EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-034-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 19 de enero de 2022, 09h46.-

Comisionado sustanciador: Marcelo Vargas Mendoza

VISTOS

[1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> *"**Artículo único.-** Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:*
>
> *Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:*
>
> - *Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
> - *Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
> - *Doctor Edison René Toro Calderón."*

[2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Edison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.

[3] La acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 11 de octubre de 2021, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Andrea Paola Yajamín Chauca como Secretaria Ad-hoc de la CRPI.

[4] El memorando SCPM-IGT-INICPD-233-2021-M de 26 de octubre de 2021 y anexos, signado con Id. 211468, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD), remitió el Informe final No. SCPM-IGT-INICPD-060-2021 dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020.

[5] El Informe final No. SCPM-IGT-INICPD-060-2021.

[6] El memorando SCPM-IGT-INICPD-235-2021-M de 28 de octubre de 2021, signado con Id. 211561, mediante el cual la INICPD indicó lo siguiente:

> *"Como alcance al memorando SCPM-IGT-INICPD-233-2021-M, de 26 de octubre de 2021 mediante el cual, se notificó el Informe Final N.° SCPM-IGT-INICPD-060-2021 emitido dentro del expediente N.° SCPM-IGT-INICPD-022-2020, esta Intendencia informa a la CRPI, que el informe remitido contiene información reservada."*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[7] La providencia de 29 de octubre de 2021 expedida a las 13h10, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

> *"**PRIMERO.- AVOCAR** conocimiento del expediente SCPM-CRPI-034-2021*
>
> *(...)*
>
> ***TERCERO.- TRASLADAR** al operador económico **SUMESA** el Informe final No. SCPM-IGT-INICPD-060-2021 para que, en el término de diez (10) días, presente sus alegatos de conformidad con el inciso primero del artículo 71 del RLORCPM y el literal a. del artículo 16 del IGPA.*
>
> ***CUARTO.-LLAMAR** a participar como persona interesada al operador económico **ORIENTAL,** de conformidad con el artículo 151 del Código Orgánico Administrativo.*
>
> *(...)"*

[8] La providencia de 08 de noviembre de 2021 expedida a las 09h21, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

> *"(...)*
>
> ***SEGUNDO.- TENER** como tercero interesado al operador económico ORIENTAL.*
>
> ***TERCERO- TENER** como abogado del operador económico ORIENTAL a Eduardo Esparza Paula, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> ***CUARTO.- TRASLADAR** al operador económico ORIENTAL el Informe Final No. SCPMIGT-INICPD-060-2021 para que, en el término de diez (10) días, manifieste lo que considere pertinente.*
>
> *(...)"*

[9] La providencia de 22 de noviembre de 2021 expedida a las 10h23, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

> *"(...)*
>
> ***TERCERO.- CONVOCAR** a los operadores económicos SUMESA y ORIENTAL, así como a la INICPD, a una audiencia pública el 30 de noviembre de 2021 a las 10h00, que se realizará con las reglas indicadas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> *(...)"*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[10] La providencia de 24 de noviembre de 2021 expedida a las 12h55, mediante la cual la CRPI dispuso lo siguiente:

> "(…)
>
> ***QUINTO.- TRASLADAR*** *la realización de la audiencia pública virtual al martes 7 de diciembre de 2021 a las 10h00, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> (…)"

[11] La boleta de notificación de la Resolución de 07 de enero de 2022 expedida a las 16h15, signada con Id. 222380, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado dispuso lo siguiente:

> *(…)* ***DOS.- DECLARAR LA NULIDAD*** *del procedimiento administrativo sancionador a partir de la Resolución de 30 de enero de 2020, las 14h00, en la cual, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resolvió prorrogar el plazo de la investigación por 180 días adicionales, todo lo posterior a esta actuación administrativa se deja sin efecto a partir de la notificación con la presente resolución;* ***TRES.-*** *En mérito de la nulidad declarada, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en coordinación con la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, deberá establecer el estado procesal de las medidas preventivas solicitadas por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., que tienen relación con la presente causa.- (…)"*

[12] El escrito presentado el 07 de enero de 2022, signado con Id. 222299, mediante el cual el operador económico **SUMESA S.A.** (en adelante **SUMESA**) solicitó lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *Señores Comisionados, solicitamos se certifique y se reproduzca dentro del presente expediente el Informe No. SCPM-DS-012-2021 de fecha 23 de diciembre de 2021, suscrito por el economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico, signado con el número de trámite ID. 220004 contenido en el Expediente SCPM-DS-INJ-RA-019-2021.*
>
> *(…)"*

[13] La boleta de notificación de la Resolución de 12 de enero de 2022 expedida a las 17h30, signada con Id. 222733, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado dispuso lo siguiente:

> *"(…) esta autoridad* ***RECTIFICA****, el texto: "(…) todo lo posterior a esta actuación administrativa se deja sin efecto a partir de la notificación con la presente resolución.", sustituyéndose por: "conservándose la documentación del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-0027- 2019, cuyo*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

contenido no ha sido alcanzado y alterado a consecuencia del vicio identificado: "incorrecta definición del mercado relevante."";

d) Respecto del apartado Noveno "Resolución", numeral TRES, en el que se dispuso: "En mérito de la nulidad declarada, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en coordinación con la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, deberá establecer el estado procesal de las medidas preventivas solicitadas por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., que tienen relación con la presente causa", esta autoridad ***RECTIFICA*** *el texto, sustituyéndose por: "En mérito de la nulidad declarada en el numeral DOS, al no encontrarse materializados los presupuestos previstos en el artículo 78 del RLORCPM, las medidas preventivas solicitadas por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., se encuentran vigentes"; (...)"*

CONSIDERANDO

[14] Que, mediante Resolución de 07 de enero de 2022 expedida a las 16h15, el Superintendente de Control del Poder de Mercado declaró la nulidad del procedimiento administrativo sancionador sustanciado en el marco de los expedientes SCPM-IGT-INICPD-0027-2019 y SCPM-CRPI-013-2021, a partir de la Resolución de 30 de enero de 2020 expedida las 14h00, sustentando su decisión en lo siguiente:

"(...)

En la especie, conforme detalla el especialista técnico, respecto del mercado relevante, "[...] se considera como producto a los fideos largos y sus sustitutos, y preliminarmente (como se verá a continuación) se indica que habría dos mercados relevantes distintos: i) la producción de fideos largos y sus sustitutos; y, ii) la comercialización de fideos largos y sus sustitutos [...]"; por tanto este es el parámetro con el que debió continuar el proceso, pues sobre esta conclusión el operador económico SUMESA S.A. ejerció su defensa.

En línea de lo tratado y expuesto, corresponde analizar la última etapa del procedimiento investigativo para fines de estudio del mercado relevante como elemento trascendental en la apelación que se atiende. Así, el fin de la etapa de investigación está encasillada en la norma por el informe final, insumo técnico y legal que abarca toda la conclusión del procedimiento de investigación y la etapa de prueba, que -contrarrestados los elementos de hecho y de derecho arrojan conclusiones en mérito a los parámetros establecidos por la etapa precedente que concluye con la formulación de cargos.

Es por tal, que para esta autoridad, al revisar la determinación del mercado relevante, evidencia una variación en el mismo, que -como señala el especialista técnico- en esta fase la INICPD a ese respecto señaló: "[...] establece que el mercado relevante, estaría conformado por los fideos largos comercializados a nivel nacional [...]"; llamando la atención de esta autoridad, que la CRPI advierte de la variación, y -en el párrafo [1204]- menciona que corresponde a una aclaración por parte de la Intendencia de Investigación, y determina como

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

mercado relevante: "[…] al de fideos largos comercializados, entre los que se consideran aquellos producidos a partir de trigo, en presentación de varilla o madeja y sin considerar as (sic) los fideos instantáneos […]". Criterio que concuerda con el informe final pero genera duda respecto del informe de resultados.

(…)

Luego del análisis efectuado, lográndose evidenciar que la resolución impugnada acogió una modificación del mercado relevante señalado por la Intendencia de Investigación y Control, se puede concluir la existencia de una modificación trascendental en el procedimiento administrativo, que –sin la motivación y ejercicio administrativo de fundamentación de cambio para el agente económico- genera una vulneración de derechos constitucionales; específicamente, debido proceso y derecho a la defensa, este último en sus garantías de:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento;
b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa;
c) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas;

(…)

Habiéndose visto que la primera etapa –por mandato teórico y normativo- para el análisis conductual es definir el mercado relevante, este requisito no puede dejarse a un lado cuando, para el análisis de daño a la competencia, debe analizarse si la conducta tiene relevancia para los ojos del marco normativo, pues ninguna violación en materia de defensa de la competencia para prácticas desleales podría verificarse, si no existe una definición de mercado de referencia. En consecuencia, ante una falta de concordancia y linealidad en la definición del mercado relevante en el procedimiento administrativo, no puede considerarse satisfactoria la conclusión de la omisión conductual, pues el campo de defensa del administrado no demarca una verdad procesal concreta, tornando que no se pueda sancionar conforme a derecho ninguna conducta dada.

(…)

En suma, sin una debida justificación y el dejar términos o conceptos indefinidos -como se ha analizado en el informe técnico emitido en la presente causa-, genera que el operador económico SUMESA S.A., no haya podido ejercer su derecho a la defensa de una manera correcta, es decir, no pudo presentar pruebas, alegatos relacionados al nuevo mercado relevante, ni tampoco contradecir los argumentos señalados, puesto que, ejerció su derecho sobre un parámetro distinto que no puede conformar una verdad procesal.

(…)

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

Al haberse establecido la violación al derecho a la defensa del operador económico SUMESA S.A., a partir de la inconsistencia y falta de concreción en el mercado relevante determinado en el informe de resultados respecto de la sustituibilidad de la oferta y la demanda, conforme establece el Informe No. SCPM-DS-012-2021 de 23 de diciembre de 2021, emitido por el economista Carl Pfistermeister, habiéndose determinado la existencia de vicio insubsanablemente del procedimiento por afectación al derecho a la defensa, seguridad jurídica y motivación del acto administrativo, se vuelve infructuoso el análisis de los demás puntos controvertidos determinados en mérito del recurso de apelación, por lo que, esta autoridad no se pronunciará al respecto.

(...)"

[15] Que, en el presente caso la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD), soportó el informe final SCPM-IGT-INICPD-060-2021 en el mismo mercado relevante establecido en el expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019, así:

"(...)

Por lo que, esta Intendencia se refiere a la definición del mercado relevante realizado en el expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019, el cual, fue acogido y ratificado por la CRPI mediante resolución de sanción de 29 de septiembre de 2021, dictada dentro del expediente SCPM-CRPI-013-2021, en los siguientes términos:

(...)"

[16] Que, teniendo en cuenta que el vicio de nulidad que indicó el Superintendente de Control del Poder de Mercado se basó fundamentalmente en la definición de mercado relevante establecida por al INICPD en el expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019, el presente procedimiento también adolecería del mismo vicio.

[17] Que, siendo esto así, la CRPI declarará la nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador desde la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, mediante la cual la INCPD dispuso lo siguiente:

"PRIMERO.- Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGTINICPD-0022-2020, en contra del operador económico SUMESA S.A., por el presunto cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 78, numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

(...)"

[18] Que, el artículo 107 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) establece lo siguiente:

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

> *"Art. 107.- Efectos. La declaración de nulidad tiene efecto retroactivo a partir de la fecha de expedición del acto declarado nulo, salvo que la nulidad sea declarada con respecto a los vicios subsanables.*
>
> *La declaración de nulidad con respecto a los derechos de terceros, adquiridos de buena fe, generará efectos desde su expedición.*
>
> *La declaración de nulidad de un acto administrativo afecta exclusivamente al acto viciado, salvo en los casos en que el procedimiento administrativo deba también ser declarado nulo de conformidad con este Código.*
>
> ***Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado.***
>
> *El órgano que declare la nulidad del procedimiento administrativo dispondrá la conservación de aquellos actos administrativos, diligencias, documentos y más pruebas cuyo contenido se ha mantenido igual de no haberse incurrido en el vicio que motiva la declaración de nulidad del procedimiento."* (Negrita y subrayado por fuera del texto).

[19] Que, como se trata de la nulidad del procedimiento administrativo, la CRPI es competente para declararla.

[20] Que, teniendo en cuenta que la Resolución de 07 de enero de 2022 expedida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado acogió el informe SCPM-DS-012-2021 de 23 de diciembre de 2021 suscrito por el economista Carl Pfistermeister Mora, y que la misma será agregada al presente expediente, la CRPI no encuentra necesario agregar el mencionado informe al presente expediente y, en consecuencia, rechazará la solicitud presentada por el operador económico **SUMESA**.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente:

(i) La boleta de notificación de la Resolución de 07 de enero de 2022 expedida a las 16h15, signada con Id. 222380.

(ii) El escrito presentado por **SUMESA** el 07 de enero de 2022, signado con Id. 222299.

(iii) La boleta de notificación de la Resolución de 12 de enero de 2022 expedida a las 17h30, signada con Id. 222733.

SEGUNDO- DECLARAR la nulidad del procedimiento administrativo sancionador a partir de la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

2020, mediante la cual la INICPD resolvió "*Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGTINICPD-0022-2020, en contra del operador económico SUMESA S.A., por el presunto cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 78, numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*"

TERCERO.- RECHAZAR la solicitud del operador económico **SUMESA** realizada en el escrito presentado el 07 de enero de 2022, signado con Id. 222299, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO.- NOTIFICAR la presente resolución a los operadores económicos **ORIENTAL** y **SUMESA**, así como a la INICPD.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

Édison Toro Calderón
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
JAIME FERNANDO LARA IZURIETA

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
MARCELO VARGAS

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador