

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-0042-2015-R
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-0042-2015-R-A-0015-2018-DS
- **Denunciante:** FIDERAM S.A
- **Denunciado:** Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A.
INALECSA

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 08 de marzo de 2019, a las 16h50.- **VISTOS.-** Doctor, Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en uso de mis facultades legales, en conocimiento del presente recurso y estando el proceso para resolver, considero y dispongo:

PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.- Agréguese al expediente; i) Memorando No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-019-2019-M de 26 de febrero de 2019, suscrito por el Dr. Nelson López, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, remitido vía SIGDO con número de trámite 126049, en el cual informa: “(...) *en atención a la notificación (...) de la providencia de fecha 17 de enero de 2019 a las 17h00 (...) Se hace la entrega de la documentación anteriormente solicitada en formato físico original (...)*”; documento al cual se adjunta el Acta entrega-recepción, de fecha 25 de febrero de 2019, suscrito entre el Dr. Daniel Vásconez, Director Nacional de Patrocinio y Recursos Administrativos y el Abg. Camilo Sánchez Secretario Ad-hoc de la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado a cargo del expediente de sustanciación en mención; instrumento que refiere a los documentos constantes dentro del expediente SCPM-IIAPMAPR-0042-2015-R; y por medio del cual se entrega en 110 fojas los anexos presentados por FIDERAM S.A., al recurso de apelación que se atiende. ii) Razón de 26 de febrero de 2019, sentada por la Dra. Naraya Tobar secretaria ad-hoc del presente expediente, mediante la cual da fe de la entrega de la documentación antes referida. iii) Acta de Audiencia Pública de 07 de marzo de 2019, a las 11h00, suscrita por los comparecientes, y los anexos de la misma, constantes en: a) La Resolución No. SCPM-DS-2019-16 de 07 de marzo de 2019, mediante la cual se delega a la Intendente Nacional Jurídico a fin de que presida la Audiencia Pública de 07 de marzo de 2019 (2 fojas); b) El CD que contiene el audio y video de la audiencia; c) Copias de cédulas de identidad y credenciales de los comparecientes (2 fojas). iv) Agréguese al expediente el escrito y anexo presentados por el señor Marco Andrés Espinoza Castro, en calidad de procurador judicial del operador económico Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A., INALECSA de conformidad a la compulsa del instrumento público que agrega, ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –SCPM-

el 07 de marzo de 2019 a las 10h55, con número de trámite ID. 126721, mediante el cual revoca la autorización concedida al Ab. Marco Antonio Rubio Valverde y ratifica como patrocinadores a los Drs. Diego Pérez Ordóñez, Edgar Ulloa Balladares, Abgs. Luis Marín Tobar Subía, Patricio Quevedo Vergara, José David Ortiz Custodia, Andrés Rubio Puente y Mario Navarrete Serrano, lo cual es tomado en cuenta por esta autoridad. v) Agréguese al expediente el escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino, en calidad de Gerente General y como representante legal del operador económico FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –SCPM- el 08 de marzo de 2019 a las 15h46, con número de trámite ID. 126933, mediante el cual solicita: “(...) 3.1 *Se declare la nulidad de la Resolución emitida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado el 5 de noviembre de 2018 a las 17h10 y por tanto, se deje sin efecto la referida Resolución. 3.2 Como consecuencia de lo anterior, se disponga que la ILAPM emita el correspondiente Informe Preliminar de Formulación de Cargos en contra de INALECSA y disponga la apertura del término prueba por 60 días conforme lo disponen los arts. 58 y 59 de la LORPM (...)*”, lo cual será atendido de ser procedente en derecho.

SEGUNDO.- COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 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.-

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 ésta Autoridad declara la validez del mismo.

CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- El señor Mario Oswaldo Miño Robalino, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico FIDERAM S.A., mediante escrito de 06 de diciembre de 2018, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 05 de noviembre de 2018 a las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder del Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas –INICAPMAPR- mediante la cual resuelve: “(...) *Negar por improcedente el recurso de reposición interpuesto por el señor Francisco Xavier Miño Robalino en calidad de Apoderado General del señor Mario Oswaldo Miño Robalino, Gerente General y Representante Legal de la compañía FIDERAM S.A., debidamente representada por la doctora María Teresa Lara, así como cada una de las pretensiones objeto del recurso; y, por consiguiente, ratificar en todas sus partes la Resolución de archivo de 05 de agosto de 2016 a las 15h42 (...)*”. El recurrente ha cumplido así, con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), que en el artículo 67 dispone: “*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 término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. (...)” (las negrillas no son propias del texto).

QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.- El acto impugnado por el operador económico FIDERAM S.A., es la Resolución de 05 de noviembre de 2018 a las 17h10, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder del Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.

