artículo antes citado, la situación de dependencia se establece en función de la posibilidad de encontrar o no una alternativa equivalente. Sobre esto último, la doctrina alemana en temas de competencia establece que la alternativa para ser considerada "equivalente", debe cumplir y satisfacer dos elementos: suficiencia y razonabilidad [...]"

"[...] Debido a la juventud de nuestra normad (sic) de competencia y la falta de casos sobre abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, se confunde al abuso de poder de mercado (abuso de posición dominante) con el abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica. Como ya se había indicado al inicio del informe, Kokkoris (2010) señala que el abuso de la dependencia económica se crea a partir de las conductas anticompetitivas de empresas no necesariamente dominantes sobre sus proveedores o clientes, quienes debido a la inexistencia de una alternativa de comercio, deben conceder ventajas adicionales al operador del cual dependen [...]"

"[...] Para concluir con lo que respecta a esta excepción debe manifestarse que la doctrina es una fuente de derecho que nutre y da elementos valorativos a esta autoridad para reforzar su teoría del caso, partiendo del análisis, la síntesis y la sistematización de los principios generales, derecho positivo y demás normas aplicables [...]"

"[...] Respecto del canal tradicional, es importante notar que en el Ecuador dicho canal es incluso mayor que el canal de autoservicios. Una investigación realizada por el órgano investigativo de la anterior Autoridad de Competencia, la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor del Ministerio de Industrias y Productividad, cuyo expediente se encuentra en poder la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, concluyó que en el mercado del retail, el canal tradicional tiene entre el 70% y 80% de participación mientras que el canal de autoservicios del 30% a 20% restante [...]"

"[...] En tal sentido, el canal tradicional, representa un canal de distribución sustantivamente mayor que el canal de autoservicio. Bajo este escenario, es imposible que TÍA tenga poder de mercado, ya que tiene una participación de mercado diminuta que le

hace incapaz de influir en el mercado de manera independiente, condición que señala el artículo 8 de la LORCPM [...]”.

“[...] En relación a esta excepción es necesario acotar, tal como ya se señaló anteriormente, que los supermercados pertenecen al canal de distribución moderno, por lo que no se encuentran dentro del mercado del canal tradicional; ya que las características de los mismos son distintos. Asimismo, es preciso aclarar que la presente investigación tiene como objeto establecer la existencia de infracciones al artículo 10 de la LORCPM, para lo cual es necesario determinar la situación de dependencia económica que poseen los proveedores de productos del supermercado TÍA; por lo que es irrelevante que el operador económico no ostente posición dominante. No obstante lo anterior, es importante resaltar que a pesar de que el operador económico TÍA no ostenta poder de dominio dentro del mercado relevante definido, dicho operador posee una cuota de mercado importante (15,70% en el periodo comprendido entre enero de 2011 y agosto de 2014) ocupando el tercer lugar en ventas a supermercados en territorio ecuatoriano. Lo anterior hace que, desde el punto de vista de un proveedor, se limite la posibilidad de encontrar otro operador que pueda adquirir en el mismo volumen y las mismas condiciones sus productos [...]”.

6.5. Existencia de dependencia económica de los proveedores de TÍA. Falta de motivación en la determinación de dependencia económica en el Informe de Resultados

[...] Al respecto es necesario señalar que el Informe de Resultados no explica ni justifica cómo y porque determinó el porcentaje de 50% como umbral para determinar la existencia o no de dependencia económica, y por qué sólo considera el volumen de ventas y no otros factores. En el Informe de Resultados no se presenta ningún argumento o justificación técnica que fundamente la utilización del 50% [...]”.

“[...] En relación a esta excepción es necesario aclarar que 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, por lo que para determinar la existencia de dependencia económica entre un supermercado y su proveedor se ha analizado principalmente lo siguiente: a) Proporción de ventas del proveedor al supermercado 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; sobre esto, existen algunos casos internacionales en los cuales se tomó como referencia el umbral del 50% para determinar la dependencia económica: En cuanto a los casos y legislaciones existentes en otros países, en primer lugar cabe destacar la enmienda presentada por Convergencia y Unión (CIU) en el Congreso de España, con mención a la reforma introducida por la Ley 52/1999. En este proceso 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).” “(...) En este sentido se puede determinar que para presumir que un proveedor es dependiente de un determinado supermercado, es necesario que la proporción de las ventas entre las partes sea superior al 50%. No obstante, se observa que este no es el único criterio que se ha utilizado en la investigación para determinar que un operador económico es dependiente del supermercado. b) Estimación de las alternativas del proveedor Adicionalmente al criterio del literal anterior, para determinar si un operador económico tiene alternativas equivalentes, es necesario que dichas alternativas cumplan los criterios de suficiencia y razonabilidad. Es decir, que el volumen esperado de sus transacciones con el nuevo par comercial sea al menos igual al original y que el cambio no implique un costo excesivo. En el informe de resultados como en el presente informe se ha analizado cada uno de los criterios antes descritos, con el fin de determinar si cada operador tiene alternativas equivalentes [...]”.

6.6 Existencia de alternativas para los proveedores de TÍA

[...] En el Informe de Resultados se confunde la no existencia de una alternativa equivalente, como una prueba de la existencia de dependencia económica, cuando en realidad son dos requisitos distintos. Es decir, puede haber un proveedor que dependa económicamente, pero si tiene alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad ya no cabría el análisis al amparo del artículo 10 de la LORCPM [...]”.

“[...] En conclusión, de la respuesta de los proveedores en el Anexo 2 a la pregunta 11 del Cuestionario P sólo puede aseverarse que dijeron que no tienen alternativas equivalentes al ejercicio de su actividad sólo 8 de los 21 que el Informe de Resultados señala que dependen económicamente de TÍA y no poseen alternativa equivalente. Para determinar la dependencia económica uno de los factores fundamentales es el volumen de transacciones entre las partes; en este sentido, se recalca que los 21 operadores en promedio entregan el 90% de sus ventas al supermercado TÍA; es así que se cumple el requisito principal para determinar la dependencia económica. Sin embargo del hecho de que 13 de los 21 operadores económicos no hayan respondido a la pregunta 11, esto no significa que tengan una alternativa equivalente, razón por la cual siguen siendo considerados proveedores dependientes de TÍA. Del mismo modo, se analizó si las posibles alternativas cumplían o no con los criterios de suficiencia y razonabilidad, a fin de ser consideradas equivalentes. Para el caso de TÍA existen alternativas equivalentes [...]”.

“[...] En tal sentido, los supermercados constituyen sólo uno de los varios canales de distribución que los proveedores tienen a su disposición. Para mi representada no le es posible conocer todos los canales de distribuciones actuales y potenciales que tiene a su disposición un proveedor, sin embargo es posible identificar rápidamente cuales podrían ser esos otros canales de distribución como el canal tradicional y el canal moderno. En ese

sentido, un proveedor de productos alimenticios y no alimenticios de consumo corriente tiene en primer lugar al canal tradicional como una alternativa equivalente. Dado que el canal tradicional representa aproximadamente el 75% del mercado de retail es evidente que las posibilidades de un proveedor para reemplazar a TÍA en el canal tradicional son gigantescas. Como ya se señaló anteriormente, los supermercados pertenecen al canal moderno y no se encuentran dentro del mismo mercado del canal tradicional, ya que cada uno de estos mercados tiene sus propias características [...]”.

“[...] Asimismo, como ya se señaló anteriormente, para determinar si una alternativa es equivalente tiene que cumplir con los criterios de suficiencia y razonabilidad. Es decir, para poder considerar que los proveedores de TÍA tienen alternativas equivalente, dichas alternativas deben estar en capacidad de comprar por lo menos la misma proporción de productos que lo realizaba TÍA y dicho cambio de socio comercial no debe implicar costos excesivos [...]”.

6.7 Inexistencia de sanción para la infracción del artículo 10 de la LORCPM y violación a principio de legalidad de la Constitución Principios del Derecho Sancionatorio Administrativo

[...] La frase latina que se traduce como "No hay pena sin ley", que de acuerdo a la subsidiariedad permitida en la Ley, podemos citar el Código (sic) Integral Penal, en lo relativo a los principios procesales, que en el Art. 5, numeral 1, señala: "Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho..." (Lo resaltado, me pertenece) [...]”.

“[...] Lo señalado en los puntos precedentes, a propósito de la indispensable necesidad de alertar la irregularidad originada a partir del Art. 10 de la LORCPM que se refiere al "Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica" sobre la que se sustenta el presente procedimiento administrativo. El mismo, efectivamente anuncia y describe las infracciones a conductas de operadores económicos. No obstante, la norma no señaló una sanción por esa misma infracción. Ante ello, se hizo evidente la pretensión de "regularizar" esta falencia, incorporando de forma absolutamente improcedente y arbitraria, su sanción por intermedio del reglamento de aplicación a la Ley [...]”.

“[...] Esta Intendencia en uso de las atribuciones que le han sido otorgadas y en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales, investigó la conducta producto de este expediente, garantizando el debido proceso y la seguridad jurídica de los operadores económicos involucrados. Sobre esto se cita al doctrinario Hugo Caldera, quien señala: La actividad administrativa, como es sabido debe ceñirse al denominado principio de legalidad (en particular la actividad jurídica de la administración), el cual no sólo exige la conformidad del “acto administrativo” con la ley formal [...] sino que, además, con aquellos actos que, sustancialmente considerados, son en su esencia, verdaderas leyes [...]. El

principio de legalidad comprende un doble aspecto: el primero como marco y el segundo como condición para la actuación de los órganos administrativos [...]”.

“[...] Adicionalmente, se considera lo que establece María Lourdes Ramírez Torrado, en el texto denominado “La reserva de Ley en materia sancionadora administrativa Colombiana”, en donde se señala: “La administración Pública posee entre sus potestades una denominada sancionadora que le permite la realización de sus cometidos. De este modo, la autoridad administrativa ejerce dicho poder en el evento en que la conducta de una persona se encuentre tipificada como infracción administrativa, y tenga la competencia para imponer una sanción”. La doctrina antes citada está estrechamente relacionada con lo establecido en el artículo 132 de la Constitución de la República del Ecuador que dispone: La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: “[...] 1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. [...]”.

“[...] Por lo anterior, esta Intendencia considera correcta la observación realizada por el operador económico, que indica que la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado tipifica en su artículo 10 la infracción sin que se haya establecido su sanción en esta [...]”.

SEPTIMO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

7.1.- Fundamentos de Hecho.-

7.1.1. “[...] Mediante resolución de 07 de octubre de 2013 a las 08h43, constante en la foja 1 del presente expediente, el doctor Santiago Salinas Jaramillo, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas resolvió: 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, [...]”.

7.1.2.- “[...] Mediante providencia de 17 de octubre de 2013, a las 09h00 constante en fojas 2 a 9, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dispuso: [...] 3.- Diríjase atento oficio al operador económico ALMACENES

TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADOS-TIA- , para que por intermedio de quien corresponda, en el término de QUINCE (15) días, tomando como base de información, los productos detallados en el anexo denominado "Elaboración de Canastas para estudio de los supermercados", remita a esta Autoridad de Control del Poder de Mercado la siguiente información: a) Información de los años 2011, 2012, y 2013, sobre proveedores activos, productos y servicios, compras a proveedores, ventas a supermercados, información que debe ser remitida en formato físico y digital Excel no protegido, conforme a las plantillas A, C, D, E que se agregan a la presente como anexo; b) Información de los últimos doce (12) meses, sobre proveedores salientes, información que debe ser remitida en formato físico y digital Excel no protegido, conforme a la plantilla B, que se agrega a la presente como anexo [...]”.

