

39- treinta y nueve.

Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado
000033
-36-
Finca 1
5005
41

RESOLUCIÓN No. 001-DSCPM-2013

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, 25 de noviembre de 2013; a las 10h00.- **VISTOS.-** Dr. Pedro Páez Pérez, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, mediante Resolución 002-197-CPCCS-2012, de fecha 31 de julio de 2012 del Pleno del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y Acta de Posesión de fecha 06 de septiembre de 2012 de la Asamblea Nacional; una vez revisado el recurso de apelación interpuesto por el Abogado Juan Esteban Ponce Villacís, en calidad de Procurador Judicial de los señores Andrés Gabela y Tatiana Carolina Díaz Cárdenas, respecto de la Resolución No. SCPM-IIAPMAPR-EXP- / 2013-005 de 02 de agosto de 2013, emitida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, aceptado que ha sido a trámite dicho recurso y encontrándose en estado de resolver por estar conforme a lo establecido en el artículo 67 del Código de Procedimiento Civil; artículo 323 ibídem, norma supletoria de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder; analizada y revisada que ha sido la documentación que conforma el respectivo expediente, tanto sus antecedentes, como fundamentos de hecho y de derecho previo a resolver, se determina:

PRIMERO.- El Superintendente de Control de Poder de Mercado, es competente para conocer y resolver el presente Recurso de Apelación, de conformidad a lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.- **SEGUNDO.-** En la tramitación del presente Recurso, se ha observado los preceptos constitucionales y legales, sin que exista omisión de solemnidades que puedan acarrear su nulidad; se ha respetado la garantía básica del debido proceso consagrado en la Constitución de la República, por lo que se declara valido el presente procedimiento.- **TERCERO.-** Con fecha 02 de agosto de 2013, a las 10h00, la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Resolvió desestimar el Recurso de Reposición interpuesto por el abogado Juan Esteban Ponce Villacís, Procurador Judicial de los señores Andrés Gabela Crizón y Tatiana Carolina Díaz Cárdenas, en contra de la Resolución dictada el 10 de mayo de 2013, las 15h00 mediante la cual se ordenó el archivo del Procedimiento de Investigación Preliminar No. 005-2013.- **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- El artículo 173 de la Constitución de la República señala: “ *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.*” **SEGUNDO.-** El literal 1) del número 7 del artículo 76 de la Constitución de la República expresa: “*Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los*

antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (...)" **TERCERO.-** El artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado indica: "*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 (...)*" **CUARTO.-** El artículo 41 de la ley en materia de competencia señala: "*Resoluciones.- Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.*" **QUINTO.-** El artículo 65 ibidem expresa: "*Legitimidad, ejecutividad y ejecutoria.- Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación.*" **SEXTO.-** El artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado manifiesta: "*Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados (...)*" **SÉPTIMO.-** Con fecha 29 de agosto de 2013, el abogado Juan Esteban Ponce, Procurador Judicial de los señores Andrés Gabela y Tatiana Carolina Díaz Cárdenas, interpone Recurso de Apelación para ante el Superintendente de Control del Poder de Mercado en contra de la Resolución No. SCPM-IIAPMAPR-2013-005, de 02 de agosto de 2013 y solicita: "**I.- REVOCAR** la Resolución No. SCPM-IIAPMAPR-2013-005, de 10 de mayo de 2013; y, **2.- ordenar el inicio de la investigación por el cometimiento de acuerdos y prácticas restrictivas.**" **OCTAVO.-** Con fecha 11 de septiembre de 2013, las 10h00, se avoca conocimiento del recurso de Apelación interpuesto. **NOVENO.-** Con fecha 19 de septiembre de 2013, las 13h45, el abogado Juan Esteban Ponce, Procurador Judicial de los señores Andrés Gabela y Tatiana Carolina Díaz Cárdenas, atiende la providencia antes referida, justificando la calidad en la que comparece. **DÉCIMO.-** Con fecha 23 de septiembre de 2013, las 12h00, se acepta a trámite el referido recurso y se corre traslado a las partes con la providencia respectiva. **DÉCIMO PRIMERO:** Constan del expediente los escritos presentados por el Dr. David Sperber, abogado de la Procesadora Nacional de Alimentos C.A., de fechas 01 y 23 de octubre de 2013. **DÉCIMO SEGUNDO.-** Consta del expediente la providencia de 24 de octubre de 2013, en la que se ratifica que la Procesadora Nacional de Alimentos, fue notificada en legal y debida forma, pese a ello se confieren copias de lo solicitado. **DÉCIMO TERCERO.-** Obra del expediente el escrito presentado por el abogado Juan Esteban Ponce, de fecha 25 de octubre de 2013, requiriendo copias de los escritos presentados por el abogado de PRONACA. **DÉCIMO CUARTO.-** Consta del expediente providencia del 01 de noviembre de 2013, mediante la cual se atiende lo solicitado. **DÉCIMO QUINTO.-** Que el doctor

David Sperber, solicita mediante escritos de fecha 08 de noviembre de 2013, copias de todo el expediente a partir de la Resolución del Recurso de Reposición. **DÉCIMO SEXTO.-** Que consta en el expediente providencia de fecha 25 de noviembre de 2013, atendiendo lo solicitado. **DÉCIMO SÉPTIMO.-** El recurrente como primera justificación de su impugnación manifiesta en la parte pertinente que *“En ninguna parte de la Resolución recurrida la autoridad hace un análisis sobre este aspecto, pese a que fue debidamente argumentado en la denuncia. El franquiciante y uno de los denunciados en el presente caso, está valiéndose de su posición de dominio para obtener beneficios ilegítimos ...”*; de tal manera que se implicó los numerales 1, 2, 3 y 4 de la LORCPM, **(entendiendo del texto que hace referencia al artículo 10)**, las negrillas me pertenecen; esto es: **“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 (...) Abuso consistirá, en particular, en: 1.- La ruptura, aunque sea de forma parcial de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador, de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. 2.- Obtener o intentar obtener bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales o cualquier otro tipo de amenaza, precios, condiciones, de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. 3.- La utilización del poder de mercado para generar o mantener la posición de dependencia económica, de uno o varios operadores, tendiente a obtener ventajas adicionales que no se conceden o concederían a compradores o proveedores similares. 4.- La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos (...)”**. Sobre este punto es menester recalcar que la relación de dependencia económica tantas veces invocada por el recurrente deviene de la suscripción libre y voluntaria por parte de sus mandantes y el denunciado, señor Luis Briones, de un contrato de Franquicia, el mismo que es definido por varios autores tales como Marzorati, como *“(…) aquel contrato celebrado por escrito en el cual el otorgante, por lo general denominado “franquiciante”, ofrece individualmente a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción para vender o distribuir sus bienes o prestar servicios de manera exclusiva, un sistema para desarrollar un negocio, con lo cual crean una relación de asistencia del otorgante al franquiciado con carácter permanente, al amparo de una marca, nombre comercial o*

*Hecho y
rech*

enseña, bajo el control del franquiciante y de conformidad con un método, sistema o plan preestablecido por éste, contra el pago de un canon y otras prestaciones adicionales.”¹. En el considerando NOVENO de la Resolución recurrida, claramente la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas señala: “Que la figura de Abuso de poder de Mercado en situación de Dependencia Económica incardinada como una modalidad jurídica de Abuso de Poder de Mercado, debe cumplir determinadas condiciones que se adecuen a la figura jurídica para que sea de aplicación de un caso concreto. Estas condiciones son: i) la existencia de una situación de dependencia económica, ii) la comisión de una práctica abusiva, y, iii) que la(s) practica(s) tenga(n) un efecto competitivo. De esta forma para que tenga efectos legales esta prohibición, deberán concurrir simultáneamente estos elementos configuradores de la practica denunciada, caso contrario la concurrencia de alguno de ellos, pero no de todos, determina la imposibilidad de su estimación.” por lo que queda justificado que dicha relación proviene de un acto de voluntad conjunta (inter partes), que surte efecto único y exclusivo para quienes lo suscribieron y no de abuso de poder en situación de dependencia económica, pues hay que entender que para que exista abuso de poder es necesario en primera instancia ejercer poder de mercado en un mercado relevante, situación que no se refleja en el caso que nos ocupa. **DÉCIMO OCTAVO:** De la revisión íntegra del expediente se refleja los justificativos proporcionados por los investigados, es así que, a fojas 203 consta el justificativo del señor Luis Alberto Briones Muentes - franquiciante de los “HOT DOGS DE LA GONZÁLEZ SUAREZ”, es decir una parte del contrato de franquicia, contrato que es ley para las partes suscribientes, quien refiere: “El suscrito no está afectando derechos de competencia del franquiciado-denunciante, ni se encuentra inmerso en ninguna de las conductas de colusión ni poder que menciona. Lo que si hemos dicho y hecho está relacionado a la defensa del cumplimiento cabal del contrato por parte del franquiciado-denunciante, pues tenemos facultad contractual para ello- es que nos preocupa nuestra imagen ante la colectividad...” Con relación a la terminación anticipada que indica el denunciante se desprende del expediente a fojas 204 lo manifestado por el franquiciante quien indica; “(,,,) Terminación que no ha sido realizada porque el denunciante nos ha venido proponiendo la reventa de sus locales y porque consideramos que aún puede realizar correcciones al manejo de las irregularidades cometidas y porque, sobre todo, quien insiste en la terminación del contrato (...) es el franquiciado (...)”; en tal sentido, esta autoridad administrativa no se pronuncia sobre las evidentes divergencias de la relación contractual per se, pues no es objeto de análisis de esta

¹ Osvaldo Marzorati, Franchising, p. 5

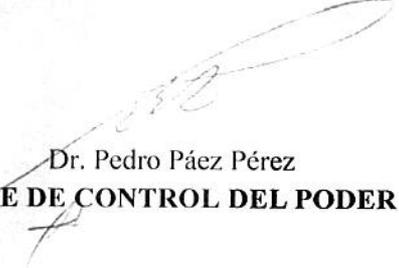
institución; sino más bien evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado. Consta el justificativo del señor Luis Sánchez Espín, quien es un franquiciado más de la franquicia referida / no competidor ni consumidor del denunciante; por lo que no hay más análisis que realizar si estos dos operadores se encuentran en igualdad de condiciones por ser parte de la misma franquicia. Por otro lado, tenemos los justificativos de PRONACA C.A. y KIPROSS S.A., cuyo giro de negocio es la venta de productos elaborados e Importación y Comercialización al por mayor de alimentos congelados, respectivamente; justifican su posición indicando por una parte, la suscripción de un “Convenio comercial de compra venta de productos y publicidad” entre el franquiciante y PRONACA. KIPROSS S.A. por su parte señala que entre sus clientes en el mercado nacional se encuentra la franquicia “Los Hot Dogs de la González Suárez”, a través del señor Luis Briones, estableciéndose una relación comercial con el fin de aumentar su volumen de ventas para generar ingresos a sus balanzas contables. Se evidencia que los denunciantes no cumplían a satisfacción los pagos por los productos adquiridos tanto a PRONACA C.A., como a KIPROSS S.A., es así que consta a fojas 251, del expediente que los denunciantes en 10 ocasiones durante el 2012 pagaron a PRONACA C.A. con cheques protestados, incumpliendo sus obligaciones económicas, por lo que la compañía decidió como política comercial la venta de productos con pago en efectivo, a fin de no registrar cartera vencida con estos clientes, situación que no fue aceptada por los mismos. De igual forma a fojas 287 vuelta, se desprende que los denunciantes se encontraban en mora con la compañía KIPROSS S.A., por lo que se les había bloqueado el despacho del producto hasta que sea cancelada la deuda. Circunstancias totalmente válidas para el actuar de las compañías, sin que esto tenga que ser considerado como acuerdos colusorios entre el franquiciante y los proveedores. **DÉCIMO NOVENO.**- Otro argumento del recurrente es la supuesta infracción contenida en el numeral 3 del mismo artículo de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, al solicitarse por parte del ahora denunciado el “*pago de valores que no están contemplados en el contrato de franquicia, obteniendo beneficios ilegítimos en virtud de su posición de dominio*”, obra del expediente a foja 206 la explicación dada por el señor Luis Briones Muentes, quien señala que: “*(...) para el uso de un formato de negocio, permitiéndole en consecuencia el uso de las marcas y/o nombre comercial, relativos a dicho formato, así como la tecnología (Know how), para la efectiva y consistente operación de dicho formato de negocio, bajo el riesgo del franquiciado. A cambio de permiso o licencia de franquicia, el franquiciado, usualmente y de conformidad con el convenio, paga un derecho de entrada y regalías periódicas, y cumple con las regulaciones emanadas del contrato (...)*”, motivación que además se hace constar en el número 5.1. del Considerando NOVENO, de la resolución materia de impugnación al señalar: “*Que dicho requerimiento de prestación adicional*

para promocionar la marca, no se ajusta a la conducta indicada, por cuanto este aporte adicional responde a promocionar la marca; y por tanto guardaría relación con el objeto del contrato principal de franquicia.-". **VIGÉSIMO.-** Seguido en su apelación el recurrente manifiesta que “*el informe jurídico-económico mediante el cual se basa la autoridad sustanciadora para negar el inicio de la investigación, delimita de forma errónea el mercado relevante, el cual está delimitado como “venta al detalle de comida rápida (...)” por lo que se evidencia una supuesta indebida aplicación del artículo 5 de la ley en la materia. Al respecto me referiré al artículo 5 de la LORCPM: “Al efecto de aplicar esta ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, 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 de dicho mercado (...)”;* ahora bien, el informe económico y jurídico de fecha 10 de mayo de 2013, expresamente señala algunos aspectos importantes y determinantes en el presente caso: 1) Delimitan el mercado relevante como el de “venta al detalle de comida rápida”; 2) No se considera que existan sustitutos desde el punto de vista de la oferta por cuanto la comercialización de productos enmarca en un contrato de franquicia; y 3) Se descarta la posibilidad de que el operador económico denunciado pueda unilateral o colectivamente influir significativamente en el mercado. Al respecto y revisando el expediente se observa la aclaración que realiza el recurrente al órgano sustanciador al determinar que: “*La necesidad satisfecha a los usuarios se caracteriza por un hambre temporal que es cubierta con la venta de este tipo de snacks. Generalmente la compra por parte de los usuarios del servicio y consumidores del producto provisto se da por impulso debido a un hambre temporal*” diciendo además que los snacks no compiten directamente con las comidas rápidas que se encuentran dentro de los patios de comidas de los centros comerciales. Sobre este punto, en base a la revisión del expediente, a los fundamentos de hecho y de derecho presentados por las partes intervinientes, está por demás pensar que el operador económico denunciado, llegue a poseer poder de mercado dentro de un mercado relevante más amplio como el que sería el de SNACKS, por lo que su comportamiento no se adecua al criterio general de evaluación, determinado en el artículo 4 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, es decir que las conductas denunciadas no llegan a tener un objeto o efecto actual o potencial que atenten contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.- *Siendo el Superintendente de Control del Poder de Mercado la máxima autoridad, administrativa, resolutive y sancionadora de conformidad al artículo 42 de la Ley en la materia. Que a la Superintendencia de Control del Poder del Mercado le corresponde asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados, fomentar la competencia, prevenir y eliminar el abuso de poder de*

30- treinta y seis
000016
-39-
treinta
y seis
el



mercado, acuerdos y prácticas restrictivas y conductas desleales. **RESUELVO:** a) **Ratificar** el contenido de la Resolución No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-005 de 02 de agosto de 2013, emitida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; más no la resolución No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-2013-005 de 10 de mayo de 2013, referida por el recurrente; pues esta fue resuelta a través del Recurso de Reposición materia de esta impugnación; b) **Comunicar** a las partes de la presente Resolución haciendo hincapié en que la presente resolución pone fin a la vía administrativa, mientras que a nivel judicial puede proponer ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo los recursos contenciosos de los cuales se creyeren asistidos, mismos que pudieran ser: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo, siendo el término para interponerlos de 90 días el primero y de tres años el segundo, y; c) **Remitir** una copia certificada de esta Resolución, a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, para los fines pertinentes. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**


Dr. Pedro Páez Pérez
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO,

Razón.- Siento por tal, que he procedido a notificar la providencia que antecede al abogado Juan Esteban Ponce, procurador judicial de los señores Andrés Gabela y Tatiana Díaz, el día de hoy **25 NOV 2013**, en la casilla Judicial No. 572 del Palacio de Justicia de Quito, y correo electrónico jesteban.ponce@quevedo-ponce.com, señalada para este efecto.- **Certifico.-**

Siento por tal, que he procedido a notificar la providencia que antecede al señor Luis Alberto Briones Muentes, el día de hoy **25 NOV 2013**, en la casilla Judicial No. 2316, del Palacio de Justicia de Quito.- **Certifico.-**

Siento por tal, que he procedido a notificar la providencia que antecede al señor Luis Sánchez Espín, el día de hoy **25 NOV 2013**, en la casilla Judicial No. 2316, del Palacio de Justicia de Quito.- **Certifico.-**

Siento por tal, que he procedido a notificar la providencia que antecede al señor Vicente Mauricio Rojas Berrú, en su calidad de Representante Legal de la compañía KYPROSS S.A., el día de hoy **25 NOV 2013** en la casilla Judicial No. 5920, del Palacio de Justicia de Quito.- **Certifico.-**

Siento por tal, que he procedido a notificar la providencia que antecede al Doctor David Sperber, abogado patrocinador de Procesadora Nacional de Alimentos C.A. (PRONACA), el día de hoy

25 NOV 2013 en el casillero judicial No. 4641 del Palacio de Justicia de Quito.-
Certifico.-



Ab. Karla Santana
SECRETARIA AD-HOC