



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-013-2021
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-019-2021
- **Apelante:** SUMESA S.A
- **Contraparte:** ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-** Quito, DM, 07 de enero de 2022, a las 16h15.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta en el expediente; en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., en contra de la Resolución de 29 de septiembre de 2021 de las 10h24, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021; en uso de mis facultades legales, dispongo:

**PRIMERO.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-**

a) Agréguese al expediente el escrito presentado por Eduardo Esparza Paula, abogado patrocinador debidamente autorizado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 07 de enero de 2022 a las 11h51, signado con el número de trámite ID. 222253; b) En atención al mismo: **b.1)** En relación al pedido relacionado a: “(...) que nos conceda copia del expediente completo que incluya la grabación de la audiencia de 8 de diciembre de 2021 (...)”; concédase al peticionario copias simples digitales del Expediente Administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-019-2021, cerciorándose que conste el audio y video de la audiencia celebrada el 08 de diciembre de 2021; para el efecto, se dispone al Secretario de Sustanciación, que en el término de dos (2) días, realice la remisión vía electrónica del enlace de descarga de la reproducción del expediente, en caso de ser necesario, realice las gestiones correspondientes en la Secretaría General.-

**SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.-

**TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-**

El señor Jorge Julián García Miranda, Gerente General y Representante Legal del operador económico SUMESA S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 28 de octubre de 2021 a las 09h37 con número de trámite ID. 212651, presentó un recurso de apelación, en contra de la Resolución de 29 de septiembre de 2021 de las 10h24, emitida por la Comisión de



Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021.

Mediante providencia de 11 de noviembre de 2021, a las 12h20, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-

#### **CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-**

Resolución de 29 de septiembre de 2021 de las 10h24, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021, en la que se resolvió:

*“[...] PRIMERO.- DECLARAR que el operador económico SUMESA S.A. cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación, de conformidad con lo establecido en literal a) del numeral 4, y numeral 5 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución. SEGUNDO.- IMPONER al operador económico SUMESA S.A, la multa de CIENTO SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 33/100 (USD. \$ 161,471.33), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [...]”<sup>1</sup>*

#### **QUINTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-**

El operador económico SUMESA S.A., en su escrito de apelación, procura:

*“[...] La pretensión de la apelación del acto administrativo del cual recurrimos expresamente ante su Excelencia, y de conformidad a lo establecido en el artículo 173 de la Constitución y en el numeral 2 del artículo 44 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-; y el artículo 52 del Instructivo de Gestión procesal Administrativa SCPM, es que se deje sin efecto la Resolución de Primera Instancia dentro Expediente No. SCPM-CRPI-013-2021[...].”*

Pretensión por medio de la cual aspira dejar sin efecto el acto administrativo que estableció la sanción al operador económico SUMESA S.A.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación basado en los siguientes presupuestos: **a)** Vicios de invalidez dentro del procedimiento administrativo; **b)** Falta de motivación de las pruebas que obran en el expediente; **c)** Sobre la identificación del agente económico que supuestamente se pretende denigrar; **d)**

<sup>1</sup> Resolución de 29 de septiembre de 2021 de las 10h24, Versión Pública.



Mercado Relevante e) Violación de Derechos fundamentales y contrariedad a derechos en errática calificación jurídica de los hechos por la adopción de las medidas preventivas; f) Actos de denigración y actos de comparación; g) Determinación de la multa; y, h) Supuesta afectación de la conducta desleal en el mercado relevante y sus efectos económicos.

Postulados principales que se transcriben en el siguiente texto:

***“[...] 3.1. VICIOS DE INVALIDEZ DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. [...]”***

*Sobre el referido hecho a la que hace referencia la CRPI consta en la providencia de fecha 05 de agosto de 2020 dentro del Expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019, en la disposición novena donde la INICPD emplaza a mi representada bajo un requerimiento de información que identifique "de que marca fue el producto (tallarín), utilizado para ser comparados en los programas de boca en boca y en casa en casa", siendo un mandato de la Autoridad se le proporcione la información requerida, solicitando a la Autoridad que se declare la confidencialidad y reserva la información entregada, dejando claro que la marca no fue revelada en el comercial sino hasta ese momento por el requerimiento solicitado por la Autoridad, informando que existen otras marcas que también comercializan tallarines idénticos, por lo que no se hizo alusión a Oriental ya QUE JAMÁS SALIÓ EN NINGUNA PUBLICIDAD la identificación de la marca y el producto utilizado [...]*

*La Administración tomó una posición jurídica de ventaja para el denunciante, causándole una situación gravosa a mi defendida, violando el principio de la imparcialidad, principio de confidencialidad, a la tutela judicial efectiva causándole indefensión y afectación a su derecho a la defensa, la Intendencia y la CRPI se constituyó en juez y parte del procedimiento, este hecho no soporta una revisión contenciosa y peor aún constitucional.*

*Viciado de nulidad absoluta, el proceso ha traído como consecuencia que esta nefasta actitud de parcialidad tomada por la Intendencia y la CRPI provoco que los elementos probatorios no hayan sido valorados por la entrega de esta información, violando el principio y reglas esenciales del orden jurídico que la misma estaba obligada acatar en sus actuaciones de conformidad con el postulado del Estado de derecho, ese acto dictado carece de validez que lesiona de forma grosera y grotesca la esencia misma del procedimiento [...]*

***3.2. FALTA DE MOTIVACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE. [...]***

*Señor Superintendente, en el acápite 7 denominado “DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN” constante en la página 162 y siguientes de la Resolución Recurrida, se presentan vicios por falta de motivación, siendo totalmente inmotivado desde el punto de vista jurídico ya que la CRPI se limitó en hacer una enumeración de las pruebas promovidas por las partes, sin realizar ningún tipo de valoración de ellas para concluir señalando que no son pertinentes, ni conducentes, ni útiles, donde está el análisis de estas pruebas por parte de la CRPI para descartarlas?*



*La CRPI no tomó en consideración que efectivamente el operador económico Oriental utiliza tartazina y que el mismo regulador del Estado (ARCSA) así también lo confirma, donde se demuestra el parámetro de veracidad y exactitud [...]*

*Si la Intendencia determinó como mercado relevante por producto a las Pastas y Fideos Largos y no a la Publicidad Analizada, y si en este contexto, mi representada presentó pruebas dentro del mercado relevante por producto determinado Pastas y Fideos Largos, entonces a que se debe que no son pertinentes y relevantes las pruebas presentadas?*

*Lo que sucede señor Superintendente, es que erraron en la determinación del mercado relevante, este debió ser la Publicidad Analizada y no los productos de pastas y fideos largos, si hubiese sido de esta última manera entonces el señor Intendente hubiese tenido razón, pero queremos creer que por su falta de experiencia en Derecho de Competencia erró diametral y gravísimamente.*

*Si el señor Intendente determinó el mercado relevante por producto a las Pastas y Fideos Largos y no a la Publicidad Analizada, entonces la Intendencia y la CRPI debió aceptarse las pruebas de mi representada dentro de ese mercado relevante determinado y no en otro mercado relevante que no fue determinado.*

*Si analizamos las valoraciones y calificación de los elementos de juicio en que la CRPI fundamenta sus alegatos, al no considerar las pruebas aportadas por Sumesa, señalando que no son pertinentes, conducentes y útiles para demostrar el parámetro de la veracidad, debido a que no corresponde al producto comparado en la publicidad, observaremos que se ha desviado del eje central del mensaje cuya vertiente es el contenido del colorante sin identificar a ningún operador económico (información relevante para el consumidor) enfocándose más bien en el producto supuestamente comparado basándose en los elementos abstractos que conforman los elementos artísticos de la publicidad (gramaje, figuras geométricas, colores, término otros tallarines, precio).*

*La CRPI no calificó la prueba conforme a la base fundamental del mensaje que es la verdad del colorante, en la publicidad no se identificó ninguna marca existiendo varias en el mercado, más aun cuando la CRPI sí reconoce que otros productos de Oriental contienen colorante y, asimismo, el ente control sanitario el ARCSA, reconoce que el operador económico Oriental utiliza el componente de Colorante en sus productos.*

*En la publicidad no se identificó marca, producto ni operador económico alguno, [...]*

### **3.3. SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL AGENTE ECONÓMICO QUE SUPUESTAMENTE SE PRETENDE DENIGRAR. [...]**

*La CRPI hace su análisis por tipo de consumidor y conforme a la información que se brinda en la publicidad señala que el consumidor puede aducir -de acuerdo a su nivel de percepción- identificar al agente económico, cuando en la publicidad no se identifica agente económico, un consumidor no puede identificar a un operador económico si*



*en la publicidad no contiene sus elementos distintivos, es decir, la CRPI tácitamente acepta que en la publicidad no se ha identificado el producto ni marca alguna.*

*Ahora bien, lo anterior es importante debido a que la CRPI involuntariamente, no definió las características específicas de un consumidor medio, consumidor éste que abarca en los análisis realizados por la CRPI en la resolución recurrida [...]*

*Un consumidor medio que sabe leer y escribir no pudo identificar a un operador económico si en la publicidad no pudo leer el nombre de otro operador económico y tampoco pudo distinguir a uno cuando son varios los que tienen los mismos elementos distintivos.*

*Nuevamente, la CRPI no ha demostrado que LOS DIFERENTES TIPOS DE CONSUMIDORES relacionan por medio de su percepción y con la información contenida en la publicidad, implícitamente a un operador económico supuestamente denigrado. Existen meras conjeturas. La publicidad comparativa es legal. [...]*

### **3.4. MERCADO RELEVANTE [...]**

*Por disposición de la CRPI en la etapa resolutoria se practicaron actuaciones complementarias, mi representada presentó sus descargos a los informes de las actuaciones complementarias probatorias relativas al mercado relevante y demostró lo siguiente:*

- 1. El objeto del mercado relevante DETERMINADO es el PRODUCTO PASTAS LARGAS (BIENES), la Intendencia en los análisis económicos no solo incluye en el mercado relevante a operadores económicos fabricantes sino también a los distribuidores, comercializadores e intermediarios que brindan SERVICIOS, en el listado de los 43 operadores económicos.*
- 2. Que la Intendencia determinó UN MERCADO RELEVANTE que es el "PRODUCTO", y en ese análisis económico incluyó a otros operadores económicos que no forman parte de ese mercado relevante determinado, siendo que, en el análisis de UN MERCADO RELEVANTE han incluido en realidad a TRES MERCADOS RELEVANTES, los cuales son:*
  - Operadores económicos de producción de fideos y pastas largas (PRODUCTO)-Mercado relevante determinado.*
  - Operadores económicos de servicios de Distribución de fideos y pastas largas (SERVICIOS).*
  - Operadores económicos de Producción y servicio de Distribución de fideos y pastas largas (PRODUCTO I SERVICIOS)*

*Cuando solamente debió realizar la INICDP el análisis ÚNICAMENTE con los Operadores económicos de producción de fideos y pastas largas (PRODUCTO)-Mercado relevante determinado por la misma Intendencia.*



*Lo anterior implica que el análisis del mercado relevante no se corresponde, y como consecuencia de esto, un mercado relevante mal definido afecta insubsanablemente las conclusiones jurídicas y económicas, por cuanto el mercado relevante delinea el ámbito en el que deben juzgarse los posibles efectos anticompetitivos.*

*En consecuencia, de esto, la CRPI delimita el mercado relevante, sustituyendo el mercado relevante determinado por la Intendencia determinando OTRO MERCADO RELEVANTE el cual sería el de fideos largos comercializados a nivel nacional y no el determinado por la Intendencia en la formulación de cargos y en el Informe Final como el mercado producto de las pastas y fideos largos y sustitutos.*

*La CRPI altera la determinación del mercado relevante para incluir a los operadores económicos que prestan un Servicio, es decir, a los Comercializadores y Distribuidores.*

*Durante la etapa de resolución la CRPI accionó dentro de sus facultades las actuaciones complementarias probatorias, quedando plenamente demostrado en los Informes complementarios los errores cometidos por la Intendencia en incluir dentro del mercado relevante, no solo a los productos, sino a los distribuidores y comercializadores, manifestando mi representada que los análisis económicos son insubsanables afectando la validez del acto, basada en un falso supuesto, por cuanto el mercado relevante determinado fue dirigido al productor y no al distribuidor ni al comercializador.*

*Sobre este hecho al quedar plenamente demostrado los errores en el análisis económico, la CRPI sustituye erráticamente y determina el mercado relevante para incluir a los distribuidores y al comercializadores, como elementos válidos en su decisión y así, para imponer la sanción y las medidas correctivas.*

*Esta facultad de sustituir el mercado relevante nos ha dejado en completa indefensión, ya que mi representada se ha defendido en el mercado relevante determinado por la Intendencia: mercado por producto de pastas y fideos largos, y no en el mercado relevante determinado por la CRPI. Esto constituye una nulidad absoluta de pleno derecho.*

*Señor Superintendente, semejante decisión de la CRPI, afecta la validez del acto así formado ya que está basada en falsos supuestos, y se produce por la sustitución inoportuna del mercado relevante, no cabe en este momento procesal, luego de varios informes, sustituir el mercado relevante para hacer un espíritu de cuerpo con la Intendencia y "subsanan" a la fuerza el error en la determinación del mercado relevante. Se nos ha dejado en indefensión. [...]*

### **3.5. VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONTRARIEDAD A DERECHO EN ERRÁTICA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS POR LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS. [...]**

*La medida de censura aplicada a SUMESA, prohíbe dar cobertura a sus productos en los medios de comunicación, no llenan los extremos procedimentales exigidos en los dos presupuestos del Art. 62 de la LORCPM, fumus boni iuris apariencia de buen derecho, ni tampoco pone en riesgo la Resolución Final con el peligro de la demora -periculum in mora-*



*No cabe duda alguna que la medida preventiva aplicada a mi representada logró la finalidad del denunciante, imponer sus razones a toda costa para silenciar a Sumesa de la difusión y la información que trasmite a los consumidores las bondades de sus productos, la expresión -indirecta- no es más que un abuso de control encaminado a impedir la información, es una medida -mordaza- contra los derechos de los consumidores.*

*La libertad de expresión puede ser legítimamente limitada siempre y cuando las restricciones sean proporcionales y adecuadas, la medida preventiva es restrictiva, proteccionista desproporcionada, drástica y radical, anticompetitiva, que vulnera a mi representada el derecho a la libertad de expresión, impide y restringe (sic) la libre competencia y la concurrencia en el mercado. [...]*

### **3.6 ACTOS DE DENIGRACIÓN [...]**

*En el escenario concurrencial de la dinámica del mercado, se les permite a los consumidores distinguir una oferta de otra, así como las bondades comparativas de sus similares, los atributos de un producto o servicio, los beneficios que ofrece, y sus necesidades como alternativa para el consumo. Un consumidor no se somete a tan exaltada magnitud de detalles, de precisiones matemática, geometría, de espacio, de colores (un universo total de abstracciones) como lo analiza la CRPI, sino que se enfoca en sus necesidades, el consumidor adquiere el producto que le satisface, no busca un laberinto de elementos literales abstractos como el color rojo (que no es de propiedad de oriental), la figura gráfica (que tampoco es propiedad de oriental), el delantal (que tampoco es propiedad de oriental) la letra de la palabra en color blanco (que tampoco es propiedad de oriental), el tipo de letra /tipo chino (que tampoco es propiedad de oriental), para llegar a una conclusión de que se trate de un producto de Oriental cuando lo único que le interesa al consumidor es adquirir las bondades del producto a su satisfacción.*

*La CRPI aduce que un CONSUMIDOR MEDIO entendería que el producto comparado sería de los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL tomando en cuenta el color rojo del mandil, la forma contorneada de amarillo con finalización en punta hacia abajo, las letras blancas dentro de dicho contorno el contraste de los colores azul y rojo en la ambientación de la publicidad, la evocación a la letra tipo china, la expresión "otros tallarines", existiendo una identificación indirecta pero inequívoca a los tallarines identificados con la marca FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200g.*

*Primeramente, la CRPI carece de sustento técnico y fáctico, en tanto que no ha demostrado que el CONSUMIDOR MEDIO relaciona dichos elementos con la identificación del operador económico Oriental, no se puede calificar la conducta sobre la base de meras conjeturas. [...]*

*Señor Superintendente, el símbolo utilizado por las empresas de autos reconocidos es el mismo, y entre ellas no se están haciendo alusión ni directa ni indirectamente, por cuanto el diseño de la marca lo conforma lo que está dentro del símbolo como lo es el nombre de la marca y la imagen que lo identifica [...]*



*Es grave calificar una conducta desleal identificando a un operador económico por una forma, gráfica, figura geométrica que no tiene los elementos de distintividad, no se menciona operador económico, marca ni producto alguno en las publicidades. [...]*

*El consumidor medio no percibe que el uso de la palabra "otros tallarines", el uso de figuras gráficas o geométricas, colores, como una referencia a oriental, no se puede vincular un término de uso común general para identificar a un operador económico, los elementos utilizados en la publicidad son esquemas publicitarios de libre acceso elementos complementarios, esto no expresa la identidad de un operador económico sino presenta sus elementos de distintividad, por ejemplo el término de TALLARINES es utilizado en la industria alimenticia, todo lo que diga TALLARIN identifica al operador económico ORIENTAL, es absurdo pensar eso. LO UNICO QUE BUSCA ORIENTAL ES NO COMPETIR.*

*La CRPI aduce que el consumidor medio relaciona dichos elementos con la identificación del operador económico Oriental a los productos tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL, es importante analizar en la dinámica del mercado quienes son los CONSUMIDORES MEDIO. [...]*

*Sobre el parámetro de la Veracidad, la CRPI distorsiona o desvía el mensaje de la publicidad que va dirigida a informarle al consumidor que "OTROS TALLARINES" tal como está reflejado en la pauta publicitaria, sí contienen colorante, siendo el mensaje claro y preciso cuando señala que existen otros tallarines (sin determinación) que utilizan colorantes. Estas afirmaciones no están atadas ni vinculadas al gramaje, ni a la figura geométrica, ni al color utilizado, ni al precio, esto solo conforma el diseño y elementos adicionales artístico de una publicidad, que no están al apego al mensaje publicitario, son simplemente esquemas de uso libre, complementarios en el diseño de una publicidad, que no van dirigido a la veracidad del mensaje que se busca transmitir en la pauta comercial, en afirmar que otros tallarines sí contienen colorante. [...]*

*Finalmente, la CRPI reconoce que no hay prueba en el expediente que acredite que Oriental vende spaghetti de colores y con apariencia de plástico, e indica que los productos de oriental no tienen dicha apariencia, por lo que no es conducente el parámetro de exactitud, y confirma que no se está haciendo alusión a los productos de oriental ya que no se identifica en la publicidad empresa, operador económico, producto o marca alguna. ¿Y entonces, en qué parte de la publicidad analizada se identifica a Oriental?*

*No hay denigración, el colorante no es un elemento denigrante, ya que es un aditivo legalmente permitido, que contiene sus controles sanitarios, no puede configurarse la conducta desleal de actos de denigración ya que ninguna de las publicidades (sic) contribuyó a menoscabar el crédito comercial del operador económico Oriental. Oriental mantiene su porcentaje de participación como el número 1, no se comprobó riesgo ni daño ni afectación alguna, y esto es debido a que no hubo afectación por cuanto en las publicidades no se identificó empresa, operador económico, producto o marca alguna, no hubo menoscabo del crédito comercial del operador denunciante porque en las publicidades no hubo identidad ni distintividad de Oriental. [...]*



### **3.7. ACTOS DE COMPARACIÓN [...]**

*Es permitida la publicidad comparativa lícita pues éste tipo de publicidad goza de un elemento justificador que consistente en su carácter informativo, el cual beneficia el interés superior del consumidor y que prevalece sobre el interés particular de Oriental de conformidad con el artículo 4 numeral 2 de la LORCPM, porque le está trasladando al consumidor/usuario información relevante para una adecuada decisión de consumo (Art. 52 de la Constitución).*

*En otras palabras, la publicidad comparativa lícita logra ser tolerada por el ordenamiento jurídico en la medida que se cumple la finalidad superior de trasladar información que necesita el consumidor en un mercado. El interés superior del consumidor releva de protección el derecho privado del competidor afectado, ello siempre y cuando la publicidad comparativa se encuentre dentro de los límites que la licitud le impone.*

*En tal sentido, en el presente caso no se ha demostrado afectación sufrida por ningún el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita, y en caso de haberlo, que no es así, es considerado un daño aceptable y natural y legítimo (daño concurrencial legítimo), es decir, un daño concurrencial lícito. Esta licitud del daño concurrencial producto del uso de publicidad comparativa es consistente con el interés superior del consumidor aceptado por el modelo social y, por su intermedio, por el ordenamiento jurídico nacional.*

*La comparación, es en este caso es totalmente relevante y representativa para el consumidor, ya que éste es quien decide qué servicio o producto adquirir en base a las opciones y la publicidad emitida. [...]*

*La comparación efectuada únicamente demuestra los beneficios del producto de Sumesa frente a otros, sin denigrar a ninguno, por cuanto no existe ninguna alusión a operador económico, producto ni marca alguna, más aún cuando existe 5 operadores más que utilizan este aditivo y entre ellos Oriental [...]*

*La CRPI incluye en sus análisis la publicidad de Caparaz [Sic] difundida en la red social Facebook, programas televisivos, medios impresos y spots publicitarios, dicha publicidad no forma parte del Mercado Relevante Temporal, los hechos denunciados fueron el 07 de Junio de 2019, la publicidad de Carapaz, NO FUE DENUNCIADA YA QUE NO HABIA SALIDO A LA FECHA DE LA DENUNCIA, totalmente extemporánea a los hechos que se ventila en el procedimiento, la ley no es retroactiva. El Mercado Relevante Temporal no puede estar más allá de la fecha de presentación de la denuncia.*

*No puede ser prueba una publicidad que se emitió dos años después, totalmente extemporánea en relación con las denunciadas.*

*No puede hacerse extensiva el tiempo de medición de la conducta cuando dichas publicidades ni siquiera habían sido creadas (CARAPAZ), por lo tanto, es totalmente ineficaz, no produce efectos jurídicos válidos y por ende vician el cálculo temporal,*



*nulitando la determinación de la multa, totalmente inmotivada, razón suficiente para considerar el vicio de inmotivación en el acto resolutorio. [...]*

### **3.8 DETERMINACIÓN DE LA MULTA [...]**

#### **1. Errada apreciación sobre la Identificación del agente económico**

*La CRPI realiza un análisis, para determinar la identificación de los elementos del agente económico que supuestamente se pretende denigrar en las publicidades analizadas. En dichos análisis la CRPI no motiva su decisión en elementos concretos precisos y determinables, sino en meras suposiciones, y conjeturas, sin ningún elemento objetivo que desprenda daño alguno al denunciante sino que se sustenta en elementos indeterminables, genéricos que no son de propiedad del denunciante como pretende adjudicársele de su exclusividad, como los colores, letra, figura geométrica, tarrina, para llegar a una conclusión de que se trata del operador económico oriental, en base a esas consideraciones la CRPI erradamente hace responsable a mi representada de los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación, no existe distintivita en las publicidades transmitidas no está identificado el operador económico, ni producto, ni marca alguna para que la CRPI pueda alegar que se trata del operador económico Oriental [...]*

#### **Cálculo de la dimensión del mercado afectado [...]**

*La CRPI señala que incluye la sumatoria del volumen de negocio del mercado relevante de TODOS LOS OPERADORES ECONOMICOS que participan en dicho mercado determinado, se debe partir, primeramente, de la determinación del mercado relevante que determinó la Intendencia en el presente expediente, siendo el objeto del mercado relevante es el PRODUCTO PASTAS LARGAS (BIENES).*

*La Intendencia erráticamente en los análisis económicos no solamente incluye en el mercado relevante a operadores económicos fabricantes sino también a los distribuidores, comercializadores e intermediarios que brindan SERVICIOS, estos operadores económicos que brindan servicios no corresponde a los operadores del mercado relevante determinado por la Intendencia, siendo que, en el análisis de UN MERCADO RELEVANTE han involucrado en realidad a TRES MERCADOS RELEVANTES SOBRE LA SUPUESTA AFECTACIÓN DE LA CONDUCTA DESLEAL EN EL MERCADO RELEVANTE Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS [...]*

*Cuando solamente debió realizar el análisis ÚNICAMENTE con los Operadores económicos de producción de fideos y pastas largas (PRODUCTO) - Mercado relevante determinado por la misma Intendencia.*

*El análisis del mercado relevante no se corresponde a la realidad, y como consecuencia de esto, un mercado relevante mal definido afecta insubsanablemente las conclusiones jurídicas y económicas, por cuanto el mercado relevante delinea el ámbito en el que deben juzgarse los posibles efectos anticompetitivos, y que para el presente caso se encuentra errados. [...]*



*La CRPI erradamente está incluyendo en la sumatoria a operadores económicos que no forman parte del mercado relevante, no son fabricantes ni productores como así lo determinó la Intendencia que el objeto del mercado relevante es el PRODUCTO. Se están incluyendo a distribuciones y comercializadores, esto implica que se incluye en el volumen de negocios a productos duplicados que el PRODUCTOR produce y vende su producto a los DISTRIBUIDORES Y COMERCIALIZADORES, y estos mismos PRODUCTOS son reportados por los DISTRIBUIDORES Y COMERCIALIZADORES, existiendo una duplicidad de volumen de negocios. [...]*

### **3.9. SOBRE LA SUPUESTA AFECTACION DE LA CONDUCTA DESLEALES EN EL MERCADO RELEVANTE Y SUS EFECTOS ECONÓMICOS [...]**

*Mi representada no tiene capacidad de falseamiento del régimen de competencia, no ha mantenido una importante participación en el mercado, ya que representa el 7,89% no es el competidor inmediato de Oriental, estamos en el cuarto lugar ¿cómo se puede afectar el mercado? Es ilógico, no existe influencia del público objetivo, ni existe afectación al operador económico Oriental, en consecuencia mi representada no impide, ni restringe, falsea o distorsiona la competencia, ni atenta contra la eficiencia económica, contra la apertura de mercado o el bienestar general o el derecho de los consumidores. Por lo demás no hay lugar a dudas, que la inmotivación por parte de la CRPI es una clara violación a la Ley, puesto que lo implica la trasgresión de la exigencia contenida en los artículos siguientes [...]*

*Señor Superintendente, la CRPI señala que SUMESA tuvo UN GRAN IMPACTO en el mercado, donde está el impacto? Dónde está el Informe de Daños? GRAN IMPACTO CON EL 7% DE PARTICIPACION DE MERCADO?, no será con GRANDES palabras se trata de justificar la falta de motivación e ilegalidad?.*

*En que Informe de Daños se demuestra el GRAN IMPACTO?, si Oriental mantiene su porcentaje de participación como el número 1. No se comprobó riesgo ni daño ni afectación alguna, en que informe está?.*

*La afectación está en que se ha limitado la libre elección del consumidor. Al consumidor se le proporcionó información verdadera: existen en el mercado 5 operadores que utilizan tartrazina, entre ellos oriental, así lo declara el mismo operador económico en sus certificados sanitarios. El mismo ente del Estado ARCSA indica que existe 5 operadores económicos que utilizan este aditivo entre ellos Oriental, no se atentó contra el consumidor, se le proporcionó información veraz, prevalece el bienestar general del consumidor sobre el interés particular de oriental, además no hay afectación ya que en las publicidades analizadas no se nombró a operador económico, marca ni producto alguno, no hay distintividad del operador afectado.*

*Por lo demás no hay lugar a dudas, que la inmotivación por parte de la CRPI es una clara violación a la Constitución y a la Ley, puesto que implica la trasgresión de la exigencia contenida constitucionalmente. [...]"*

Con dicha fundamentación, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo y –en consecuencia- la imposición de la sanción y medidas correctivas.



## SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL. –

A fin de analizar los presupuestos determinados por el apelante, esta autoridad procederá a revisar los expedientes de investigación, resolución y el que se sustancia el presente recurso de apelación, de los cuales se destacan como principales constancias procesales las que se anotan:

### a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-027-2019:

1. Mediante escrito y anexos de 07 de junio de 2019 a las 12h21, signados con el número de trámite Id. 134414, el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., presentó denuncia por presuntos actos de competencia desleal en contra del operador económico SUMESA S.A., en la misma que se señala: “(...) *INICIO DE INVESTIGACIÓN. Al existir claros indicios del cometimiento de las conductas denunciadas y al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM y los artículos 57 y 59 de la RLORCPM, pido a su autoridad que resuelva el inicio de una investigación por denuncia, de conformidad con los artículos 53 y 56 de la LORCPM, en concordancia con el primer párrafo del artículo 62 del RLORCPM (...)*”;
2. La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante “INICPD”), a través de la providencia expedida el 19 de junio de 2019 a las 17h00 avocó conocimiento de la denuncia y anexos presentados por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., el 07 de junio de 2019 a las 12h21: y, abrió el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-027-2019; así también dispuso se corra traslado al operador económico SUMESA S.A. con la mencionada denuncia para que en un término de quince (15) días se pronuncie acorde a lo establecido en el artículo 55 de la LORCPM. Traslado que se requirió nuevamente con providencia de 20 de junio de 2019, por un error en la dirección del operador económico SUMESA S.A.;
3. Mediante escrito de 26 de julio de 2019, a las 17h00, con número de trámite ID. 138983, SUMESA S.A. presenta sus explicaciones a la denuncia presentada en su contra;
4. Con Resolución expedida el 29 de julio de 2019 a las 12h00, la INICPD resolvió ordenar el inicio de una investigación dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-027- 2019, en contra del operador económico SUMESA S.A. por las presuntas conductas establecidas en el artículo 27, numerales 1, 3 literal b); 4 literal a); 5 y 6 de la LORCPM;
5. Mediante auto de 30 de enero de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resolvió prorrogar el plazo de la investigación por 180 días adicionales;
6. El 21 de octubre de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, amplía la investigación, y resuelve: “(...) *PRIMERO.- Ampliar las conductas de la investigación, por el presunto cometimiento de las prácticas desleales contenidas en el numeral 3 literal a) del artículo 27 de la LORCPM. SEGUNDO.- De conformidad con el artículo 66 del RLORCPM, se concede el término de quince (15) días contados a*



*partir de la notificación con la presente providencia, a fin de que el operador SUMESA S.A., conteste y deduzca excepciones que en derecho se crea asistido (...)*”;

7. El Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-048-2020 de 15 de diciembre de 2020, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control del Prácticas Desleales –DNICPD- el cual concluye: “(...) • *En la presente investigación esta Dirección considero como el producto objeto de investigación las pastas y fideos largos y sustitutos. • Conforme el análisis de sustitución cualitativo de la demanda, la DNICPD considera que los fideos largos: spaghetti, tallarín, fettuccini, cabello de ángel, entre otros, debido a que, tendrían similares finalidad de uso, precios y características., podrían ser considerados sustitutos entre sí. Lo mismo sucedería con los fideos enroscados, los cuales se comercializarían en presentación de madeja, nido, espiral, entre otros. • Respecto del supuesto mercado “tipo chino”, de la información analizada en relación a los consumidores, distribuidores, clientes y operadores, éstos de manera general, no considerarían la existencia de un mercado único o exclusivo al mercado “tipo chino”, por lo que, esta Dirección concluye que, el mercado producto, donde existiría los efectos competitivos, correspondería al mercado de fideos largos. En cuanto al mercado geográfico, esta Dirección define, tanto de manera cualitativa y cuantitativa, a través de la prueba Elzinga-Hogarty, un mercado geográfico a nivel nacional. • Respecto de la temporalidad de las conductas, la DNICPD, identificó lo siguiente: i) de los presuntos actos de confusión e imitación, contemplados en los números 1 y 3 letra b) del artículo 27 de la LORCPM, sería a partir de 2014 hasta la actualidad; ii) de los supuestos actos de imitación y explotación de la reputación ajena, contemplados en los números 3 letra b) y 6 del artículo 27 de la LORCPM, la temporalidad estaría desde enero hasta, al menos, agosto de 2019; iii) en cuanto a los presuntos actos de comparación y denigración, contemplados en los números 4 letra a) y 5 del artículo 27 de la LORCPM, esto sería, a partir de enero de 2018 hasta la actualidad; y, iv) de los supuestos actos de imitación que infrinjan o lesionan un derecho de propiedad intelectual, conforme el numeral 3 letra a) del artículo 27 de la LORCPM, la temporalidad estará definido desde enero hasta, al menos, agosto 2019. • Por otro lado, la Dirección concluye, que en tanto, los fideos largos serian productos de consumo masivo, y que no respondería a factores temporales de compra, dicho mercado no estaría influenciado por parámetros de estacionalidad. • Del mercado relevante, esta Dirección identificó alrededor de 43 operadores económicos, donde para el año 2019: ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., con el 25%, seguido del operador SUMESA S.A., con el 22%; en tercer lugar se encuentran MODERNA y ECUATORIANA DE ALIMENTOS S.A., con el 14%, cada uno. Seguido por ALICORP ECUADOR S.A., con el 9%; en el sexto lugar, SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A. con el 6%, y CORPORACIÓN SUPERIOR con el 5%, finalmente, los 36 operadores restantes tendrían participaciones individuales menores al 2. RECOMENDACIONES De conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la investigación se encontró que el operador económico SUMESA S.A., podría estar cometiendo las prácticas desleales, de actos de denigración y comparación, tipificadas en los numerales 4 y 5 del artículo 27 de la LORCPM, por lo cual esta Dirección recomienda proseguir con la etapa de sustanciación para lo cual deberá formular cargos al operador económico antes mencionado (...)*”;



8. El 15 de diciembre de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales formula cargos en contra del operador económico SUMESA S.A. señalado: “(...) *FORMULACIÓN DE CARGOS Con base en las consideraciones realizadas, esta Intendencia emite la presente formulación de cargos contra el operador económico SUMESA S.A., domiciliado en el Parque Industrial “El Sauce”, kilómetro 11.5 vía Daule, cantón Guayaquil, provincia del Guayas, al considerar que en la presente investigación existen méritos de la existencia de las posibles conductas de prácticas desleales por denigración y comparación, tipificadas en el numeral 4, letra a) y numeral 5 del artículo 27, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM). En aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 de la LORCPM, 68 del Reglamento a la LORCPM y del artículo 12 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, córrase traslado con la denuncia, el informe de resultados y la presente formulación de cargos, a fin de que el operador económico SUMESA S.A., en el término de 15 días deduzca las excepciones que en derecho le correspondan. (...)*”;
9. Con escrito de 08 de enero de 2021 a las 11h57, con número de trámite ID. 181421, el operador económico SUMESA S.A., presenta sus excepciones, señalando una negativa pura y simple;
10. Mediante providencia de 11 de enero de 2021, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dispuso abrir la etapa de prueba por el término de sesenta (60) días, y ordenó se reproduzcan varias piezas procesales como prueba, etapa probatoria que se declaró concluida con providencia de 09 de abril de 2021;
11. Escrito presentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., el 20 de abril de 2021, signado con número de trámite ID 192038, mediante el cual el operador presentó sus alegatos;
12. Escrito presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 23 de abril de 2021, signado con el número de trámite ID 192460, mediante el cual el operador presentó alegaciones a la presente investigación;
13. Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-032-2021 de 27 de mayo de 2021, en el cual, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales concluyó: “(...) • *Respecto al mercado relevante de la presente investigación, esta Intendencia considera que el mercado producto fue definido como el mercado de las pastas y fideos largos y sustitutos; desde el punto de vista por parte de la demanda se tuvo en cuenta a los fideos largos: spaghetti, tallarín, fettuccini, cabello de ángel, entre otros, debido a que, tendrían similares finalidad de uso, precios y características, por lo que, fueron considerados sustitutos entre sí. Lo mismo sucedería con los fideos enroscados, los cuales se comercializarían en presentación de madeja, nido, espiral, entre otros. • Por otro lado, del análisis cuantitativo de la demanda, la Intendencia identificó que tanto en la prueba de correlación de precios, como de la elasticidad cruzada de la demanda, se demostraría que los espagueti y/o vermicelli, serían sustitutos del tallarín, en tal sentido, se confirmaría la definición del mercado producto como fideos largos, sin embargo, también evidenció que los fideos instantáneos no se comportaría como sustitutos, por lo que, resultaron coeficientes inferiores a 0,8 en las pruebas aplicadas; además esta*



*Intendencia descarta que los fideos instantáneos sería considerado sustituto de las pastas y fideos largos. • Con base en el análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial, si bien existirían condiciones de rapidez y rentabilidad en una sustitución por parte de la competencia potencial, sin embargo, en el parámetro de eficacia, los consumidores no identificarían como sustitutos válidos únicamente los fideos largos y enroscados, en tanto, otro tipo de fideos, como los cortos, serían principalmente utilizados para otras preparaciones. En tal sentido, la Intendencia mantuvo el mercado definido por el lado de demanda. • Del mercado “tipo chino”, esta Intendencia descartó la existencia de un mercado independiente único con esa denominación, en este sentido, el mercado producto, donde existiría los efectos competitivos relacionados con los productos objetos de la investigación, correspondería al mercado de fideos largos. • De los resultados obtenidos en el mercado geográfico, tanto cualitativos y cuantitativos, se define un mercado geográfico nacional. Por la definición del mercado relevante, se identificó para el año 2019 las participaciones de los operadores económicos son las siguientes: ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., con el 25%, seguido del operador SUMESA S.A., con el 22%; en tercer lugar se encuentran MODERNA y ECUATORIANA DE ALIMENTOS S.A., con el 14%, cada uno. Seguido por ALICORP ECUADOR S.A., con el 9%; en el sexto lugar, SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A. con el 6%, y CORPORACIÓN SUPERIOR con el 5%, finalmente, los 36 operadores restantes tendrían participaciones individuales menores al 2%. (...) esta Intendencia identifica que, existiría un efecto real y potencial respecto del producto “SUMESA CHINITO” en este mercado relevante, debido a que el operador SUMESA S.A., vendió, al año, alrededor de un millón de unidades, representaría más del 14% de los ingresos del operador, mantendría cobertura nacional, y que en el mercado de pastas largas ha logrado captar más 22% del mercado ecuatoriano, por lo que, dicho operador económico podría, como consecuencia de presuntas conductas desleales, falsear el régimen de competencia en este mercado relevante. • Del análisis jurídico, esta Intendencia colige que, respecto de los actos de denigración, la publicidad transmitida en los diferentes medios de comunicación, redes sociales, y páginas WEB, no se ajusta a los parámetros de exactitud, veracidad y pertinencia, en virtud que la publicidad utiliza cierto tono displicente que podrían influenciar indebidamente sobre los consumidores, en consecuencia, la publicidad del operador SUMESA S.A., tendría relación con la conducta tipificada en el numeral 4 letra a) del artículo 27 de la LORCPM.(...)”*

14. Mediante providencia expedida el 27 de mayo de 2021, la INICPD dispuso lo siguiente: “(...) SEGUNDO.- De conformidad con los artículos 70 del RLORCPM y 28 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM, agréguese al expediente el Informe Final N.º SCPM-IGT-INICPD-032-2021, de 27 de mayo de 2021, constante con Id. 194487, en su atención: Póngase en conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el Informe Final N.º SCPM-IGT-INICPD-032-2021, y el expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-027-2019. (...)”



**b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021:**

1. El memorando SCPM-IGT-INICPD-163-2021-M de 27 de mayo de 2021, mediante el cual se notifica a la Comisión de Resolución de Primera Instancia -CRPI-, con el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-032-2021 de 27 de mayo de 2021;
2. Providencia de 31 de mayo de 2021 a las 09h23, en la cual la CRPI avoca conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021 y dispone: “[...] **TERCERO.- TRASLADAR a los operadores económicos ORIENTAL y SUMESA el Informe final No. SCPM-IGT-INICPD-032-2021 para que, en el término de diez (10) días, presenten sus alegatos de conformidad con el inciso primero del artículo 71 del RLORCPM y el literal a. del artículo 16 del IGPA. [...]**”;
3. Escrito presentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., el 14 de junio de 2021, signado con el número de trámite ID 196573, mediante el cual el operador presentó sus alegatos;
4. Escrito presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 14 de junio de 2021, signado con el número de trámite ID 196614, mediante el cual el operador presentó sus alegatos;
5. Celebración de audiencia el 02 de julio de 2021 ante la CRPI, con la comparecencia de los operadores económicos SUMESA S.A. y ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., así como con el personal de la Intendencia de Investigación;
6. Providencia de 07 de julio de 2021 a las 09h34, en la cual la CRPI dispone: “**SEGUNDO.- SOLICITAR a la INICPD que, en el término de cinco (5) días, realice la siguiente actuación complementaria: (i) Remitir a la CRPI copia certificada del Informe No. CRDPIC-CGDDTEC-2021- 006-AS-MENSAJE QUE TRANSMITIRÍA AL PÚBLICO, LA PUBLICIDAD “CARAPAZ” FRENTE AL ANÁLISIS SEMIÓTICO DE LOS EMPAQUES FÍSICOS ENTREGADOS POR SUMESA S.A., de 11 de mayo de 2021, trámite 193425. (ii) Emita un informe donde aclare las cifras utilizadas para calcular las cuotas de participación, el volumen de ventas y los indicadores, teniendo en cuenta lo manifestado por el operador económico en la audiencia celebrada el 2 de julio de 2021 (...)**”;
7. Con memorando SCPM-IGT-INICPD-183-2021-M de 09 de julio de 2021, la INICPD remitió a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2021-039-I, y la copia certificada del Informe No. CRDPIC-CGD-DTEC-2021-006-AS-MENSAJE QUE TRANSMITIRÍA AL PÚBLICO, LA PUBLICIDAD “CARAPAZ” FRENTE AL ANÁLISIS SEMIÓTICO DE LOS EMPAQUES FÍSICOS ENTREGADOS POR SUMESA S.A., el mismo que es puesto en conocimiento de las partes procesales, mediante providencia de 14 de julio de 2021, a las 10h00;
8. Mediante memorando SCPM-IGT-INICPD-187-2021-M de 21 de julio de 2021 y anexos, signado con el número de trámite ID. 202031, la INICPD remitió el Informe de Actuaciones Complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-041-I, conforme la disposición décima cuarta de la providencia de 16 de junio de 2021, mismo que fue puesto



en conocimiento de las partes procesales mediante providencia de 26 de julio de 2021 a las 09h50;

9. El memorando SCPM-IGT-INICPD-192-2021-M de 29 de julio de 2021, mediante el cual la INICPD remitió el Informe de Actuaciones Probatorias Complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-043-I y anexos, mismo que fue puesto en conocimiento de las partes procesales mediante providencia de 30 de julio de 2021 a las 09h37;
10. Memorando SCPM-IGT-INICPD-203-2021-M de 16 de agosto de 2021, con el cual la INICPD remitió el Informe de Actuaciones Probatorias Complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-048-I y anexos, mismo que fue puesto en conocimiento de las partes procesales mediante providencia de 01 de septiembre de 2021 a las 10h17;
11. Memorando SCPM-IGT-INICPD-209-2021-M de 24 de agosto de 2021, con el cual la INICPD remitió el Informe de Actuaciones Probatorias Complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-051- I, el cual fue puesto en conocimiento de las partes procesales mediante providencia de 25 de agosto de 2021 a las 13h08;
12. Memorando SCPM-IGT-INICPD-215-2021-M de 06 de septiembre de 2021, con el cual la INICPD remitió el Informe de Actuaciones Probatorias Complementaria No. SCPM-IGT-INICPD-2021-053-I, el cual es puesto en conocimiento de las partes procesales mediante providencia de 08 de septiembre de 2021 a las 10h50;
13. Resolución de 29 de septiembre de 2021, a las 10h24, mediante la cual la CRPI, resuelve:

***“PRIMERO.- DECLARAR*** que el operador económico **SUMESA S.A.** cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación, de conformidad con lo establecido en literal a) del numeral 4, y numeral 5 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución.

***SEGUNDO.- IMPONER*** al operador económico **SUMESA S.A.**, la multa de **CIENTO SESENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 33/100 (USD. \$ 161,471.33)** [...]

***TERCERO.- ORDENAR*** las siguientes medidas correctivas para cumplimiento por parte del operador económico **SUMESA**: (i) Retirar toda la publicidad utilizada para cometer los actos desleales analizados en la presente resolución, así como aquella que tenga variaciones no sustanciales de las mismas, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente resolución. (ii) Por el plazo de dos (2) años eliminar de la publicidad del operador económico **SUMESA S.A.**, cualquier referencia directa o indirecta a los siguientes elementos de los productos del operador económico **ORIENTAL**: composición (ingredientes), su color, precio, empaques, la tarrina plástica y la fragilidad de los fideos. (iii) En cualquier tipo de publicidad que realice el operador económico **SUMESA S.A.**, por el plazo dos (2) años, deberá indicar que el uso de colorante como aditivo no es perjudicial para la salud, siempre que se respete el porcentaje y las reglas establecidas por el **CODEX alimentarius**. (...)”



**c) Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-019-2021:**

1. Escrito del operador económico SUMESA S.A., que contiene el Recurso de Apelación, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 29 de octubre de 2021 con número de trámite ID 212651, documentación que fue remitida electrónicamente por la CRPI el 05 de noviembre de 2021, mediante número de trámite ID 393142;
2. Providencia de 11 de noviembre de 2021 a las 12h20, en la cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispone: “[...] se ADMITE a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador SUMESA S.A., en contra de la Resolución de 29 de septiembre de 2021 de las 10h24, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021. SEXTO.- De conformidad con la parte final del literal b) del artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, córrase traslado con el recurso de apelación: 1) Al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., a fin de que, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, presente sus alegaciones de forma motivada [...]];
3. Escrito presentado por el señor Manuel Zamora Mondragón, en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., el 16 de noviembre de 2021, a las 10h21, con número de trámite ID. 215624, en el cual presenta sus argumentaciones respecto del Recurso de Apelación presentado por el operador económico SUMESA S.A.”;
4. Razón de 08 de diciembre de 2021, sentada por la doctora Naraya Tobar, en calidad de Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, de la cual se desprende que se llevó a cabo, por medio telemático, la audiencia señalada mediante providencia de 01 de diciembre de 2021, a las 17h00, con la comparecencia de los abogados patrocinadores de los operadores económicos SUMESA S.A.; ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.”, y de la abogada Elizabeth Landeta Tobar en calidad de delegada del Superintendente de Control del Poder de Mercado para presidir la diligencia, mediante Resolución No. SCPM-DS-2021-34 de 30 de noviembre de 2021, en tal sentido, se agregó al expediente el disco magnético que contiene el audio y video de dicha diligencia.
5. Informe No. SCPM-DS-012-2021 de 23 de diciembre de 2021, suscrito electrónicamente por el economista Carl Pfistermeister, especialista técnico en la presente causa, remitido vía Sistema de Gestión Documental -SIGDO- con número de trámite ID. 220004, con el cual da cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia de 16 de diciembre de 2021; puesto en conocimiento de las partes procesales mediante providencia de 29 de diciembre de 2021 a las 12h10;
6. Escrito del operador económico SUMESA S.A., que contiene sus alegaciones respecto al Informe No. SCPM-DS-012-2021 de 23 de diciembre de 2021 que le fuera corrido traslado con providencia de 29 de diciembre de 2021, ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 03 de enero de 2022 a las 09h52, signado con el número de trámite ID. 221770;



7. Escrito presentado por el señor Eduardo Esparza Paula, abogado debidamente autorizado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., y anexos, que contiene sus alegaciones respecto al Informe No. SCPM-DS-012-2021 de 23 de diciembre de 2021 que le fuera corrido traslado con providencia de 29 de diciembre de 2021, ingresados en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 03 de enero de 2022 a las 12h46, signado con el número de trámite ID. 221794;
8. Providencia de 04 de enero de 2022, a las 15h15, en la cual se atienden y despachan los escritos presentados por las partes:
9. Providencia de 06 de enero de 2022, a las 12h10, en la cual se despacha el escrito de aclaración de la actuación administrativa de 04 de enero de 2022, presentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.

### **SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-**

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías:

*“[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] **3.** [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] **6.** La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. [...] 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 [...]”m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; **Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; **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 [...]”.*

**La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:**

*“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. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “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 [...]”; “Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras (...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley (...)”; “Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.” “Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. 5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los*



productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables (...); “**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 de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; “**Art. 77.- Sujetos infractores.-** Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”; “**Art. 78.- Infracciones.-** Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves [...] 3. Son infracciones muy graves: [...] c. La ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado; o antes de que haya sido autorizada de conformidad con lo previsto en esta ley [...]”; “**Art. 79.- Sanciones.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:[...] c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa [...]”; “**Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.-** El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables. c. El alcance de la infracción. d. La duración de la infracción. e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera.- Jerarquía.-** (...) 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** dispone;

“**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. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.-** La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades: (...) k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese”; “**Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.-** La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades: .a) Ejercer la rectoría en la formulación de políticas públicas y su planificación en el ámbito de la ley, conforme a los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución de la República; b) Expedir actos normativos para la aplicación de la Ley respecto del control de



*abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica, sin que dichos actos normativos puedan alterar o innovar las disposiciones legales o el presente Reglamento; b) Expedir los métodos de determinación de mercados y mercados relevantes; y otros criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la ley, los cuales serán vinculantes para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”*

**El Código Orgánico Administrativo –COA-** dispone:

*“Art. 99.- Requisitos de validez del acto administrativo. Son requisitos de validez: 1. Competencia (...) 5. Motivación.”; “Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará: (...) Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.”; “Art. 103.- Causas de extinción del acto administrativo. El acto administrativo se extingue por: 1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad. (...)”; “Art. 104.- Nulidad. Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o a todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento.”; “Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. (...)”.*

#### **OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-**

Conforme la fundamentación del libelo del recurso de apelación interpuesto e identificados en el acápite CUARTO, los ocho (8) puntos sobre los cuales funda su recurso de apelación tienen connotaciones tanto de índole conductual como sancionatoria; en este contexto a fin de mantener un debido orden de los puntos a tratar, se analizarán de la siguiente manera:

- a. Cambio del Mercado Relevante en el procedimiento administrativo;
- b. Vicios de invalidez dentro del procedimiento administrativo;
- c. Falta de motivación de las pruebas que obran en el expediente;
- d. Actos de Denigración y Actos de Comparación;
- e. Sobre la identificación del agente económico que supuestamente se pretende denigrar;
- f. Supuesta afectación de la conducta desleal en el mercado relevante y sus efectos económicos.
- g. Determinación de la Multa; y,
- h. Violación de Derechos fundamentales y contrariedad a derechos en errática calificación jurídica de los hechos por la adopción de las medidas preventivas;

Ahora bien, en el orden delimitado de los fundamentos de la apelación se procede al análisis pormenorizado de los mismos:

##### **a) Respecto del cambio del Mercado Relevante en el procedimiento administrativo**

Sobre este punto el apelante en su recurso argumenta:

*“Por disposición de la CRPI en la etapa resolutoria se practicaron actuaciones complementarias, mi representada presentó sus descargos a los informes de las*



*actuaciones complementarias probatorias relativas al mercado relevante y demostró lo siguiente:*

- 1. El objeto del mercado relevante DETERMINADO es el PRODUCTO PASTAS LARGAS (BIENES), la Intendencia en los análisis económicos no solo incluye en el mercado relevante a operadores económicos fabricantes sino también a los distribuidores, comercializadores e intermediarios que brindan SERVICIOS, en el listado de los 43 operadores económicos.*
- 2. Que la Intendencia determinó UN MERCADO RELEVANTE que es el "PRODUCTO", y en ese análisis económico incluyó a otros operadores económicos que no forman parte de ese mercado relevante determinado, siendo que, en el análisis de UN MERCADO RELEVANTE han incluido en realidad a TRES MERCADOS RELEVANTES, los cuales son:*

*-Operadores económicos de producción de fideos y pastas largas (PRODUCTO)- Mercado relevante determinado.*

*-Operadores económicos de servicios de Distribución de fideos y pastas largas (SERVICIOS).*

*-Operadores económicos de Producción y servicio de Distribución de fideos y pastas largas (PRODUCTO I SERVICIOS)*

*Cuando solamente debió realizar la INICDP el análisis ÚNICAMENTE con los Operadores económicos de producción de fideos y pastas largas (PRODUCTO)- Mercado relevante determinado por la misma Intendencia.*

*Lo anterior implica que el análisis del mercado relevante no se corresponde, y como consecuencia de esto, un mercado relevante mal definido afecta insubsanablemente las conclusiones jurídicas y económicas, por cuanto el mercado relevante delinea el ámbito en el que deben juzgarse los posibles efectos anticompetitivos.*

*En consecuencia, de esto, la CRPI delimita el mercado relevante, sustituyendo el mercado relevante determinado por la Intendencia determinando OTRO MERCADO RELEVANTE el cual sería el de fideos largos comercializados a nivel nacional y no el determinado por la Intendencia en la formulación de cargos y en el Informe Final como el mercado producto de las pastas y fideos largos y sustitutos.*

*La CRPI altera la determinación del mercado relevante para incluir a los operadores económicos que prestan un Servicio, es decir, a los Comercializadores y Distribuidores.*

*Durante la etapa de resolución la CRPI accionó dentro de sus facultades las actuaciones complementarias probatorias, quedando plenamente demostrado en los Informes complementarios los errores cometidos por la Intendencia en incluir dentro del mercado relevante, no solo a los productos, sino a los distribuidores y comercializadores, manifestando mi representada que los análisis económicos son insubsanables afectando la validez del acto, basada en un falso supuesto, por cuanto el mercado relevante determinado fue dirigido al productor y no al distribuidor ni al comercializador.*



*Sobre este hecho al quedar plenamente demostrado los errores en el análisis económico, la CRPI sustituye erráticamente y determina el mercado relevante para incluir a los distribuidores y al comercializadores, como elementos válidos en su decisión y así, para imponer la sanción y las medidas correctivas.*

*Esta facultad de sustituir el mercado relevante nos ha dejado en completa indefensión, ya que mi representada se ha defendido en el mercado relevante determinado por la Intendencia: mercado por producto de pastas y fideos largos, y no en el mercado relevante determinado por la CRPI. Esto constituye una nulidad absoluta de pleno derecho.*

*Señor Superintendente, semejante decisión de la CRPI, afecta la validez del acto así formado ya que está basada en falsos supuestos, y se produce por la sustitución inoportuna del mercado relevante, no cabe en este momento procesal, luego de varios informes, sustituir el mercado relevante para hacer un espíritu de cuerpo con la Intendencia y "subsanan" a la fuerza el error en la determinación del mercado relevante. Se nos ha dejado en indefensión. [...]" (las negrillas no son propias del texto)*

Por su parte la Comisión de Resolución de Primera Instancia en su Resolución de 29 de septiembre de 2021 establece:

***“[...] DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACION***

*[...]*

***7.208. El Informe de Resultados No. SCPM-INICPD-DNICPD-048-2020 de 15 de diciembre de 2020.***

*[1040] Mediante el Informe de Resultados de la investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-048- 2020 de 15 de diciembre de 2020, signado con Id 182404, [...]*

*[1041] Por su función el informe es útil para que la CRPI analice el caso bajo estudio y adopte una resolución.*

***7.209. La formulación de cargos de 15 de diciembre de 2020.***

*[1042] Por su función el informe es útil para que la CRPI analice el caso bajo estudio y adopte una resolución.*

***8. DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN***

*(i) Informe de actuaciones complementarias N.º. SCPM-IGT-INICPD-2021-041-I.*

*(ii) Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-043-I.*

*(iii) Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-046-I.*

*(iv) Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-045-I.*

*(v) Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-048-I.*

*(vi) Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-051-I.*

*(vii) Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-053-I.*



(viii) Documentos exhibidos por el operador económico SUMESA dentro de la Audiencia Pública desarrollada en fecha 02 de julio de 2021 a las 10h00.

(ix) Documentos exhibidos por el operador económico ORIENTAL dentro de la Audiencia Pública desarrollada en fecha 02 de julio de 2021 a las 10h00.

## 10. DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN

### 9.1. Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-041-I.

[...]

[1046] Por lo expuesto, el Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-046-I y sus anexos, son conducentes, pertinentes y útiles, debido a que se enfocan en abastecer de un análisis jurídico-económico sobre el cálculo del importe de la multa, la participación que tiene cada competidor en el mercado relevante, el cálculo del beneficio obtenido por las conductas controvertidas, entre otros datos que son sustanciales para una adecuada resolución.

### 9.2. Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-039-I. [...]

[1049] Por lo expuesto, la CRPI considera que el Informe de actuaciones probatorias complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-039-I es conducente, pertinente y útil. Le permiten a la CRPI tener una base para calcular las cuotas de participación, el volumen de ventas y los indicadores.

[1053] La CRPI encuentra dos informes de la misma entidad, CORDICOM, que concluyen algo totalmente diferente: el informe de 28 de abril de 2021 indica que el empaque de SUPERMAXI guarda mayor similitud con el empaque los fideos blancos de la publicidad de CARAPAZ, mientras que el empaque de ORIENTAL tiene un menor grado de similitud. A contrario sensu, el informe de 11 de mayo de 2021 indica todo lo contrario, que el empaque que tiene mayor semejanza con los fideos blancos de la publicidad es el de ORIENTAL.

[1054] Una vez consultado el contenido de los informes, se encuentra que en los dos se analizaron los empaques, encontrando coherencia en la conclusión y el cuerpo del informe. El segundo informe simplemente indica como sustento del cambio lo siguiente: Con fecha 10 de mayo de 2021 en mesa técnica de la DTEC, en la cual se realizan revisiones de productos de la unidad, el Director Técnico de Evaluación de Contenidos solicita precisiones en algunos apartados del informe, mismas que se encuentran incluidas en el presente documento.

[1055] No se evidencia un error material que justificara el cambio o que el cambio simplemente fuera aclaratorio de apartes oscuros. Se presentó una posición diametralmente diferente en cada uno de los informes. Ante esta situación la CRPI encuentra que ninguno de los informes podría tener valor probatorio para el presente caso, ya que no presentan un escenario de absoluta claridad. En este sentido los informes no son útiles para demostrar la semejanza de ninguno de los dos empaques con el los fideos blancos de la publicidad de CARAPAZ.

[...]

### 10.3. El mercado relevante



[1150] *En el presente acápite se delimitará el mercado relevante, observando lo dispuesto en la LORCPM y normas conexas, así como las circunstancias particulares correspondientes al presente caso.*

#### *10.3.1. Mercado de producto*

[1151] *En el caso bajo estudio se analizará si el operador económico SUMESA cometió actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación, de conformidad con lo establecido en literal a), numeral 4, y numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM. Dichas conductas tienen que ver con los tallarines SUMESA CHINITO y TALLARÍN SUMESA del operador económico SUMESA, y los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL del operador económico ORIENTAL. Como el operador denunciado produce y comercializa pastas y fideos, de ahí se partirá para el análisis del mercado relevante. [...]*

[1156] *Se observa que existe una variedad importante de productos bajo la denominación de pastas. En el caso bajo estudio el análisis se centrará en las pastas secas (paste asciutte), al corresponder al tipo de producto SUMESA CHINITO, TALLARÍN SUMESA y FIDEO CHINO ORIENTAL. Al respecto, la INICPD señaló que ha identificado como los productos objeto de investigación a:*

*“(...) las pastas y fideos largos y enroscado tipo tallarín, spaghetti, cabello de ángel, vermicelli, fettuccini; mismas que se encuentran definidas por sus características, forma y uso culinario.”*

[1157] *La CRPI concuerda con la INICPD en que este grupo de productos (pasta larga), es el punto de partida para un correcto análisis del mercado relevante en el presente caso.*

[...]

**[1204] Finalmente, respecto al mercado de producto, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales señaló en su informe de resultados No. SCPM-INICPDDNICPD-048-2020, que el mercado de producto corresponde a la fabricación y comercialización de pastas y fideos largos. Por otra parte la INICPD señaló en su Informe Final No. SCPM-IGT-DNICPD-032-2021, que “(...) el mercado relevante, estaría conformado por los fideos largos comercializados (...). Es decir, la Intendencia hace una aclaración respecto del informe de resultados, a fin de considerar las pastas largas que no se producen en el país pero si se comercializan. Acorde a estas consideraciones y el análisis previo, la CRPI determina, en línea con el criterio de la INICPD, que el mercado de producto en el presente caso corresponde 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 los fideos instantáneos.**

[...]

#### ***10.3.5. Mercado relevante determinado para el presente caso***



*[1208] Bajo las consideraciones expuestas en el análisis precedente, la CRPI determina que en el presente caso el mercado relevante sería el de fideos largos comercializados a nivel nacional.*

*[...]*

#### **10.4.1.1.4. Análisis de la CRPI**

*[1227] Un consumidor medio, aquel normalmente informado y que adquiere productos de consumo masivo como los analizados, teniendo en cuenta el color rojo del mandil, la forma contorneada de amarillo con finalización en punta hacia abajo (forma y color del borde de la marca FIDEO CHINO ORIENTAL), las letras blancas dentro de dicho contorno, el contraste de los colores azul y rojo en la ambientación de la publicidad, la evocación a china, la expresión “otros tallarines” y la referencia a un producto de SUMESA en comparación de 200g, sin lugar a dudas, entenderá que el producto con el que están comparando los tallarines CIHITO SUMESA de 200g serían los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200 g.*

*[1228] De conformidad con lo indicado, la CRPI concuerda con la INICPD en que hay una identificación indirecta pero inequívoca a los tallarines identificados con la marca FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200g.*

*[...]*

#### **10.4.1.2.4. Análisis de la CRPI**

*[1279] En el acápite 10.1.1.1.4 de la presente resolución se estableció que en la publicidad analizada se hacía referencia a dos productos: (i) a los tallarines CHINITO SUMESA en su presentación de 200g y (ii) de manera indirecta e inequívoca a los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200g. Al analizar las condiciones de veracidad, exactitud y pertinencia, se mostró cómo el operador SUMESA al comparar los dos productos buscaba denigrar al operador ORIENTAL. La comparación se la realizó indicado que el producto de SUMESA es el auténtico tallarín porque no contiene colorante. Las presentadoras muestran que el producto de SUMESA al cocinarse deja el agua blanca, mientras que el de ORIENTAL deja el agua amarillenta porque tiene colorante artificial*

*[1280] De un análisis de los delantales y los signos que aparecían en las esquinas superiores del comercial, así como de lo que dicen las presentadoras y la indicación de que el producto es de 200g, la CRPI encontró que el producto a comparar era sin lugar a dudas el de ORIENTAL [...]*

*[1281] De conformidad con lo que ya se indicó, y partiendo de que es una publicidad comparativa, la CRPI analizará los elementos contenidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, de conformidad con los parámetros indicados en el acápite denominado “marco teórico”.*

*(i) Que la comparación se refiera a extremos análogos*



[1282] *Los elementos que se comparan se tratan de dos productos que tienen de manera evidente relación de semejanza por su naturaleza, finalidad y necesidades que pretenden satisfacer. Son productos del mismo tipo y características: tallarines en presentación de 200g.*

(ii) *Que la comparación se refiera a extremos relevantes*

[1283] *La publicidad se refiere a extremos relevantes, ya que se basa en la composición de los productos, a sus ingredientes. Estos elementos son esenciales para que el consumidor elija al momento de comprar. Es importante para el consumidor saber si los productos tienen colorante artificial o no.*

(iii) *Que la comparación se refiera a extremos comprobables*

[1284] *Como se mostró en el punto (ii) del acápite 10.4.1.1.4 de la presente resolución, la expresión “porque sí tienen colorante artificial” en relación con el producto FIDEO CHINO ORIENTAL no cumplió con el requisito de veracidad. De un análisis de los empaques, los certificados e información del ARCSA, así como de las pruebas de laboratorio presentadas, se llegó a la conclusión de que el operador económico SUMESA no pudo probar la veracidad de la mencionada afirmación.*

[1285] *Una vez que no se aprobó el test de veracidad en el marco del análisis de la publicidad denigratoria, pues tampoco podríamos hablar en el ámbito de la publicidad comparativa de extremos comprobables. Esto porque la base de la publicidad comparativa, es decir, indicarle al consumidor que el producto de ORIENTAL sí tenía colorante y el de SUMESA no, no pudo ser comprobada. A contrario sensu, de las pruebas que obran en el expediente se desprende que los productos de ORIENTAL objeto de la publicidad comparativa no contenían colorante, como ya quedó establecido en el acápite referido.*

[1286] *Como efecto, la publicidad comparativa realizada por SUMESA no cumplió con los parámetros de licitud establecidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que estaríamos en frente de un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación.*

[...]

#### **10.4.3.1.4. Análisis de la CRPI**

[1297] *Se procederá a calificar la conducta sobre la base de los parámetros que se identificaron en el marco teórico:*

(i) *Identificación de los elementos del agente económico que se pretende denigar.*

[1298] *En las publicidades analizadas el operador económico SUMESA siguió el mismo patrón que en las otras tres publicidades analizadas ut supra, es decir, hace una alusión indirecta e inequívoca al producto tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL.*



[1299] *La única diferencia que se encontraría es que las publicidades analizadas no hacen relación al peso del producto. En este sentido la referencia indirecta sería en general para los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL, [...]*

[...]

#### **10.4.3.2.3. Análisis de la CRPI**

[1318] *En el acápite 10.4.3.1.4 de la presente resolución se estableció que en la publicidad analizada se hacía referencia a dos productos: (i) a los tallarines CHINITO RENDIDOR y (ii) de manera indirecta e inequívoca a los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL.*

[1319] *Al analizar las condiciones de veracidad, exactitud y pertinencia, se mostró cómo el operador SUMESA al comparar los dos productos buscaba denigrar al operador ORIENTAL.*

[1320] *De un análisis de los signos, se mostró que el signo de contorno amarillo terminado en punta hacía referencia de manera indirecta e inequívoca al producto tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL*

[...]

#### **10.4.6.1.4. Análisis de la CRPI**

[1357] *Se procederá a calificar la conducta sobre la base de los parámetros que se identificaron en el marco teórico:*

*(i) Identificación de los elementos del agente económico que se pretende denigrar.*

[1358] *En la pauta publicitaria no se hace alusión directa del producto FIDEO CHINO ORIENTAL. Sin embargo, se encuentra una alusión indirecta e inequívoca a dicho producto, tal y como se mostrará.*

[1359] *Lo primero que observa la CRPI, es que se busca comparar el producto TALLARINES SUMESA en su presentación de 400g con otro producto, indicado que el primero tiene un P.V.P de USD \$ 1, mientras que el del segundo es de USD \$ 1.75 o más de USD \$ 1.70. Las publicidades dan a entender que el producto de la competencia cuesta el doble porque tiene una tarrina plástica, que además contamina el medio ambiente.*

[1360] *Las publicidades analizadas contienen los mismos elementos, salvo algunos aspectos que han cambiado a lo largo de sus emisiones, concretamente la referencia al precio, el aspecto de los signos que utilizan para referirse al producto de la competencia, el empaque del producto a compararse y la referencia a la tarrina que evita que se quiebren los tallarines. En relación con el precio, se pasó de indicar un P.V.P de USD \$ 1.75 a decir que es de más de USD \$ 1.70. En relación con el signo del producto a comparar, se pasó de una forma con bordeado amarillo donde se leía la expresión “otros tallarines”, complementada con otra figura de color rojo terminada en punta hacia*



*arriba donde se decía en letras blancas “\$ 1.75 ctvs”, a una única figura con bordes rojos y con una entrante inferior en punta, donde se lee en letras azules “otros tallarines blancos”. En relación con el empaque se pasó de uno con bordes de color amarillo y con base roja, a un empaque sólo con bordes amarillos. Y en relación con la referencia a la tarrina, se pasó a únicamente enunciar que contaminaba el medio ambiente, a añadir que la tarrina evita que se quiebren los tallarines.*

[...]

### **10.5. Afectación de la conducta en el mercado relevante**

#### **10.5.1. Participantes y cuotas de participación en el mercado de fideos largos a nivel nacional**

*[1392] En este acápite la CRPI analizará la situación de la competencia en el mercado relevante de los fideos largos comercializados a nivel nacional, para lo cual se caracterizará el mercado y la posición que el operador investigado ocupa en el mismo.*

*[1393] Antes de comenzar el análisis, la CRPI considera importante aclarar lo siguiente:*

*(i) Las cuotas de mercado que determinó la CRPI difieren ligeramente de la información de cuotas de mercado presentadas por la INICPD en sus informes<sup>100</sup>, toda vez que en el procesamiento de los datos se detectó que existía información que no se enmarcaba en la definición del mercado relevante.*

*(ii) También es importante aclarar que si bien el mercado se ha restringido a los fideos largos comercializados a nivel nacional, las cuotas se presentarán bajo la denominación de fabricante o importador, así como de las respectivas marcas. Esto tiene como finalidad evitar que exista información duplicada, es decir, se busca que realmente se refleje el verdadero volumen por cada marca de fideos largos comercializados en el país.*

*(iii) Se caracterizó el mercado en función de la distribución de cuotas de participación e índices de competencia, pues estos factores, si bien podrían no definir de forma inequívoca la posición de un competidor en el mercado, son indicadores estructurales y fundamentales para el análisis del mismo.*

[...]

#### **10.5.2. Efectos económicos sobre el mercado relevante**

[...]

*[1400] Para establecer la afectación del mercado, la CRPI considera que no es necesario que el operador económico que realiza el acto de competencia desleal tenga posición de dominio en el mercado. Por lo tanto, se procederá a analizar la posición e influencia del operador económico SUMESA en el mercado.*



*[1401] Las cifras indicadas ut supra muestran que el operador SUMESA mantuvo una cuota de mercado en promedio de % entre 2017 y 2020. Por lo tanto, tuvo un nivel de participación que no es despreciable y lo ubican como uno de los cuatro competidores de relevancia. Por lo tanto, a través de sus actos tiene la potencialidad de afectar al mercado y generar cambios en la elección del consumidor.*

*[1402] Las actos de competencia desleal realizados por el operador económico SUMESA tuvieron un gran impacto en el mercado, por lo siguiente:*

*(i) Falsearon y distorsionaron la competencia, ya que mediante la publicidad denigratoria afectaron la libre elección del consumidor, que es en últimas el elemento dinamizador de la competencia en cualquier mercado. En un escenario de libre y sana competencia la elección del consumidor debe darse de forma espontánea, esto es fundamental. La publicidad comparativa denigratoria tenía como objeto, al difundir aseveraciones falsas, menoscabar el crédito en el mercado del operador económico ORIENTAL. Se buscó fijar en el público consumidor ideas negativas acerca de los fideos comercializados por ORIENTAL, con el objetivo de que al elegir se decanten por los fideos de SUMESA.*

*Que el competidor ORIENTAL sea el líder del mercado y que SUMESA tenga una participación menor, no significa que no pueda haber falseamiento y distorsión por conductas como las comentadas. Por el contrario, un competidor importante como SUMESA, que utiliza esquemas publicitarios poderosos, como se demostró, evidentemente tendría la potencialidad de falsear y distorsionar el mercado a través del consumidor. Los argumentos que ha esgrimido SUMESA sobre las cuotas de participación asimétricas no tienen asidero.*

*(ii) Atentaron contra el derecho de los consumidores, ya que se les proporcionó información no verdadera sobre los productos de ORIENTAL y que claramente afectarían su voluntad al momento de elegir un producto u otro. Al indicar que productos específicos de ORIENTAL tenían colorante cuando en realidad no lo tenían, o al no hacerlo de forma exacta o pertinente como quedó demostrado, se afectó de manera evidente al consumidor y con esto al mercado relevante. También ocurrió lo mismo al denigrar al operador ORIENTAL con información relacionada con el uso de una tarrina plástica en uno de sus productos, su relación con el precio y la contaminación al medio ambiente, tal y como quedó demostrado en el acápite pertinente. Al no otorgar información no verdadera, exacta y pertinente en publicidad comparativa, de forma indiscutible se afectó al consumidor.*

*[...]” (las negrillas y el subrayado me corresponden)*

Frente a las alegaciones técnicas del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., en contra de las consideraciones técnico económicas de la Resolución de 29 de septiembre de 2021 de las 10h24, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021, a fin de contar con elementos técnicos y suficientes, esta autoridad designó como especialista técnico al economista Carl Pfistermeister, Asesor de la SCPM, quien mediante Informe No. SCPM-DS-012-2021, de 23 de diciembre de 2021, indicó:



*“[...] **II Análisis:** [...]”*

*Una de las reclamaciones más recurrentes del Recurso está relacionada con la definición del mercado relevante, tanto a nivel de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (en adelante IIPD) como a instancia de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI). [...]*

*Es decir, se cuestiona que en la definición del mercado relevante de la Intendencia se haya incluido a operadores que presuntamente no pertenecen al mismo. Además, se cuestiona qué productos efectivamente funcionan como sustitutos. Una de las consecuencias de los cuestionamientos acerca de la definición del mercado relevante de la investigación constituye el surgimiento de dudas acerca de las mediciones de los parámetros requeridos para la determinación de la multa e igualmente para los análisis de mercado relacionados con la configuración de las conductas investigadas. Con la finalidad de sopesar la razonabilidad de la argumentación del Recurso en referencia al mercado relevante, se procede a examinar detalladamente las consideraciones que la IIPD y la CRPI tomaron en cuenta para el ejercicio de definición del mercado relevante que nos ocupa.*

#### ***Del Mercado Relevante en el Informe de Resultados:***

*(...) Es decir, inicialmente 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.*

#### ***De la Sustituibilidad de la Demanda:***

*En cuanto al análisis de la sustituibilidad de la demanda se señala que se empleó información remitida por retailers, podría suponerse que es información relacionada con el último eslabón de la cadena del sector en análisis, es decir entre supermercados y el consumidor final.*

*(...)*

*También se consideró información de normas INEN y otros criterios de agrupamiento de los fideos y pastas largas. Adicional, se levantó información a partir de unas encuestas dirigidas a consumidores finales.*

*(...)*

*De esta sección se puede concluir que la IIPD reconoce que hay dos canales de comercialización para los productores de fideos y pastas largas, y que la data empelada en esta sección del análisis corresponde al último eslabón de la cadena de comercialización.*

#### ***De la Sustituibilidad de la Oferta:***



(...)

*De esta sección se puede concluir que la IIPD utilizó datos de uno de los eslabones iniciales de la cadena de comercialización, a nivel de productor. Al evaluar los análisis de sustituibilidad de demanda y de oferta conjuntamente llama la atención que en el primer caso se haya usado información de un eslabón final y en el segundo caso de un eslabón inicial, no se aprecia la exhibición de una justificación que permita entender esta aparente disparidad de análisis.*

*Además se señala que los operadores que concurren a este mercado serían productores, y sobre ellos se menciona literalmente que en algunos casos, manejan una comercialización directa con los principales clientes (no se indica cuáles son estos clientes, ni sus características), como cadenas de supermercados, mayoristas y cuentas claves, en tal sentido, existirían una integración vertical, y finalmente como consecuencia de esa integración vertical se escribió que no justificaría la diferenciación por eslabones de la cadena productiva, únicamente, se incorporarán la incidencia de este mercado, la participación de las marcas blancas y/o importadas, a fin de identificar los efectos competitivos del mismo”.*

*Por tanto, hasta este punto del análisis no queda claro si los operadores a los que se hizo referencia son efectivamente productores, ni la motivación detrás de la determinación de una integración vertical (que además sería válida únicamente para algunos operadores), ni tampoco en que eslabón (mercado) de la cadena nos encontramos. Éste último aspecto resulta clave en la evaluación de los cuestionamientos del Recurso acerca de la definición del mercado relevante.*

#### ***Del Mercado Relevante:***

*(...) Esta conclusión llama la atención por varios motivos, principalmente porque está sujeta a interpretaciones. Ésta permite notar que los dos mercados relevantes preliminares han sido fusionados, sin que se aprecie una justificación para alcanzar tal conclusión, esto se constituye en un resultado a primera vista contradictorio. No obstante, la conclusión podría hacer sentido, es decir, que como consecuencia de la aparente integración vertical fuese válida esta fusión de mercados, e incluso la diversidad de la data de los análisis de sustituibilidad. Sin embargo, dado que la aparente integración aplicaría únicamente a algunos operadores, queda a interpretación si tal condición aplicara igualmente a los operadores económicos que no forman parte de ese grupo.*

*Adicional, la conclusión de toda la sección de mercado relevante no ofrece certezas de aspectos que pudieran eliminar las interpretaciones. No se indica qué operadores concurren como oferentes ni como demandantes, tampoco sus características (antes vimos que podría tratarse de productores), no se indica entre quiénes se desarrolla la comercialización, ni cuáles son los eslabones que componen el mercado de producción y comercialización (antes vimos que habría dos canales de comercialización). Por estas razones puede concluirse que la definición del mercado relevante constante en el Informe de Resultados no es concluyente.*



***Del Mercado Relevante en la Formulación de Cargos:***

*(...) La mención al mercado relevante de la formulación de cargos tampoco es concluyente.*

***Del Mercado Relevante en el Informe Final:***

*(...) La mención al mercado relevante del Informe Final tampoco es concluyente.*

***Del Mercado Relevante la Resolución de la CRPI:***

*La mención al mercado relevante de la Resolución de la CRPI tampoco es concluyente.*

***III Conclusiones:***

*La motivación del ejercicio de definición del mercado relevante constante en el presente proceso no es unívoca y tampoco es robusta. A lo largo de los informes y de las menciones a las definiciones de mercado relevante se aprecian cambios semánticos de los mismos, esto pudiera representar cambios en esa definición, no obstante, dadas las indefiniciones señaladas, no es posible analizar adecuadamente la magnitud de aquellos cambios. La definición del mercado relevante en este caso no es del todo concluyente, es susceptible de interpretaciones y como consecuencia no permite rebatir contundentemente los cuestionamientos formulados en el Recurso. [...]"*

A fin de garantizar el derecho de contradicción de las partes, los operadores económicos involucrados contaron con el tiempo necesario para presentar sus alegaciones respecto de Informe No. SCPM-DS-012-2021; así

- El operador económico SUMESA S.A., con escrito de 03 de enero de 2022, con número de trámite ID. 221783, señaló:

*“(...) Señor Superintendente, como se puede observar el especialista técnico de la SCPM reconoce en el análisis realizado del Mercado relevante constante en el Informe de Resultado Nro. SCPM-INICPD-DNICPD-048-2020 no es concluyente, por cuanto está sujeta a varias interpretaciones:*

- *reconoce que los dos mercados relevantes habrían han sido fusionados sin justificación,*
- *es contradictorio a primera vista. • La supuesta integración aplicaría únicamente para algunos operadores, y no para el resto de operadores económicos que no forman parte de ese grupo (productores), • no se indica entre quienes desarrolla la comercialización,*
- *tampoco se indica cuales operadores componen el mercado de producción y comercialización (habiendo dos canales de comercialización).*

*Lo analizado detalladamente por el especialista técnico es VERDAD. En efecto señor Superintendente, en el mercado relevante se incluyeron no solo productores sino también a operadores económicos distribuidores, como son: TONICORP - DIPOR / BARILLA –*



*QUIFATEX / INDUSTRIAS ALES / MI COMISARIATO / MARCA BLANCA EL CORAL / LA FAVORITA, entre otros. Y Sumesa no es distribuidor sino marginal.*

*Sobre este particular, es importante resaltar, que los productos que SUMESA vende a los distribuidores son los mismos que los distribuidores revenden, esto quiere decir, que en las participaciones existe duplicidad, por cuanto el producto es exactamente el MISMO, por ejemplo: DIPOR distribuye productos de Sumesa.*

*Esto se puede comprobar con la respuesta del Gerente General legal de la Compañía Distribuidora Importadora Dipor S.A. mediante correo electrónico de fecha 14 de Julio de 2021 dirigido a la funcionaria Andrea Suntaxi, en donde DIPOR señala: NO PRODUCE NINGÚN TIPO DE PASTA, SOLAMENTE DISTRIBUYE Y REVENDE LOS PRODUCIDOS POR OTRAS EMPRESAS, conforme consta en la siguiente imagen y que se encuentra agregado en el Expediente Nro. SCPM-CRPI-013-2021:*

*(...) Señor Superintendente, como se puede observar en las conclusiones y a lo largo del análisis del Informe 012-2021 el especialista técnico de la SCPM determina con veracidad y concluye lo siguiente en la definición del mercado relevante: - No es concluyente. - No es Robusta. - No es unívoca (Está sujeta a varias interpretaciones). - Se aprecian cambios semánticos. - Son contradictorios, no se aprecia una justificación para la definición del mercado relevante. Dicho lo anterior, el mercado relevante definitivamente ha sido mal definido, y por ello no puede ser tomado en cuenta para ningún efecto jurídico ni económico.*

*(...) Solicitud: Señor Superintendente, es importante que el análisis considere también como factores analizados, lo siguiente:*

*- El Índice Herfindahl-Hirschman (en adelante HHI) mide la concentración económica de un sector del mercado no mide el presunto cometimiento de II Conclusiones: La motivación del ejercicio de definición del mercado relevante constante en el presente proceso no es unívoca y tampoco es robusta. A lo largo de los informes y de las menciones a las definiciones de mercado relevante se aprecian cambios semánticos de los mismos, esto pudiera representar cambios en esa definición, no obstante, dadas las indefiniciones señaladas, no es posible analizar adecuadamente la magnitud de aquellos cambios. La definición del mercado relevante en este caso no es del todo concluyente, es susceptible de interpretaciones y como consecuencia no permite rebatir contundentemente los cuestionamientos formulados en el Recurso. 10 prácticas desleales ni la supuesta capacidad de falsear el régimen de competencia. El HHI suele hacerse en casos de Abuso de Poder de Mercado, nada tiene que ver con Prácticas Desleales. La Intendencia ha cometido errores técnicos tremendos que nulitan todo el proceso.*

*- La Dirección consideró para el análisis HHI los 4 operadores principales. Se incluyó en el análisis operadores económicos que no participan dentro del mercado relevante. Nos preguntamos: ¿y el resto de operadores económicos?.*

*- No solamente incluye en el mercado relevante a operadores económicos fabricantes sino también a los distribuidores, comercializadores e intermediarios que brindan*



*SERVICIOS, estos operadores económicos que brindan servicios no corresponde a los operadores del mercado relevante determinado.*

*- Las actuaciones tanto de la INICPD como de la CRPI no tiene justificación, totalmente inmotivadas, conforme se analizó en el Informe 012-2021, mi representada no tiene capacidad de falseamiento del régimen de competencia, no ha mantenido una importante participación en el mercado, no es el competidor inmediato de Oriental, ¿cómo se puede afectar el mercado?, es ilógico, no existe una influencia del público objetivo, ni existe afectación al operador económico Oriental, en consecuencia mi representada no impide, ni restringe, ni falsea o distorsiona la competencia, ni atenta contra la eficiencia económica, contra la apertura de mercado o el bienestar general o el derechos de los consumidores, no existe indicios para calificar la conducta no se cumple los presupuesto de la norma establecida en el Art. 26 de la LORCPM. Señor Superintendente, la delimitación o definición del mercado relevante es el medio para determinar y valorar las consecuencias sobre la competencia de la conducta investigada, todos los factores objetivos analizados para la definición del mercado relevante presentan inconsistencias insubsanables, no existe proceso alguno, los análisis jurídicos y económicos, sus conclusiones son erradas, por lo que la resolución de fecha 29 de septiembre de 2021 es nula. (...)*

- El operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., con escrito de 03 de enero de 2022, mediante número de trámite ID. 221794, manifestó:

### **2.2. El “Informe: SCPM-DS-012-2021” no cumple con su fin**

*Al respecto, como se indica en el “Informe”, éste analiza únicamente “las principales argumentaciones formuladas en la apelación presentada en el escrito identificado con ID: 212651 (en adelante el Recurso)” 7 (el énfasis me corresponde). En ese sentido, el “Informe” es incompleto por cuanto no considera los argumentos de las partes, en específico de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. (en adelante, ORIENTAL ®) Sobre esto último, es importante resaltar que el 16 de noviembre de 2021, trámite 215624, ORIENTAL ® presentó sus alegaciones al recurso de apelación, las cuales no han sido consideradas en el “Informe”. Asimismo, durante la audiencia llevada a cabo el 8 de diciembre de 2021, ORIENTAL ® expuso sus alegaciones, que desvirtúan el recurso de apelación, las cuales tampoco han sido analizadas en el “Informe”. Finalmente, el 10 de diciembre de 2021, trámite 218973, entregamos la presentación proyectada en la audiencia antes mencionada, la cual tampoco ha sido considerada en el “Informe”. De lo expuesto, es evidente que el “Informe” vulnera el derecho al debido proceso de Oriental ®, en específico la garantía establecida en el artículo 76 número 1 de la Constitución de la República del Ecuador. Asimismo, se vulnera el principio de juridicidad y el derecho a la buena administración pública establecidos en los artículos 14 y 31 del Código Orgánico Administrativo, respectivamente.*

### **2.3. El mercado relevante determinado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales y posteriormente por la Comisión de Resolución de Primera Instancia es unívoco**



*De regreso al mercado relevante determinado por la CRPI, debemos indicar que este es consistente con el determinado por la INICPD. Así, en la resolución de 29 de julio de 2019, las 12h00, con la que se ordenó el inicio de la investigación en el expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019, la INICPD concluyó:*

*Como se observa, al inicio de la investigación la Intendencia determinó de manera preliminar dos posibles mercados relevantes, entre los que se encuentra el de “comercialización de fideos largos y sus sustitutos” (el énfasis me corresponde).*

*Luego de varios años de investigación y la actuación de pruebas, la Intendencia emitió el Informe final No. SCPM-IGT-INICPD-032-2021 (en adelante, Informe final) en el que, conforme el artículo 15 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, determinó de manera concluyente el mercado relevante “fideos largos comercializados a nivel nacional”.*

*Aquí es importante observar que en el “Informe” se cita también este párrafo, sin indicar la fuente, empero junto a otros párrafos que no corresponden al acápite “Mercado relevante” del Informe final. Esto genera dudas respecto a cuál fue la intención de citar párrafos que no corresponden, tomados de manera arbitraria de diferentes partes del Informe final (lo cual confunde) y sin indicar la fuente (lo que hace que sea difícil para su autoridad revisarlos).*

*Para concluir, resaltamos que tanto en el Informe final de la Intendencia como en la resolución recurrida (emitida por la CRPI) se determina que el mercado relevante es el de “fideos largos comercializados a nivel nacional”. En ese sentido, la Intendencia y la Comisión coinciden en la determinación del mismo mercado relevante, por lo que este es unívoco. Por lo expuesto, la conclusión del “Informe” es falsa. En ese sentido, el “Informe” debe ser desechado.*

*2.4. La determinación del mercado relevante desarrollada en la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de 29 de septiembre de 2021, en el expediente SCPM-CRPI-013-2021 es robusta*

*Al respecto, es necesario indicar que, de manera inmotivada, sin ningún tipo de análisis se concluye “[l]a motivación del ejercicio de definición del mercado relevante constante en el presente proceso no es unívoca y tampoco es robusta.” Nuevamente, consideramos necesario resaltar que en esta conclusión no se indica a qué proceso se refiere, es más, en todo el “Informe” no se indica otro expediente que el SCPM-DS-INJRA-019-2021, por lo que es dable entender que esa conclusión se refiere al mencionado expediente.*

*Al respecto, las citas que aparecen en el acápite “Del Mercado Relevante en la Formulación de Cargos” del “Informe” (que se quiere aparecer como que fueran conclusiones del Intendente en la Formulación de cargos) en realidad pertenecen al Informe de resultados de la investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-048-2020 (en adelante, Informe de resultados) emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante, DNICPD) (esas citas se pueden verificar en las páginas 205 a 206 del Informe de resultados). Por lo anterior, la conclusión de*



*que el “mercado relevante de la formulación de cargos tampoco es concluyente” es falsa, ya que no tiene sustento.*

*Finalmente, respecto a las observaciones que realiza el funcionario Carl Pfistermeister sobre el Informe de resultados debemos manifestar que estas carecen de fundamento. Al respecto, en el acápite “IV. SEÑALAMIENTO DEL MERCADO O MERCADOS RELEVANTES ANALIZADOS”, páginas 37 a 95 del Informe de resultados, se realiza un análisis extenso del mercado relevante y del falseamiento al régimen de competencia.*

*Como se observa de la cita anterior, el análisis realizado por la DNICPD y por la INICPD fue completo; para ello recabó información de todas las fuentes posibles, mediante requerimientos de información a operadores económicos del eslabón inicial de la cadena hasta operadores que se encuentran en el eslabón final, a fin de contrastar los datos. Esto ha sido mal entendido en el “Informe”; ya que lo incorrecto hubiese sido no contrastar la información de los operadores económicos.*

*En cambio, la CRPI sí entendió el análisis realizado por la DNICPD y por la INICPD porque revisó toda la información del expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019; solicitó la realización de informes complementarios; y, efectuó sus propios cálculos, como lo señaló en la providencia de 20 de septiembre de 2021, a las 11h10, emitida en el expediente SCPM-CRPI-013-2021 (...)*

De la revisión de las piezas procesales anotadas, del análisis del acto administrativo impugnado, y del criterio técnico esgrimido por el economista Carl Pfistermeister; así como de las alegaciones al informe puesto en consideración de las partes procesales, esta autoridad ha notado particularidades a revisarse con respecto a la determinación del mercado relevante, esencialmente en dos momentos dentro del procedimiento, esto es, con la emisión del Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-048-2020 de 15 de diciembre de 2020, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control del Prácticas Desleales –DNICPD- y en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-032-2021 de 27 de mayo de 2021, suscrito por el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, tal como fue señalado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en la resolución sancionatoria, en que se observa dentro del referido Informe de Resultados de la Investigación:

*“[1204] Finalmente, respecto al mercado de producto, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales señaló en su informe de resultados No. SCPM-INICPD-DNICPD-048-2020, que el mercado de producto corresponde a la fabricación y comercialización de pastas y fideos largos. Por otra parte la INICPD señaló en su Informe Final No. SCPM-IGT-DNICPD-032-2021, que “(...) el mercado relevante, estaría conformado por los fideos largos comercializados (...)”. Es decir, **la Intendencia hace una aclaración respecto del informe de resultados**, a fin de considerar las pastas largas que no se producen en el país pero si se comercializan. Acorde a estas consideraciones y el análisis previo, la CRPI determina, en línea con el criterio de la INICPD, que el mercado de producto en el presente caso corresponde 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. (...)” (las negrillas son mías)*



Elemento técnico que ha sido confirmado por el especialista designado en su Informe No. SCPM-DS-012-2021 de 23 de diciembre de 2021; en tal virtud, se realizan las siguientes consideraciones:

➤ **Del mercado relevante:**

La Ley Orgánica de Control de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala:

*“[...] 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 énfasis no es parte del texto)

La doctrina, respecto a la definición del Mercado Relevante indica:

*“[...] La definición del mercado relevante es una de las herramientas primordiales de la política y el derecho de competencia, presente en la mayoría de sus áreas, desde fusiones o concentraciones, pasando por abusos de posición dominante, hasta acuerdos verticales u horizontales Tradicionalmente, la determinación del mercado relevante es el primer paso para evaluar el poder de mercado de un agente económico y con ello, si una conducta u operación particular puede producir efectos anticompetitivos [...]”<sup>2</sup>.*

*“[...] **La definición de mercado relevante constituye un elemento central dentro del análisis de los casos antitrust.** A partir de dicha definición, comúnmente se analiza la estructura de los mercados y se determina si una o más empresas tienen o no poder sustancial dentro del mercado o posición dominante en el mismo. [...] **La definición del mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busque evaluar las condiciones de competencia en un mercado.** Para analizar la estructura de un mercado y el efecto de las conductas de los agentes en el mismo, se debe definir previamente el conjunto de productos que forman parte de dicho mercado. **Una definición errónea o ambigua de este conjunto de productos puede conducir a conclusiones equivocadas acerca de la estructura del mercado** (grado de concentración, número de competidores) y/o de las condiciones de competencia en el mismo (existencia de posición de dominio, empresas con alto poder de mercado, etc.) [...]”<sup>3</sup> (negrillas fuera de texto)*

<sup>2</sup> Centro de Competencia. Artículo Recuperado a partir de <https://centrocompetencia.com/mercado-relevante/>

<sup>3</sup> “Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia”, Gonzalo Ruiz D. Área de Estudios Económicos del Indecopi. Véase: <file:///C:/Users/francisco.riofrio/Downloads/Dialnet-DefinicionDeMercadoRelevanteYPoliticasyDeCompetencia-5109662.pdf>



Respecto a la importancia de la determinación del Mercado Relevante, en relación a las prácticas desleales, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado se ha señalado:

*“[...] Es decir, constituye una obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la determinación del mercado relevante en todos los casos que sean objeto de su conocimiento, incluidos aquellos en los que traten asuntos relativos a conductas de competencia desleal. De esta manera, el análisis de las conductas contenidas en los artículos 25 y 27 de la LORCPM, debe ser necesariamente concatenado con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el ya indicado, artículo 5 del mismo cuerpo legal. Por lo tanto, para que una posible conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, no basta con que dentro de la investigación la autoridad acredite la simple existencia del acto o hecho deshonesto ocurrido en el desarrollo de la actividad económica, sino que, además resulta indispensable que pueda determinar si la conducta investigada impide, restringe falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante que para cada caso sea definido [...]”<sup>4</sup>. (El énfasis no es parte del texto)*

De lo trascrito, partiendo que la LORCPM determina que la definición del mercado relevante es un elemento fundamental para establecer el alcance de las conductas analizadas al amparo de sus disposiciones, la correcta determinación del mercado relevante reporta una significancia trascendente para la valoración de la conducta anticompetitiva en análisis; justamente dado que el propósito de la definición del mercado de referencia es proveer un marco analítico de los efectos competitivos de una conducta en particular. En este sentido, la administración identifica el mercado dentro del cual la conducta tiene impactos en determinado segmento, lo cual a su vez delimitará indudablemente los actores involucrados en dicha investigación, y si dentro de los parámetros normativos la conducta tiene relevancia frente a los ojos de la LORCPM.

Con ello, debe tenerse presente que, si no se tiene cuidado en la correcta determinación del mercado relevante, *“no será posible desarrollar una investigación adecuada. Las hipótesis de daño, que deben plantearse en toda investigación antitrust descansan, en la mayoría de los procedimientos, en el mercado relevante definido.”<sup>5</sup>*

Siendo mandatorio que, en un proceso de investigación y sanción, la administración (y las unidades que la conforman en cada etapa del procedimiento) determinen correctamente el mercado relevante, pues este constituye el escenario de análisis de la conducta, el procedimiento administrativo tendrá como base de observación los elementos que lo conforman, siendo – entonces- que referida definición del mercado busca dotar de certeza jurídica a los operadores económicos en cuanto al ámbito de la investigación por conductas anticompetitivas tipificadas en la LORCPM.

En línea de lo anterior, considerando que la determinación del mercado relevante es uno de los pasos previos para establecer si la conducta de un operador económico es anticompetitiva, esta

---

<sup>4</sup> Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Poder del Mercado. Recuperado a partir de <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf>, pág. 16

<sup>5</sup> Javier Núñez Melgoza, EL ECONOMISTA, artículo recuperado a partir de <https://www.economista.com.mx/opinion/Importancia-de-la-correcta-determinacion-del-mercado-relevante-20180612-0037.html>



institución jurídico económica se refleja como una herramienta analítica que asiste en el proceso de determinación de restricciones competitivas en los operadores económicos. De ahí que la definición de mercado relevante provee un marco dentro del cual se puede medir la cuestión crítica de la conducta en estudio, con la cual los administrados ejercen su derecho a la defensa. Una errónea definición del mercado relevante, conlleva consigo un cambio en la línea de aproximación y defensa respecto de la conducta estudiada en el expediente administrativo sancionador.

Se reitera, establecer el mercado de referencia en esencia implica delimitar el marco dentro del cual se aplica la normativa de competencia respecto a las prácticas desleales. Por eso, el mercado relevante como espacio económico, funcional y territorial, permite valorar si la actuación de determinado agente económico resulta relevante a los ojos del Derecho de la Competencia y de la misma LORCPM. En suma, el mercado relevante sirve como un instrumento preliminar importante para identificar los límites de la competencia que provee un marco en el cual los efectos de la competencia pueden ser analizados.

Desde el punto de vista jurídico, la importancia en su definición es crucial porque la falta de delimitación adecuada del mismo implica la nulidad del procedimiento administrativo sancionador<sup>6</sup>. Este último aspecto fue tratado por la Corte Europea de Justicia en el caso *Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities* (uno de los procesos emblemáticos en esta materia). En la sentencia, la corte indicó que la delimitación del mercado relevante (o de referencia) es de esencial importancia porque las posibilidades de competencia solo pueden apreciarse en virtud de las características de los productos de referencia que les hagan idóneas para satisfacer necesidades constantes y poco intercambiables con otros productos<sup>7</sup>. Además, se pone de manifiesto que, si la resolución contiene datos que suscitan dudas sobre los mercados, la misma adolece de una incertidumbre fundamental. Por lo tanto, no se puede determinar si existe competencia, efectiva o potencial en el mercado de referencia. En otras palabras, sin la posibilidad de determinar el mercado de referencia no se puede constatar infracciones a la competencia<sup>8</sup>. En consecuencia, el tribunal resolvió que la determinación del mercado relevante es de vital importancia y que la falta o indebida determinación del mismo desemboca en la nulidad del proceso administrativo.

En el caso *Clearstream v Commission*, la Corte Europea reiteró su pronunciamiento indicando que, procede señalar, con carácter previo, que la definición del mercado de producto, en la medida en que implica apreciaciones económicas complejas por parte de la Comisión, sólo puede ser objeto de un control limitado por parte del juez comunitario. Sin embargo, el juez comunitario no puede abstenerse de controlar la interpretación de los datos de carácter económico efectuada por la Comisión. Al respecto, debe verificar la exactitud material, la fiabilidad y la coherencia de los elementos probatorios en los que la Comisión ha basado su apreciación, y que tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y sean adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Carlos Fernández Lerga Garralda, *Derecho de la Competencia Comunidad Europea y España*, pág. 248.

<sup>7</sup> Judgment of the Court of 21 February 1973. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities*. Case 6-72. *European Court Reports* 1973 - 00215.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Judgment of the Court of First Instance (Fifth Chamber) of 9 September 2009. *Clearstream Banking AG and Clearstream International SA v Commission of the European Communities*. Competition - Abuse of a dominant position - Financial services



Siendo que, el objetivo del derecho de la competencia no es limitar o restringir la libre competencia sino atender aquellas situaciones en donde un impacto económico pueda ser constatado de forma efectiva en una situación económica determinada, y siendo una norma de mandato la contenida en el artículo 5 de la LORCPM con concordancia a las normas de los artículos 25 al 27 del mismo cuerpo, en presencia de una errónea definición del mercado relevante, o en un cambio en su determinación durante la sustanciación del procedimiento administrativo, el administrado se encuentra en una situación procedimental ambigua a los ojos del debido proceso. Empero de lo dicho, se debe esclarecer que la definición de mercado no es un fin en sí mismo sino: **a)** un medio que sirve de análisis para delimitar el ámbito en el que actuará la autoridad de competencia y determinar la existencia de la conducta; y, **b)** un paso en el procedimiento administrativo sancionador, que reviste de importancia para fines de la definición de la verdad procesal.

En el caso en concreto, ya en instancia de resolución, siendo que la CRPI se encuentra facultada para realizar actuaciones complementarias<sup>10</sup>, las cuales deben -de ser el caso- nutrir o completar los datos constantes en la investigación<sup>11</sup>, la data de esa actuación administrativa no puede reformular trascendentalmente el campo investigativo de la conducta, pues de hacerlo, denota un vicio en el procedimiento que tiene afectación directa al derecho a la defensa; entiéndase que, por su naturaleza, las actuaciones administrativas con denominación de “complementarias” no pueden modificar la esencia demarcatoria del procedimiento (en la especie, mercado relevante). Conforme ha sido expuesto, la definición del mercado relevante no solo reporta una importancia teórica dentro del derecho de la competencia, sino un mandato legal para el procedimiento administrativo sancionador que analiza las conductas de la LORCPM. Sabiéndose que la administración -para los ojos del procedimiento sancionador instaurado en la LORCPM- no se entiende como una sola, empero la actuación administrativa lo es, los resultados de todo el procedimiento administrativo son consecuentes unos de otros, y conforman la verdad procesal del expediente administrativo sobre el cual los administrados ejercen sus derechos de defensa. En esa medida, la determinación del mercado relevante a lo largo del procedimiento administrativo -en que el administrado se pronuncia y defiende de sus elementos y particularidades- no puede ser modificado temporalmente (o en el transcurso del tiempo procesal) en el procedimiento, pues su individualización (definición/determinación) se traduce en el campo de acción y defensa de administración y administrado; en tal medida, la administración (la CRPI en este caso) no se encuentra facultada para variar -en su instancia procedimental- la determinación efectuada durante el transcurso investigativo.

De lo dicho, y de la revisión de los elementos documentales del expediente administrativo, esta autoridad concuerda con la apreciación del economista Carl Pfistermeister, al establecer la falta de certeza en el mercado relevante determinado por la Intendencia y el acogido por la Comisión

---

- Decision finding an infringement of Article 82 EC - Refusal to provide cross-border clearing and settlement services - Discriminatory pricing - Relevant market - Imputability of the infringement. Case T-301/04.

<sup>10</sup> R.LORCPM.- “Art. 71.- Etapa de resolución.- (...) Durante este periodo, si el órgano de sustanciación y resolución lo considera necesario, podrá solicitar que el órgano de investigación practique actuaciones complementarias que pudieren servir como prueba. El órgano de investigación remitirá al órgano de sustanciación y resolución un informe sobre los resultados de las actuaciones complementarias que hubiere realizado”

<sup>11</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua.- “Actuación complementaria: Actuación que puede realizar el órgano administrativo sancionador antes de resolver en caso de entender que la instrucción realizada no está completa, y en la que pueden verificarse y aceptarse como ciertos nuevos hechos accidentales que no figuren en la propuesta de resolución, siempre que no sean de carácter esencial.”: <https://dpej.rae.es/lema/actuaci%C3%B3n-complementaria>



de Resolución de Primera Instancia, adicionalmente a los cuestionamientos que se evidencian en el informe, tales como:

- En el informe de resultados, se valoró como producto a los fideos largos y sus sustitutos, y se indicó 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;
- En el informe de resultados, para el análisis de la sustituibilidad de la demanda, ¿a qué eslabón de la cadena del sector se refería la información remitida por retailers? ¿al último eslabón, es decir entre supermercados y el consumidor final?;
- En el informe de resultados, para el análisis de la sustituibilidad de la oferta, ¿Por qué la INICPD utilizó datos de uno de los eslabones iniciales de la cadena de comercialización, a nivel de productor?;
- En el informe de resultados, no queda claro cuál es el mercado relevante y en que eslabón del mercado de la cadena nos encontramos.

En suma, siendo que se ha identificado un cambio de la definición del mercado relevante, y dada la importancia trazada de su continuidad en el procedimiento administrativo para fines de debido proceso y derecho a la defensa, se tiene que la falta de conclusión y unidad en la definición del mercado de referencia conlleva consigo problemas procesales que atacan la validez del procedimiento.

Pero, a fin de poder observar si esta conclusión previa tiene relevancia para el expediente administrativo sancionador en análisis, nos permitimos anotar:

El informe de resultados, como insumo técnico y legal que contiene los hallazgos de la investigación administrativa, comprende un conjunto de datos con valoración y contraste fáctico-normativo producto de -al menos- un plazo de ciento ochenta -180- días (siendo prorrogables por 180 días adicionales<sup>12</sup>).

Siendo que a partir del informe de resultados –en conjunto con la revisión del expediente de origen- el órgano de investigación formula cargos y establece los parámetros sobre los cuales el administrado obtiene una formulación de cargos sobre la cual ejerce su derecho a la defensa dentro de un término procesal normativo, la administración (CRPI) tendrá como verdad procesal la defensa del administrado y los elementos del procedimiento investigativo; sus actuaciones complementarias –siendo esclarecedoras de alcance y fondo- no pueden modificar la definición del mercado de referencia, pues le resultan (en el caso particular) inamovibles procedimentalmente como administración.

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

---

<sup>12</sup> RLORCPM.- “Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.- Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer.”



*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<sup>13</sup>, 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 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.

Las alegaciones presentadas por el operador económico SUMESA S.A., respecto al mercado relevante, se centran en:

*“(...) Lo analizado detalladamente por el especialista técnico es VERDAD. En efecto señor Superintendente, en el mercado relevante se incluyeron no solo productores sino también a operadores económicos distribuidores, como son: TONICORP - DIPOR / BARILLA – QUIFATEX / INDUSTRIAS ALES / MI COMISARIATO / MARCA BLANCA EL CORAL / LA FAVORITA, entre otros. Y Sumesa no es distribuidor sino marginal. Sobre este particular, es importante resaltar, que los productos que SUMESA vende a los distribuidores son los mismos que los distribuidores revenden, esto quiere decir, que en las participaciones existe duplicidad, por cuanto el producto es exactamente el MISMO, por ejemplo: DIPOR distribuye productos de Sumesa. Esto se puede comprobar con la respuesta del Gerente General legal de la Compañía Distribuidora Importadora Dipor S.A. mediante correo electrónico de fecha 14 de Julio de 2021 dirigido a la funcionaria Andrea Suntaxi, en donde DIPOR señala: NO PRODUCE NINGÚN TIPO DE PASTA, SOLAMENTE DISTRIBUYE Y REVENDE LOS PRODUCIDOS POR OTRAS EMPRESAS, conforme consta en la siguiente imagen y que se encuentra agregado en el Expediente Nro. SCPM-CRPI013-2021 (...)”*

<sup>13</sup> RLORCPM.- “Art. 70.- Informe final.- Concluido el término de prueba, el órgano de investigación emitirá informe final en el término de quince (15) días. El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba; las sanciones y medidas correctivas propuestas; y, cuando proceda, la propuesta de exención o de reducción del importe de la multa de conformidad a lo que establece la Ley. El informe final será remitido dentro del término indicado en el párrafo precedente al órgano de sustanciación y resolución, junto con el expediente del procedimiento, para su conocimiento y resolución.”



Por su parte, en este punto de estudio, el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., en su escrito de 03 de enero de 2022 expuso:

*“(…) De regreso al mercado relevante determinado por la CRPI, debemos indicar que este es consistente con el determinado por la INICPD. Así, en la resolución de 29 de julio de 2019, las 12h00, con la que se ordenó el inicio de la investigación en el expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019, la INICPD concluyó: 13 Como se observa, al inicio de la investigación la Intendencia determinó de manera preliminar dos posibles mercados relevantes, entre los que se encuentra el de **“comercialización de fideos largos y sus sustitutos”** (el énfasis me corresponde). Luego de varios años de investigación y la actuación de pruebas, la Intendencia emitió el Informe final No. SCPM-IGT-INICPD-032-2021 (en adelante, Informe final) en el que, conforme el artículo 15 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, determinó de manera concluyente el mercado relevante **“fideos largos comercializados a nivel nacional”** (...) Para concluir, resaltamos que tanto en el Informe final de la Intendencia como en la resolución recurrida (emitida por la CRPI) se determina que el mercado relevante es el de **“fideos largos comercializados a nivel nacional”**. En ese sentido, la Intendencia y la Comisión coinciden en la determinación del mismo mercado relevante, por lo que este es unívoco”.*

En la línea argumentativa planteada, se evidencia que, conforme señala el operador económico SUMESA S.A. existe conformidad respecto a las observaciones planteadas por el economista técnico, las cuales se traducen en falta de explicaciones respecto de temas específicos; por otro lado el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., plantea su desacuerdo pues a su criterio, el mercado relevante indicado por la INICPD y la CRPI, siempre fue unívoco, lo que, a criterio de esta autoridad, no se ajusta a la verdad procesal conforme se ha expuesto, evidenciándose sin lugar a dudas, que existió una variación del mercado relevante entre el informe de resultados al informe final, lo cual evidentemente trajo como consecuencia que el operador económico SUMESA S.A., no pueda ejercer su derecho a la defensa de manera correcta, en la etapa procesal oportuna, en ese contexto no se acoge la alegación realizada por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., respecto a que se deseche el informe, excluyendo con ello el requerimiento de notificación a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano, toda vez que el insumo, ha aportado elementos que permiten evidenciar la variación del mercado relevante en cual se utilizó para emitir la resolución materia de la impugnación.

➤ **Derecho a la defensa:**

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;

Respecto al Derecho a la Defensa la Corte Constitucional, en su sentencia No. 1571-15-EP/20 señaló que:

*“[...] el derecho a la defensa, dentro de un proceso jurisdiccional o de cualquier índole, permite a las partes sostener sus pretensiones y rebatir los fundamentos de la parte contraria y que las personas puedan acceder a los medios necesarios para efectivizar sus derechos y hacer respetar sus pretensiones en el desarrollo del proceso (...). De esta manera, el derecho a la defensa debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, sin que pueda obstaculizarse ni negarse su ejercicio en ningún momento procesal, pues ello conllevaría a generar un estado de indefensión [...]”.*

La Corte Constitucional, en su sentencia No. 108-15-SEP-CC, señaló:

*“[...] En tal virtud, el ejercicio del derecho a la defensa constituye la posibilidad de activar todos los mecanismos legales dentro de cualquier proceso y procedimiento, para que las pretensiones de las partes no sean excluidas de la tutela de la actuación jurisdiccional, obteniendo una decisión acorde a la existencia procesal y, a la postre, garantizando el ejercicio de nuestros derechos, aquello incluye el derecho a ser escuchado, a presentar las pruebas de descargo o confrontarlas, a impugnar y utilizar los recursos procesales previstos en la ley, a participar en el proceso en igualdad de condiciones, etc.; Así, el derecho a la defensa permite a las personas acceder a los medios necesarios para hacer respetar sus derechos en el desarrollo de un proceso legal, ya sea demostrando su inocencia o contradiciendo los hechos alegados por la parte contraria [...]”.*

En consecuencia, siendo que el procedimiento administrativo se entiende como uno solo, y dado que –conforme se ha expuesto– ha existido variación en la definición del mercado relevante, la línea de análisis y defensa de la conducta desleal en estudio se ha visto alterada. Sabiendo que para el debido proceso existen precedentes que establecen que los principios y garantías generales del derecho procesal se aplican a la defensa de la competencia, particularmente, el principio de legalidad que se relaciona con el daño real que debe causar la conducta anticompetitiva, si estamos en condiciones de una definición de un mercado relevante con cambios durante la sustanciación del expediente administrativo, la administración no se encuentra en la posición de determinar si la conducta es ilegal o no por carecer de elementos claros y lineales.

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 comisión 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.



El principio de legalidad obliga a que la conducta a reprimir no solo deba estar contemplada por el tipo administrativo en cuestión, sino que exista y se pueda verificar el requisito de subsunción de los hechos y el derecho, que en materia de derecho de la competencia en prácticas desleales, efectivamente se logra a través de la definición del mercado relevante. Para fines de motivación, para comparación de instituciones jurídicas, recordemos que, la relación entre un hecho y un tipo penal que permite afirmar la tipicidad del primero se denomina subsunción. Un hecho se subsume bajo un tipo cuando reúne todos los elementos que este contiene. En la práctica, la subsunción se verifica comprobando si cada uno de los elementos del tipo penal de la descripción del supuesto de hecho se da en el hecho que se juzga. Sucede lo mismo en el tipo administrativo cuando existe mandato normativo que obliga a la demarcación del campo de investigación (la definición de mercado es un requisito del tipo legal; sin definición de mercado relevante no hay conducta a reprimir), conforme ha sido ampliamente expuesto en este acto.

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.

#### ➤ **De la motivación:**

La Constitución de la República del Ecuador, establece como garantía el derecho a la debida motivación de las decisiones de las autoridades, así la Carta Constitucional establece en el numeral 7, literal 1) del artículo 76:

*“[...] 1) 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 [...]”*

Por su parte, el Código Orgánico Administrativo -COA-, especifica también los detalles de una debida motivación diciendo:

*“Art. 100.- Motivación del acto administrativo. En la motivación del acto administrativo se observará:*

- 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.*
- 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.*
- 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada.*



*Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.”*

La Corte Constitucional, en el caso No. 1158-17-EP (Caso Garantía de la motivación) ha expuesto:

*“[...] La Corte analiza si una sentencia de casación vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de la motivación y, para ello, realiza un balance sistemático de la jurisprudencia de la Corte Constitucional: se aleja explícitamente del test de motivación y, con base en la jurisprudencia reciente de la Corte, establece varias pautas para examinar cargos de vulneración de la referida garantía. Esas pautas incluyen un criterio rector, según el cual, toda argumentación jurídica debe tener una estructura mínimamente completa (de conformidad con el art. 76.7.1 de la Constitución). Las pautas también incorporan una tipología de deficiencias motivacionales, es decir, de incumplimientos de dicho criterio rector: la inexistencia, la insuficiencia y la apariencia; esta última surge cuando la argumentación jurídica incurre en algún tipo de vicio motivacional, como son: la incoherencia, la inatinencia, la incongruencia y la incomprensibilidad [...]”<sup>14</sup>*

En este sentido, conforme fue tratado en el apartado que antecede, por los cambios y falta de linealidad en la definición del mercado relevante, y el cambio que presentó la CRPI en su instancia sancionadora mediante las actuaciones complementarias, respecto de este cambio – determinante a los ojos del derecho de la competencia y la LORCPM- no se encuentra motivación en las actuaciones que permita esclarecer el cambio y la oportunidad que el administrado tuvo ante el mismo; esto, sin embargo de que, a pesar que a criterio de esta autoridad, la CRPI ha valorado y analizado todas las pruebas que se encuentran dentro del expediente administrativo- pues la modificación de un aspecto esencial como es el mercado, obliga al órgano de resolución a valorar parámetros diferentes a los que, debió haber realizado sin la modificación que genera el vicio que se observa.

➤ **De la seguridad jurídica:**

Conforme lo dicho en la Constitución de la República del Ecuador, la garantía de la seguridad jurídica se prevé:

*“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

*“[...] Del texto constitucional se desprende que el derecho a la seguridad jurídica exige contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que permita tener una noción razonable de las reglas que rigen cada proceso. Este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar la certeza de que la*

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 1158-17-EP/21



*situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad [...]”<sup>15</sup>*

En este sentido, la garantía constitucional radica en la aplicación de normas, claras, previas y públicas, dando certeza a los administrados del proceder de la administración; sencillamente en el presente caso se ha respetado el procedimiento de aplicación obligatoria, en este tipo de procesos.

Como manifiesta el impugnante, la decisión de la CRPI, al no ceñirse exclusivamente a la información que inicialmente proporcionó la Intendencia, y modificar el mercado relevante sin una debida y motivada justificación, desembocó en consecuencias jurídicas respecto del operador económico SUMESA S.A., en este contexto, el principio de seguridad jurídica, buscando proteger que todas las actuaciones de la administración sean realizadas conforme lo manifiesta el marco normativo, evitando -de esta manera- la toma de decisiones arbitrarias las cuales se encuentran prohibidas de realizar conforme lo señalado en el artículo 18 del Código Orgánico Administrativo<sup>16</sup> -COA-, en el presente caso el mercado relevante y su definición siendo diferenciada o no univoca, previo a la resolución existiría un cambio en la materia de análisis lo que a su vez generaría que no se cumpla con los preceptos de normas previas, claras y que sirven de base para la emisión de una resolución.

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.

#### **NOVENO.- RESOLUCIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, y una vez que se ha verificado la vulneración a las disposiciones constitucionales establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, amparado en las disposiciones previstas en el artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- ACEPTAR** el Recurso de Apelación interpuesto por el ingeniero Jorge Julián García Miranda, quien comparece en calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico **SUMESA S.A.**, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en contra de la Resolución de 29 de septiembre de 2021 de las 10h24, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021, en razón de la violación al derecho a la defensa, detectado en mérito a la variación del mercado relevante; **DOS.- DECLARAR LA NULIDAD** del procedimiento administrativo sancionador a partir de

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia No. 1035-16-EP/21, 03 de febrero de 2021, CASO No. 1035-16-EP

<sup>16</sup> Código Orgánico Administrativo, Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias



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.- **CUATRO.-** Conforme lo analizado en la presente Resolución se niega la petición operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., relacionada a la procedencia de iniciar un procedimiento disciplinario en contra del servidor público Carl Pfistermeister Mora, por improcedente

#### **DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-**

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “*Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones*”; además que, esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: “*(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)*”; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico **SUMESA S.A.**, en los correos electrónicos: [marinsevilla@procompetencia.com](mailto:marinsevilla@procompetencia.com), [l.ramirez@procompetencia.com](mailto:l.ramirez@procompetencia.com), [f.natera@procompetencia.com](mailto:f.natera@procompetencia.com), [b.haro@procompetencia.com](mailto:b.haro@procompetencia.com) y [jgonzalez@sumesa.com.ec](mailto:jgonzalez@sumesa.com.ec) ; **b)** Al operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.**, en los correos electrónicos: [eesparza@pazhorowitz.com](mailto:eesparza@pazhorowitz.com), [brobayo@pazhorowitz.com](mailto:brobayo@pazhorowitz.com), [jpaz@pazhorowitz.com](mailto:jpaz@pazhorowitz.com), [legal@gruporiental.com](mailto:legal@gruporiental.com), [eduardo.esparza@dentons.com](mailto:eduardo.esparza@dentons.com), [byron.robayo@dentons.com](mailto:byron.robayo@dentons.com), y [jorge.paz@dentons.com](mailto:jorge.paz@dentons.com); y, **c)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

**DÉCIMO PRIMERO.-** Continúe actuando en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente, el abogado Carlos Vásquez Jaramillo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

**Dr. Danilo Sylva Pazmiño,**  
**SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO**



**Abg. Carlos Vásquez J.  
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN**