



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICAPMAPR
- **Expediente INICAPMAPR:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-0010-2019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-027-2019
- **Denunciante:** ESTEBAN XAVIER VALDEZ MUNCHMEYER
- **Denunciado:** PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA. (PAE)
- **Apelante:** ESTEBAN XAVIER VALDEZ MUNCHMEYER

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 20 de diciembre de 2019, a las 17h15.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme con la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, en conocimiento del presente Recurso de Apelación, en uso de mis facultades legales y, por ser el momento procesal oportuno, para resolver se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 44 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

SEGUNDO.- INCORPORACIÓN DE DOCUMENTOS.- Agréguese al expediente: **a)** El acta de entrega de copias simples de 22 de noviembre de 2019 y su anexo, suscrita por la doctora Naraya Tobar, secretaria ad-hoc y la señorita Jessica Orellana; **b)** El escrito presentado por el abogado Marco Rubio Valverde en calidad de patrocinador del señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 12 de diciembre de 2019 a las 16h43 con número de trámite ID. 151956, cuyas argumentaciones serán atendidas al momento de resolver. **c)** El escrito y anexos presentado por el abogado Marco Rubio Valverde en calidad de patrocinador del señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 13 de diciembre de 2019 a las 12h35 con número de trámite ID. 152019, cuyas argumentaciones serán atendidas al momento de resolver.-

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo.

CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- El señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, (en adelante "el recurrente"), mediante escrito de 10 de octubre de 2019 a las 11h11, signado con el número de trámite ID 147144, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 17 de septiembre de 2019 a las 17h15, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación



y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, cuya admisión a trámite fue debidamente analizada mediante providencia de 22 de octubre de 2019 a las 11h10, en la cual se verificó que la impugnación cumpla los requisitos formales y de fundamentación, como el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos, razón por la cual fue admitido a trámite.-

QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.- El acto impugnado por el señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer es la Resolución de 17 de septiembre de 2019 a las 17h15, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, mediante la cual el órgano de investigación resuelve:

“(...) Ordenar el archivo de la denuncia presentada por el señor ESTEBAN XAVIER VALDEZ MUNCHMEYER, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-010-2019. (...)”

SEXTO.- DE LA PETICIÓN DEL RECORRENTE.- El señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, a través de su escrito de apelación pretende que:

“(...)”

- 1. Declare la nulidad de la resolución impugnada porque se ha violado las garantías al debido proceso y el derecho a la defensa, y en su lugar ordene la apertura de la fase de investigación formal.*
- 2. Reforme el mercado relevante determinado por la Intendencia y en su lugar determine que el mercado relevante corresponde a la compra de papas a nivel industrial para la producción de snacks salados de papa (...)”*

Pretensiones que el operador económico las fundamenta en los siguientes argumentos:

“3.1.- El acto administrativo impugnado viola el (sic) a la defensa de mi representado (...)

11. A pesar de que acudimos a dichas diligencias y solicitamos a la Intendencia intervenir y realizar preguntas a los delegados de estas instituciones, previo a la calificación de la pertinencia de nuestras (sic), la Intendencia negó nuestra petición y determinó que podríamos realizar nuestras preguntas por escrito, lo cual de por sí, viola los principios de inmediación e igual de armas en materia procesal, puesto que solo la Intendencia, ente de investigación y resolutivo en esta etapa, de forma inconstitucional privó a mi representado de derecho de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables en esta etapa de proceso .



30. De acuerdo a la lógica de la Intendencia, los competidores de PEPSICO son los productores de papa, que sería lo mismo que decir que los competidores de los supermercados son en realidad sus proveedores. (...)

33. PEPSICO, de acuerdo de (sic) nuestra denuncia y cómo (sic) así ha sido reconocido por el denunciado, participa en el mercado de snacks, en particular, snack saldados hechos de papas. Si bien la producción de papas forma parte de la cadena productiva, los hechos denunciados se producen al momento de la compra de dichos insumos. Es ahí donde, PEPSICO ejerce de manera abusiva su poder, al rechazar de manera injustificada y en función de su propio incumplimiento la compra de papas a mi representado.

34. Sin perjuicio de lo anterior, las conductas de PEPSICO son especialmente gravosas porque la variedad de papas que nos fue entregada y que es motivo de esta denuncia, es una variedad importada que no cuenta con los permisos para reproducirse en el Ecuador y que además no encuentra demanda en los segmentos industriales, ni tradicionales. Es decir, nadie Ecuador reconoce ni compra la PAPA ROSADA denominada (sic) así solo por PESPICO, puesto que esta semilla no tiene acreditación en el Ecuador.

35. Lo anterior confirma que la variedad ROSADA en ningún caso podría ser considerada como un sustituto de las papas SUPER CHOLA, CECILIA, CAPIRO, VICTORIA, etc, que sí están registradas en el país. Pero, además, la denuncia que (sic) ningún caso fue interpuesta a los productores de papa, sino a PEPSICO que es un comprador de papa industrial para el procesamiento de snacks salados de papa.

3.3 Sobre la incorrecta determinación del poder de mercado PEPSICO. (...)

37. Como hemos explicado de forma acabada, las conductas denunciadas no se configuraron en las variedades SUPER CHOLA o CAPIRO. Es decir, si PEPSICO nos hubiera entregado el 100% de la variedad CAPIRO, como así establecían los contratos de producción, que mi representado no tendría una acción que merezca la tutela e intervención de esta Autoridad (sic) (...)

39. La Intendencia, al parecer, no entendió la denuncia presentada. Para confirmar lo anterior, la Intendencia realiza un análisis de precios de varias papas en el mercado nacional. Sin embargo, en ninguna parte de este análisis se analiza los precios de precisamente la única papa que es relevante para efectos de este caso, es decir la variedad ROSADA.



40. Si la Intendencia hubiera entendido el caso, hubiera podido constatar que esta papa no tiene demanda en nuestro mercado. De esta forma, PEPSICO nos entregó semillas que nadie en el mercado compra, si quiera (sic) ellos mismos.

41. El análisis llevado a cabo por la Intendencia es irrelevante porque si las semillas de las papas entregadas por PEPSICO hubieran correspondido a la variedad CAPIRO, no se habría configurado este abuso de poder del mercado. En otras palabras, la Intendencia busco (sic) una afectación en un segmento no había (sic) problema alguno (...)

3.4. Sobre la incorrecta determinación de la situación de dependencia económica (...)

48. Si la denuncia hubiera versado sobre la comercialización de papas acreditadas en el país como son la variedad SUPER CHOLA, CECILA e incluso, CAPIRO, que hubiéramos aceptado que contáramos con alternativa razonables (sic) para su venta, tal y como ocurría cuando sembramos la papa SUPER CHOLA, previo a la suscripción de los contratos con PEPSICO, que se podía vender a distintos compradores.

49. Sin embargo, la presente denuncia versa sobre una variedad vegetal suministrada por PEPSICO y que no cuenta con demanda en el país (...)"

SÉPTIMO.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.- Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador - CRE-** prevé: "**Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley"; "**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) I) 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 (...)" ; "**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes." ; "**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)" ; "**Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados"; "**Art. 334.-** El Estado promoverá el acceso equitativo a los factores de



producción, para lo cual le corresponderá: 1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.(...)”; “**Art. 335.-** El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.”; “**Art. 336.-** El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. 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.”; **La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM-** establece: “**Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “**Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.-** Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: (...) 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios (...) 23.- La imposición de condiciones injustificadas a proveedores o compradores, como el establecimiento de plazos excesivos e injustificados de pago, devolución de productos, especialmente cuando fueren perecibles, o la exigencia de contribuciones o prestaciones suplementarias de cualquier tipo que no estén relacionados con la prestación principal o relacionadas con la efectiva prestación de un servicio al proveedor. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará también en los casos en los que el poder de mercado de uno o varios operadores económicos haya sido establecido por disposición legal. No será admitida como defensa o eximente de responsabilidad de conductas contrarias a esta Ley la valoración del acto jurídico que pueda contenerlas”; “**Art. 10.- Abuso de Poder de Mercado en Situación de Dependencia Económica.-** Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares (...)”; “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo



previsto por esta Ley y su Reglamento (...); “**Art. 48.- Normas generales.-** (...) La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado(...); “**Art. 54.- Contenido de la denuncia.-** La denuncia deberá contener: a) El nombre y domicilio del denunciante; b) Identificación de los presuntos responsables; c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia; d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada; e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia; f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y, g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante”; “**Art. 55.- Calificación de la denuncia.-** Una vez recibida la denuncia, el órgano de sustanciación verificará que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo anterior. Si la denuncia no cumpliera los requisitos de ley, se otorgará al denunciante el término de tres días para que la aclare o complete. Si no lo hiciera dentro del término señalado, sin más trámite se ordenará su archivo. Si la denuncia cumple los requisitos establecidos en el artículo anterior, o si es aclarada o completada por el denunciante, en el término de tres días (3 días) el órgano de sustanciación correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince (15) días. Presentada la denuncia y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento, el órgano de sustanciación podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de infracciones a esta Ley.”; “**Art. 56.- Inicio de investigación.-** Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, (...); “**Art. 57.- Archivo de la denuncia.-** Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición (...). El **Reglamento de aplicación a la LORCPM**, señala: “**Art. 54.- Contenido de la denuncia.-** La denuncia deberá contener: a) El nombre y domicilio del denunciante; b) Identificación de los presuntos responsables; c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia; d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada; e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta



de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia; f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y, g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante”.

OCTAVO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN.- a) Dentro del expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-0010-2019 analizado, se resalta las siguientes actuaciones administrativas: **i.** Denuncia presentada por el señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, en contra del operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA., por presunto abuso de poder de mercado, y abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica, mediante escrito y anexos, ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 26 de julio de 2019 a las 13h04, con número de trámite ID 138927; **ii.** Providencia de 12 de agosto de 2019 a las 10h00, mediante la que el órgano de investigación dispone correr traslado con la denuncia y sus anexos al operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA., para que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación, presente las explicaciones que considere pertinentes; **iii.** Escrito presentado por el operador económico de PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA., ingresados a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 03 de septiembre de 2019 a las 16h12, con número de trámite ID. 142819, en la que el denunciado presenta sus explicaciones a la denuncia presentada en su contra; **iv.** Providencia de 11 de septiembre de 2019 a las 11h00, en la que entre otros, la Intendencia de Investigación dispuso una reunión de trabajo con funcionarios del Ministerio de Agricultura y Ganadería, para tratar temas relacionados con la producción y comercialización de papas en el Ecuador; **v.** Acta de reunión de trabajo de 13 de septiembre de 2019, con la comparecencia de la Directora de Estudios de Comercialización Agrícola, el Especialista de Productividad Agrícola del Ministerio de Agricultura y Ganadería, el denunciante y su patrocinador, dejando constancia que remitirá un banco de preguntas dirigidas al Ministerio de Agricultura y Ganadería; **vi.** Acta de reunión de trabajo de 13 de septiembre de 2019, con la comparecencia de funcionarios del Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria (INIAP) y la comparecencia de las partes procesales; **vii.** Providencia de 13 de septiembre de 2019 a las 16h45, que dispuso, solicitar información al Ministerio de Agricultura y Ganadería y al operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA.; **viii.** Providencia de 16 de septiembre de 2019 a las 17h00, en la que la INICAPMAPR dispuso agregar y negar el pliego de preguntas remitido por el señor Esteban Valdez Munchmeyer, dirigido al Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias (INIAP), por no ser la institución que tiene competencia para entregar la información solicitada por el mismo; **ix.** Resolución de 17 de septiembre de 2019, a las 17h15, en la que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, resuelve ordenar el archivo de la denuncia presentada por el señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, por no existir suficientes indicios que permitan presumir el cometimiento de las infracciones denunciadas; **x.** Oficio No. MAG-SPA-2019-0157-O de 19 de septiembre de 2019, suscrito por el Subsecretario de Producción Agrícola, en el que atiende el requerimiento



- 127 -
Recibo usado y
siete

de información; **xi.** Providencia de 14 de octubre de 2019, a las 15h00, con la que el órgano de investigación pone en conocimiento de la máxima autoridad el Recurso de Apelación presentado ante la máxima autoridad. **b) Dentro del expediente de apelación No. SCPM-DS-INJ-RA-027-2019** se han realizado las siguientes actuaciones: **i.** Providencia de 22 de octubre de 2019 a las 11h10, en la que se avoca conocimiento del Recurso de Apelación presentado por el señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, mediante la cual se dispone correr traslado al operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA., a fin de que se pronuncie en el término de tres días. **ii.** Escrito y anexos presentados por los abogados Esteban Dávila Caicedo y Daniel Castelo Guerrero, a nombre y representación del operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA., ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 25 de octubre de 2019 a las 16h02, con número de trámite ID. 148271, en el que presentan sus exposiciones en derecho. **iii.** Acta de la Audiencia Pública celebrada el día 15 de noviembre de 2019 a las 10h00 con sus respectivos anexos.-

NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Por medio del Recurso de Apelación interpuesto, el recurrente pretende que esta Autoridad declare la nulidad de la resolución de archivo emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas el 17 de septiembre de 2019, basando su pretensión en los argumentos de que el acto administrativo impugnado carece de motivación y presuntamente se habría vulnerado el derecho al debido proceso en la tramitación, argumentos que se analizan de la siguiente manera:

De la revisión de la Resolución de 17 de septiembre de 2019 a las 17h15, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se observa que la misma contempla, en lo formal, la siguiente estructura:

- a) Competencia;
- b) Validez Procesal;
- c) Antecedentes procesales;
- d) Identificación de los operadores económicos involucrados;
- e) Análisis de la denuncia y explicaciones;
- f) Análisis de mercado relevante;
- g) Análisis de las conductas denunciadas;
- h) Argumentación que motiva la decisión; y,
- i) Decisión.

Ahora bien, teniendo en consideración los argumentos del recurso de apelación, las alegaciones realizadas en la audiencia llevada a cabo el 15 de noviembre de 2019 y los escritos presentados por los operadores económicos en la sustanciación del recurso, se analiza, lo siguiente:

- a) Violación del derecho a la defensa.-**



Conforme con las argumentaciones del recurrente, la presunta violación de su derecho a la defensa se habría verificado cuando la INICAPMAPR con fecha 13 de septiembre de 2019, generó una reunión de trabajo con el Ministerio de Agricultura y Ganadería (MAG) y el Instituto Nacional de Investigaciones Agropecuarias (INIAP); sin embargo, la Intendencia negó la petición de realizar preguntas a los delegados de las instituciones, señalando que podrían generar sus cuestionamientos por escrito, con lo cual, a decir del solicitante, se violentó su derecho a la defensa y principio de contradicción. Posteriormente señala que la Intendencia remitió el banco de preguntas al MAG, negándose a requerir que el INIAP conteste los cuestionamientos planteados por el denunciante, por considerar que el INIAP no tenía competencia para absolver preguntas.

En este sentido, es importante analizar el procedimiento establecido en la norma aplicable en la fase en la que se encontraba el procedimiento de investigación, así; **i.** La denuncia fue presentada el 26 de julio de 2019 por el señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer, en contra del operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA., por presunto Abuso de Poder de Mercado y Abuso de Poder de Mercado en situación de dependencia económica, cuya tramitación implica que el órgano de investigación verifique que la misma reúna los requisitos establecidos en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM-; **ii.** Acorde con lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, el órgano de investigación, en el término de tres días, debía correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que presenten explicaciones en el término de quince días; actuación que se realizó el 12 de agosto de 2019 a las 10h00; **iii.** El artículo 56 de la LORCPM es expreso en señalar que vencido el término determinado en el artículo 55 ibídem, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días, lapso improrrogable, al cual debe sujetarse la Intendencia correspondiente, pues la consecuencia de no hacerlo implicaría la caducidad de la potestad investigativa de la administración.

Con lo expuesto es menester señalar que este es el procedimiento obligatorio para el órgano de investigación, el cual incluye la facultad de realizar actuaciones previas, las cuales por la etapa en la que se encontraba el proceso de investigación, constituyen la recolección de elementos para el análisis de aspectos que considere necesarios para complementar los datos proporcionados en la denuncia, mas no elementos sujetos a contradicción. Es de resaltar que no se debe confundir entre la recolección de elementos a través de actuaciones previas, con la etapa probatoria dentro de un proceso investigativo, donde efectivamente, las partes procesales pueden ejercer su derecho a la defensa, contradicción, etc., considerando que en este punto del procedimiento la carga de la prueba corresponda a este ente de control, conforme lo señala el artículo 48 de la LORCPM.

Moreno Catena, Cortés Domínguez y Gimeno Sendra señalan respecto del principio de contradicción:



118
ciento doce
Ciento veinte y ocho

"(...) La existencia de dos posiciones enfrentadas, la del actor que interpone su pretensión y la del demandado oponiéndose a la misma, constituye una nota esencial de todo proceso. A diferencia de los procedimientos inquisitivos del Antiguo Régimen, en el proceso moderno, se ha reafirmado la idea de que la evidencia, presupuesto ineludible de la sentencia, no puede lograrse sino mediante la oposición entre dos ideas contrapuestas, a través del choque entre la pretensión o acusación y su antitético pensamiento, esto es, la defensa o resistencia? (...)”¹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala:

"(...) Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”²

Entonces, respecto al principio de contradicción, hay que señalar que el mismo es irrefutable cuando existe un juicio o procedimiento en curso en el que se cuenta con una infracción imputable. En la fase de actuaciones previas a la resolución de inicio de investigación por denuncia se verifica si los elementos indiciarios presentados por el denunciante son suficientes para que la administración preliminarmente llegue a la consideración de la presunta existencia de una conducta anticompetitiva que pueda afectar real o potencialmente el mercado, y proseguir con la investigación.

En la especie, se observa que efectivamente la Intendencia dispuso la remisión al MAG para que dé respuesta a algunas preguntas solicitadas por el denunciante; y, este organismo no presenta su contestación sino después de la emisión de la resolución materia de la impugnación que se atiende; por tanto, resulta lógico concluir que dicha información no fue considerada trascendente para la formación de la voluntad administrativa en el momento en el que se encontraba la investigación; sin perjuicio de ello, el órgano de investigación debió prever si contaba o no con el tiempo necesario para solicitar la información remitida al MAG, puesto que, se ha tornado inútil a la luz de los hechos un requerimiento tardío en relación al tiempo fatal que la ley prevé para el inicio de un proceso de investigación. Empero, se observa que aquello no perjudicó el análisis que la Intendencia realizó con los elementos que contaba; y, al no ser una solemnidad el cumplimiento de actuaciones previas, sino por el contrario facultativa, no se invalida de forma alguna el procedimiento seguido por la intendencia, y tampoco lo nulita, ya que conforme se ha indicado y citado, el procedimiento establecido en la normativa es claro respecto de los elementos con los cuales, en caso de denuncia, la administración debe decidir sobre el inicio o no de una investigación, y son la denuncia y las explicaciones del denunciado;

¹ Introducción al derecho procesal, 2003, versión electrónica en <http://marisolcollazos.es/procesal-penal/Introduccion-derecho-procesal.pdf>.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 13 de octubre de 2011, caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay.



por lo que, es criterio de esta autoridad que no existe violación al principio de contradicción y derecho a la defensa en razón de la etapa procesal en la que se desarrolló la investigación y la naturaleza de la misma en razón de su inicio.

b) Sobre la relación a la presunta relación de dependencia.

Conforme lo señalado en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para que se presuma abuso en la relación de dependencia entre operadores económicos, se debe evidenciar, además de los descuentos habituales, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares; al respecto, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas ha analizado lo siguiente:

“(...) existen indicios de que el denunciante contaba con alternativas para la venta de sus productos; este hecho se refleja en la información presentada por él, en la que se evidencia que tuvo otros compradores, para las mismas variedades de papa que le vende al denunciado. El hecho de que haya producido con base a las semillas que le entregó la PEPSICO de ninguna forma implica que no existan otras alternativas equivalentes. Sin perjuicio de las alegaciones, no existen indicios que demuestren que la producción de papa CAPIRO o SUPERCHOLA, debido a sus diversos usos, sea lo suficientemente específica como para que se ajuste únicamente a los requerimientos del operador económico denunciado, "aprisionando" al denunciante. Adicional a lo manifestado, conviene señalar que el numeral segundo del referido artículo, implica una amenaza; de la cual no se evidencia la existencia en la narración de los hechos ni en el expediente, de alguna con el objetivo de romper las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza. A su vez, el numeral tercero, exige que se utilice el poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, sin que tampoco se pueda contrastar una acción concreta de este tipo de situación. Resalta dentro de los elementos del caso, concretamente de la información de ventas reportada por el denunciante, que el ha mantenido relaciones comerciales para la venta de SUPERCHOLA y CAPIRO, tanto con PEPSICO, como con múltiples otros clientes (...)”

Para María Elena Jara Vásquez³, la situación de dependencia se define como:

“(...) La dependencia económica surge en el contexto de relaciones comerciales verticales⁴ en las cuales el comprador ejerce poder sobre el proveedor, o viceversa, a tal punto que la parte con mayor poder de negociación puede imponer condiciones comerciales inusuales, por ejemplo, en materia de descuentos, plazos para el pago, devolución de mercadería, pago para exhibición en perchas, entre otras situaciones que pueden presentarse.”

³ FORO Revista de Derecho, No. 26, ISSN 1390-2466 • UASB-E / CEN • Quito, 2016 “El abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica y los problemas de su aplicación en el ordenamiento jurídico Ecuatoriano”



150-
Ciento veinte y
nueve

En la revisión del acto impugnado emitido por la Intendencia y los elementos constantes en la denuncia presentada, se observa que el denunciante no ha justificado que existan los parámetros señalados en el artículo 10 de la LORCPM, para que la administración presuma la existencia de indicios de un abuso en relación de dependencia entre el denunciado y el denunciante, elementos que debieron ser aportados por el denunciante, mucho más cuando de los adjuntos de la denuncia se desprenden acuerdos que pretenden solucionar el problema de las semillas entregadas al señor Esteban Valdez, sin que por esta mención se entienda que se ha mermado el perjuicio que aduce el denunciante; por lo que, la Intendencia ha determinado la existencia de indicios que reflejan que el denunciante contaba con alternativas para la venta de sus productos, afirmación basada en la propia información presentada por el denunciante, concluyendo con esas evidencias, que tuvo otros compradores para las mismas variedades de papa que le vende al denunciado.

c) Sobre falta de motivación del acto administrativo impugnado.-

Respecto de la falta de motivación alegada por el recurrente, es necesario establecer que, conforme lo determinado en el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República, la motivación radica en la exposición de los hechos y normas de derecho contenidos en el acto administrativo y la evidencia de la congruencia entre estos y la decisión adoptada, aspectos que concuerdan plenamente con el acto impugnado.

El Profesor Raúl Bocanegra Sierra, al hablar sobre las condiciones formales del acto administrativo, señala:

“De entre todos estos aspectos destaca, sin duda, la motivación de los actos administrativos en cuanto con ella no se trata sólo de cubrir una mera formalidad sino que, a su través, se asegura la formación de la voluntad de la Administración y la garantía de los derechos de los ciudadanos porque la motivación posibilita el ejercicio de las potestades de control en vía de recurso, sea este administrativo o judicial, de la resolución dictada (...)”⁴

Esta autoridad debe velar por la aplicación irrestricta de los principios, garantías y derechos constitucionales con el fin de que las resoluciones emanadas por quienes ostentan la calidad de autoridades de esta institución, guarden relación con la norma vigente en el Ecuador. En ese sentido y, en aplicación de la norma constitucional, esta autoridad señala que el acto administrativo impugnado goza de los principios de legalidad y legitimidad conforme lo prescribe el artículo 65 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, toda vez que, se ha cumplido con todos los preceptos constitucionales y legales que rigen las actuaciones de la administración y de este organismo técnico de control, pues de la lectura se evidencia una exposición clara de elementos de hecho y derecho los cuales son pertinentes y congruentes con la decisión adoptada.

⁴Profesor Raúl Bocanegra Sierra, “Lecciones sobre el Acto Administrativo”



La Corte Constitucional ha señalado:

“(...) para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”⁵.

De la revisión efectuada a la Resolución de 17 de septiembre de 2019, se observa que la misma cuenta con una adecuada motivación conforme la naturaleza de la denuncia; en la misma constan los elementos de hecho y derecho atinentes al caso materia en análisis y la congruencia entre ellos, a este respecto el recurrente señala que la errada motivación radica en la equivocada determinación del mercado relevante, sin embargo una vez analizadas principalmente la denuncia y los anexos, se divisa que la aparente práctica anticompetitiva se habría verificado cuando el operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA. provee de semilla al denunciante con una variedad diferente de papa a la acordada, circunstancia o incumplimiento que es de naturaleza emitentemente contractual, sin que el denunciante haya prestado evidencia de cómo este actuar afecta al mercado en general.

El apelante señala:

“(...) el presente caso trata sobre el poder de mercado de un comprador en un mercado creado por PEPSICO y sobre el cual PESPSICO es la única empresa que provee de la semilla de la variedad ROSADA. Es decir, este caso se enmarca en el poder de monopsonio de PEPSICO, al crear un mercado relevante en contravención de regulaciones emitidas por parte de la autoridad agraria nacional y sobre la base de un incumplimiento contractual. En consecuencia, el mercado relevante se debió haber definido en función de las empresas que compiten con PESPSICO para la compra industrial de papas y no sobre las bases de los productores de papas (...)”.

En la resolución impugnada, se puede verificar que la Intendencia, respecto al mercado relevante, afirmó:

“(...) se observa que dichos hechos giran en torno a la relación proveedor (eslabón de la producción de papa) y comprador (eslabón de la transformación), por lo que se

⁵ Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, sentencia N.º 227-12-SEP-CC, caso N.º 1212-11-EP



puede determinar que el bien materia de la conducta investigada es la comercialización al por mayor de papa (de variedad Diacol Capiro, Papa Súper Chola y Rosada), utilizada como materia prima para la elaboración de snacks (papas fritas). (...) se observa que existen ciertas características de las variedades de papas: (...) que las hacen ideales para la industria dedicada a la elaboración de snacks a base a papa (principalmente papas fritas), lo cual constituiría un indicio de que estas variedades de papas destinadas para el uso industrial, podrían ser parte del mismo mercado. En ese sentido considerando la fase procesal en la cual se encuentra la presente investigación, el mercado de producto preliminarmente identificado es: la comercialización al por mayor de papa de las variedades DIACOL CAPIRO; SUPER CHOLA; INIAP-SANTA CECILIA; INIAP-FRIP APA; INIAP-MARÍA; INIAP- VICTORIA; INIAP - PUCA SHUNGO; INIAP - YANA SHUNGO, destinadas a la elaboración de snacks a base papa (...) Delimitación preliminar del mercado relevante: Bajo lo expuesto, se delimita, para efectos de este análisis, como mercado relevante a la comercialización al por mayor de papa de las variedades Diacol Capiro; Super Chola; Iniap-Santa Cecilia; Iniap- Frippapa; Iniap-Maria; Iniap-Victoria; Iniap- Puca Shungo; Iniap- Yana Shungo, a nivel nacional, teniendo en cuenta el marco temporal comprendido entre el 22 de septiembre de 2017, hasta al mes de septiembre de 2019 (inclusive)(...)”.

Con estas consideraciones y, en virtud de que la denuncia expresamente señala que el hecho generador de la supuesta conducta es el equívoco del operador económico PEPSICO ALIMENTOS ECUADOR CIA. LTDA., en la entrega de la semilla, esta autoridad concuerda que el mercado relevante es la comercialización al por mayor de papas. Consecuentemente se verifica que existe una adecuada motivación conforme a la determinación del mercado relevante establecido por el órgano de investigación.

Del mismo modo, de la revisión de la constancia procesal, es claro para esta autoridad, que el caso sometido a análisis responde a las relaciones contractuales entre las partes, cuyo análisis le está vedado a esta Superintendencia, pues conforme lo señalado en la resolución impugnada, no se han determinado indicios que hagan presumir la existencia de prácticas anticompetitivas, tanto por las conductas de abuso de poder de mercado y de abuso en relación de dependencia, pues no se cumplen los presupuestos señalados en la norma: así como tampoco, de los elementos aportados en la denuncia se lleva a presumir la existencia de efectos reales o potenciales a la competencia, sino, por el contrario, se observan elementos que corresponden a incidentes dentro de una relación contractual cuyos efectos son exclusivos a los contratantes, mas no al mercado.-

DÉCIMO.- Por todo lo expuesto, existiendo mérito suficiente para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación planteado por el señor Esteban Xavier Valdez Munchmeyer mediante escrito de 10 de octubre de 2019 a las 11h11, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de

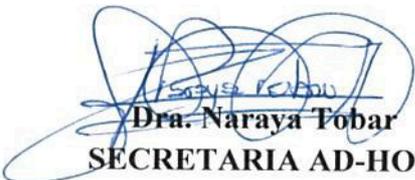


**Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado**

Mercado con número de trámite ID. 147144, en consecuencia ratificar lo actuado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas en la Resolución de 17 de septiembre de 2019 a las 17h15.

DÉCIMO PRIMERO.- Notifíquese con el contenido de la presente resolución a las partes procesales y al órgano de investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**


Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO


Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC