

-159-
cuanto
cuanto
y
neces

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICAPMAPR
- **Expediente INICAPMAPR:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-002-2019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-008-2019
- **Denunciante:** Jaime Rodrigo Vergara Jaramillo -Finca Campo Alegre-
- **Denunciados:** Ecuajugos S.A.
- **Apelante:** Jaime Rodrigo Vergara Jaramillo - Finca Campo Alegre-

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 21 de junio de 2019, a las 17h15 **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, en conocimiento del expediente signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-002-2019, y en uso de mis facultades legales, considero:

PRIMERO.- a) Agréguese al expediente: **i)** Acta de entrega de copias simples de 18 de junio de 2019, suscrita por el señor Michael Wollmann Holguín, en calidad de persona autorizada del operador económico ECUAJUGOS S.A., y la secretaria ad-hoc; y el escrito de autorización al referido ciudadano otorgado por Ana Samudio Granados, abogada autorizada del operador económico, ingresados en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 18 de junio de 2019 a las 15h30, signado con el número de trámite ID 135232; **ii)** El escrito y el anexo suscrito por los señores Santiago José Vergara Almeida, Alejandro Ponce Martínez y Marcelo Santamaría Martínez, en calidad de apoderado del propietario y abogados patrocinadores del operador económico FINCA CAMPO ALEGRE, ingresados en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 20 de junio de 2019 a las 10h01, signado con el número de trámite ID 135375. En atención al escrito que se agrega, téngase en cuenta en la resolución, en lo que fuere pertinente conforme el recurso de apelación, y las alegaciones esgrimidas por el operador económico; **iii)** El escrito suscrito por Ana Samudio Granados, en calidad de abogada autorizada del operador económico ECUAJUGOS S.A., ingresados en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 21 de junio de 2019 a las 16h39, signado con el número de ID 135575. En atención al escrito que se agrega, téngase en cuenta en la resolución, en lo que fuere pertinente.-

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 doctor Jaime Rodrigo Vergara Jaramillo, en calidad de propietario de FINCA CAMPO ALEGRE, mediante escrito de 16 de abril de 2019 a las 11h21, ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 130130, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 10 de abril de 2019 a las 13h00, notificada el 11 de abril del mismo año, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (INICAPMAPR). El recurrente ha cumplido así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), en cuyo 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 FINCA CAMPO ALEGRE, es la Resolución de Archivo de 10 de abril de 2019 a las 13h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas respecto de la denuncia presentada por el recurrente en contra del operador económico ECUAJUGOS S.A., la que resolvió: **“PRIMERO:** *Acoger en su totalidad el Informe de Valoración de Explicaciones No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-006-2019 (sic) de fecha de 10 de abril de 2019, elaborado por el Abg. Camilo Sánchez, Analista Jurídico y la Econ. Michelle Jiménez, Analista Económica; y revisado y aprobado por el Ing. Guido Tandazo, Director Nacional de Investigación y Control del Poder de Mercado (s).-* **SEGUNDO:** *ARCHIVAR el expediente administrativo signado con el número No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-EXP-0002-2019, alk (sic) no encontrarse mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento. (...)* **CUARTO:** *Remítase atento memorando a la Intendencia Nacional Jurídica, conjuntamente con la denuncia, la aclaración a la denuncia presentada por FINCA CAMPO ALEGRE, el escrito de explicaciones presentado por ECUAJUGOS S.A., y el presente Informe de Valoración de Explicaciones No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPR-006-2019, a fin de que en lo referente a la solicitud del operador económico denunciado, a calificar la denuncia como maliciosa y temeraria, analice la factibilidad de remitir dichas actuaciones a la Fiscalía General del Estado, para que en el marco de sus atribuciones, determine lo que en derecho corresponda. (...)*”

SEXTO.- SOBRE LA PRETENSIÓN DEL RECURRENTE.- El doctor Jaime Rodrigo Vergara, en calidad de propietario de FINCA CAMPO ALEGRE, a través de su escrito de apelación solicita a esta Autoridad: “(...) *que atendiendo a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos (...) se digne revocar el acto administrativo que contiene la **RESOLUCIÓN DE ARCHIVO**, dictada en la providencia resolutoria de la señora **INTENDENTE DE INVESTIGACIÓN DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS (E)**, Econ. María Alejandra Egüez, (...)*”

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- a) De la revisión del expediente administrativo signado con el No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-002-2019, se evidencian las siguientes constancias procesales relevantes: **i)** Denuncia presentada por el doctor Jaime Rodrigo Vergara Jaramillo, en calidad de propietario de FINCA CAMPO ALEGRE en contra del operador económico ECUAJUGOS S.A. ingresada en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 25 de febrero de 2019 a las 15h06 y signada con el número de trámite ID 125978; **ii)** Providencia de 28 de febrero de 2019 a las 15h30, por medio de la cual la INICAPMAPR dispone al denunciante que aclare y complete la denuncia; **iii)** Escrito de aclaración y complementación de la denuncia presentada por el doctor Jaime Rodrigo Vergara, en calidad de propietario del operador económico FINCA CAMPO ALEGRE ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 01 de marzo de 2019 a las 14h54, con número de trámite ID 126450; **iv)** Providencia de 07 de marzo de 2019 a las 14h30, mediante la cual la INICAPMAPR calificó la denuncia presentada y dispuso correr traslado con la misma al operador económico ECUAJUGOS S.A. a fin de que en el término de quince (15) días presente sus explicaciones; **v)** Escrito de explicaciones del operador económico ECUAJUGOS S.A., ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 27 de marzo de 2019 a las 16h57, signado con el número de trámite ID 128895; **vi)** Informe de Valoración de Explicaciones No. SCPM-IGT-INICAPMPAR-DNICAPM-006-2019 de 10 de abril de 2019 emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado (DNICAPM); **vii)** Resolución de 10 de abril de 2019 a las 13h00, mediante la cual la INICAPMAPR dispone el archivo del expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-002-2019; **viii)** Providencia de 17 de abril de 2019, a las 10h00, emitida por la INICAPMAPR, con la cual se agrega al expediente y despachan los documentos presentados por el operador económico FINCA CAMPO ALEGRE; **b)** Del expediente administrativo signado con el No. SCPM-DS-INJ-RA-008-2019, se observan las siguientes constancias procesales relevantes: **i)** Escrito que contiene el Recurso de Apelación presentado por el operador económico FINCA CAMPO ALEGRE ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 16 de abril de 2019 a las 11h21, signado con el número de trámite ID 130130; **ii)** Providencia de 24 de abril de 2019 a las 17h10, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado, avocó conocimiento del presente expediente de apelación, admitió a trámite

el recurso y dispuso correr traslado a las partes con el escrito que contiene el recurso de apelación a fin de que se pronuncien en el término de tres (3) días; **iii)** Escrito de alegaciones presentado por el operador económico ECUAJUGOS S.A., ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia el 30 de abril de 2019 a las 12h05 signado con número de trámite 131404; **iv)** Acta de Audiencia Pública de 12 de junio de 2019 a las 10h00, llevada a cabo en la SCPM.

OCTAVO.- 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: (...) 1) 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 (...)*”; La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece; “**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. 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 (...)*”.

NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Por medio del Recurso de Apelación interpuesto, el operador económico pretende que esta Autoridad revoque la Resolución de 10 de abril de 2019 a las 13h00, bajo las siguientes argumentaciones:

- 161 -
Cuentos
secreto
y sus

a) Que se han presentado “(...) irregularidades denotadas en dicha “providencia resolutive”, su contenido, actuaciones previas y procedimiento para llegar hasta su emisión (...)”, ya que cuestiona la capacidad de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas para haber leído en el transcurso de pocas horas todos los elementos, las argumentaciones, el informe y la normativa aplicable, y haber concebido una resolución con la valoración y análisis de dichos elementos; al respecto, conforme la revisión de la verdad procesal del expediente investigativo se verifica que el procedimiento investigativo tuvo su inicio por denuncia, razón por la cual la Intendencia, en observancia del procedimiento establecido en la LORCPM, su Reglamento de aplicación y el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, realizó el trámite legal previamente establecido para la sustanciación de dicha investigación; es así que, mediante providencia de 07 de marzo de 2019 a las 14h30, la economista María Alejandra Egüez Vásquez, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control del Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (encargada), AVOCÓ conocimiento del expediente y desde esa fecha realizó la sustanciación de la investigación administrativa, es decir que conforme las atribuciones de su calidad, conjuntamente con el equipo técnico económico-jurídico de la Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, dispuso la práctica de las diligencias investigativas correspondientes dentro del expediente; bajo esta línea es importante aclarar que el proceso de análisis y la formación de la voluntad administrativa de las autoridades de la SCPM es un ejercicio constante y permanente desde el momento en que se previene el conocimiento de todos los trámites, es en este sentido que la apreciación del operador económico FINCA CAMPO ALEGRE, de que la Intendente únicamente contó con escasas “tres horas doce minutos” para emitir su pronunciamiento, no guarda relación con las actividades, responsabilidades y funciones propias de los organismos de la SCPM, pues conforme se ha evidenciado el conocimiento del expediente investigativo y análisis de la Intendente inició desde el 07 de marzo de 2019; adicionalmente, es importante resaltar que las Intendencias Nacionales de la SCPM conforme lo establecido en el artículo 49 de la LORCPM y 58 del Reglamento para la aplicación de la Ley, ejercen facultades de investigación y sustanciación dentro de los procedimientos administrativos, y en el caso concreto, acorde lo establecido en el artículo 11 numeral 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la SCPM, le corresponde a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas: “b) **Definir las líneas de investigación a fin de recabar indicios o hechos razonables de la presunta existencia de abuso del poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento y legislación conexas;** c) **Dirigir las actuaciones en 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, acuerdos y prácticas restrictivas;**” (las negrillas no son propias del texto), en este

contexto la INICAPMAPR ejerció su facultad de investigación y sustanciación en la presente investigación desde el 07 de marzo de 2019, fecha en la que previno en conocimiento de la causa.

b) Que la Intendencia no habría determinado debidamente el mercado relevante; al respecto, el recurrente en su intervención en la Audiencia Pública y en su escrito de alegaciones, ha manifestado su inconformidad respecto de varios aspectos sobre la delimitación del mercado relevante dentro de la investigación, en este sentido es importante indicar que, conforme lo establece la LORCPM, en su artículo 5, para la determinación del mercado relevante se debe considerar: “(...), *al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.*”, sobre este mandato legal, Núñez (2018) manifiesta que la definición de mercado relevante “(...) *delinea el ámbito económico en el que deben juzgarse los posibles efectos anticompetitivos, se trate de una fusión, una práctica monopólica relativa, una declaratoria sobre condiciones de competencia o poder sustancial o un procedimiento especial, aplicable al análisis de las barreras a la competencia (...)*”¹. De este modo es sustancial delimitar el mercado materia de análisis, cuyo estudio deberá sopesar las presiones competitivas existentes entre los actores económicos del sector objeto de investigación. En relación con lo anterior, el mismo artículo 5 define los principales aspectos a estudiar dentro del mercado relevante, siendo estos los siguientes: “(...) *El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.*”, asimismo, la Resolución No. 11², de la Junta de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece los Métodos de Determinación de Mercados Relevantes; documento que instituye una serie de criterios y metodologías que al menos se deben emplear, en la definición de mercados relevantes. De lo expuesto se considera importante destacar que, el establecimiento del mercado relevante tiene su importancia en el hecho que permite delimitar el producto, el lugar y el tiempo sobre los cuales se analizará la existencia de la conducta, ya que el mercado temporal no se constituye en la conducta, sino es el medio para la determinación de la existencia o no de una práctica anticompetitiva que desequilibre el mercado; una vez indicado este particular a fin de analizar las observaciones

¹ Núñez, J. (12 de junio de 2018). *Importancia de la correcta determinación del mercado relevante*. El Economista. Recuperado de: <https://www.economista.com.mx/opinion/Importancia-de-la-correcta-determinacion-del-mercado-relevante-20180612-0037.html>. Consultado: [10-05-2019].

² *Resolución No. 11*, de fecha 23 de septiembre de 2016 de la Junta de Regulación y Control del Poder de Mercado.

-162-
ciento
sesenta
y dos

realizadas por el recurrente, es necesario ceñirse a la revisión de las piezas procesales constantes en el expediente administrativo con las que contó la Intendencia para el análisis y emisión del acto administrativo impugnado: **i) sobre el mercado temporal.-** El apelante considera que el establecimiento del mercado temporal realizado por la INICAPMAPR es errado ya que se establece como inicio el 13 de julio de 2016, sin considerar la relación comercial que mantenía con el operador económico ECUAJUGOS S.A. desde hace 35 años; al respecto, esta Autoridad considera que para poder determinar dentro de una economía social de mercado una relación de dependencia en razón del tiempo, es necesario verificar no solamente el periodo temporal de la duración de la relación comercial, sino el periodo de tiempo dentro del cual se desprende la presunta práctica lesiva al equilibrio del mercado; de este modo se identifican los siguientes presupuestos: 1.- De conformidad con el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-006-2019 de 10 de abril de 2019, que fue acogido en su totalidad en la Resolución de 10 de abril de 2019, a las 13h00 por la INICAPMAPR, el mercado relevante que preliminarmente fue definido por la DNIACPM consiste en “(...) *las operaciones de aprovisionamiento de leche cruda para la industria de elaboración y comercialización de productos lácteos, desde el año 2016 hasta el año 2019, a nivel nacional.*”; y, una vez verificado que el contrato se suscribió el 13 de julio de 2016 entre FINCA CAMPO ALEGRE y ECUAJUGOS S.A., la Intendencia concluyó que el mercado temporal corresponde al período comprendido desde la fecha de suscripción del contrato hasta la fecha de terminación del mismo, es decir desde 13 de julio de 2016 hasta el mes de febrero de 2019, tiempo establecido para el análisis de los hechos fácticos denunciados versus la naturaleza de las presuntas conductas anticompetitivas. En función de ello, se determina que dentro del análisis que realizó la Intendencia, no podría haber tomado como mercado temporal la relación contractual de 35 años, ya que de los propios dichos de la denuncia y su complementación indica que la presunta práctica anticompetitiva, se desprende de la relación contractual del año 2016 a raíz de la suscripción del “*contrato de adhesión*”; 2.- El operador económico recurrente, en su denuncia, complementación, recurso de apelación y las argumentaciones dentro del mismo, considera que el mero hecho de mantener una relación comercial de larga duración ha generado una situación de dependencia económica respecto de su comprador; ahora, es necesario aclarar que el hecho de haber mantenido una relación comercial de más 35 años, como lo menciona el recurrente, no necesariamente activa prima facie una relación de dependencia económica, ya que para la existencia de la misma se precisa la concurrencia de presupuestos legales esenciales como la ausencia de otras alternativas equivalentes suficientes y razonables en el mercado; adicionalmente, la figura de “contratos” tiene su esencia en la voluntad de las partes de convenir de manera voluntaria, es decir existe libertad de elección contractual, en la que, las partes estipulan o voluntariamente se someten al contenido; el Libro Verde de la Comisión Europea, al referirse a la libertad contractual expresa: “(...) *es la piedra angular de toda relación entre empresas en la economía de mercado y las partes han de poder diseñar el contrato que mejor se adapte a sus necesidades (...) Para obtener beneficios mutuos de esta libertad contractual, las partes deben hallarse en condiciones de negociar realmente las*

*cláusulas del contrato. No obstante, en ciertos casos en los que una de las partes contratantes se encuentra en una posición de mayor fuerza para negociar, puede unilateralmente imponer condiciones a la contraparte que se halla en una situación más débil, configurando así en exceso la relación comercial de tal forma que favorezca exclusivamente sus propios intereses económicos. En particular, la parte contratante podrá utilizar condiciones notablemente desequilibradas y, debido a su posición de fuerza, no las negociará por separado. En tales situaciones, la parte más débil puede no estar en condiciones de rechazar esas exigencias desfavorables impuestas unilateralmente, por miedo a no celebrar el contrato o, incluso, a ser expulsada del mercado. Esta desigualdad en las posiciones de negociación puede deberse a diversos factores, por ejemplo, una diferencia significativa en las dimensiones o el volumen de negocios relativos de las partes, la existencia de una dependencia económica o costes irrecuperables significativos ya soportados por una de las partes (por ejemplo, cuantiosas inversiones iniciales) (...)*³. Sin perjuicio de los criterios ya expuestos, es necesario referirse a la conducta denunciada por el recurrente, determinada en el artículo 10 de la LORCPM, para poder identificar si los presupuestos de la presunta práctica anticompetitiva podrían adecuarse o encasillarse a la tipología de la infracción. Así, la norma establece: “*Se prohíbe la explotación, por uno o varios operadores económicos, de la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus clientes o proveedores, que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares*”; así, el artículo citado, determina cuatro numerales que especifican diversos presupuestos en los cuales se pueden constituir las conductas como tal, sin embargo del texto de la denuncia no se especifica o identifica de manera expresa, cuál de los cuatro numerales habría presuntamente incurrido el operador económico ECUAJUGOS; en cierta medida, se puede deducir del contenido de la denuncia, que podría tratarse de lo establecido en el numeral 1 del referido artículo que dice: “*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*”; en este sentido, el operador económico FINCA CAMPO ALEGRE sostiene que al haber mantenido relaciones comerciales con el operador económico ECUAJUGOS S.A. por más de 35 años, lo convierte tácitamente en una relación de dependencia económica, pero, para que se constituya como tal, es necesario verificar que la conducta se enmarque en los presupuestos del tipo de una infracción, es decir, para que exista conducta anticompetitiva de dependencia económica debe coexistir explotación de esa dependencia y además que los clientes o proveedores no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad; adicionalmente, en la conducta del numeral 1, para que se configure en infracción, no

³ Comisión Europea, *Libro Verde*, “Sobre Las Prácticas Comerciales Desleales en la Cadena de Suministro Alimentario y no Alimentario entre Empresas en Europa. Bruselas, 31.1.2013, COM (2013) 37 final. Pág. 6

-163-
cuenta
resuelto
y los

debe haberse realizado notificación escrita y precisa con por lo menos 30 días de anticipación a la ruptura de las relaciones comerciales. Situación que tampoco se observa en el presente caso. Al mismo tiempo, se debe tomar en cuenta el ejercicio de los derechos de libertad, considerando para el efecto que es completamente lícito que una empresa cambie de proveedores de insumos, realice o concluya contratos de compra-venta, sin que dichos actos puedan considerarse, en principio, como una infracción a las normas contenidas en la ley, sostener lo contrario, sería obligar a las empresas a mantener relaciones comerciales perpetuas, estáticas e ineficientes, con el consiguiente perjuicio para el normal desenvolvimiento de las actividades económicas; así en el presente caso, se puede observar que el denunciado presentó ante su proveedor un documento formal fundamentándose en la cláusula séptima del contrato suscrito por las partes, en la que se indica la posibilidad de terminar de manera anticipada la relación contractual, debiendo notificar a la otra parte de dicho particular con al menos treinta días plazo de anticipación, situación jurídica que no contraviene el numeral 1 del artículo 10 de la LORCPM, lo cual fue comprobado por la Intendencia, órgano que dentro de sus facultades analizó y verificó si dicha terminación contractual infringía la LORCPM, concluyendo textualmente: “(...) *no afecta negativamente el bienestar general (...) y no pone a la Denunciante en una situación de desventaja frente a otros (...)*. Del mismo modo, no existe cláusula de exclusividad, amenaza, u otro elemento que haya ocasionado que el operador económico ECUAJUGOS S.A. genere dependencia de su proveedor, lo cual, de conformidad con el criterio de la DNICAPM, en su Informe de Valoración de Explicaciones, se traduciría en el hecho que el denunciante, una vez concluida su relación comercial “*contaba con un nuevo comprador, corroborando la hipótesis de que existirían alternativas equivalentes “razonables” en el mercado*”, resaltando en el mismo informe que FINCA CAMPO ALEGRE, habría encontrado un comprador que recepte sus productos, sin perjuicio del tiempo de existencia de la relación comercial de más de 35 años. Aspecto que es corroborado por el señor Santiago José Vergara Almeida, persona delegada y autorizada por el señor Santiago José Vergara dentro del presente expediente administrativo, quien en la Audiencia Pública de 12 de junio de 2019 a las 10h00 manifestó de manera expresa lo siguiente “(...) *Ante el evento inminente de que después de 35 años ustedes me dejen de retirar la leche me tuve que mover con rapidez ¡no cierto!, y ventajosamente encontré a alguien que me la está pulverizando a mejor precio y con 18 meses de vida útil (...)*”. Con estas evidencias se descarta que el operador económico FINCA CAMPO ALEGRE se haya encontrado inmerso en una situación de dependencia económica respecto de ECUAJUGOS S.A.; **ii) sobre el mercado geográfico.-** El apelante manifestó en su intervención en la audiencia pública que el mercado geográfico debió haber sido fijado a nivel provincial y no nacional; al respecto, de la revisión de los elementos constantes en el expediente de investigación de evidencia que en la denuncia el operador económico indicó: que los efectos de la presente práctica anticompetitiva “(...) *afecta negativamente al bienestar general, (...)*”, y que “(...) *dispendio de leche atentará contra la pobreza y el buen vivir en nuestro país.*”; así también se verifica que, el Informe de la DNICAPM analiza los elementos propios de la denuncia así como la información contenida en los anexos de

la misma, lo cual llevó a la Intendencia a determinar el mercado geográfico a nivel nacional; situación que debe ser analizada en relación a los elementos de las infracciones denunciadas, pues si bien es cierto la delimitación de un mercado geográfico más concreto y reducido varía las condiciones y cuotas de participación de los operadores económicos, no es menos cierto que la mera ostentación del poder de mercado por sí sola no constituye una infracción; en este contexto se debe indicar que, en términos económicos, el poder de mercado puede definirse como: “*la capacidad de una empresa para aumentar los precios por encima de su costo marginal.*” (pág. 153)⁴. Debido a razones más prácticas que económicas, en el ámbito legal se han adoptado definiciones que han servido de base para definir la existencia de una “posición dominante”. Tal vez la más relevante para nuestra legislación, es aquella elaborada en la Sentencia de 14 de febrero de 1978, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE): “*Situación de poder económico que ostenta una empresa que le da la facultad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos, en medida apreciable, independientes respecto de sus competidores, sus clientes y, en definitiva, los consumidores*”⁵, esta definición, no solamente ha servido como base para encontrar una “posición dominante” en el Régimen de Derecho de Competencia de la Unión Europea, sino que también ha influido en la redacción de la normativa nacional. Así la LORCPM en su artículo pertinente señala: “*(...) la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.*”, la jurisprudencia de la Unión Europea ha complementado la definición antes citada, en fallos posteriores, aclarando que no es necesario que se haya eliminado completamente la competencia para encontrar un operador con “posición dominante”: “*(...) que dicha posición, a diferencia de lo que sucede en una situación de monopolio o de cuasimonopolio, no excluye la posibilidad de que exista cierta competencia, pero coloca a la empresa que la disfruta en situación, si no de decidir, por lo menos de influir notablemente en las condiciones en que se desarrollará esa competencia y, en todo caso, de actuar en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante, esa actitud le perjudique; (...)*”⁶. A fin de determinar la existencia de poder de mercado, el artículo 8 prescribe los criterios de determinación del poder de mercado de un operador económico en un mercado relevante. Poder de mercado que si bien, se constituye en uno de los elementos primordiales para el establecimiento de la conducta anticompetitiva, por sí solo no produce afectación alguna, ya que a más de ostentar el

⁴ Motta, M. (2018). *Política de Competencia. Teoría y Práctica*. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición en español.

⁵ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (1978). *Sentencia del TJCE, de 14 de febrero de 1978, asunto 26/76*. Pp. 207. Traducción extraída de *Tratado de Derecho de la Competencia*, J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, vol. 1, capítulo 8 (8.39).

⁶ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (1979) Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, párrafo 39.

- 164 -
acabo
resunto
y acaba

poder de mercado el operador económico debe realizar actos de abuso del mismo “(...) por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general”. (el subrayado no es original del texto) acorde lo establecido en el artículo 9 de la LORCPM, y que finalmente dichas actuaciones se las materialice a través de alguna de 23 conductas que constituyen un abuso de poder de mercado. Es decir que para que exista una práctica anticompetitiva de abuso de poder de mercado, se requiere que el operador económico ostente poder de mercado y realice abuso de ese poder a través de una de las conductas descritas en la ley, y que sus objetos o efectos alteren el normal desenvolvimiento del mercado, situaciones que en el presente caso no se evidencian ya que del texto de la denuncia, su complementación, e incluso su recurso y alegaciones en el recurso, se observa que el presente es un conflicto “inter partes”, pues la afectación es individual y personal para el denunciante más no indica o se verifica la afectación al interés general que es el objeto del derecho de competencia conforme lo previsto en el artículo 1 de la LORCPM, ya que a la SCPM como organismo técnico de control no le compete la reparación integral particular sino el restablecimiento del equilibrio del mercado; **iii) sobre el mercado de producto.-** El recurrente en sus alegaciones (informe en derecho) sostiene que la Intendencia confunde dos mercados distintos excluyentes en cuanto se refiere a la leche cruda, ya que “(...) El mercado de la leche cruda no es único, por el contrario existen dos mercados, (...) El primer mercado, que acopia leche cruda como materia prima, (...) el segundo mercado, el de productos sólidos de leche cruda, (...)”; al respecto, en la misma línea de análisis de los puntos anteriores, se debe verificar la verdad procesal y los elementos con los que contó la INICAPMAPR para emitir este criterio, en este contexto el literal f) del artículo 54 de la LORCPM establece que la denuncia debe contener “Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados”; situación que efectivamente es cumplida por el denunciante, quien en su denuncia (en el numeral 6.1 y el resto del texto del escrito) y su complementación (en la página 8) refiere de manera expresa que “El bien objeto de la conducta denunciada es la leche cruda (...)”; en tal sentido, la determinación del mercado del producto realizada por la Intendencia obedece al producto indicado por el propio operador económico en su denuncia y complementación.

c) Que la Intendencia “(...) da por cierto el argumento de Ecuajugos S.A., de que la terminación de la relación se dio porque Jaime Vergara no habría cumplido en su finca con observaciones hechas por Ecuajugos S.A., (...) cuando existe una carta de terminación contractual (...) que dice expresamente que la misma obedece a que la “empresa está ajustando sus planes comerciales”; al respecto se debe indicar que conforme lo establecido en los artículo 1 y 38 de la LORCPM, no es competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ni de sus órganos investigativos el análisis de las cláusulas de terminación de las relaciones comerciales; así pues, se clarifica al recurrente que la posibilidad de terminar anticipadamente la relación comercial estaba contemplada en la cláusula séptima del contrato suscrito entre las

partes, sin que sea determinante el incumplimiento de las observaciones hechas por el operador económico ECUAJUGOS S.A., o porque la empresa estaba ajustando sus planes comerciales. Como se indicó en líneas anteriores las prácticas anticompetitivas tienen parámetros de valoración y comprobación, y en el presente caso, no se configuraron como infracciones a la ley;

d) Que la Intendencia “(...) no analiza la conducta de Ecuajugos S.A. en el contexto de que ésta forma parte de la gigante multinacional Nestlé (...)”; al respecto la pretensión de que la Intendencia analice la relación entre los operadores económicos ECUAJUGOS S.A. y NESTLÉ ECUADOR S.A., no guarda relación con las conductas denunciadas, pues al margen del poder de mercado que pueda tener una empresa multinacional como Nestlé, la denuncia por una supuesta práctica anticompetitiva de dependencia económica recayó sobre el operador económico ECUAJUGOS S.A. y es a éste operador que se lo investigó como una empresa independiente respecto al objeto social y actividad que realiza, y sobre ello si infringía la ley, más no, como parte de un grupo económico, pues la naturaleza de la conducta que se investigó no dio lugar para que se pueda incluir a NESTLÉ ECUADOR S.A., con elementos razonables que indiquen que el operador económico en referencia actuó a través de ECUAJUGOS S.A. y éste haya propuesto condiciones comerciales desiguales, o implementado prácticas exclusorias o explotativas; o a su vez, que se haya obtenido elementos que relacionen a Finca Campo Alegre con Nestlé Ecuador S.A., como para poder considerar o analizar lo señalado por el recurrente.

e) Adicionalmente, el recurrente manifiesta, que la Intendencia no actuó con la “acuciosidad” para el despacho y análisis de los escritos, presentados en la SCPM el 10 de abril de 2019 a las 14h34 con número de trámite ID 129763, y a las 14h39 con número de trámite ID 129764; al respecto es importante indicar que: **i)** De la revisión de la verdad procesal del expediente se desprende que la Resolución de fecha 10 de abril de 2019 tiene como hora de expedición 13h00, y los escritos son posteriores a la emisión de dicha hora, razón por la cual resulta por demás ilógica la observación realizada por el operador económico; **ii)** Ahora bien: 1.- Respecto del escrito signado con el ID 129763 mediante el cual el operador económico FINCA CAMPO ALEGRE solicitó la adopción de medidas preventivas, se debe indicar que, el artículo 62 de la LORCPM establece que: **“El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas”** (el resaltado me pertenece); es decir, que la solicitud para la adopción de Medidas Preventivas, deben ser dirigidas directamente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI-, la Intendencia no puede fungir como intermediaria entre el operador económico interesado y el órgano de sustanciación, en el cual recae la competencia para tramitar dicha solicitud, situación que fue debidamente advertida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado (INICAPMAPR) en ocasiones anteriores y finalmente en providencia de 17 de abril de 2019 a las 10h00,

en la cual manifestó: *“por tercera ocasión (...) el denunciante deberá presentar la solicitud de Medidas Preventivas a la Comisión de Resolución de Primera Instancia –CRPI- de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para que sea esta la que conceda o rechace dicha petición (...). Por lo tanto, se concluye que la INICAPMAPR atendió de manera correcta y por tres ocasiones la solicitud del recurrente, la cual no estaba dirigida a la autoridad competente; 2.- Respecto del escrito signado con el ID 129764, mediante el cual el operador económico remitió “(...) información pública con indicios razonables de la conmoción a nivel de algunos de los ganaderos.”, la misma conforme el estado del expediente fue agregada al cuaderno procesal mediante providencia de 17 de abril de 2019 a las 10h00 y se la calificó con carácter confidencial, por otro lado es importante recordar que acorde lo establecido en el literal g) artículo 54 de la LORCPM, es responsabilidad del denunciante acompañar a su denuncia la prueba que “razonablemente tenga al alcance”, pero, estos no fueron presentados en conjunto con la denuncia, sino al finalizar la etapa de investigación. Sin perjuicio de aquello, de la revisión que esta Autoridad ha realizado de los elementos presentados por el operador económico denunciante, se desprende que se trata de copias simples de conversaciones a través de lo que parece ser redes sociales, mismos que no pueden constituirse en elementos probatorios por carecer de los requisitos y solemnidades esenciales establecidos en el artículo 194 y demás pertinentes del Código Orgánico General de Procesos.*

f) Que el Informe de Valoración de Explicaciones No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-006-2019, de 10 de abril de 2019 “(...) no fue puesto en conocimiento de las partes previamente a ser utilizado como base de una resolución (...) violentando el principio constitucional de contradicción, con la consecuente indefensión”; al respecto cabe resaltar, que el procedimiento de sustanciación de investigación que se realiza en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se encuentra contemplado en el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, norma que, en su artículo 8, establece: *“(...) a) (...) En el término de tres (3) días se correrá traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas por Secretaria General o ante quien haga sus veces en las Intendencias Zonales las que remitirán a la Intendencia respectiva en el término de veinte y cuatro (24) horas. El Intendente en diez (10) días hábiles de recibido el documento deberá pronunciarse mediante providencia por el inicio de la fase tres (3) denominada de investigación o por el archivo de la denuncia, terminando así con la fase de investigación preliminar.”* (Negrillas me pertenece), en tal sentido, la Intendente actuó en observancia del artículo citado, y conforme los principios de seguridad jurídica y legalidad establecidos en los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República, por lo que la aseveración del operador económico de no tener oportunidad para realizar la contradicción del referido informe, carece de fundamento, pues la norma no lo prevé como el momento procesal oportuno; así mismo, es importante destacar que el operador económico FINCA CAMPO ALEGRE en ejercicio de su derecho de impugnación, ha refutado las consideraciones y

conclusiones de la Resolución de 10 de abril de 2019 a las 13h00, la cual encuentra su fundamento a través del Informe de Valoración de Explicaciones No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-006-2019, de 10 de abril de 2019.

g) Finalmente, sobre el considerando CUARTO de la parte resolutive del acto administrativo impugnado, el operador económico FINCA CAMPO ALEGRE sostiene que se trata de una actuación “injustificada, arbitraria, abusiva e ilegal”; empero, de la verificación del expediente de investigación se observa que el abogado Patricio Galárraga Torres, en calidad de Intendente Nacional Jurídico Subrogante, mediante memorando SCPM-DS-INJ-2019-151-M de 15 de abril de 2019, atendió el requerimiento de la INICAPMAPR, manifestando que: *“(...) si bien el artículo 64 de la LORCPM, establece: “Denuncias maliciosas o temerarias.- De haberse ordenado el archivo de la denuncia y existiere mérito para ello, el denunciado tendrá el derecho de demandar en la vía judicial el resarcimiento de los daños y perjuicios que le hubieren sido ocasionas.”, la INICAPMPAR y la DNICPM, han considerado que, conforme el pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, contenido en el oficio No. 20050 de 19 de diciembre de 2013, “(...) no cabe que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, califique de maliciosa o temeraria una denuncia de carácter administrativo relacionada con los operadores económicos sujetos a su control.”, pronunciamiento que conforme lo previsto en el literal e) del artículo 3 y artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, tiene carácter de vinculante para la SCPM. En virtud de lo expuesto, y al amparo del artículo 226 de la Norma Constitucional, este organismo técnico de control no es competente para atender el pedido formulado por el operador económico sobre la calificación de la denuncia como maliciosa o temeraria”;* de igual manera, respecto de la remisión de las piezas procesales a la Fiscalía General del Estado, la Intendencia Nacional Jurídica aclaró que *“(...) la SCPM tiene la obligación de notificar a la Fiscalía General del Estado cuando en el transcurso de la investigación administrativa se considere la existencia de posibles indicios de responsabilidad penal; al respecto, (...) no se evidencia que el órgano investigador, ni el órgano sustanciador hayan establecido o indicado elementos que permitan considerar o presumir la posible existencia de un tipo penal que deba ser puesto en conocimiento de la Fiscalía General del Estado (...)”.* En este sentido, la INJ fue clara y determinante al establecer, de manera motivada, la improcedencia del requerimiento realizado por la Intendencia; por lo que, esta Autoridad verifica que la disposición contenida en el acápite CUARTO de la resolución impugnada no ha afectado derecho alguno de los operadores económicos. Adicionalmente, se recuerda e insta a la Intendenta Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas a la observancia y estricto cumplimiento de las normas, procesos y procedimientos, en tutela de los derechos y garantías establecidas en la Constitución de la República.-

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

-166-
cuenta resalta
y res

Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad.- **RESUELVE:**
PRIMERO.- NEGAR el Recurso de Apelación planteado por Dr. Jaime Rodrigo Vergara Jaramillo, en calidad de propietario del operador económico FINCA CAMPO ALEGRE mediante escrito de 16 de abril de 2019 a las 11h21; **SEGUNDO.-** Conforme las atribuciones establecidas en el numeral 1 del artículo 38 de la LORCPM, este organismo técnico de control se encuentra realizando un estudio del sector lácteo, razón por la cual, se **DISPONE** a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia (INAC), que una vez cumplido el trámite y procedimiento correspondiente ponga en conocimiento de este despacho el Estudio de “ANÁLISIS DEL SECTOR LÁCTEO Y SUS DERIVADOS EN LA PRODUCCIÓN, ELABORACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN.”.-

DÉCIMO PRIMERO.-Notifíquese con el contenido de la presente resolución 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



Ab. Belén Arévalo
SECRETARIA AD-HOC