TD 112632

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-0042-2015-R
- **Expediente RER:** SCPM-IIAPMAPR-0042-2015-R-R.E.R-0001-2018-DS
- **Denunciante:** FIDERAM S.A
- **Denunciado:** INALECSA

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 30 de julio de 2018, a las 16h40.- **VISTOS**.- En mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado encargado, conforme lo acredito con la copia certificada de la acción de personal No. SCPM-CGAF-DATH-360 de 06 de septiembre de 2017, que reposa en el proceso, en uso de mis facultades legales y estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente: **a)** Resolución de SCPM-IGT-002-2018 de 29 de junio de 2018, suscrita por la Econ. Carolina Carrera Intendente General en la cual dispone,*"(...) declarar la confidencialidad de los documentos adjuntos al escrito de 08 de junio de 2018, presentados por el operador económico FIDERAM S.A., esto es, la copia certificada del laudo arbitral emitido dentro del proceso arbitral CIAM No. 001-15 y, copia notariada del Informe de la Perito Rosa Llumiquinga dentro del mismo proceso (...)"*, por lo que deberá extraerse la documentación del proceso y reposará en un cuadernillo aparte, la cual es de acceso confidencial. **b)** Escrito presentado por el operador económico INALECSA, de 02 de julio de 2018, mediante el cual ratifica las actuaciones de los Ab. Diego Pérez y Marco Rubio, lo cual se toma en cuenta. **c)** escrito presentado por el operador económico FIDERAM S.A de 02 de julio de 2018, mediante el cual argumenta la legalidad de la remisión de la copia certificada del laudo arbitral emitido dentro del proceso arbitral CIAM No. 001-15 y, copia notariada del Informe de la Perito Rosa Llumiquinga dentro del mismo proceso. **d)** escrito presentado por el operador económico FIDERAM S.A de 09 de julio de 2018, mediante el cual expone sus argumentos frente al recurso extraordinario de revisión que se sustancia, lo cual se toma en cuenta. **e)** Escrito presentado por el operador económico INALECSA, de 09 de julio de 2018, mediante el cual expone sus argumentos frente al recurso extraordinario de revisión que se sustancia, lo cual se toma en cuenta. **SEGUNDO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 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 interpuesto. **TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El recurrente, señor Mario Oswaldo Miño Robalino, en calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía FIDERAM S.A., interpone Recurso Extraordinario de Revisión mediante escrito de 08 de junio de 2018, interpuesto por el operador económico FIDERAM S.A, en contra de la

Resolución de 25 de abril de 2018, Resolución de 03 de agosto de 2016 y Resolución de 05 de agosto de 2016, emitidas por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; y, en cumpliendo al principio de oportunidad garantizado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el *"Art. 68.- Recurso extraordinario de revisión.- El Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, podrá interponer recurso extraordinario de revisión, con el objeto de que el Superintendente pueda revisar los errores materiales, de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. El plazo para interponer este recurso es de 3 años desde que el acto o resolución recurrida haya quedado en firme. El recurso extraordinario de revisión se interpone sólo contra actos firmes. El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.",* **QUINTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** Las resoluciones impugnadas son, la Resolución de 25 de abril de 2018, Resolución de 03 de agosto de 2016 y Resolución de 05 de agosto de 2016, emitidas por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas. **SEXTO.- ARGUMENTACIÓN DEL RECURRENTE.-** El recurrente, señor Mario Oswaldo Miño Robalino, en calidad de Gerente General y como tal Representante Legal de la compañía FIDERAM S.A., interpone Recurso Extraordinario de Revisión de 08 de junio de 2018, en contra de la Resolución de 25 de abril de 2018, Resolución de 03 de agosto de 2016 y Resolución de 05 de agosto de 2016, emitidas por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, escrito en el que principalmente argumenta y solicita: *"(...)* ***3.2.1 Respecto de la Resolución de 25 de abril de 2018, a las 10H00, emitida por la Intendencia dentro del trámite administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R: Incumplimientos al principio de legalidad con afectación a la seguridad jurídica****. (...) Contraviniendo esta disposición constitucional, la Intendencia incurrió en un grave error de Derecho al decidir no ejercer sus obligaciones legalmente establecidas. Cabe señalar que este error de Derecho e incumplimiento al principio de legalidad por parte de la Intendencia ocurrió debido a que, en su resolución de 16 de marzo de 2017 al Recurso de Apelación, el Superintendente de Control del Poder de Mercado decidió aceptar dicho Recurso y devolver la competencia a la Intendencia para que ésta resuelva adecuadamente sobre el Recurso de Reposición que había sido presentado por FIDERAM (...) Al necesitar de este informe, la Intendencia tenía plena facultad para suspender el procedimiento, solicitar la elaboración del Informe, y así ejercer motivada mente, tal como le había dispuesto el Superintendente y le correspondía hacerlo, su obligación legal de resolver el Recurso de Reposición. (...)****Errónea aplicación del principio de preclusión.-*** *(...)Por lo tanto, el que la Intendencia motive su resolución de 25 de abril de 2018 en una institución jurídica como la preclusión, la cual no está reconocida por la Ley, da cuenta del segundo grave error de Derecho en el que este órgano incurre,*

demostrándose, una vez más, que la Intendencia actúo por fuera del marco de la Ley y, por tanto, incumpliendo con el principio de legalidad en Derecho Público que conforme se advirtió, se encuentra consagrado en el artículo 226 de la Constitución (...) Es claro que en los procedimientos administrativos no se aplica el principio de preclusión pues la organización de estos difiere en la de los procesos judiciales, por lo que en los primeros se aprecia más el informalismo con el fin de precautelar los derechos de los administrados frente a la Administración Pública, situación que se vuelve aún más evidente en el Derecho de la Competencia, en donde lo que se precautelan son bienes jurídicos de relevada importancia como el bienestar general, el derecho de los consumidores, la libre competencia, tal como lo menciona la LORCPM en su artículo 14 en el que se define el objeto de esta Ley. (...) Mediante escritos presentados por FIDERAM los días 30 de septiembre de 2016 y 19 de octubre de 2016 ante la Intendencia, se aportaron oportunamente pruebas dentro del Recurso de Reposición, las cuales hasta el momento no han sido analizadas por la Intendencia (...) ***Respecto de las providencias de 3 de agosto de 2016, a las 15h58, y de 5 de agosto de 2016, a las 15h42, emitidas por la Intendencia dentro del trámite No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015: Graves perjuicios ocasionados a FIDERAM y al bienestar de los consumidores en los mercados relevantes objeto de la investigación indebidamente archivada.-*** *La providencia de 3 agosto de 2016, a las 15h58, emitida por la IIAPM, es otro de los actos administrativos que deben ser revisados por Usted señor Superintendente porque adolece de graves errores de hecho y de derecho, y porque a partir de su emisión y firmeza, se generaron graves afectaciones no sólo a FIDERAM sino al mercado y a los consumidores, dado que la IIAPM se abstuvo de ampliar la investigar a los dos operadores económicos denunciados , que sí incurrieron en las conductas anticompetitivas denunciadas (...) b.* ***Respecto de los errores de derecho.-*** *Uno de los errores de derecho en los que incurrió la IIAPM en la providencia de 3 de agosto de 2016, a las 15h58, consistió en la negativa que manifestó esa Intendencia existía para la ampliación de la prórroga inicial de los 10 días, respecto de la duración del caso de investigación No. SCPM-IIAPMAP R-042-2015 (...)Luego de una segunda denuncia presentada por FIDERAM en contra de los mismos operadores económicos ante la Intendencia de Prácticas Desleales, se emitió la Resolución de Inicio de Investigación del 11 de enero del 2018, (...), en la que consta que la cuota de participación de DIPOR es del 54% dentro del Mercado Relevante de comercialización de productos alimenticios, y en consecuencia, se encuentra ya determinado por la misma SCPM que DIPOR ostenta poder de mercado, (...)****APARICIÓN DE PRUEBAS POSTERIORES A LA RESOLUCIÓN EMITIDA POR EL SUPERINTENDENTE DEL CONTROL DEL PODER DE MERCADO DENTRO DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR FIDERAM.*** *Con fechas 15 de diciembre de 2016 y 24 de noviembre de 2017 se emitió un informe de peritaje contable y un laudo arbitral (respectivamente) que comprueban de manera inequívoca la comisión por parte de INALECSA de la conducta anticompetitiva investigada en este expediente administrativo (...) Esto significa que, la relación comercial de distribución entre INALECSA y DIPOR inició desde el 1 de enero del 2015 y, en consecuencia, la ruptura parcial del Contrato de Distribución con FIDERAM, por parte de INALECSA, igualmente se produjo desde el 1 de enero del*

2015, sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 30 días, que debió haber sido cumplida en el mes de diciembre del 2014 y que en el caso que nos ocupa, NUNCA se dio (...) ***PETICIONES.-*** *En virtud de los antecedentes, fundamentos de hecho y derecho expuestos, acudo ante Usted señor Superintendente con el objeto de pedir lo siguiente: 4.1 Revise y revoque la Resolución emitida por la IIAPM de 25 de abril de 2018, por cuanto en la misma se debieron analizar los documentos probatorios presentados por FIDERAM dentro del referido Recurso de Reposición y en consecuencia, dejar sin efecto el archivo del proceso administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015. 4.2 Revise y revoque la providencia emitida por la IIAPM de 3 de agosto de 2016 dentro del proceso administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015, y en consecuencia, se revise y revoque también la Resolución emitida por la IIAPM de 5 de agosto de 2016, por la que se archivó el proceso administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-042-2015, como consecuencia de la comisión de los errores de hecho y derecho (...) 4.3 Como consecuencia de la revisión y revocatoria de la providencia emitida por la IIAPM de 3 de agosto de 2016, solicito, de la manera más comedida, se revise igualmente y atienda favorablemente el pedido en su oportunidad realizado por FIDERAM S.A. de prórroga por 90 días dentro del proceso administrativo No. SCPM- IIAPMAPR-042 - 2015, de tal manera que, con la reapertura del referido procedimiento de investigación, se deje constancia expresa de que la IIAPM recuperará sus facultades para investigar, solicitar informes y en general, las atribuciones que constan reconocidas a los funcionarios de esa entidad en la LORCPM, con la posibilidad por tanto de ampliar la investigación no solo a INALECSA por la conducta anticompetitiva tipificada en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sino además, que se incluya en la investigación al operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA, en lo relativo a los numerales 3, 10, 11, 13, 15, 19 y 22 del artículo 9 de la LORCPM, y, al operador económico DISTRIBUIDORA IMPORTADORA DIPOR S.A., en lo relativo a los numerales 3, 10, 13, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM. (...)".* **SEPTIMO.-NORMATIVA APLICABLE.-** Atendiendo el Recurso Extraordinario de Revisión interpuesto por el recurrente, se realizan las siguientes consideraciones; la **Constitución de la República del Ecuador** 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. 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. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes."; "Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: (...) 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.". 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. 5.- Mercado relevante.- A 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 en dicho mercado. (...)"; "Art. 7.- Poder de mercado.- Es 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 obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley."; "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 resolutivo de primera instancia. "Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma de motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 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. 56.- Inicio de investigación.- (...) Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario."; "Art. 68.- Recurso extraordinario de revisión.- El Superintendente, los consumidores o los agentes de mercado que tengan un interés legítimo, podrá interponer recurso extraordinario de revisión, con el objeto de que el Superintendente pueda revisar los errores materiales, de hecho o de derecho existentes en los actos administrativos, aparición de pruebas o elementos posteriores o vicios existentes en los actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado. El plazo para interponer este recurso es de 3 años desde que el acto o resolución recurrida haya quedado en firme. El recurso extraordinario de revisión se interpone sólo contra actos firmes. El Superintendente podrá revocar en cualquier momento sus actos o los actos emitidos por órganos inferiores, de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico."; ***"DISPOSICIONES GENERALES,*** *Primera.- Jerarquía.- La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425. (...) 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.". El **Reglamento de Aplicación a la LORCPM,** determina; *"Art. 66.- Acumulación de expedientes.- (...) Asimismo, podrá ampliar la Resolución de Inicio de Investigación cuando, en el curso de la investigación se aprecie la participación de otros presuntos responsables, la presunta comisión de otras infracciones, o se presenten nuevos interesados no incluidos anteriormente (...)";"Art. 62.- Resolución de inicio de investigación.- Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez (...)".* **La Ley de Mediación y Arbitraje** determina, *"Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.";* Concordantemente el **Estatuto Orgánico por Procesos** señala, *"INTENDENCIA DE INVESTIGACION Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRACTICAS RESTRICTIVAS.- Misión: Conocer e Investigar la consecución de prácticas sancionadas por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para determinar la comisión de abuso de poder del mercado, acuerdos y prácticas restrictivas por parte de los operadores económicos. Atribuciones y responsabilidades: a) Definir las líneas de investigación a fin de recabar indicios o hechos razonables de la existencia de conductas contrarias a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en el ámbito de su competencia;(...) d) Supervisar y validar el procedimiento de investigación tendiente a establecer indicios de prácticas anticompetitivas por parte de los operadores económicos;(...) h) Ordenar e instruir en caso de existir indicios razonables de la existencia de infracción a la ley, el inicio de la investigación; i) Ordenar e instruir el archivo de la denuncia en caso de no existir mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento; (...).* **OCTAVO EXPEDIENTE.-** Como hechos fácticos se verifica dentro del expediente; **a)** Denuncia presentada, con fecha 02 de diciembre de 2015 a las 11h16, por el operador económico FIDERAM S.A., en contra de los operadores económicos Industrias Alimenticias Ecuatorianas S.A. INALECSA (en adelante INALECSA) y Distribuidora Importadora DIPOR S.A. **b)** Providencia de 28 de enero de 2016, expedida por el abogado Eduardo Esparza Paula, Intendente de Investigación de Abuso de Poder, en la cual resuelve, *"(...) RESUELVE: (...) SEGUNDO: Abstenerse de iniciar la etapa de investigación formal en contra del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA en lo relativo a los numerales 3, 10, 11, 13, 15, 19 y 22 del artículo 9 de la LORCPM; y, abstenerse de iniciar la etapa de investigación formal en contra del operador económico DISTRIBUIDORA IMPORTADORA DIPOR S.A., en lo relativo*

a los numerales 3, 10, 13, 15 y 22 del artículo 9 de la LORCPM.- TERCERO: Por cuanto se presume la existencia de abuso de poder de mercado en relación de dependencia económica de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10 de la LORCPM, por parte del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA, sobre FIDERAM S.A, se dispone la apertura del inicio de la investigación formal del expediente SCPM-IIAPMAPR-042-2015, a fin de confirmar o desestimar la existencia de poder de mercado relativo de INALECSA sobre FIDERAM S.A, y posteriormente confirmar o desestimar los hechos que puedan constituir abuso de poder de mercado en relación de dependencia económica (...)".
c) Escrito ingresado el 18 de julio de 2016, emitido por el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación CIAM mediante el cual se informa, *"En respuesta al oficio (...), certifico que el Proceso Arbitral CIAM 001-2015 se encuentra pendiente de la posesión de los árbitros que fueron designados de común acuerdo por las partes. Los árbitros han aceptado dicha designación y su posesión se realizará en los próximos días. De acuerdo con lo establecido por el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los árbitros deberán una vez posesionados, resolver sobre su propia competencia en la Audiencia de Sustanciación.".* **d)** Informe SCPM-DNIAPM-065-2016, de 05 de agosto de 2016, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Abuso de Poder de Mercado presenta lo resultados de la etapa de investigación, en el cual se concluye: *"1. Se observa que en el presente expediente se cumplen las condiciones que podrían implicar la existencia de dependencia económica. De manera especial, se cumple la condición principal, pues FIDERAM en los años 2013, 2014, 2015, del total de productos que distribuía, adquirió el 100%, 97,4% y 89,8% respectivamente del operador económico INALECSA. De esta manera, es posible determinar que el operador económico FIDERAM, se encontraba en situación de dependencia económica durante la vigencia del contrato de distribución. 2. El mercado relevante se define como la comercialización de snacks elaborados por el operador económico INALECSA y distribuidos a través del operador económico FIDERAM, dada la relación comercial mantenida entre ambas partes, dentro del territorio ecuatoriano, durante el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2013 hasta el 27 de julio de 2015. 3. INALECSA ostenta poder de mercado en situación de dependencia sobre el operador económico FIDERAM. Esto debido a que se han cumplido las condiciones de dependencia económica expuestas; principalmente, aquella mediante la cual FIDERAM en los años 2013, 2014, 2015, del total de productos que distribuía, adquirió el 100%, 97,4% y 89,8% respectivamente del operador económico INALECSA. 4. Según la información constante en el presente expediente, se observa que el requerimiento notarial presentado por el operador económico INALECSA anticipa con 30 días la terminación del contrato al operador económico FIDERAM, ya que según dicho requerimiento "[...] La falta de cumplimiento a las obligaciones contractuales y pago del valor requerido dará lugar a la aplicación de los efectos previstos en la Ley". 5. Se observa además 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 el con el contrato de distribución.";* y recomienda: *"Tras el análisis expuesto en el presente informe, se recomienda no continuar con la sustanciación del presente expediente administrativo,*

signado con el número SCPM-IIAPMAPR-EXP- 042-2015 al no encontrarse mérito suficiente para determinar conducta en relación al numeral 1 del artículo 10 de la LORCPM, del operador económico INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA sobre FIDERAM." **e)** Resolución de 05 de agosto de 2016, expedida por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual resuelve, *"(...) SEGUNDO.- Ordenar el archivo del expediente signado con el número SCPM-IIAPMAPR-042-2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por cuanto no existe mérito para la prosecución de la instrucción, como consta del Informe de resultados No. SCPM-DNIAPM-065-2016 de 5 de agosto de 2016, que ha sido acogido por esta autoridad (...)".* **f)** 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., de 06 de septiembre de 2016. **g)** Resolución de 07 de noviembre de 2016, expedida por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual se 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 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 (...)".* **h)** Providencia de 06 de febrero de 2018, expedido por la IIAPMAPR, mediante la cual se avoca conocimiento del proceso administrativo No. SCPM-IIAPMAPR-EXP-042-2015-R (Reposición), en la cual se solicita al Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Británica, se remita copia certificada del Laudo Arbitral dentro del Proceso de mediación No. 001-2015. **i)** Oficio de 16 de febrero de 2018, suscrito por la Ab. Estefanía Gordillo, Subdirectora del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Británica, en el cual se niega la petición realizada por la IIAPMAPR, en fundamento a lo determinado en el Art. 34 de la Ley de mediación y Arbitraje, en concordancia con el Art. 51 de la LORCPM. **j)** Escrito presentado por el operador económico FIDERAM de 16 de marzo de 2018, mediante el cual se adjunta copia certificada del laudo arbitral de 24 de noviembre de 2017, emitido por el Tribunal de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Industria y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción. **l)** Resolución de 25 de abril de 2018, expedida por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual determina que la facultad de la Intendencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto por esta autoridad ha precluido. **m)** Escrito presentado por INALECSA, de 02 de mayo de 2018, mediante el cual se solicita la aclaración y ampliación de la providencia inmediatamente anterior. **n)** Escrito de 09 de mayo de 2018, presentado por FIDERAM, mediante el cual se pronuncia respecto de la aclaración y ampliación solicitada por INALECSA. **o)** Providencia de 10 de mayo de 2018, mediante la cual la Intendencia resuelve negar las solicitudes de aclaración y ampliación planteadas por INALECSA. **p)** Escrito de 05 de junio de 2018, mediante el cual el operador

económico INALECSA, interpone Recurso de Apelación. **q)** Providencia de 06 de junio de 2018, expedida por la IIAPMAPR, en la cual se niega el recurso de apelación interpuesto por INALECSA, en virtud de que ha sido interpuesto extemporáneamente. **r)** Escrito de 08 de junio de 2018, mediante el cual el operador económico INALECSA, interpone Recurso de Hecho, en contra de la providencia inmediata anterior. **s)** Recurso Extraordinario de Revisión, planteado por FIDERAM de 08 de junio de 2018, en contra de las resoluciones de 3 y 5 de agosto de 2016 y 25 de abril de 2018; escrito al que se adjuntan copia certificada del laudo arbitral e informe pericial de 15 de diciembre de 2016, elaborado por la Dra. Llumiquina Cadena, perito contable, dentro del proceso arbitral 001-2015. **t)** Providencia de 11 de junio de 2018, emitida por la IIAPMAPR en la cual se pone en conocimiento del Superintendente el Recurso de Hecho presentado por INALECSA. **NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** Una vez examinado el expediente administrativo y el Recurso Interpuesto se determina lo siguiente; la recurrente centra su libelo, alegando errores de hecho y de derecho respecto de la resolución 25 de abril de 2018, principalmente por lo que sigue; **1)** Incumplimientos al principio de legalidad con afectación a la seguridad jurídica, esto visto desde la decisión adoptada por el órgano de investigación de no continuar con la tramitación del proceso de investigación; aduce además FEDERAM que la Intendencia tiene facultad para suspender el procedimiento y solicitar la elaboración de un informe; ante lo cual, es necesario referir que, mediante resolución de 16 de marzo de 2017, en la sustanciación del expediente de recurso de apelación signado con el número SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS, esta autoridad dispuso, *"(...) que el órgano de investigación proceda a la elaboración de resolución correspondiente, la cual incluirá la valoración de la documentación agregada en el expedientillo que sustanció el Recurso de Reposición y las consideraciones expuestas por esta autoridad. (...)"*, por lo que en ninguna parte del texto de la resolución se ha dispuesto la elaboración de un nuevo informe o peor aún la suspensión del trámite de investigación, en virtud de que no existe normativa legal aplicable para el efecto; lo que procedía era que la Intendencia resolviera en mérito de los autos con la documentación agregada a la fecha. **2)** Refiere también FIDERAM, que ha existido una errónea aplicación del principio de preclusión, el cual, a criterio del solicitante, no es aplicable en a los procesos administrativos, además de que no está contemplado en la ley; ante lo argumentado es importante recordar que la disposición general primera de la LORCPM, establece la supletoriedad de la norma, y dice, *"(...) 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 (...)"*, por lo que, la SCPM está facultada legalmente para aplicar la supletoriedad de la norma, en lo que no se encuentre previsto en ella. En este sentido la Preclusión implica haber perdido la facultad de realizar una acción por el trascurso del tiempo; así, el Diccionario de Ciencias Jurídicas de Guillermo Cabanellas de Torres, define el termino preclusión como, *"(...) Extinción, clausula, caducidad, acción y efecto de extinguirse el derecho a realizar un acto procesal. (...)"*; por lo que es evidente que la figura de la preclusión es perfectamente aplicable en un proceso administrativo; sin

embargo de ello, más adelante se analizará la pertinencia en la aplicación de esta figura. **3)** Respecto de las decisiones adoptadas mediante providencias de 3 y 5 de agosto de 2016, la recurrente alega, *"(...) a partir de su emisión y firmeza, se generaron graves afectaciones no sólo a FIDERAM sino al mercado y a los consumidores, dado que la IIAPM se abstuvo de ampliar la investigar a los dos operadores económicos denunciados , que sí incurrieron en las conductas anticompetitivas denunciadas (...);* en este punto se debe revisar lo manifestado en el Art. 66 del RLORCPM, que establece la facultad del órgano de investigación de ampliar el proceso a nuevos operadores económicos o por nuevas conducta, actuación que es facultativa de la autoridad, no obligatoria, siempre y cuando existan elementos que hagan presumir el hecho. Siendo el órgano de investigación el competente para adelantar la investigación en base a las competencias otorgadas con la norma y al Estatuto Orgánico por procesos vigente a la época. **4)** El reclamante plantea también que existe error de derecho por cuanto la Intendencia negó su pedido de ampliación de la prórroga de la investigación, para lo cual es necesario revisar lo determinado en el Art. 56 de la LORCPM y el Art. 62 de RLORCPM, los cuales establecen la facultad de la Intendencia en prorrogar la investigación, así la ley prevé esta facultad cuando fuere necesaria la ampliación y el reglamento ya más específico, enuncia una prorroga hasta por 180 días por una sola vez, refiriéndose con ello que el plazo de prorroga no puede exceder de este tiempo; sin embargo de la errada lectura del artículo 62 del Reglamento de Aplicación, hay que señalar que este incremento en el tiempo de investigación debe tener elementos que supongan la necesidad de extender la investigación, y de lo analizado en el expediente no se determina que se contara con presupuestos para generar una prorroga en la investigación mayor a la concedida, por lo que no se verifica un vicio en el acto administrativo. **5)** Aduce la aparición de pruebas nuevas; refiriendo la resolución de inicio de investigación de 11 de enero del 2018, emitida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en la que se ha establecido que DIPOR ostenta el 54% dentro del Mercado Relevante de comercialización de productos alimenticios; en este sentido de conformidad a las competencias de cada una de las Intendencias Nacionales y a la naturaleza de la conducta investigada, lo cual se encuentra amparado en el Art. 36 de la LORCPM, el campo de acción entre las Intendencias de Investigación son de naturaleza diferente, por lo que mal podemos hablar que una resolución que investiga una conducta anticompetitiva desleal, pueda configurar precedente técnico sobre una investigación de Abuso de Poder de Mercado. **6)** Al Recurso Extraordinario de Revisión se han adjuntado un informe de peritaje contable y el laudo arbitral, emitido y dentro del proceso arbitral 001-2015 sustanciado en el Tribunal de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Industria y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industrias y Producción, documentos que son confidenciales por acuerdo de las partes, por lo que en fundamento al Art. 34 de la Ley de Mediación y Arbitraje, solo pueden ser conocidos y entregados a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido, evidentemente respecto del Laudo, mismo que no varía la investigación de la intendencia, puesto que el conflicto sometido a conocimiento de la justicia alternativa ha sido de índole contractual; y, en virtud de lo manifestado y de

que la Ley de Mediación contiene la disposición que limita a esta autoridad al conocimiento de los elementos aportados, estos no son considerados como prueba nueva y se dispone su devolución al recurrente conforme o dispuesto en la normativa aplicable al caso. Empero de lo anotado, hay un hecho indiscutible y es que mediante resolución de 16 de marzo de 2017, en la sustanciación del expediente de recurso de apelación signado con el número SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS, se dispuso a la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, se emitiera una nueva resolución considerando la naturaleza y el efecto de un requerimiento notarial que no puede ser considerado como preaviso de terminación anticipada de contrato, hecho que no ha sido cumplido por el inferior, en su lugar se ha emitido la providencia de 25 de abril de 2018, disponiendo la preclusión del trámite, lo que constituye un error material de hecho, puesto que se ha viciado la voluntad de la administración; en este sentido el tratadista Oliver Boquera en su obra "Estudios sobre el acto administrativo", al tratar sobre el error de hecho dice, *"(...) el error es propio cuando la voluntad ha sido viciosamente formada sobre la base de in inexacto conocimiento de la realidad, sobre la equivocada creencia o representación mental (...) En el mismo sentido también se manifiesta el Cuerpo Consultivo, que se refiere al error de hecho entendido como la apreciación no ajustada a la realidad objetiva de los acontecimientos"*. La Resolución de 25 de abril de 2018, es equivocada, pues su formación ha sido consecuencia de una errada concepción de la figura de la preclusión, y de la inobservancia de la obligación del órgano de investigación en dar cumplimiento a lo dispuesto, por lo que se debe rectificar la decisión adoptada por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, así lo expone la profesora Joana Socias Camacho, en su obra "Error Material, Error de Hecho y Error de Derecho, concepto y mecanismos de corrección", al decir, *"(...) La Administración en consecuencia, cuando constante errores materiales (sean estrictu sensu o aritméticos) deberá proceder a su rectificación con la intención de adecuar la manifestación externa de la declaración a la verdadera voluntad (...)"*. El Superintendente de la entidad se encuentra debidamente facultado para revisar y corregir los actos propios o de los inferiores, así lo determina el Art. 65 de la LORCPM, concordante con el Art. 68 del mismo cuerpo legal, cuando se cumplan ciertos requisitos como en efecto se ha verificado, esto es parte de la auto tutela administrativa que la institución está en la obligación de ejercitar. **DECIMO.-** Por todas las consideraciones fácticas y legales, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2, Art. 65 y Art. 68 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero**.- 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 Resolución 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 sustanció 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. **Segundo.-** Por intermedio de secretaría procédase a la devolución de la copia certificada del laudo arbitral emitido dentro del proceso arbitral CIAM No. 001-15 y, copia notariada del Informe de la Perito Rosa Llumiquinga dentro del mismo proceso. **Tercero.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (e)

Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC