



69-70
delenta

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIAPMAPR
- **Expediente IIAPMAPR:** SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIAPMAPR-042-2015-R-A-0021-2016-DS
- **Denunciante:** FIDERAM
- **Denunciado:** INALECSA S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 16 de marzo de 2017, a las 16h40.- **VISTOS.-** En mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado (s), conforme lo acredito con la copia certificada de la resolución No. SCPM-DS-009-2017 de 03 de marzo de 2017, que en copia certificada se agrega al proceso, en uso de mis facultades legales y estando el proceso para resolver, **SE CONSIDERA: PRIMERO.- 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. **SEGUNDO.- 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. **TERCERO.- 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 de Apelación mediante escrito de 02 de diciembre de 2016, en contra de la Resolución de 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 el Intendente 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. 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 del 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. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa", **CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** La resolución impugnada es la de 07 de noviembre de 2016, a las 17h08, mediante la cual se niega el Recurso de Reposición interpuesto por FIDERAM, impugnando la Resolución de 5 de agosto de

2016 a las 15h42, expedida por el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, (IIAPMAPR), mediante la cual se 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 (...)*". **QUINTO.- ARGUMENTACION 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 de Apelación mediante escrito de 02 de diciembre de 2016, en contra de la Resolución de 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 el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, escrito en el que argumenta y solicita: "*(...) NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN DE 07 DE NOVIEMBRE DE 2016, A LAS 17H08, POR FALTA DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y CONSECUENTE FALTA DE MOTIVACIÓN. (...) En virtud de la capacidad que tiene el denunciante de presentar pruebas dentro del procedimiento de investigación a cargo de la SCPM, tal cual lo prevé el artículo 48 de la LORCPM cuando establece que: La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado (...), FIDERAM acompañó nuevas evidencias al momento de presentar el Recurso de Reposición y durante la sustanciación del mismo, a cargo de la Intendencia. Las evidencias presentadas por FIDERAM buscaban comprobar de manera contundente que INALECSA no anticipó a FIDERAM con la terminación del Contrato de Distribución Zonal con los 30 días que están previstos en el artículo 10 numeral 1 de la LORCPM, partiendo del hecho de que la situación de dependencia económica existente entre FIDERAM e INALECSA, había sido por demás probada por FIDERAM y corroborada por la propia Intendencia en varios de sus informes.(...) Sin embargo, la Intendencia en su Resolución de 7 de noviembre de 2016, a las 17h08, se limitó a hacer un despliegue de doctrina civilista respecto a la teoría de los contratos, a pesar de que FIDERAM conoce plenamente que escapa de las competencias de SCPM pronunciarse respecto de si hubieron o no incumplimientos de obligaciones contractuales, y no analizó, conforme estaba obligada legalmente a hacerlo, las pruebas e información presentadas por FIDERAM para la sustanciación del Recurso de Reposición. La valoración de las nuevas pruebas agregadas por FIDERAM dentro del Recurso de Reposición, y que corresponden a pruebas aportadas dentro de un procedimiento de investigación sobre la comisión de las conductas anticompetitivas de INALECSA, es una de las principales obligaciones legales que debió ser asumida por la Intendencia, más aún cuando en un sin número de disposiciones de la LORCPM se hace mención expresa a la potestad investigativa de oficio que debe (sic) ejercer las Intendencias de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para el esclarecimiento de las denuncias y procedimientos que conocen e investigan. Así pues, mediante escrito presentado el 30 de septiembre de 2016, a las*



15h39, dentro del Recurso de Reposición, y agregado al expediente mediante providencia de 13 de octubre de 2016, a las 15h37, emitida por la Intendencia, mi representada adjuntó una certificación suscrita por el Notario Primero del Cantón Quito Jorge Machado Cevallos quien expresa que la diligencia efectuada dentro del contexto del requerimiento de INALECSA, no fue una diligencia de terminación unilateral de contrato porque la Ley Notarial NO le faculta a realizar esta clase de diligencias. (...) Adicionalmente, existe otra muy importante prueba presentada por FIDERAM dentro del Recurso de Reposición, mediante escrito del 19 de octubre de 2016, a las 16h46, agregado al expediente con providencia del 7 de noviembre de 2016, a las 16h02, que corresponde al Informe de Auditoría Externa del ejercicio fiscal del año 2015 practicado al operador económico INALECSA, por Auditores Independientes seguramente contratados por la misma INALECSA, publicado en la página web de la Superintendencia de Compañías. De acuerdo con el referido Informe de Auditoría Externa y más allá de cualquier interpretación jurídica que se pueda realizar sobre el requerimiento notarial de cumplimiento de obligaciones que tuvo lugar el 23 de junio de 2015, consta de manera expresa que a partir del mes de junio del 2015, las ventas de INALECSA ya fueron comercializadas por DIPOR. En consecuencia, queda demostrado que INALECSA terminó el Contrato de Distribución Zonal que mantenía con FIDERAM de forma automática, porque si DIPOR ya ingresó a comercializar sus snacks en el mes de junio del 2015, como consta en el referido Informe, quiere decir que la supuesta notificación que señala se habría cumplido el 23 de junio de 2015, fue solamente documental y jamás constituyó un pre-aviso de terminación unilateral del Contrato de Distribución. (...) En consecuencia señor Superintendente, la Intendencia incurrió en total falta de motivación de su Resolución del 7 de noviembre del 2016, y por este incumplimiento legal, esta Resolución adolece de nulidad, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución, (...) RESPECTO DE LA CERTIFICACIÓN DE LA CIAM EMITIDA EL 18 DE JULIO DEL 2016, REFERIDA POR LA INTENDENCIA EN LA RESOLUCION IMPUGNADA. (...) En la Resolución de 7 de noviembre de 2016, a las 17h08, la Intendencia incurrió en otro error, al incluir la siguiente afirmación: "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."; y en su parte principal CONCLUSIONES manifiesta: 1:4.4. 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 [...]. Por tanto señor Superintendente, no es aceptable que la Intendencia sustente la negativa al Recurso de Reposición interpuesto por FIDERAM en hechos que no reflejan la verdad procesal y menos aún, que extrapole el contenido de lo Certificado por la CIAM en su comunicación del 18 de julio del 2016, incluyendo Conclusiones que conforme queda demostrado, no son de su autoría. (...) IV. PETICIÓN: Con base en los fundamentos de hecho y derecho expuestos, solicito a Usted señor

Superintendente, acepte este Recurso de Apelación y en consecuencia revoque la Resolución del 07 de noviembre de 2016, a las 17h08, por cuanto la misma adolece de nulidad absoluta por falta de motivación." (las negrillas no son parte del texto original).

SEXTO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por el recurrente, se realizan las siguientes consideraciones; la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: **Art. 52**, "*Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad (...)*"; **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: (...); h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. l) 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. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados....*"; **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. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.*"; **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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.*" (las negrillas me pertenecen); **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.*"; **Art. 335**, "*El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción*



nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”; **Art. 336**, “El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”. **Art. 424**, “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”; **Art. 425**, “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”. En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM)** establece, **Art. 1**, “Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; **Art. 2**, “Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.”; **Art. 4**, “Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: (...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación,



transparencia, proporcionalidad y debido proceso.”; **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. 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. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”; **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. 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. 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 del 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. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa", **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 para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM)**, determina; **Art. 1**, "Objeto.- El presente reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley. Para efectos de este instrumento, serán aplicables las definiciones y lineamientos contenidos en la ley."; **Art. 4**, "Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios."; **Art. 6**, "Abuso de poder de mercado.- Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna, la acción de Estado, de conformidad con el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el buen vivir. Al abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica le son aplicables los literales b) o c) del artículo 79 de la Ley; o, si no es posible determinar el volumen de negocios, los numerales 2 y 3 del mismo artículo; en función de la gravedad de la conducta y lo previsto en este reglamento, lo que será determinado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado previo el respectivo procedimiento de investigación y sanción.". 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; (...). **El Código Civil** determina, **Art. 1454** "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas" y **Art. 1561** "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". 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 de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, en la cual: "(...) 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 él 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 el Intendente 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.- **SEGUNDO:** Notifíquese a los operadores económicos FIDERAM S.A e INDUSTRIAS ALIMENTICIAS ECUATORIANAS S.A. INALECSA, con el contenido de la presente Resolución para los fines legales consiguientes (...). Una vez analizado el expediente administrativo se determina lo siguiente; **a)** Mediante resolución de 28 de enero de 2016, el Intendente de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, delimitó la investigación disponiendo, "(...) **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 SCPMIAPMAPR-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.(...)", por tanto la presunción de la conducta establecida en el numeral 1 del Art. 10 de la LORCPM será la que debe tratarse en el presente acto administrativo. **b)** Según lo expuesto en el Informe No. SCPM-DNIAPM-065-2016, de 05 de agosto de 2016, expedido por el Director Nacional de Investigación de Abuso y Poder de Mercado, en la prosecución de la investigación ha determinado; **b.1)** Respecto del mercado relevante; "(...) Bajo este contexto y considerando lo señalado tanto en la denuncia presentada por FIDERAM, como en el escrito presentado por el operador económico INALECSA, se observa que la conducta investigada, de manera general se encuadra en la relación comercial que mantenía el operador económico INALECSA con el operador económico FIDERAM, por lo que la presente investigación no se focalizó en el estudio de un producto en específico, sino en el servicio de distribución por parte del operador económico FIDERAM, de los productos elaborados por el operador económico INALECSA.(...)"; **b.2)** Respecto al volumen de Transacciones entre las Partes; "(...)De la información constante en el escrito de denuncia, se observa que desde el inicio de la relación comercial entre los operadores económicos INALECSA y FIDERAM, esto es en los años 2013, 2014 y 2015, FIDERAM del total de productos distribuidos adquirió el 100%, 97,4% y 89,8% respectivamente (ver gráfico 1) del operador económico INALECSA, por lo que se observa que se cumple la condición principal para la existencia de dependencia económica.(...)". **b.3)** Respecto a la posición de la empresa en el mercado; "(...) En ese sentido, al observar la existencia de varios operadores económicos en el mercado de la producción y comercialización de productos alimenticios, en particular snacks los cuales poseen ventas inferiores y superiores a las realizadas por INALECSA, se podría entender que el operador económico FIDERAM, a falta de analizar las demás condiciones planteadas, si habría tenido alternativas en el mercado de distribución de snacks (...)". **b.4)** Posibilidad de cambio de socio comercial; "(...)En ese sentido según la información remitida por los operadores económicos competidores de INALECSA, mediante el cuestionario B, la posibilidad de que el operador económico FIDERAM cambie de socio comercial, que le permita adquirir un volumen de productos similar al que adquiriría de INALECSA en un periodo relativamente corto, está seriamente limitada.(...) Además, se observa que los requisitos que FIDERAM debe presentar para establecer nuevas relaciones comerciales con



- 79 -
celento
y canas

un nuevo socio no constituyen un limitante ya que son documentos que están al alcance de FIDERAM; a la vez que según los operadores productores el tiempo en el que demoran dichas negociaciones hasta iniciar una relación comercial es relativamente corto, ya que oscila entre ocho (8) horas y treinta (30) días.(...) Dado lo anterior, se observa principalmente que FIDERAM no podría haber conseguido un nuevo socio comercial que le permita alcanzar un volumen de compras similar al que mantenía con INALECSA, en un periodo corto de tiempo. (...) **Otros factores que influyen en la dependencia económica.** Al respecto de este tema, es importante destacar que en el Contrato de Distribución entre INALECSA y FIDERAM se observa la existencia de una cláusula que no permite a FIDERAM comercializar, distribuir ni vender simultáneamente durante la vigencia del contrato otros productos iguales o similares a los fabricados por INALECSA, por lo que para poder empezar nuevas relaciones comerciales con otro socio comercial, en condiciones similares, FIDERAM habría tenido que dar por terminada la relación comercial con INALECSA. Desde esta perspectiva, se puede considerar que este es un factor crítico a considerar, el mismo que influye en la posibilidad de existencia de dependencia económica de FIDERAM con respecto a INALECSA. Por otro lado, queda pendiente la necesidad de analizar la posibilidad de que FIDERAM podía haber empezado a distribuir productos que no sean similares o competidores de los fabricados por INALECSA, para lo cual se debe considerar el tipo de transporte que se necesita para transportar diversos tipos de productos fabricados por INALECSA, para lo cual se debe considerar el tipo de transporte que se necesita para transportar diversos tipos de productos (...). **b.5)** El mercado relevante determinado por la IIAPMAPR es; "Mercado relevante: 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." **b.6)** Del cumplimiento o incumplimiento del contrato; "De acuerdo a lo anterior, se considera oportuno destacar que la IIAPMAPR no puede referirse respecto al cumplimiento o incumplimiento del contrato como tal, por tratarse de una materia fuera de sus competencias. (...)". **b.7)** Conclusiones; "1. Se observa que en el presente expediente se cumplen las condiciones que podrían implicar la existencia de dependencia económica.(...) 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. (...) 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 con el contrato de distribución". Una vez que se ha determinado como mercado relevante a la comercialización

[Handwritten signature]



de snacks elaborados por el operador económico INALECSA y distribuidos a través del operador económico FIDERAM, es importante realizar algunas puntualizaciones: **UNO.** Respecto del contrato de Distribución Zonal celebrado el 15 de abril de 2013, entre Inalecsa y Fideram, así, sin que esto implique que la autoridad de competencia este incurriendo en valoraciones de legalidad u oportunidad dentro del contrato que se revisa se verifica; **a)** En la cláusula cuarta se estipula: *"Derechos de comercialización y distribución: INALECSA se compromete a no distribuir directamente sus PRODUCTOS en el TERRITORIO, a excepción de aquellos clientes determinados por INALECSA, como clientes VIP o cuentas claves que se encuentren o se encontraren a futuro dentro del TERRITORIO designado a FIDERAM, clientes que serán manejados directamente por INALECSA, quien se encargará de abastecerlos puntual y responsablemente; no obstante lo indicado, la circunstancia que terceras personas, no consideradas como clientes VIP o cuentas claves para INALECSA, puedan estar en posesión legítima de productos de INALECSA en el TERRITORIO designado a FIDERAM, no implica de ninguna manera falta de cumplimiento de este convenio por parte de INALECSA, sin embargo de lo cuál será FIDERAM el encargado desde la fecha de suscripción del presente convenio quien venda, distribuya, promocióne y comercialice EL PRODUCTO y responda por él mismo a INALECSA. FIDERAM acepta no presentar ningún reclamo en contra de INALECSA, resultante del hecho de que sociedades o personas no autorizadas expresamente vendan o lleguen a vender PRODUCTO dentro del TERRITORIO, sin que medie el consentimiento de INALECSA. (...) En caso de que INALECSA haciendo uso de su legítimo derecho decida calificar como cliente VIP o cuenta clave a uno de los clientes que haya sido desarrollado por FIDERAM, se deberá realizar la respectiva COMPRA DEL TERRITORIO, para lo cual INALECSA deberá comunicar por escrito su voluntad a FIDERAM (...)"*. **b)** La cláusula 4.3 determina: *"Manejo de productos: FIDERAM se obliga a distribuir, comercializar, promocionar y vender el PRODUCTO en el TERRITORIO determinado en este contrato. FIDERAM no podrá comercializar, distribuir, ni vender simultáneamente durante la vigencia de este contrato otros productos iguales o similares al PRODUCTO. De igual forma FIDERAM se compromete a no distribuir y/o comercializar y/o vender y/o promocionar el PRODUCTO fuera del TERRITORIO, sea directamente o a través de cualquier persona natural o jurídica controlada o vinculada a él, salvo consentimiento por escrito de INALECSA y previa suscripción del convenio de distribución en el territorio respectivo, FIDERAM acuerda abstenerse de vender EL PRODUCTO fuera del TERRITORIO a él asignado y que pueda perjudicar a otra persona natural o jurídica a que haya suscrito un convenio igual o similar al aquí establecido con INALECSA en otro territorio."*. **c)** Cláusula sexta; *"ESTRUCTURA PARA LA DISTRIBUCIÓN.- FIDERAM se obliga a mantener, para garantizar la óptima ejecución de la distribución, durante todo el tiempo de vigencia del presente contrato, transporte, manejo administrativo, sistemas de comunicaciones y personal de planta suficiente y necesario para el control y manejo óptimo de EL PRODUCTO en el TERRITORIO, para lo cual contará con una red de distribución suficiente que le permita cubrir y abastecer el número potencial de clientes (...)"*. **d)** Cláusula décima tercera; *"DURACION: Este Contrato tendrá una duración de cuatro (4) años contados a partir de la fecha de su suscripción. En el evento de que por un periodo consecutivo superior a sesenta (60) días, no se hubiere cumplido con el objeto para el cual se celebra el presente Contrato, las Partes acuerdan que la relación contractual se entenderá concluida, sin que para el efecto se requiera de notificación o cumplimiento de formalidades adicionales, y sin perjuicio del cumplimiento de los derechos y obligaciones*



que estuvieren pendientes a la fecha de terminación del Contrato. Pasado este período, para reiniciar una relación comercial, las Partes deberán Suscribir un nuevo Contrato." e) La cláusula décimo sexta dice, "Además de las indicadas en otras cláusulas de este Contrato en cualquier momento, las siguientes: b) La violación de las obligaciones esenciales contraídas con ocasión de este Contrato (...) Producida cualquiera de las causales estipuladas en los literales que anteceden, INALECSA podrá dar por terminado, automáticamente, el presente Contrato de forma anticipada y en cualquier momento sin necesidad de iniciar acciones legales o de requerir decisión judicial alguna o enviar notificación previa, pues se trata de incumplimientos graves a obligaciones de FIDERAM que las Partes declaran como esenciales para la celebración de este Contrato (...)" (las negrillas no son parte del texto original) f) Cláusula vigésima: "RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.- Toda controversia que surja en conexión con la existencia, validez, eficacia, interpretación, ejecución o cumplimiento de este Contrato, así como cualquier reclamación extracontractual que guarde alguna relación con este Contrato, será resuelta mediante el procedimiento de arbitraje ante el Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano-Británica y de Industrias y Producción, para lo cual las Partes renuncian a su domicilio y fuero (...)" (las negrillas no son parte del texto original). De la lectura del documento se evidencia que las partes de común acuerdo han establecido lo que su criterio se configura como incumplimientos graves, sin que sea facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llegar a realizar esta valoración, ya que no cuenta con la normativa y parámetros requeridos para el efecto, ni de manera supletoria, conforme lo establece el Art. 226 de la Constitución de la República, por tanto la entidad de control no es competente para establecer si los incumplimientos verificados en la relación contractual constituirían un incumplimiento grave para generar el elemento conductual en derecho de competencia; por tanto la salvedad establecida en el Art. 10 numeral 1 de la LORCPM, "(...) salvo que se deba a incumplimientos graves, por parte del proveedor o comprador (...)", debe estar establecida por autoridad competente. DOS. Conforme consta de autos, el operador económico con fecha 23 de junio de 2015, el operador económico INALECSA, realizó una solicitud al Notario Primero del Cantón Quito, en base al artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, para la realización de una diligencia de fe notarial al operador económico FIDERAM, en la cual se requería el cumplimiento de varias de las obligaciones derivadas del Contrato de Distribución suscrito entre ambas compañías y del requerimiento de que, en el plazo máximo de un mes (30 días), se superen dichos incumplimientos; requerimiento notarial que se realiza con fecha 25 de junio de 2015, cuyo texto refiere, "(...) a fin de que en el término de setenta y dos horas, se sirva cumplir con las obligaciones contractuales, constantes del petitorio adjunto, así como proceda al pago de la suma de USD 1.215.598,60, de conformidad con los fundamentos constantes en la petición de requerimiento y más documentos que en copia certificada acompaño. La falta de cumplimiento a las obligaciones contractuales y pago del valor requerido dará lugar la aplicación de los efectos previstos en la Ley."; a la petición se han expuesto las siguientes obligaciones: - Contar con vehículos propios para formar su flota de operaciones.- Devolver a INALECSA el 70% de los embalajes (cartones) en los cuales se transporta el producto.- Contratación de una Póliza contra todo riesgo que cubra los activos que, siendo de su propiedad, forman parte del proceso de distribución objeto del Contrato. -Incumplimiento de la proyección del volumen de compras para el año 2015. -Incumplimiento en el plazo y condiciones para cancelar los productos adquiridos. -No entrega de información de



inventarios, de master de clientes y financiera contable. Posteriormente el 30 de junio de 2015, el operador económico FIDERAM solicita al Notario Primero del Cantón Quito que, *"(...) Por cuanto el Art. 18 numeral 18 de la Ley Notarial no le concede a usted la facultad de fijar un término distinto al solicitado expresamente por el peticionario para el requerimiento y en consideración a que la parte solicitante en forma expresa señala que mi representada debe "cumplir" con el contrato en un plazo máximo de 30 días; de conformidad con lo dispuesto en el Art. 8 del Código Civil le pido que se sirva dejar sin efecto tal término de 72 horas por usted fijado y estar a los términos a que ha hecho referencia la peticionaria del requerimiento. (...)";* lo cual es atendido mediante escrito de 02 de julio de 2015, en el que el Notario Primero del Cantón Quito señala: *"(...) se amplía el plazo establecido en el requerimiento practicado por esta Notaria, mediante Diligencia Notarial efectuada el 25 de Junio de 2015, hasta el día lunes 27 de Julio del presente año, a fin de que dé cumplimiento a las obligaciones requeridas. (...)".* EL 27 de julio de 2015, INALECSA, solicita que el Notario Vigésimo Primero del Cantón Quito realice una diligencia de fe notarial al operador económico FIDERAM, notificando lo que sigue, *"(...) la terminación del contrato de Distribución Zonal suscrito entre las partes se hará efectivo a la terminación del día 27 de julio del año 2015, en la medida que Fideram S.A., no demuestre que ha cumplido todas las obligaciones contractuales. (...)".* Diligencias que a criterio de la IIAPMAPR anticipan con treinta días, la terminación del contrato suscrito entre las partes; en virtud de lo descrito y a efecto de determinar si el operador económico INALECSA ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 10 numeral 1 de la LORCPM, que en su parte pertinente dice, *"(...) 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 (...)";* es preciso determinar la naturaleza y efecto legal del instrumento utilizado para realizar el preaviso que determina la norma. De conformidad a lo determinado en el Art. 18 numeral 18 de la Ley Notarial dispone: *"Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes: (...) 18.- Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.";* en el marco normativo, la fe pública se traduce en la garantía de que los hechos o actos son verdaderos y auténticos, lo cual no admite duda pues dichas afirmaciones han sido constatadas o percibidas por un personero investido de las facultades legales para dicho cometido; el efecto legal radica en la certeza jurídica de que los instrumentos de derecho que nacen, desarrollan, modifican o se extinguen se sustentan como medio probatorio en la imparcialidad del fedatario, quien dentro de sus facultades otorga veracidad y certeza de los documentos o actos de los cuales da fe pública, cuyos actos no pueden ser desconocidos excepto declaración de nulidad por la autoridad jurisdiccional. Al respecto el Dr. Alcides Delagrancia en su obra "Derecho Notarial" expone, *"Definimos la fe pública como aquella manifestación del estado público delegada en ciertos funcionarios, los que una vez en posesión de sus cargos, tienen la facultad de dotar de autenticidad y fuerza legal a los instrumentos que autorizan. Las definiciones son concurrentes en el punto de considerar a la fe pública como una verdad impuesta coactiva o imperativamente por el Estado, que obliga a los habitantes dar por ciertos o veraces determinados instrumentos o hechos. Los mismos deberán estar intervenidos o firmados por funcionarios, en cumplimiento de un marco de formalidades legales que garanticen su autenticidad.";* el mismo autor citando a Cabanellas dice, *"Al decir de Cabanellas, la doctrina uniforme que se da en un buen número de tratados, llama fe pública a la calidad de documentos determinados, suscrito por funcionarios, cuyas*



aseveraciones, cumplidas determinadas formalidades tienen la virtud de garantizar la autenticidad de los hechos narrados y por consiguiente su validez y eficacia jurídica (...)" . Por tanto, la diligencia de fe notarial, no constituye un preaviso de terminación de contrato, lo que se ha requerido es el cumplimiento de las obligaciones contractuales previo a ejercer los mecanismos impuestos por la ley; tanto más que, un preaviso de terminación de contrato escrito y preciso, debería determinar la voluntad expresa de una de las partes de no continuar la relación contractual, mediando obviamente 30 días, es decir la notificación inequívoca de que no se requiere otra cosa que concluir las actividades comerciales existentes; así lo manifiesta el Dr. Ranfer Molina Morales en su obra "La terminación unilateral del contrato por incumplimiento" al decir, "(...) La notificación a la parte incumplida está desprovista de formalidades especiales. Si en el contrato no se acordó un mecanismo especial de notificación, es válido cualquier medio de expresión en el que el acreedor manifieste de manera clara su intención de dar por terminado el contrato a causa del incumplimiento.(...)" , por tanto es menester considerar que a partir del requerimiento de cumplimiento de las obligaciones, la ley establece varios mecanismos para dar por concluida la relación contractual, sin dejar de lado que las partes pactaron someter los conflictos de toda índole que deriven del contrato, al procedimiento alternativo de arbitraje. Por lo expuesto esta autoridad considera que la diligencia notarial realizada no constituye un preaviso escrito y preciso de terminación anticipada del contrato; sin que por esta consideración la autoridad de competencia realice calificación o extensión legal a la naturaleza y efecto de la acción realizada por el notario, puesto que ha sido la misma autoridad fedataria la que mediante certificación de 26 de septiembre de 2016, suscrita por el Notario Primero del Cantón Quito Jorge Machado Cevallos expone, "En atención a su solicitud constante de la comunicación de fecha 20 de septiembre del presente año, en la que me solicitan CERTIFICAR, si el trámite realizado por mi, en mi calidad de titular de la Notaría Primera de Quito a mi cargo, contenida en los oficios s/n de fechas 25 de junio y 2 de julio del presente año, dirigidos a Usted ha pedido del señor Luis Arturo Escobar en su calidad de Representante Legal de Industrias Alimenticias Ecuatorianas INALECSA S.A, con propósito de que se sirva dar cumplimiento a las obligaciones contractuales contenidas en el petitorio y en el Contrato de Distribución Zonal que se adjuntara a dicho petitorio, corresponde a una Diligencia Notarial de Requerimiento o a una notificación unilateral del contrato, me permito informar lo siguiente: En efecto, en aplicación a lo dispuesto en el numeral 18 del Artículo 18 de la Ley Notarial, la Diligencia Practicada objeto de su solicitud de Certificación, fue de Requerimiento Notarial [...] en cuanto a la supuesta diligencia de notificación unilateral de contrato, el Art. 18 de la Ley Notarial no otorga facultad alguna a los notarios en este sentido, por lo que de ninguna manera podía practicarse dicha Diligencia". **TRES.** Atendiendo la presunta falta de motivación en el acto impugnado, es preciso esclarecer que, podemos determinar que la prueba es una actividad procesal encaminada a la demostración de un hecho o de un acto, o de su inexistencia; así pues podemos decir que la acción de probar es aquella por medio de la cual se produce un estado de certidumbre en la mente de una o varias personas respecto de la existencia o inexistencia de un hecho determinado; en este contexto, la valoración de la prueba no debe ser expresión de una simple creencia subjetiva del administrador de justicia, sino tal, que los hechos y las pruebas que han sido sometidos a su criterio, si se pusiesen en consideración de cualquier otro ciudadano desinteresado y razonable, deberían dar por resultado la misma certeza que le produjeron

[Handwritten signature]

al juzgador. En síntesis como valoración de la prueba debe entenderse, la operación mental que se efectúa, para determinar si los hechos se encuentran demostrados por los medios probatorios realizados con este objeto. Conforme la normativa vigente en nuestro país referente a la valoración de la prueba, esta debe de ser apreciada en conjunto y expresada aquella que sirve para la determinación de la decisión final. Al hablar sobre la valoración de la prueba, nuestra ex Corte Suprema, hoy Corte Nacional, Primera Sala, Corte Suprema de Justicia: Resolución No. 48-2003 de 17-II-2003, Registro Oficial No. 66 de 22-IV-2003, señala lo siguiente: *"la valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones hechas tanto por el actor como por el demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente.(...)"*. Al respecto el Código Orgánico de Procesos Generales (COGEP) manifiesta textualmente, **"Art. 160.- Admisibilidad de la prueba. Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. (...)"** y **"Art. 164.- Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión."** De la investigación que ha sido instruida por la IIAPMAPR se verifica que el órgano de investigación no revisó el tema contractual, por cuanto dicho análisis rebaza las competencias de la entidad de control (SCPM), mucho más, cuando el mercado relevante fue determinado en la comercialización de snacks elaborados por el operador económico INALECSA y distribuidos a través del operador económico FIDERAM, en virtud de la relación comercial existente entre las partes, por lo que la Intendencia se limitó a verificar si efectivamente el requerimiento notarial, cumplía con el objeto de generar un preaviso de terminación de contrato; por lo que, la decisión final se centra en este punto, sin que por esto le sea facultativo el no valorar y explicar la pertinencia, conducencia o no de la documentación agregada, lo que se traduce en falta de motivación, incumpliendo lo previsto en el Art. 76 de la Constitución de la República, numeral 7, literal 1), puesto que, la motivación de la resolución constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juzgador apoya su decisión, su exigencia es una garantía de justicia a la cual se le ha reconocido jerarquía constitucional, como derivación del principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio. **SÉPTIMO.-** Por todas las consideraciones fácticas y legales, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2 y Art. 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE:** **Primero.-** ACEPTAR el Recurso de Apelación 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 02 de diciembre de 2016, por evidente falta de motivación del acto administrativo expedido por la Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, el 07 de noviembre

-78-
delentay
ochu



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

de 2016, disponiendo que el órgano de investigación proceda a la elaboración de la resolución correspondiente, la cual incluirá la valoración de la documentación agregada en el expediente que sustanció el Recurso de Reposición y las consideraciones expuestas por esta autoridad. **Segundo.-** Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales y al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

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

Abg. César Mosquera
SECRETARIA AD-HOC