7.1.3.- “[...] Mediante informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de 26 de junio de 2014, constante en fojas 215 a 236, los señores economista John Reyes Proaño e ingeniero Jaime Borja Parreño presentan una investigación del sector de supermercados, el cual identifica posibles conductas anticompetitivas por parte de los supermercados, que podrían afectar negativamente a sus proveedores. En dicho informe se concluye: [...] III CONCLUSIONES: El impacto de la concentración de supermercados en los proveedores - El impacto de la concentración en el sector de supermercados del Ecuador, favorece al poder de comprar de los supermercados sobre las empresas proveedoras. Esto puede desencadenar en que se vea reducida la capacidad de producción de nuevos emprendimientos por parte de las pequeñas y medianas empresas en calidad, cantidad y servicio que repercute en el consumidor final. - Son los proveedores quienes finalmente ven las conductas abusivas y de imposiciones que los supermercados les hacen aprovechando su poder de compra, acentuando el problema para los pequeños negocios de producción que son los que están afectados por las condiciones de compra de los supermercados. Competencia en el mercado proveedor - El efecto de la competencia en el mercado de aprovisionamiento trae consigo un beneficio para toda la cadena de comercialización y distribución de productos. El hecho de que solo se cobre al proveedor por los servicios efectivamente prestados redunde en un beneficio al precio final de los productos, al fomentarse la competencia entre proveedores, quienes deben ser eficientes en sus precios. IV RECOMENDACIONES - Esta investigación pretende fomentar la transparencia que debe existir en las relaciones comerciales entre las empresas de supermercados y sus proveedores, en un mercado que para el año 2012 vendió más de tres millones de dólares en el Ecuador, lo que representa un monto significativamente importante para efectos de resguardar la competencia del sector. - Una recomendación fundamental, es proponer que en todo tipo de acuerdos y condiciones comerciales entre supermercados y proveedores, que son fruto de las negociaciones entre las partes; existan cláusulas o condiciones que impidan prácticas abusivas de toda índole sobre todo actitudes unilaterales o ex post, igualmente se debe hacer constar en el documento toda la información posible sobre las políticas comerciales de los supermercados hacia sus proveedores, que cada transacción sea precedida de mutuo acuerdo voluntario y formal por escrito, que el

documento sirva de base para que las partes puedan establecer reglas y normas que guíen los diferentes procesos del negocio, que se cuente por anticipado con la información relevante para la mejor toma de decisiones en lo relacionado a la compra venta de mercadería, especialmente para las empresas consideradas como de menor tamaño [...]

7.1.4.- “[...] Mediante providencia de 30 de junio de 2014 a las 09h00, constante en fojas 265 a 271 se dispone: SEXTO.- Sobre la base de lo descrito en el artículo 55 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, córrase traslado con el texto de la presente providencia y del informe No. SCPM-IIAPMAPR-087-2014 de fecha 26 de junio de 2014 a los operadores económicos CORPORACIÓN LA FAVORITA C.A., CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A. y MEGA SANTA MARIA S.A. a través de sus Representantes Legales de dichas compañías, a quienes se les notificará en el domicilio respectivo; se les concede un término de QUINCE (15) días para que presenten las explicaciones correspondientes. Mediante escrito presentado por la doctora María Rosa Fábara en calidad de abogada autorizada del operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TÍA), constante en fojas 543 a 589, el operador económico citado presenta sus explicaciones [...]”:

7.1.5.- “[...] Mediante informe No. SCPM-IIAPMAPR-126-2014 de 04 de agosto de 2014, constante a fojas 606 a 618, el economista Vicente Abril, la economista Roxana Pozo y el doctor Wilmer Campaña, concluyen: [...] IV CONCLUSIONES 1. Los proveedores sin contrato podrían estar sujetos o expuestos a aceptar condiciones ex-post, que resultarían de cierto modo sorpresivos o inesperados, al no haber un sustento que estipule detalladamente las condiciones bajo las cuales se ejecuta su relación comercial con el supermercado. Se considera prudente investigar con mayor profundidad las relaciones contractuales que existen entre proveedores y supermercados y sus potenciales afectaciones a la competencia y al funcionamiento óptimo de los mercados (Apartado 1.1) [...]”

7.1.6.- “[...] Mediante providencia de 05 de agosto del 2014 a las 15h48, constante en fojas 619 a 625, el economista Diego Mancheno Ponce, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas resuelve el inicio de la investigación del expediente administrativo SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-023, “[...] 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.**”.

7.2.- Fundamentos de Derecho.-

7.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

El art. 76 en relación a las garantías básicas del derecho al debido proceso prescribe:

“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”.

El art. 66 numerales 15, 25 y 26, respecto a los derechos de libertad establecen: “[...] 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 [...]”.

El art. 304 numeral 6, con relación a los objetivos de la política comercial determinan: “[...] evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado [...]”.

El art. 335 en cuanto se refiere al intercambio y transacciones económicas señala: [...] 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 [...]”.

El art. 336 inciso segundo respecto al comercio justo estatuye 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.”

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

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

El art. 2 en relación al ámbito de esta ley expresa: “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 [...]”.

El art.3 en cuanto a la primacía de la realidad prescribe: [...] 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 efectué sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos [...]”.

El Art. 7 que en su inciso segundo manifiesta que “[...] 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 [...]”

El art. 10 sobre el abuso de poder de mercado en situación de dependencia 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. 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, 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, toman 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 [...]”.

El artículo 74 sobre el desarrollo e implementación 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.

El artículo 75 respecto al procedimiento nos dice: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado notificará al o a los operadores económicos que hubieren incurrido, o

podrían 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.

El artículo 76 por su parte se refiere al incumplimiento cuando expresa: Si el o los operadores económicos a quienes se ha impuesto las medidas correctivas no las han cumplido o lo han hecho de manera tardía, parcial o defectuosa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá:

- a) Ordenar medidas correctivas adicionales,
- b) Aplicar las sanciones previstas en la sección siguiente; y,
- c) En el caso del abuso de poder de mercado y acuerdos colusorios, designar un interventor temporal del operador u operadores económicos involucrados, con la finalidad de supervisar el cumplimiento de las medidas correctivas. El Reglamento General a esta Ley establecerá los deberes y facultades de dicho interventor.

El artículo 77 en cuanto sujetos infractores señala: “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.

A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de un operador económico es también imputable a los operadores o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas”.

7.2.3.- Doctrina sobre el acto administrativo.-

7.2.3.1.- 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.

7.2.3.2.- 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.

7.2.3.3. 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 justifican 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 [...]*”. Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito Ecuador 2011, Página 322.

7.2.4.- Jurisprudencia sobre el acto administrativo.-

7.2.4.1.- 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.

7.2.4.2.- 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 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.

7.2.4.3.- 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

7.2.5.- 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 [...]”.

7.2.6. Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las Garantías Procesales.-

7.2.6.1.- 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:[...]”.*

7.2.6.2.- 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[...].”.*

7.2.6.3.- 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 [...].”.*

7.2.6.4.- 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*

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 [...]”.

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

De lo expuesto y de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A.** ha 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: Cárdenas Molina Digna Cecilia, Granja Almeida Gladys María y Escobar León Victoria Isabel. **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A.** ha incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que habría devuelto el producto injustificadamente a los siguientes proveedores dependientes Granja Almeida Gladys María y Muñoz Zambrano Ramón Antonio. **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A.** ha incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que habría negado la compra de productos al proveedor dependiente Granja Almeida Gladys María. **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA S.A.** ha incurrido en la conducta prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de la LORCPM, ya que se habría retrasado en el pago de los siguientes proveedores dependientes: Cevallos Delgado María Fernanda, Granja Almeida Gladys María, Escobar León Victoria Isabel y La Fortaleza Relafor Cía. Ltda.

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

9.1.- De conformidad al análisis realizado, se concluye que un total de 21 Proveedores se encuentran en relación de dependencia con respecto a los supermercados de **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TIA 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. 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 **TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A.** En este sentido el promedio del nivel de dependencia se ubica en 88,58% de las ventas, y en su mayoría corresponde a proveedores que venden el total de su producción a los cuatro supermercados analizados (279 proveedores). En este sentido se encontró que, del total de proveedores que respondieron la Plantilla C, 61 tienen un grado de dependencia superior al 50%. En promedio estos proveedores entregan el 90% de sus ventas a este establecimiento y 31 venden el total de su producción a TIA. Esta información se resume en la Tabla 4. Posteriormente a la determinación de aquellos proveedores que destinan al menos el 50% del total de sus ventas a un supermercado, se 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.)”. El objetivo de esta pregunta fue conocer de los propios proveedores, si poseen una alternativa equivalente para la venta de sus productos. Los resultados de esta encuesta son aquellos presentados en el Anexo 2 del presente informe. En base a la información constante en el Anexo 2 se concluye que existen un total de 21 proveedores dependientes de los supermercados de TIA. 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. En conclusión, el mercado relevante dentro del presente expediente administrativo se encuentra delimitado por la venta de productos de uso cotidiano (delimitados en el Anexo 1) hacia supermercados, en todo el territorio ecuatoriano. Cabe mencionar que dentro de este mercado es donde se pueden encontrar relaciones de dependencia. Así, en el caso particular de TIA, se destaca que este supermercado opera dentro

del mercado relevante delimitado supra. Además, dicho operador económico tiene un total de 21 proveedores dependientes, dentro del mercado previamente definido.

9.3.- 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-contra-el-mercado-actos> de explotación de una situación de dependencia económica/# 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.

9.4.- Análisis.- El operador económico TÍA 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 IAPMAPR 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 operador económico TÍA 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, son conductas prohibidas sujetas a control y regulación por parte de la autoridad de competencia, por lo que las actuaciones del operador económico TÍA 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. El operador económico **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA 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: Cárdenas Molina Digna Cecilia, Granja Almeida Gladys María, Escobar León Victoria Isabel, Muñoz Zambrano Ramón Antonio, Cevallos Delgado María Fernanda, Escobar León Victoria Isabel y La Fortaleza Relafor Cía. Ltda. En este sentido la SCPM, puede controlar, regular o corregir, ya que el operador económico **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA 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 **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA S.A.** 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. Sin embargo de lo manifestado up supra, esta autoridad de competencia, para salvaguardar los intereses de los operadores económicos dependientes ordenará que no se ejerzan represalias de ninguna naturaleza por parte del operador económico **TIENDAS INDUSTRIALES Y ASOCIADAS TÍA S.A.**

DECIMO.- 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.

UNDÉCIMO.- 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 Final de Investigación Nro. SCPM-IIAPMAPR-031-2016 de 28 septiembre de 2016, suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-023-2013.
2. Imponer las siguientes medidas correctivas al operador económico **TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A**

2.1.- Suscripción de contratos de provisión

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 los supermercados, 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 supermercado.

ii) Sobre los plazos para el pago

Para los pagos a sus proveedores, el 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 lo establecido en otras regulaciones, se deberá aplicar el plazo más favorable al operador económico proveedor del supermercado.

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

iii) Sobre la recepción de productos en el supermercado Al respecto, se sugiere lo siguiente:

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.

iv) 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 supermercado 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 supermercado 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 supermercado 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 supermercado preste el servicio de transporte a los productos de los proveedores hacia los centros de distribución o acopio del supermercado, 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 supermercado 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 supermercado 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 supermercado, 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 supermercado 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.

3.- El operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A., realizará las siguientes actividades.

3.1.- El supermercado 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 en situación de dependencia económica. Para el efecto, el supermercado 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 supermercado 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 supermercado, 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 en situación de dependencia económica, 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 supermercado 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 o del proveedor) 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 supermercado) para no reestablecer las relaciones comerciales, el supermercado 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 **TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) 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
PREDIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego Jiménez Borja
COMISIONADO