SEXTO.- ARGUMENTACIONES Y SOLICITUD DEL RECURRENTE.- El señor Mario Oswaldo Miño Robalino, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico FIDERAM S.A., en su escrito de apelación argumenta principalmente lo siguiente: “(...) **FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE 05 DE NOVIEMBRE DE 2018, QUE DETERMINA SU NULIDAD.** (...) En el presente caso, la ILAPM (sic) incurrió en falta de motivación al momento de emitir la Resolución de 5 de noviembre del 2018, a las 17h10, conforme se analizará a continuación, por cuanto: i) Existen errores de derecho en la identificación de las supuestas disposiciones legales aplicables al caso en cuestión o que se señala se estarían infringiendo; y ii) Existen errores de hecho y derecho por la no valoración de todas las pruebas aportadas por FIDERAM en el expedientillo que sustanció el Recurso de Reposición, así como de las consideraciones expuestas por el propio Superintendente de Control de Poder de Mercado en la resolución de 16 de marzo de 2017, emitida dentro del expediente del recurso de apelación signado con número SCPM-ILAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS (...) **a. Error en la identificación de competencias legales del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación CIAM de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriana Británica y de la Cámara de Industrias y Producción respecto de las competencias legales de los Tribunales de Arbitraje y Mediación.** (...) De lo expuesto, se colige que la consideración contenida en la Resolución del 5 de noviembre de 2018 a las 17h10 que textualmente indica que: “[...] [E]l análisis de si existió o no un aviso con 30 días de anticipación corresponde al CIAM [...]”, es errónea dado que el CIAM no tiene facultad alguna para pronunciarse sobre las disputas contractuales que las partes hayan decidido someter a un proceso de mediación o de arbitraje. La competencia de pronunciarse directamente sobre las disputas contractuales, en el arbitraje recae únicamente en los Tribunales Arbitrales que precisamente se conforman para conocer y resolver sobre las disputas presentadas entre la partes (...). **b. Error en la identificación de las competencias legales de la SCPM** (...) Tal como hemos señalado, el Tribunal Arbitral al que se sometieron INALECSA Y FIDERAM definió sus competencias, excluyendo entre ellas, los temas que tengan fuentes obligaciones distintas al Contrato suscrito entre INALECSA y FIDERAM. (...) En adición, se debe tomar en cuenta que el numeral 1 del Art. 10 de la LORCPM hace referencia a la **ruptura de las relaciones comerciales** y no a la terminación de la relación contractual, a sabida cuenta de que en el Derecho de la Competencia se debe aplicar el principio de primacía de la realidad que le obliga a la autoridad de competencia

a determinar la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico, y en el presente caso, la IIAPM estaba además en la obligación legal de analizar el momento en que se produjo la ruptura de la relaciones comerciales entre INALECSA y FIDERAM, y no únicamente el momento de terminación del contrato. (...) 3.1.2 Nulidad de la resolución de 05 de noviembre de 2018 a las 17h10 por falta de motivación por no valoración de las pruebas (...) i) No tomo en cuenta las consideraciones expuestas por el Superintendente en la resolución de 16 de marzo de 2017 emitida dentro del expediente del recurso de apelación signado con el No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS; y ii) No valoró todas las pruebas aportadas por FIDERAM en el expedientillo que sustancio el Recurso de Reposición, centrándose exclusivamente su análisis en el oficio entregado por el señor Notario Dr. Jorge Machado Cevallos (considerando sexto de la resolución referida). a. **Respecto de las consideraciones expuestas por el señor Superintendente.** (...) que los dos requisitos que señaló el señor Superintendente deben existir para que se configure la conducta tipificada por el artículo 10 numeral 1 de la LORCPM, esto es, el elemento estructural (existencia de dependencia económica) y el conductual (falta de anticipación de 30 días para la terminación del contrato), en el presente caso están comprobados en demasía (...) b. **Respecto de las pruebas aportadas por FIDERAM y no analizadas.** Mediante escritos presentados por FIDERAM los días 30 de septiembre de 2016 y 19 de octubre de 2016 ante la IIAPM, se aportaron oportunamente pruebas dentro del Recurso de Reposición, las cuales no fueron valoradas, por la Intendencia en su resolución del 5 de noviembre del 2018, pese a que el Señor Superintendente en su resolución de 30 de julio de 2018, a las 16h40, dentro del Recurso Extraordinario de Revisión, lo había dispuesto de manera expresa (...) Al parecer, la IIAPM (sic) interpretó que sólo debía analizar los documentos agregados a la petición del Recurso de Reposición, y es así como se limitó a realizar una corta revisión de la certificación emitida por el Notario Primero del cantón Quito, sin llegar a su valoración, por considerar que el CIAM era competente para hacerlo; cuando la disposición del señor Superintendente, conforme se reproduce, fue que se valore toda la documentación agregada al expediente que sustanció el Recurso de Reposición. Es importante señalar señor Superintendente que el Informe Económico de deflactación de precios presentado por FIDERAM no consta analizado por la IIAPM (sic) ni en el Informe SCPM-DNIAM-059-2016 de 2 de agosto de 2016, acogido por este órgano para emitir la providencia de 3 de agosto de 2016, a las 15h58, ni en el Informe Final de los Resultados de la Investigación identificado con el No. SCPM-DNIAPM-065-2016 de 05 de agosto de 2016, acogido para la emisión de la Resolución de Archivo de la investigación de 5 de agosto de 2016, a las 15h42. Por lo expuesto, este documento probatorio, al igual que la certificación del Notario Primero del cantón Quito y el Informe de Auditoria Externa del ejercicio fiscal del año 2015 practicado al operador económico INALECSA, por sus Auditores Independientes, debieron ser valorados por la IIAPM al momento de emitir su Resolución del 5 de noviembre del 2018. (...) 3.2. **Afectación al ejercicio del derecho de contradicción de FIDERAM.** (...) se conoce que en la misma Resolución del 5 de

noviembre del 2018, con la que la ILAPM (sic) resolvió el Recurso de Reposición, agregó el informe No. SCPM-DNICAPM-007-2018, de 29 de octubre de 2018, emitido por el Dr. Nelson López Jácome, en su calidad de Director Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado y por tanto, este informe NUNCA fue puesto en conocimiento de las partes procesales y por tanto, en conocimiento de FIDERAM (...); y, solicita “(...) declare la nulidad de la Resolución emitida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado el 05 de noviembre de 2018 a las 17h10 y por tanto, deje sin efecto la referida Resolución, disponiendo que la Intendencia proceda a emitir una nueva Resolución del Recurso de Reposición interpuesto por FIDERAM, atendiendo a las consideraciones expuestas por el señor Superintendente como máxima autoridad de competencia en el Ecuador (...)”

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- De la revisión del expediente administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R, se evidencian las siguientes constancias procesales relevantes: 1) Escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General de la Compañía FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –SCPM-, el 06 de septiembre de 2016, con número de ID. 22450, mediante el cual se interpone Recurso de Reposición en contra de la Resolución de Archivo de 05 de agosto de 2016 a las 15h42, emitida por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. 2) Providencia de 09 de septiembre de 2016, a las 16h34, mediante la cual la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas –IIAPMAPR- acepta a trámite el recurso interpuesto y dispone: “(...) a) *Córrase traslado con el escrito en despacho al operador económico INALECSA S.A., a fin de que en el término de tres (3) días contados desde la notificación con la presente providencia remita las correspondientes excepciones (...)*”. 3) Escrito presentado por el Ab. Marco Rubio Valverde, en calidad de abogado patrocinador del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 16 de septiembre de 2016, con número de ID. 23457, mediante el cual solicita: “(...) *se rechace el recurso de reposición interpuesto por los denunciantes, por cuanto no existen méritos para revocar la resolución de archivo (...)*”. 4) Escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General del operador económico FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 30 de septiembre de 2016, con número de ID. 24463, mediante el cual entre otros documentos agrega, copia notariada de la certificación emitida por el Notario Primero del cantón Quito, el 26 de septiembre de 2016, en el cual la autoridad notarial refiere: “(...) *En cuanto a la supuesta diligencia de notificación de terminación unilateral de contrato el Art. 18 de la ley Notarial no otorga facultad alguna a los notarios en este sentido, por lo que de ninguna manera podía practicarse dicha Diligencia*”. 5) Escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General del operador económico FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 19 de octubre de 2016, con número de ID. 25861, mediante el cual solicita: “(...) *Se desestime las excepciones planteadas por INALECSA en su escrito de 16 de*

septiembre de 2016, a las 16h27 (...)" y, adicionalmente agrega copia simple del Informe de Auditoria Externa correspondiente al ejercicio fiscal 2015 presentado por la compañía Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A., INALECSA en la Superintendencia de Compañías. 6) Resolución de 07 de noviembre de 2016 a las 17h08, mediante la cual la IIAPMAPR dispone: *"(...) Negar por improcedente el recurso de reposición interpuesto por el señor Francisco Xavier Miño Robalino en calidad de Apoderado General del señor Mario Oswaldo Miño Robalino, Gerente General y Representante Legal de la compañía FIDERAM S.A., debidamente representado por la doctora María Teresa Lara, así como cada una de las pretensiones objeto del recurso; y, por consiguiente, ratificar en todas sus partes la Resolución de archivo de 05 de agosto de 2016 a las 15h42 (...)"*. 7) Escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General del operador económico FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 02 de diciembre de 2016, con número de ID. 29470, mediante el cual interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 07 de noviembre de 2016 a las 17h08. 8) Providencia de 06 de febrero de 2018, a las 13h00, mediante la cual la IIAPMAPR solicita a la señora Estefanía Gordillo en su calidad de Subdirectora del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Británica copias del laudo arbitral emitido por el CIAM, dentro del proceso No. 001-2015, cuyas partes son FIDERAM S.A. e Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A., INALECSA. 9) Oficio No. SCPM-DNAPM-052-2018 de 08 de febrero de 2018, remitido a la CIAM notificando la providencia de 06 de febrero de 2018, en la cual se le requirió información. 10) Oficio de 16 de febrero de 2018, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 19 de febrero de 2018, con número de ID. 80653, suscrito por la señora Estefanía Gordillo en su calidad de Subdirectora del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Británica, mediante el cual da contestación al oficio No. SCPM-DNAPM-052-2018 de 08 de febrero de 2018, comunicando que la información requerida por esta Superintendencia ha sido calificada como confidencial por acuerdo de las partes y requiere se realice el trámite pertinente para la obtención de las copias solicitadas, esto es un requerimiento judicial. 11) Escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General del operador económico FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 16 de marzo de 2018, con número de ID. 84428, mediante el cual se agrega copia del laudo arbitral emitido por el Tribunal de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción. 12) Providencia de 23 de marzo de 2018, a las 10h00, mediante la cual la IIAPMAPR declara confidencial el laudo arbitral emitido por el Tribunal de Arbitraje, ingresado por el operador económico FIDERAM S.A., y convoca a reuniones individuales de trabajo a las partes procesales, las mismas que se celebran el 28 de marzo de 2018, a las 10h00 y 15h00 horas. 13) Providencia de 25 de abril de 2018, a las 10h00, mediante la cual la IIAPMAPR dispone: *"(...) QUINTO.- De la facultad de pronunciamiento por parte de esta Intendencia en este momento procesal: En mi calidad de Intendente, y viéndome en la obligación de velar por el debido proceso, los principios constitucionales y legales de los expedientes administrativos que se tramitan bajo mi gestión, encontrándome con este particular de incumplimiento de la*

disposición de las notificaciones de la Resolución del Recurso de Apelación, es menester precisar que el momento procesal oportuno para valorar la documentación agregada dentro de este Recurso de Reposición se encuentra PRECLUIDO y FUERA DE TERMINO, dado que cualquier valoración, disposición, pronunciamiento o resolución en este momento, dentro de este expediente de Reposición afectaría de manera directa al expediente principal No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015. Por tanto no es posible realizar en la presente providencia un análisis y/o valoración de la documentación aportada por FIDERAM S.A. por no ser el momento procesal oportuno (...)". 14) Escrito presentado por el señor Kevin Henry Yáñez Serrano a nombre y representación de INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 02 de mayo de 2018, con número de ID. 88435, mediante el cual se interpone Recurso de Ampliación en contra de la providencia de 25 de abril de 2018, a las 10h00. 15) Escrito presentado por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General de la Compañía FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 09 de mayo de 2018 con número de ID. 89159, mediante el cual realiza observaciones al recurso de ampliación planteado por Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A., INALECSA. 16) Providencia de 10 de mayo de 2018, a las 16h20, mediante la cual la IIAPMAPR niega el Recurso de Aclaración planteado por Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A., INALECSA. 17) Escrito presentado por el señor Luis Arturo Escobar Sotelo a nombre y representación de Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A. INALECSA, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 06 de junio de 2018, con número de ID. 91677, mediante el cual se interpone Recurso de Apelación en contra de la providencia de 25 de abril de 2018, a las 10h00. 18) Providencia de 06 de junio de 2018 a las 10h00, mediante la cual la IIAPMAPR niega el Recurso de Apelación planteado por Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A., INALECSA, por extemporáneamente interpuesto. 19) Escrito presentado por el Ab. Marco Rubio Valverde, abogado patrocinador del operador económico Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A. INALECSA, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 08 de junio de 2018, con número de ID. 92131, mediante el cual se interpone Recurso de Hecho, en contra de la providencia de 06 de junio de 2018, a las 10h00. 20) Escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General de la compañía FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 08 de junio de 2018, con número de ID. 92168, mediante el cual interpone Recurso Extraordinario de Revisión en contra de la providencia de 25 de abril de 2018, a las 10h00 emitida por la IIAPMAPR. 21) Providencia de 11 de junio de 2018 a las 09h00, mediante la cual la IIAPMAPR remite al Superintendente de Control del Poder de Mercado, el Recurso de Hecho planteado por Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A., INALECSA, en contra de la providencia de 06 de junio de 2018 a las 10h00. 22) Providencia de 11 de junio de 2018 a las 09h30, mediante la cual la IIAPMAPR remite al Superintendente de Control del Poder de Mercado, el Recurso de Extraordinario de Revisión planteado por el operador económico FIDERAM S.A., en contra de la providencia de 25 de abril de 2018. 23) Providencia de 05 de octubre de 2018 a las 12h00, mediante la cual la IIAPMAPR dispone, agregar al expediente de reposición la notificación de la resolución emitida por la máxima autoridad, en razón del Recurso Extraordinario de Revisión planteado por el operador económico FIDERAM S.A., en

la cual resuelve: “(...) *ACEPTAR PARCIALMENTE el Recurso Extraordinario de Revisión planteado por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino, en calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía FIDERAM S.A., mediante escrito de 08 de junio de 2018, en contra de la Resolución de 25 de abril de 2018, inadmitiéndose lo argumentado respecto de las Resoluciones de 03 y 05 de agosto de 2016, emitidas por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas por evidente error de hecho al emitir la disposición de preclusión; en virtud de lo manifestado se declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución 07 de noviembre de 2016, a las 17h08, mediante la cual se resuelve, negar el Recurso de Reposición interpuesto por FIDERAM, ratificando la Resolución de 5 de agosto de 2016 a las 15h42, expedida por la Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, disponiendo que de manera inmediata el órgano de investigación proceda a emitir la resolución correspondiente, la cual incluirá la valoración de la documentación agregada en el expedientillo que sustentó el Recurso de Reposición y las consideraciones expuestas por esta autoridad en la resolución de 16 de marzo de 2017, dentro del expediente de recurso de apelación signado con el número SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS, las demás alegaciones y pretensiones realizadas por FIDERAM se desechan por las argumentaciones ya expuestas (...)*”.

24) Informe No. SCPM-DNICAPM-007-2018 de 29 de octubre de 2018, suscrito por el Dr. Nelson López, Director Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, dirigido al Intendente de la INICAPMAPR, mediante el cual previo al análisis del oficio emitido por el Notario Primero del Cantón Quito, Dr. Jorge Machado el 26 de septiembre de 2016 recomienda, “(...) *Por no haber variado los presupuestos fácticos y de derecho que motivaron la inadmisibilidad del recurso de reposición o reconsideración planteado por el operador económico FIDERAM S.A., esta Dirección se permite recomendar lo siguiente: a) Que se niegue el Recurso de Reposición, y b) Que se ratifique el archivo del expediente principal No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-042-2015 (...)*”.

25) Providencia de 05 de noviembre de 2018 a las 17h10, mediante la cual la IIAPMAPR resuelve: “(...) *Negar por improcedente el recurso de reposición interpuesto por el señor Francisco Xavier Miño Robalino en calidad de Apoderado General del señor Mario Oswaldo Miño Robalino, Gerente General y Representante Legal de la compañía FIDERAM S.A., debidamente representada por la doctora María Teresa Lara, así como cada una de las pretensiones objeto del recurso; y, por consiguiente, ratificar en todas sus partes la Resolución de archivo de 05 de agosto de 2016 a las 15h42 (...)*”.

26) Escrito presentado por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General del operador económico FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 13 de noviembre de 2018, con número de ID. 118449, mediante el cual interpone Recurso de Aclaración y Ampliación en contra de la providencia de 05 de noviembre de 2018, a las 17h10 emitida por la IIAPMAPR. 27) Providencia de 06 de diciembre de 2018, a las 10h00, mediante la cual y respecto del recurso de aclaración y ampliación planteado por el operador económico FIDERAM S.A., la IIAPMAPR resuelve: “(...) *se niega la misma, toda vez que la resolución de 05 de noviembre de 2018, a las 17h10 es clara y ha resuelto sobre todos los puntos controvertidos (...)*”.

28) Escrito y anexos presentados por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino en calidad de Gerente General

de la compañía FIDERAM S.A., ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 06 de diciembre de 2018, con número de ID. 120138, mediante el cual interpone Recurso de Apelación en contra de la providencia de 05 de noviembre de 2018 a las 17h10 emitida por la IIAPMAPR. 29) Providencia de 11 de diciembre de 2018, a las 17h00, mediante la cual la IIAPMAPR, pone en conocimiento de esta autoridad el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico FIDERAM S.A.

OCTAVO.- NORMATIVA 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. (...) 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria. (...) 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. (...); l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. (...)*”; “**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. 173.-** *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial*”; “**Art. 213.-** *Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general (...)*”; “**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. 227.-** *La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.*”; En concordancia 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. 2.-**

*Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley 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 las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (...); “Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico (...); “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. 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(...); “Art. 36.- Autoridad de Aplicación.- Créase la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, misma que pertenece a la Función de Transparencia y Control Social, como un organismo técnico de control, con capacidad sancionatoria, de administración desconcentrada, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, presupuestaria y organizativa; la que contará con amplias atribuciones para hacer cumplir a los operadores económicos de los sectores público, privado y de la economía popular y solidaria todo lo dispuesto en la presente Ley. Su domicilio será la ciudad de Quito, sin perjuicio de las oficinas que pueda establecer el Superintendente en otros lugares del país.”; “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su estructura contará con las instancias, intendencias, unidades, divisiones técnicas, y órganos asesores que se establezcan en la normativa que para el efecto emita el Superintendente de Control del Poder de Mercado. Se crearán al menos dos órganos especializados, uno de investigación, y otro de sustanciación y resolutorio de primera instancia”; “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. 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 (...); “**DISPOSICIONES GENERALES.-** Primera.- Jerarquía.- (...)*

*En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables". La Ley de Arbitraje y Mediación determina, "Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias."; Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma (...); "Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (...); " **DISPOSICIONES GENERALES.** Art. 60.- La presente Ley por su carácter de especial prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere"; El Código Civil determina, Art. 1454 "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas" y Art. 1561 "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". El Código Orgánico General de Procesos –COGEP- determina, "Art. 65.- Notificación.- Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales"; "Art. 194.- Presentación de documentos. Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema.". El Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, expedido mediante Resolución SCPM-DS-22-2018, publicado el 17 de octubre de 2018, determina, "(...) **11.2.3.1 Gestión de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado.** (...) Misión: Sustanciar y llevar a cabo las actuaciones necesarias para determinar el presunto cometimiento de abuso del poder de mercado establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado por parte de operadores económicos conforme su competencia legal o cuando los efectos de la conducta sean a nivel nacional. (...) Atribuciones y responsabilidades: (...) b) Sustanciar los procedimientos administrativos de investigación iniciados de oficio, solicitud de otro órgano de la administración pública o por denuncia formulada por personas naturales o jurídicas, con el fin de recabar indicios y elementos de convicción y prueba en el ámbito de abuso del poder de mercado (...)"*

NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Una vez que se han identificado los hechos constantes en el expediente de reposición del cual se desprende el acto administrativo impugnado, así como del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico FIDERAM S.A., se establece que el recurrente centra su argumentación en los siguientes puntos: i) Presuntos errores de hecho y derecho por la no valoración de todas las pruebas aportadas por FIDERAM S.A., en el

expedientillo que sustanció el Recurso de Reposición, así como de las consideraciones expuestas por el propio Superintendente de Control de Poder de Mercado en la Resolución de 16 de marzo de 2017 a las 16h40, emitida dentro del expediente del Recurso de Apelación signado con número SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS. ii) Presuntos errores en la identificación de competencias legales del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación CIAM y presunto error en la identificación de las competencias legales de la SCPM. iii) Presunta afectación al ejercicio del derecho de contradicción de FIDERAM a consecuencia de la falta de notificación del Informe No. SCPM-DNICAPM-007-2018, de 29 de octubre de 2018, emitido por el Dr. Nelson López Jácome, en su calidad de Director Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado acogido en el acto impugnado.

En virtud de lo manifestado esta autoridad considera pertinente atender uno a uno los puntos sometidos a su análisis, de la siguiente manera:

1) Sobre la falta de valoración de todas las pruebas aportadas por el operador económico FIDERAM S.A. referida en el punto i), conforme fue dispuesto por el Superintendente de Control de Poder de Mercado en la Resolución de 16 de marzo de 2017 a las 16h40 en el expediente No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS, que atendió el Recurso de Apelación presentado por FIDERAM S.A., el 02 de diciembre de 2016.

Esta autoridad una vez revisado el expediente de Reposición No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R, ha considerado que la autoridad de investigación no ha generado un análisis adecuado de cada uno de los documentos sometidos a su consideración en dicho recurso donde se impugnó la Resolución de archivo de 05 de agosto de 2016 a las 16h42; sin embargo, los documentos que constaban al momento del pronunciamiento de la máxima autoridad al conocer y resolver el Recurso de Apelación, producto del cual se emitió la Resolución el 16 de marzo de 2017 a las 16h40, son:

1.1 Certificación emitida por el Notario Primero del cantón Quito, el 26 de septiembre de 2016, la cual ha sido analizada en el Informe No. SCPM-DNICAPM-007-2018, cuya parte medular ha sido traducida a la Resolución de 05 de noviembre de 2018 a las 17h10 (acto impugnado) determinando que: *"(...) se ha procedido a revisar el oficio entregado por el señor Notario Dr. Jorge Machado Cevallos, revisión que ha considerado lo que ya analizó en su momento esta Dirección dentro del informe Final de Resultados del expediente No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-042-2015, a fin de que tener una visión en conjunto de toda la información y prueba de lo existente en el expediente principal. Además, es importante manifestar que se ha revisado estrictamente lo concerniente al oficio entregado por el señor Notario, toda vez que no es el momento procesal oportuno para pronunciarse sobre ningún otro punto del expediente principal en mención. Si bien cierto, el oficio del señor Notario manifiesta que no es competente de realizar notificaciones de terminación de contratos, hay que considerar que dicho análisis contractual le corresponde a la autoridad competente, es decir el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano -Británica y de Industrias y Producción (CIAM), quienes*

deben indicar si es o no una notificación anticipada de terminación de contrato. En virtud de lo manifestado, esta Autoridad considera que el oficio del señor Notario, no cambia ni modifica la decisión ya tomada por esta Dirección, toda vez, que la cláusula arbitral contenida en el contrato determina que el CIAM es el órgano competente contractualmente para pronunciarse respecto a que si FIDERAM cumplió o no con lo establecido en el contrato de distribución (...)"; al respecto, esta autoridad coincide con la conclusión emitida en torno al oficio emitido por el Dr. Jorge Machado Cevallos, puesto que, si bien este acto no constituye una terminación anticipada de contrato, la determinación de incumplimiento contractual fue sometido por acuerdo de voluntades a la justicia alternativa de solución de conflictos, específicamente ante el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano -Británica y de Industrias y Producción –CIAM- tal como se puede evidenciar del contrato de Distribución Zonal suscrito entre FIDERAM y INALECSA el 15 de abril de 2013, por lo tanto, la decisión a la cual llegó el órgano competente, no puede ser analizado por esta entidad, ya que es ajeno a sus competencias. En la Resolución de 05 de noviembre de 2018 a las 15h42, se evidencia que la INICAPMAPR en el considerando noveno argumenta: *"(...) El numeral 11.2.3. del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, determina que la misión de esta Intendencia es: "Conocer e investigar el presunto cometimiento de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, conforme su competencia legal, o cuando los efectos de la conducta puedan ser a nivel nacional (...) En consideración a lo anterior, se evidencia que esta Intendencia no tiene facultad para pronunciarse sobre materias fuera de sus competencias"*; enunciación acertada y concordante con lo dispuesto en el artículo 1 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- la que en su parte pertinente expone con claridad: *"(...) evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; (...) 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 (...)"*; bajo los parámetros legales antedichos, y de conformidad con la carta constitucional que reseña en el artículo 226 las competencias de cada entidad del Estado, esta autoridad no está llamada a verificar afectaciones entre particulares, para lo cual existen otras vías idóneas; en esta línea de ideas en el análisis del expediente de investigación y de reposición, no existe evidencia debidamente obtenida de la cual se pueda probar una afectación al mercado o al consumidor (bien protegido), con lo cual se confirmaría que si el caso analizado tiene afectaciones particulares, éstas no podrían ser atendidas por este órgano de control por cuanto no está debidamente facultado para el efecto.

1.2. Copia simple del Análisis del incremento de precios en los productos distribuidos por el operador económico Distribuidora Importadora DIPOR S.A. a partir del 27 de julio del año 2015 hasta el 31 de julio de 2016, (Informe referido por FIDERAM S.A., como de deflactación de precios/ Informe de Auditoria Externa correspondiente al ejercicio fiscal 2015 presentado por INALECSA en la Superintendencia de Compañías) documento que ha sido agregado en copia simple por FIDERAM S.A.,

mediante escrito de 19 de octubre de 2016; en este sentido, es necesario referir lo determinado en el artículo 194 del Código Orgánico General de Procesos –COGEP– que, al instruir la forma en la que deben presentarse a la autoridad los documentos públicos o privados nos dice: *“Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias. Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema”*; del análisis de la documentación es evidente que esta fue incorporada al expediente de Reposición en copia simple, lo cual imposibilitó el análisis al órgano de investigación en su momento y a esta autoridad en la resolución que se provee por cuanto no hace fe como prueba en este proceso, incurriendo en la disposición expresa del numeral 4 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador; adicional a ello, no se observa que este Informe constituya un instrumento público presentado ante la Superintendencia de Compañías tal como ha afirmado el apelante. En virtud de lo expuesto esta autoridad no puede analizar lo contenido en el Informe de incremento de precios en los productos distribuidos por el operador económico Distribuidora Importadora DIPOR a partir del 27 de julio del año 2015 hasta el 31 de julio de 2016.

1.3. Se hace notar que respecto a la copia certificada del laudo arbitral emitido por el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación –CIAM–, este documento fue agregado por el operador económico FIDERAM S.A., el 16 de marzo de 2018, dentro del Recurso de Reposición, es decir, un año después de la Resolución de 16 de marzo de 2017 a las 16h40, consecuentemente, el análisis del documento no le correspondía a la INICAPMAPR; sin embargo, es necesario referir que el laudo arbitral al que se hace referencia, tampoco puede ser sometido al análisis de esta autoridad por encontrarse fuera de la esfera de competencias y atribuciones de las cuales se encuentra investida esta autoridad, en fundamento a lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

2) *Presuntos errores en la identificación de competencias legales del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación CIAM, error en la identificación de las competencias legales de la SCPM*; en este punto, de la revisión del acto impugnado no se evidencia que exista contradicción alguna o una mala interpretación de las competencias de las cuales goza cada entidad así; de conformidad a lo dispuesto en el artículo 213 de la CRE, la SCPM es: *“(...) un organismo técnico de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general (...)”*; el artículo 1 de la LORCPM dispone como objeto el bienestar común dentro del mercado, así como el artículo 3 de la ley que rige la materia impone la determinación de la naturaleza de las conductas investigadas, las cuales deben atender su realidad y efecto económico en el mercado; para este objetivo la ley ibídem desarrolla la facultad investigativa y sancionadora de conductas anticompetitivas. Tratándose de la competencia del CIAM es necesario revisar la Ley de Arbitraje y Mediación, que en su artículo 1 señala; *“(...) El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros*

independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.”; está claro entonces que el arbitraje es una forma de solucionar conflictos inter-pares, cuya decisión o solución será emitida por un árbitro designado de la forma como establece la ley mencionada. En tanto, se puntualiza que las competencias están correctamente definidas en el acto materia de análisis en atención al interés general en el caso de esta institución, como al interés particular en el caso del arbitraje.

3) *Presunta afectación al ejercicio del derecho de contradicción de FIDERAM a consecuencia de la falta de notificación del informe No. SCPM-DNICAPM-007-2018, de 29 de octubre de 2018.* De la constancia procesal se evidencia que tal como ha manifestado el apelante, la INICAPMAPR en la Resolución de 05 de noviembre de 2018 a las 17h10 acogió el Informe SCPM-DNICAPM-007-2018, de 29 de octubre de 2018 emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado –DNICAPM- el cual no fue notificado a las partes; hecho que, de conformidad con el contenido y naturaleza del documento no constituye un acto administrativo, o sea de uno de aquellos que deban notificarse, o constituya una actuación que la norma exija poner en conocimiento de los intervinientes para que la contradigan; el informe es un insumo técnico cuya parte medular se encuentra trasladada al acto administrativo que ahora se refuta y que es el único acto de naturaleza impugnabile de conformidad a lo dispuesto en el artículo 173 de la CRE, en concordancia con el artículo de la LORCPM; así mismo el COGEP en el artículo 65 es claro al enunciar que mediante la notificación se pone en conocimiento de las partes **una orden o una designación emanada por la autoridad competente.** En este sentido no ha existido violación constitucional alguna, pues FIDERAM S.A., mediante el escrito de apelación que se resuelve con el presente acto administrativo está ejerciendo su derecho de impugnación y derecho a la defensa.

DÉCIMO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES. En consideración a lo expresado por esta autoridad es menester señalar que, la LORCPM en su artículo 10 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 (...) 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 (...)*” (resaltado fuera del texto original); mediante Resolución de 16 de marzo de 2017 a las 10h40, el Ing. Christian Ruiz Hinojosa, en calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, Encargado, a esa fecha, analizó el contrato de distribución zonal suscrito por las partes el 15 de abril de 2013: “(...) *Clausula sexta; “ESTRUCTURA PARA LA DISTRIBUCIÓN.- FIDERAM se obliga a mantener, para garantizar la óptima ejecución de la distribución, durante todo el tiempo de vigencia del presente contrato, transporte, manejo administrativo, sistemas de comunicaciones y personal de planta suficiente y necesario para el control y manejo óptimo de EL PRODUCTO en el TERRITORIO, para lo cual contará con una red de distribución suficiente que le permita cubrir y abastecer el número potencial de clientes (...) cláusula décimo sexta, (...) Además de las indicadas en otras*

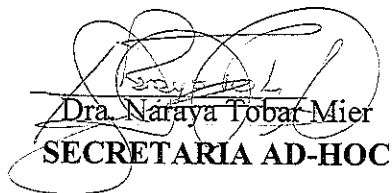
cláusulas de este Contrato en cualquier momento, las siguientes: b) La violación de las obligaciones esenciales contraídas con ocasión de este Contrato (...) Producida cualquiera de las causales estipuladas en los literales que anteceden, INALECSA podrá dar por terminado, automáticamente, el presente Contrato de forma anticipada y en cualquier momento sin necesidad de iniciar acciones legales o de requerir decisión judicial alguna o enviar notificación previa, (...) f) Cláusula vigésima: “RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- Toda controversia que surja en conexión con la existencia, validez, eficacia, interpretación, ejecución o cumplimiento de este Contrato, así como cualquier reclamación extracontractual que guarde alguna relación con este Contrato, será resuelta mediante el procedimiento de arbitraje ante el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano-Británica y de Industrias y Producción, para lo cual las Partes renuncian a su domicilio y fuero (...)” En este contexto el artículo 10 de la LORCPM impone que previo a la ruptura de la relación comercial debe existir un pre-aviso escrito con una antelación de 30 días, pero plantea una excepción a esta regla, el incumplimiento grave por una de las partes con las obligaciones adquiridas, lo cual libera de la responsabilidad a la otra, de generar un documento que contenga la terminación anticipada de la relación comercial materializada en este caso en el contrato ya enunciado; tal como se ha analizado, dichos incumplimientos graves fueron acordados por los operadores económicos FIDERAM e INALECSA, por lo que, en caso de conflicto las partes convinieron en optar por la justicia alternativa de solución de conflictos; consecuencia de lo cual, y como ya he dejado referido, esta autoridad no puede analizar esta situación jurídica por encontrarse fuera de sus competencias; tanto más, cuando se observa que el requerimiento notarial generado por el denunciado hacia el accionante de este recurso, hace referencia a los incumplimientos, mismos que no han sido contradichos por FIDERAM S.A. En el caso analizado, el actuar de INALECSA se encuadra con la excepción planteada en el artículo 10 de la ley que rige la materia, esto en virtud de que la LORCPM o la normativa aplicable en derecho de competencia no contiene parámetros de determinación respecto a incumplimientos graves, los cuales en el este caso fueron pactados por las partes; más aún cuando, no se ha demostrado una afectación al mercado o a un eslabón de la cadena productiva, y que no es facultad de la SCPM la individualización del daño particular.

DECIMO PRIMERO.- Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes 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: PRIMERO.-** NEGAR el Recurso de Apelación planteado por el señor Mario Oswaldo Miño Robalino, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico FIDERAM S.A., con fundamento a las consideraciones legales expuestas, en consecuencia, ratificar la resolución de 05 de noviembre de 2018 a las 16h42, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas. **SEGUNDO.-** Remítase la presente Resolución a la Intendencia General Técnica para la supervisión

correspondiente. **TERCERO.-** Notifíquese a las partes procesales, al órgano de investigación y a la Intendencia General Técnica. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



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



Dra. Naraya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC

