EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-063-2017

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 12 de diciembre de 2017, a las 14h04.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al doctor Agapito Valdez Quiñonez Comisionado; y, al doctor Marcelo Diego Xavier Jiménez Borja Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes disponen agregar al expediente el memorando **SCPM-IZ8-527-2017** de 20 de noviembre de 2017, suscrito por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8 de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), al que se adjunta el Informe **No.SCPM-IZ8-76-2017** de 20 de noviembre de 2017, suscrito por el economista José Leonardo Matías Sánchez y abogado Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca, expertos de Abogacía de la Competencia de la SCPM, sobre adopción de medidas preventivas requeridas por el señor Jaime Gandolfo Barahona, en representación de los operadores económicos **RILOMAX S.A. y FORZIBREM S.A.**, en contra de **UINILEVER ANDINA ECUADOR S.A.**, remitido a través del sistema **SIGDO**, constante en veinticuatro (24) páginas. La Comisión de Primera Instancia, por corresponder al estado procesal del expediente el resolver, para hacerlo se considera:

I Que el 06 de octubre de 2017, el señor Jaime Gandolfo Barahona, en representación de los operadores económicos **RILOMAX S.A. y FORZIBREM S.A.**, presentó en la Secretaría General de la SCPM, una solicitud dirigida a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante la cual solicita la adopción de medidas preventivas en contra del operador económico **UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A.,** al expresar en la parte pertinente básicamente lo siguiente:

Afirma: *"(...) Dentro de las prácticas restrictivas denunciadas dentro del expediente No.SCPM-IZ8-003-2017, mis representadas hicieron conocer a ese Órgano de Control que se habían otorgado una hipoteca a favor de UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., con el propósito de garantizar el pago de las facturas por esta emitidas como consecuencia de nuestra relación comercial; es el caso, que en una muestra de presión y abuso de poder de mercado en situación de dependencia acusados en este expediente, UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., ha transferido tal hipoteca a la compañía de seguros* ***Confianza S.A.****, la misma que está requiriendo el pago de valores que supuestamente le adeuda a UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A.(...)".*

Sostiene: *"(...) Al estar expuesto a una eventual ejecución de la mencionada hipoteca, por el supuesto incumplimiento de mis representadas en la cancelación de facturas que se afirma se encuentra aún pendientes de pago a favor de UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., ellas enfrentarían la pérdida de un inmueble cuya propiedad pertenece a terceros, a los que* las

compañías RILOMAX S.A. y FORZYBREM S.A. deberán responder por los perjuicios que ello le cauce (...)"

Señala: "(...) Siendo tal amenaza, real e inminente, al amparo de lo que regla el artículo 66 de la Resolución SCPM-DS-012-2017, Usted comedidamente solicito se requiera de dicha Intendencia Zonal el informe previo favorable respectivo, con el propósito de que la Comisión de Resolución de Primera Instancia bajo su presidencia, ordene que se adopte como medida preventiva la prohibición de ejecución de la hipoteca antes aludida, en tanto de producirse ésta se generaran daños reales en contra de mis representadas, pues se trataría de un acto subsumible en los recaudos establecidos en el art 73 "c" del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)".

II. Que mediante providencia de 25 de octubre de 2017, a las 16h25, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso lo siguiente: *"(...) PRIMERO.- AVOCAR conocimiento de la solicitud de medidas preventivas solicitadas por el señor JAIME GONDOLFO BARAHONA, por los derechos que representa de los operadores económicos RILOMAX S.A.,y FORZIBREM S.A.,.- SEGUNDO.- Signar al presente procedimiento administrativo de solicitud de adopción de medidas preventivas con el número de trámite No SCPM-CRPI-063-2017. TERCERO.- Al tenor de lo que disponen los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, se solicita a la Intendencia Zonal 8 que en el término máximo de quince (15) días remita a esta Comisión un informe motivado sobre la necesidad de la adopción de las medidas preventivas solicitadas por el señor JAIME GONDOLFO BARAHONA, por los derechos que representa de los operadores económicos RILOMAX S.A., y FORZIBREM S.A. (...)".*

III. Que en el Informe **SCPM-IZ8-76-2017 de 20 de noviembre de 2017,** suscrito por el economista José Leonardo Matías Sánchez y abogado Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca, expertos de Abogacía de la Competencia y remitido mediante memorando **No. SCPM-IZ8-527-2017** de 20 de noviembre de 2017, firmado por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8, en su análisis y conclusiones se indica lo siguiente:

Análisis: *"(...) En este caso particular, las medidas preventivas solicitadas por el señor Jaime Gandolfo Barahona en representación de los operadores económicos RILOMAX S.A. y FORZIMBREM S.A. no tienen finalidad evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores económicos, sino únicamente evitar la ejecución de un contrato de hipoteca, que tiene un efecto únicamente en los operadores económicos RILOMAX y FORZIBREM S.A., lo cual contraviene el objeto de la Ley Orgánica de regulación y Control del Poder de Mercado establecido en su Artículo 1 que establece que: "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 restrictivitas; 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 sostenido"(lo subrayado en cursivas me corresponde)

"(...) Finalmente, es menester mencionar que el contrato de hipoteca es una figura legal de común aplicación en las relaciones comerciales que mantienen diversos operadores económicos, en función de los valores adeudados bajo la figura comercial de "crédito", lo cual no podría constituir una práctica prohibida en los mercados; sin perjuicio de que durante el procedimiento de investigación se determine de que este tipo de prácticas hubieren tenido como finalidad la distorsión de la competencia o la afectación a la eficiencia económica (...)".

Conclusiones: *"(...) El contrato de hipoteca es una figura legal comúnmente utilizada por diversos operadores económicos en sus relaciones comerciales establecidas, lo cual se encuentra permitido por el Código Civil y el Código de Comercio; tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación principal (...)".*

"(...) FORZIBREM S.A. a diciembre de 2016 tenía una deuda aproximada de USD$.462.833,43 de conformidad con lo señalado en la Tabla No.2 del presente Informe lo cual podría presumir que la existencia de la hipoteca suscrita por los demandantes tenía la finalidad exclusiva de garantizar los pagos adeudados a UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., producto de la relación comercial previamente establecida (...)".

"(...) Las medidas preventivas solicitadas por el señor Jaime Gandolfo Barahona en representación de los operadores económicos RILOMAX S.A. y FORZIBREM S.A. no tienen como finalidad evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores económicos; sino únicamente evitar la ejecución de un contrato de hipoteca, que tiene un efecto únicamente en los operadores económicos RILOMAX S.A. y FORZIBREM S.A.

IV. Que, el artículo 87 de la Constitución de la República, respecto a las medidas cautelares prescribe: "(…) Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho (…)".

V. Que los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco, sostienen que: *"(...) las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumpla con las características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales (...)". Sobre el principio de la ineficacia de la decisión afirman: "(...) una de las razones por las que se plantea la*

*necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, puede producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas. Y respecto al artículo 87 de la Constitución sustentan: "(...) que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que "amenace de modo inminente y grave con violar un derecho "asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación. Al respecto cabe precisar que los requisitos específicos en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con los criterios generales de las medidas cautelares provisionales en las que deben mediar criterios de gravedad, urgencia e inminencia de un daño irreparable (...)".*Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de Estudios y Difusión, Quito, Ecuador 2012, Página 89 y 91.

VI. Que el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece: "(...) El órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.

En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.

Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.

En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días (...)".

VII. Que el artículo 73 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al referirse a las clases de medidas preventivas prescribe: "(...) Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de

sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.

b) La imposición de condiciones.

c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.

d) La adopción de comportamientos positivos.

e) Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento (...)".

VIII. Que el artículo 74 del Reglamento antes invocado sobre la adopción de medidas preventivas determina: "(...) El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar (...)"

IX. Que el artículo 76 del Reglamento citado en líneas precedentes, reza: "(...) De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción (...)".

X. Que en las conclusiones del Informe SCPM-IZ8-76-2017 de 20 de noviembre de 2017, suscrito por el economista José Leonardo Matías Sánchez y abogado Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca, expertos de Abogacía de la Competencia y remitido mediante memorando No. SCPM-IZ8-527-2017 de 20 de noviembre de 2017, firmado por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8, se determina lo siguiente:

"(...) El contrato de hipoteca es una figura legal comúnmente utilizada por diversos operadores económicos en sus relaciones comerciales establecidas, lo cual se encuentra permitido por el Código Civil y el Código de Comercio; tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de una obligación principal (...)".

"(...) FORZIBREM S.A. a diciembre de 2016 tenía una deuda aproximada de USD$.462.833,43 de conformidad con lo señalado en la Tabla No.2 del presente Informe lo cual podría presumir que la existencia de la hipoteca suscrita por los demandantes tenía la finalidad exclusiva de garantizar los pagos adeudados a UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., producto de la relación comercial previamente establecida (...)".

"(...) Las medidas preventivas solicitadas por el señor Jaime Gandolfo Barahona en representación de los operadores económicos RILOMAX S.A. y FORZIBREM S.A. no tienen como finalidad evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores económicos; sino únicamente evitar la ejecución de un contrato de hipoteca, que tiene un efecto únicamente en los operadores económicos RILOMAX S.A. y FORZIBREM S.A.

En mérito de los fundamentos que anteceden y uso de sus atribuciones legales previstas en los artículos 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia.

RESUELVE:

1. **ACOGER** las conclusiones del Informe **SCPM-IZ8-76-2017** de 20 de noviembre de 2017, suscrito por el economista José Leonardo Matías Sánchez y abogado Carlos Eduardo Muñoz Montesdeoca, expertos de Abogacía de la Competencia, remitido a este órgano de sustanciación y resolución mediante memorando **No. SCPM-IZ8-527-2017** de 20 de noviembre de 2017, firmado por el economista Alberto David Segovia Araujo, Intendente Zonal 8.

2. **NEGAR** por improcedente la petición de adopción de medidas preventivas solicitadas por el señor Jaime Gandolfo Barahona, en representación de los operadores económicos **RILOMAX S.A. y FORZIBREM S.A.,** petición efectuada en contra del operador económico **UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A.** mediante solicitud formulada el 06 de octubre de 2017 y dirigida a esta Comisión de Resolución de Primera Instancia.
3. **NOTIFICAR** con la presente Resolución a la Intendencia Zonal 8 de la SCPM y a los operadores económicos **RILOMAX S.A.** y **FORZIBREM S.A.**
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc, de esta Comisión, el abogado Christian Torres Tierra.- **NOTIFIQUESE y CUMPLASE.-**

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO