



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-031-2021
- **Apelante / Denunciante:** SUMESA S.A.
- **Denunciado:** ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 17 de febrero de 2022, a las 17h05.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal número SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., en contra de la Resolución de 09 de noviembre de 2021 de las 17h35, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas [INICAPMAPR], dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- 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.-

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El doctor Marcelo Marín Sevilla, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 08 de diciembre de 2021 a las 17h16, signado con número de trámite ID. 218579, presentó el recurso de apelación, en contra de la Resolución de 09 de noviembre de 2021, a las 17h35, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas [INICAPMAPR].

Posteriormente, mediante escrito suscrito electrónicamente por Jorge Julián García Miranda, en calidad de Gerente General del operador económico SUMESA S.A., ingresado en la ventanilla virtual de la SCPM, el 09 de diciembre de 2021 a las 15h29 y signado con el número de trámite ID 218771, se ratificó el contenido del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Marcelo Marín Sevilla, quien actúa en calidad de abogado patrocinador del operador económico.

Mediante providencia de 20 de diciembre de 2021, a las 13h30, 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.-

TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

Resolución de 09 de noviembre de 2021, a las 17h35, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, en la que se resolvió:

“[...] PRIMERO: Acoger en su totalidad el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM2021-015 de 4 de noviembre de 2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control del Poder de Mercado.

SEGUNDO: Ordenar el ARCHIVO del Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, toda vez que se ha agotado el trámite correspondiente establecido dentro de la normativa legal, sin que se hayan encontrado elementos que ameriten la prosecución de la investigación por presuntas infracción tipificadas en los numerales 2, 4, 15 y 18 del artículo 9 de la LORCPM, al determinarse que el operador económico denunciado, no ostenta poder de mercado en el mercado relevante de fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas, dentro del territorio nacional, durante el periodo comprendido entre enero del 2011 hasta la actualidad [...]”

CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

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

“[...] deje sin efecto la Resolución de Archivo fecha 09 de noviembre de 2021; emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro Expediente No. SCPM-IGTINICAPMAPR-011-2020. [...]”

Pretensión por medio de la cual el operador económico solicita la revocatoria del acto administrativo emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, para que se deje sin efecto el archivo del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación basada en los siguientes presupuestos: **a)** Falencias e inconsistencias en el mercado por producto determinado en la etapa de investigación (7.1.1.): La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas ha incurrido en yerros técnicos en la determinación del mercado relevante, la representación estadística, la sustituibilidad de la demanda y oferta, la aplicación de la Resolución No. 011

emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, referente a la “*Guía respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes*”, etc.; **b)** Criterio adelantado respecto del mercado relevante. (7.1.1.2); **c)** Sobre el análisis de la sustituibilidad de la oferta desarrollado por la INICAPMAPR. (7.1.2); y, **d)** Sobre el análisis del poder de mercado efectuado por la INICAPMAPR (7.2); postulados principales que se transcriben en el siguiente texto:

“[...] Señor Superintendente, como hemos expuesto en los antecedentes que sustentan el presente Recurso, en fecha 20 de abril de 2020, mi representada interpone ante la INICAPMAPR, denuncia contra el operador económico Oriental por el cometimiento de las conductas tipificadas en los numerales 1; 2; 4; 15; 17; 18; 22, además de la conducta de limitación injustificada de las inversiones cometida a tenor de la Cláusula General Prohibitiva contenida en el referido Art. 9 de la LORCPM.”

Consta en los antecedentes de la presente Apelación, que mediante Resolución de fecha 15 de octubre de 2020, a las 16h00, la INICAPMAPR, emite el Informe de Investigación Preliminar dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR011-2020, en el cual en su parte Resolutiva Primera determina ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-011- 2020, en contra del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A., por el presunto cometimiento de los actos de abuso de poder de mercado cometidos contra mi representada mediante la utilización de acciones legales injustificadas con efecto exclusorio y de precios explotativos, conductas tipificadas en los numerales 2, 4, 15 y 18 del Art. 9 de la LORCPM, dentro del mercado relevante preliminar determinado como:

“(…) elaboración y comercialización de pasta o fideos largos de variedad o tipo “chino”, con un alcance a nivel nacional dentro del marco temporal comprendido desde al año 2011 en adelante.”

El subrayado y negrilla me corresponden.

Ahora bien, una vez concluida la etapa de investigación formal, la INICAPMAPR en el numeral 8.5 de su Informe de Resultados SCPM-INICAPM-DNICAPM2021-015 y de igual forma en la Resolución de fecha 9 de noviembre de 2021, determina como mercado relevante:

“8.5 Del mercado relevante en el presente procedimiento de investigación

Por lo expuesto, se determina, una vez analizada de manera integral la información de los operadores económicos, constantes en el expediente administrativo, que para la presente investigación el mercado relevante corresponde a la fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas, dentro del territorio nacional, durante el periodo comprendido desde el año 2011 en adelante con respecto a los numerales 2, 4 y 15 del artículo 9 de la LORCPM; y, 2012 en adelante, con respecto al numeral 18 de la LORCPM.”

El subrayado y negrilla me pertenecen.



*Su Excelencia, a mi representada le gustaría dejar constancia, que dentro del presente proceso, no estamos discutiendo que una vez determinado un mercado relevante en la etapa de investigación preliminar, la Autoridad tenga la potestad para modificar en la etapa de investigación formal un mercado relevante que pueda diferir al establecido en la etapa procesal anterior, siempre y cuando esta modificación **encuentre su sustento, apoyo y fundamento en análisis económicos veraces y sin falencias dentro del procedimiento y que se ajusten a la realidad económica objeto de investigación***

[...] A continuación, nos permitimos ahondar en lo afirmado.

7.1.- SOBRE LOS ERRORES EN LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE.

Señor Superintendente, no cabe duda las implicaciones que dentro de cualquier procedimiento posee la determinación del mercado relevante. Una vez definido el mercado dentro de un proceso investigativo, se deberá llevar a cabo un análisis estructural que puede llegar a condicionar el resto de la apreciación de la conducta investigada dentro de determinado espacio competitivo. En este sentido, una vez notificados con el Informe de Resultados SCPMINICAPM-DNICAPM-2021-015 y con la Resolución de fecha 9 de noviembre de 2021 emitidas dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, nos ha sorprendido sobre manera el análisis económico y la herramienta utilizada por la Dirección Nacional de la INICAPMAPR, para arribar a la conclusión que el mercado relevante dentro del proceso citado no es otro que:

“(...) la fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas, dentro del territorio nacional, durante el periodo comprendido desde el año 2011 en adelante con respecto a los numerales 2, 4 y 15 del artículo 9 de la LORCPM; y, 2012 en adelante, con respecto al numeral 18 de la LORCPM”

El subrayado y negrilla me corresponden

Ahora bien, como dispone el Art. 5 de nuestra LORCPM, y la Resolución No. 011 “Métodos de Determinación del Mercado Relevante” de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación de Control y Poder del Mercado para la determinación del mercado relevante la Autoridad deberá determinar para cada caso en particular al menos el mercado por producto o servicio, el mercado geográfico, así como las características más significativas o relevantes de los agentes que participan en el dicho mercado.

Comencemos entonces con el análisis económico realizado por la Dirección Intendencia Nacional de la INICAPMAPR en su Informe de Resultados SCPMINICAPM-DNICAPM-2021-015 sobre el mercado relevante por producto, el cual fue acogido en la Resolución de Archivo del expediente SCPM-IGTINICAPMAPR-011-2020.

Es importante expresar que presentamos como Anexo No. 2 al presente Recurso de Apelación un “Informe Económico de Evaluación Respecto del Expediente SCPM-IGT-



INICAPMAPR-011-2020 y su Informe de Resultados” elaborado por el Ingeniero Comercial Juan Sebastián Araujo Dueñas⁴ perito acreditado en el Consejo de la Judicatura y que es quien justamente elaboró de Resoluciones para definición de Mercados Relevantes de la Junta de Regulación de Poder de Mercado.

7.1.1.- Falencias e inconsistencias en el mercado por producto determinado en la etapa de investigación. En este sentido la Autoridad sobre el mercado relevante por producto expresa en el numeral 8.1 expresa:

“En este sentido, partiendo del escrito de denuncia, se observa que los productos que conformarían inicialmente el mercado relevante, son las “pastas tipo chino/oriental”, los cuales, según el denunciante, están constituidos por los siguientes productos:

- i) “fideo Chino Oriental”, comercializado por ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “OIA” S.A (denunciado);*
- ii) “SUMESA Chinito y posteriormente SUMESA ORIENTAL” y,*
- iii) “SUMESA tipo Chino”, siendo los últimos comercializados por SUMESA S.A” (...)*

Así mismo, conforme la información proporcionada, mediante el cuestionario D, ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A., dentro de la marca “”FIDEO CHINO ORIENTAL”, comercializa las siguientes presentaciones:
- i) FIDEO CHINO FINO CN (200 y 400 gr);*
- ii) FIDEO CHINO FINO (200,400 y 500 gr);*
- iii) FIDEO CHINO GRUESO (400 y 500 gr);*
- iv) FIDEO CHINO ORIENTAL 25Kg SACO; y*
- v) FIDEO TALLARÍN CHINO FINO 100.*

En este sentido, estos serían los productos a partir de los cuales expresa la Autoridad que:

“(…) partirá el análisis de la hipótesis del escrito de denuncia, en dónde se señaló que el producto materia de análisis serían las “pastas tipo chino/oriental” (...)”

Es importante destacar, que no solo es el mercado relevante establecido por mi representada en nuestro escrito de denuncia, sino también el determinado por la INICAPMAPR mediante Resolución de fecha 15 de octubre de 2020, a las 16h00.

Para el análisis del mercado relevante propuesto y acogido por la Intendencia en la etapa de investigación la DNINICAPMAPR expone a lo largo del acápite 8.1.1 y 8.1.2 las características de los fideos o pastas tipo “chino/oriental”, no solo determinado por mi representada sino también determinado en la Resolución de fecha 15 de octubre de 2020.



En los numerales antes citados la INICAPMAPR establece tres aspectos a tomar en consideración para analizar las características del producto fideo tipo chino/oriental:

- I. Los insumos utilizados para la elaboración de los fideos tipo chino.*
- II. Del tiempo de cocción, y,*
- III. De la maquinaria utilizada.*

Sobre estos aspectos nos referiremos más adelante.

*Ahora bien, como conoce la Autoridad para la realización del análisis sobre el mercado relevante por producto la Intendencia debió tener presente **TODO** lo dispuesto en Resolución No. 11 de la Junta de Regulación determina lo siguiente:*

*“DE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO DEL PRODUCTO O SERVICIO Art. 5.- Criterios de análisis. -Para la determinación del mercado del producto o servicio, **se debe hacer una evaluación técnica que comprenda, un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial.**”[...]*

Dentro de este análisis realizado, sobre la identificación de las pastas tipo/chino por parte de los productores de pastas expresa la INICAPMAPR lo siguiente:

“En cuanto a los fideos tipo chino, 8 productores (incluido el denunciante) han señalado que identifican a este tipo de fideos, sin embargo al definir sus características principales, estas difieren unas de otras incluso las identifican directamente con la marca comercial. Los operadores que contestaron afirmativamente son:”

[...]

Sobre las respuestas brindadas por 8 productores, sin incluir a mí representada, identificaron la existencia de la categoría fidos o pasta tipo chino, pero que al decir de la INICAPMAPR:

*“Pese a que los operadores económicos citados responden afirmativamente a la pregunta señalada ut supra, **se puede inferir que sus respuestas de percepción, son diversas y no existen elementos en común que permitan clasificar a sus productos bajo dicha categoría.**”*

[...]

El subrayado y negrilla me pertenece.

Es decir, la percepción es variada, pero todos determinaron la existencia de este mercado. Que la percepción varíe no quiere decir que este tipo de fideo tipo chino / oriental no exista

[...] no tienen que ser productores de fideos tipo chino para distinguir y conocer que existe esta categoría, como es el caso del operador económico ALICORP ECUADOR



*S.A, que a pesar de no fabricar y comercializar fideos tipo chino/oriental **identifican la existencia de esos productos.***

*[...] a pesar de que afirma la Autoridad de que se llevará a cabo el análisis con la presentación de 200 gramos para el análisis de los fideos instantáneos fritos, la Intendencia utiliza sin explicación económica alguna también **la presentación de 100 gramos**, esta es una gravísima incongruencia económica, no es posible que la Intendencia con la finalidad de determinar un mercado relevante propuesto en la denuncia y aceptado en la etapa de investigación preliminar, acomode los resultados a obtener y **analice una presentación de las menos vendidas.***

Señor Superintendente, sobre este análisis cuantitativo realizado por la INICAPMAPR me permito citar lo expresado en el Informe Económico Pericial que adjuntamos al presente Recurso de Apelación

[...]

7.1.1.2.- Criterio adelantado del mercado relevante.

[...]

El mercado relevante determinado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales correspondía al producto pastas y fideos largos, y no al mercado relevante preliminar determinado mediante Resolución de fecha 15 de octubre de 2020 dentro del presente proceso investigativo

[...]

En este sentido mi representada, mediante escrito de 24 de febrero de 2021, solicito de manera comedida que la Señorita Intendente de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas se excusara de continuar conociendo el presente proceso investigativo debido a que una vez emitido el criterio adelantado sobre el mercado relevante

La Señorita Intendente de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas se negó a excusarse.

*En ese sentido y al tener conocimiento mi representada del criterio adelantado de la Señorita Intendente, ya sabíamos la posición tomada por la INICAPMAPR, **conociendo así cuál sería la decisión sobre la determinación del mercado relevante en este caso, muchos meses antes de que discurriera la etapa de investigación***

7.1.2 Sobre el análisis de la sustituibilidad de la oferta desarrollado por la INICAPMAPR.

[...] no hay lugar a duda que la INICAPMAPR en su afán de determinar el mercado relevante de pastas largas y enroscadas arriba a conclusiones que resultan ineficientes



desde la perspectiva económica, como se señala en el Informe Económico del Perito del Consejo de la Judicatura presentado como anexo a la presente apelación, y el cual me permito citar una vez más:

*Intendencia define un mercado por producto basado en las conclusiones alcanzadas en su análisis de sustituibilidad de demanda y oferta. Como se ha visto en las observaciones definidas en los apartados 2 y 3 de este documento, las afirmaciones de la Intendencia no son suficientemente robustas desde la perspectiva técnica de la economía de mercado y competencia, por lo tanto, esto conlleva que el mercado por producto definido **estaría también carente de significancia estadística.**” [...]*

(...)la Intendencia hace mención a que el mercado por producto comprende “la fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas”, lo cual resulta equivocado [...]

*[...] si el propio mercado relevante determinado en el Informe de Resultados y en la Resolución de Archivo ha sido: “la fabricación/**importación** y comercialización de fideos y pastas largas enroscadas”.*

Parecería una quimera, pero en efecto, se contraponen el mercado relevante con importaciones frente a la exclusión de la importación

7.2. SOBRE EL ANÁLISIS DEL PODER DE MERCADO EFECTADO POR LA INICAPMAPR.

Expone la INICAPMAPR lo que a continuación nos permitimos citar:

*“(...) uno de los principales elementos de una posición de dominio es precisamente la obtención por parte del operador económico, de cuotas **de mercado extremadamente elevadas, así como de esa capacidad que ostenta una empresa, al actuar de manera independiente respecto al resto de competidores, proveedores y consumidores [...]***

Señor Superintendente, como podrá constatar del Informe Pericial adjunto al presente Recurso, el perito acreditado expone:

*“(...) vale aclarar que sectores **mercados fraccionadas** donde en efecto, eventualmente la probabilidad de posiciones dominantes similares, lo cual lleva a un modelo de competencia casi perfecta. En casos donde esto no suceda (lo cual suele ser lo más común), **estudios de diferentes fuentes dan cuenta que se tienen que tomar en consideración diversos factores más allá de un análisis estructural de indicadores de concentración y dominancia (...)**”*

Es decir, señor Superintendente, el HHI está mal efectuado como veremos. No se necesitan cuotas extremadamente elevadas para determinar que el operador económico posee poder de mercado, cuando no estamos ante un mercado de competencia perfecta. Pero si como demostraremos a continuación, la INICAPMAPR hubiera delimitado de manera correcta, el mercado relevante realmente objeto de las conductas abusivas por



parte de Oriental, sin necesidad de ajustar los análisis económico efectuados y determinado dentro de la etapa de investigación preliminar como: “la elaboración y comercialización de pasta o fideos largos de variedad o tipo “chino”,” hubiera podido comprobar las altas cuotas de participación del operador económico abusivo [...]

*[...] ¿dónde está el análisis económico correspondiente efectuado por la INICAPMAPR, para poder determinar que la inclusión de nada más y nada menos **7 operadores económicos** participantes en su mercado relevante determinado no es determinante e importante para el presente expediente?*

¿Por qué no se hizo el HHI con todos los participantes y solo con algunos?

[...] quedó demostrado que el operador económico Oriental sí posee una posición dominante en el mercado relevante erróneamente determinado dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, y más aún en el mercado de pastas tipo chino/oriental, así lo señala el Perito Juan Araujo en el último párrafo de página 12 de su Informe:

*“Por consiguiente, el mercado relevante por producto que se define tiene un sustento técnico insuficiente, puesto que no se ha llegado a demostrar la sustituibilidad de la oferta y demanda requerida para los distintos tipos de pasta. Resulta equivocado delimitar un mercado por producto que agrupe tanto los fideos tipo chino, como las pastas largas y enroscadas, **pero incluso en este mercado, vemos que HHI el es de 1886, con Oriental a la cabeza [...]**”*

Con dicha fundamentación, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo y –en consecuencia- el archivo del expediente administrativo.

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

Conforme la fundamentación del libelo del recurso de apelación interpuesto, en los presupuestos señalados en el ordinal que antecede, se aprecia que la línea argumentativa del recurso se dirige a la revocatoria del acto administrativo, específicamente el archivo del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, por cuestionamientos técnicos en la definición el mercado relevante.

SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL.-

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se anotan:



a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020:

1. Denuncia presentada por el operador económico SUMESA S.A., en contra de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A., el 30 de julio de 2020, a las 10h28 con número de trámite ID. 165931;
2. Providencia de 13 de agosto de 2020, a las 11h30, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y prácticas Restrictivas, dispuso la suspensión del cómputo de los términos procesales dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, en cumplimiento a la Resolución No. SCPM-DS-2020-31 de 12 de agosto de 2020, suscrita por esta autoridad;
3. Providencia de 27 de agosto de 2020, las 09h10, en la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispone: “[...] **TERCERO.-** De lo expuesto se concluye que, la denuncia presentada por el operador económico SUMESA S.A. no cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 54 de la LORCPM, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LORCPM, se otorga al denunciante el término de tres (3) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia, para que aclare y complete la denuncia según lo indicado en el ordinal segundo, literales: c), f) y g). [...]”;
4. Providencia de 04 de septiembre de 2020, las 17h15, en la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, avocó conocimiento del Expediente Administrativo signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020.
5. Resolución de 15 de octubre de 2020, a las 16h00, en la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, ordenó el inicio de la investigación, en contra del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. S.A., por el presunto cometimiento de conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los numerales 2, 4, 15 y 18 del artículo 9 de la LORCPM.
6. Providencia de 23 de abril de 2021, a las 11h31, en la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dispuso, en su parte pertinente suspender el cómputo de los términos y plazos dentro del presente expediente administrativo, desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo de 2021, inclusive, y reiniciar el cómputo el 21 de mayo de 2021; en cumplimiento con la Resolución No SCPM DS-2021-14 suscrita por esta autoridad.
7. Informe No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-015 de 04 de noviembre de 2021, mediante el cual el Director Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, manifiesta:

“ [...] **II. CONCLUSIONES.-**



En la presente investigación se arribaron a las siguientes conclusiones:

- *El mercado relevante corresponde a la fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas, dentro del territorio nacional, en el periodo 2011 hasta la presente fecha.*
- *ORIENTAL, en el mercado relevante determinado, no ostenta una cuota de participación superior al 40% en ninguno de los años investigados, como para al menos poder, a priori, presumir que ostente poder de mercado.*
- *El mercado relevante determinado no presenta índices de concentración alta.*
- *En el mercado relevante determinado no se han identificado barreras de entrada significativas que impidan el ingreso de nuevos competidores.*

Por lo expuesto, respecto a la determinación de poder de mercado, se evidencia que no existen elementos para determinar que el operador económico denunciado, ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A S.A., pueda ostentar posición de dominio en el mercado relevante determinado en el periodo de análisis.

12. RECOMENDACIONES.-

En tal sentido esta Dirección, por todo lo expuesto, recomienda ARCHIVAR el presente expediente y no proseguir con la etapa de sustanciación, para lo cual se deberá realizar la resolución motivada disponiendo el archivo del caso, conforme manda los artículos 57 de la LORCPM, 63 del RLORCPM y 11 del Instructivo de Gestión Administrativa de la SCPM.”

8. Resolución 09 de noviembre de 2021, en la cual la INICAPMAPR, resuelve:

“[...] PRIMERO: Acoger en su totalidad el Informe de Resultados SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-015 de 4 de noviembre de 2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control del Poder de Mercado.

SEGUNDO: Ordenar el ARCHIVO del Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, toda vez que se ha agotado el trámite correspondiente establecido dentro de la normativa legal, sin que se hayan encontrado elementos que ameriten la prosecución de la investigación por presuntas infracción tipificadas en los numerales 2, 4, 15 y 18 del artículo 9 de la LORCPM, al determinarse que el operador económico denunciado, no ostenta poder de mercado en el mercado relevante de fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas, dentro del territorio nacional, durante el periodo comprendido entre enero del 2011 hasta la actualidad [...]”;

9. Recurso de Apelación presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 08 de diciembre de 2021, a las 17h16, con número de trámite ID. 218579, en el cual presenta sus argumentaciones respecto a la Resolución de 09 de noviembre de 2021;

10. Providencia de 10 de diciembre de 2021, en la cual la INICAPMAPR, dispone:

“[...] PRIMERO: Agréguese al expediente y tómesese en cuenta el Recurso de Apelación y anexos, suscrito, ofreciendo ratificación, por el Dr. Marcelo Marín Sevilla, en calidad de abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A., ingresado a la Ventanilla Virtual de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 08 de diciembre de 2021, a las 17h16, signado con el número de trámite ID 218579. [...]”

b) Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-031-2021:

Como actuaciones relevantes se hacen constar:

1. Memorando SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-124 de 13 de diciembre de 2021, firmado electrónicamente por la abogada Verónica Martínez Ortiz, en calidad de Secretaria de Sustanciación del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2021 y sus anexos, mediante el cual pone en conocimiento de esta autoridad: *“[...] La presente providencia; El Recurso de Apelación interpuesto con sus respectivos anexos; La Resolución de 09 de noviembre de 2021, a las 17h35; El escrito y anexos, signado con el número de trámite ID 218766 agregados en el ordinal SEGUNDO de la presente providencia; El escrito signado con el número de trámite ID 218771 agregado en el ordinal TERCERO de la presente providencia. [...]”*, a través del Sistema de Gestión Documental -SIGDO- mediante número de trámite ID 219308.
2. Providencia de 20 de diciembre de 2021, de las 13h30 emitida por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, mediante la cual se avoca conocimiento y se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto por el doctor Marcelo Marín Sevilla, en calidad de abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A., y se dispuso correr traslado al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., con el recurso de apelación, a fin de que presente sus alegaciones en el término de tres días.
3. Providencia de 30 de diciembre de 2021, de las 16h10 mediante la cual se dispuso correr traslado con los anexos del recurso de apelación al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., a fin de que presente sus alegaciones en el término de tres días.
4. Escrito de 05 de enero de 2022 suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula, en calidad de abogado patrocinador del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. mediante el cual manifestó que no se había corrido traslado con los anexos dispuestos en la providencia supra.
5. Providencia de 13 de enero de 2022, de las 09h00, mediante la cual se informa la operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” que *“[...] de la revisión del expediente administrativo se evidencia que, mediante correo electrónico de 30 de diciembre de 2021 a las 17h13 se notificó la providencia del 30 de diciembre de 2021 de las 16h10, en la que se dispuso correr traslado del contenido del recurso de*



apelación incluyendo sus anexos mediante un enlace digital de descarga debido al volumen de datos de los documentos anexos, al examinar el medio de verificación (correo de 30 de diciembre de 2021 a las 16h10) se observa que consta: “Se pone a consideración del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. un enlace de descarga del recurso de apelación y sus correspondientes anexos: <https://181.198.51.181/index.php/login?clear=1> USUARIO: 16-2021oriental / CONTRASEÑA: 16- 2021oriental [...]De la revisión del enlace otorgado al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. (<https://181.198.51.181/index.php/login?clear=1>), activo y útil hasta fecha 11 de enero de 2021, con el cual se habilitó la descarga de los documentos correspondientes al ID 219308, se constata que los anexos al número de trámite señalado, IDs 402939, 402940, 402941, 402942 y 402943, se encontraban disponibles para su descarga, perfeccionándose la notificación y el traslado con la documentación impugnatoria para los fines dispuestos en la actuación administrativa de 30 de diciembre de 2021, a las 16h10 ”

6. Providencia de 31 de enero de 2021, de las 16h05, mediante la cual se designa al economista Carl Pfistermeister Mora en calidad de especialista técnico dentro del presente expediente administrativo y se señala la fecha de la audiencia solicitada por el operador económico SUMESA S.A. para el día 04 de febrero de 2022 a las 10h30.
7. Escrito de 03 de febrero de 2022 suscrito electrónicamente por el abogado Eduardo Esparza Paula, en calidad de abogado patrocinador del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” mediante el cual solicita que se: *“Disponga a la Intendencia Nacional de Tecnología de Información y Comunicaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que certifique el contenido del enlace <https://181.198.51.181/index.php/login?clear=1> USUARIO: 16-2021oriental / CONTRASEÑA: 16-2021oriental y la fecha de carga de los documentos que se encuentren o se encontraron ahí contenidos. Además, que certifique si se han eliminado documentos de ese enlace y la fecha de su eliminación.*

2.2. Disponga a la Intendencia Nacional de Tecnología de Información y Comunicaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado que certifique hasta que fecha estuvo “activo y útil” el enlace <https://181.198.51.181/index.php/login?clear=1> USUARIO: 16-2021oriental / CONTRASEÑA: 16-2021oriental. Además, que indique si el enlace dejó de estar “activo y útil” de manera automática o por acción de alguna persona.

2.3. Respetuosamente pido a su autoridad que indique la providencia en la que dispuso o informó que el enlace <https://181.198.51.181/index.php/login?clear=1> USUARIO: 16-2021oriental / CONTRASEÑA: 16-2021oriental iba a estar “activo y útil” hasta una determinada fecha. Además, solicito que indique la providencia en la que “se dispuso correr traslado del contenido del recurso de apelación incluyendo sus anexos mediante un enlace digital de descarga debido al volumen de datos de los documentos anexos” 3 . (el énfasis me corresponde)



2.4. Una vez que se atiendan los pedidos anteriores, pido a su autoridad que señale una nueva fecha para que se lleve a cabo la audiencia convocada en el ordinal quinto de la providencia de 31 de enero de 2022.”

8. Providencia de 04 de febrero de 2022, de las 08h45, mediante la cual se dispone a la Secretaría General y a la Intendencia Nacional de Tecnología de Información y Comunicaciones de esta SCPM, que en el término de dos días atiendan el pedido del operador económico, así como suspender la audiencia señalada para ese día.
9. Memorando SCPM-DS-SG-2022-081 de 08 de febrero de 2022 suscrito por el abogado Henry Fernando Jami Toca, en calidad de Secretario General, mediante el cual se da cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia supra
10. Memorando SCPM-SCPM-IGG-INTIC-2022-021 de 08 de febrero de 2023 suscrito por el ingeniero Luis Orlando Chamorro Sánchez, en calidad de Intendente Nacional de Tecnologías de Información y Comunicaciones mediante el cual se da cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia detallada en el punto 8 del presente acápite.
11. Providencia de 09 de febrero de 2022 de las 17h13, mediante la cual se analizaron las respectivas respuestas de la Secretaría General y a la Intendencia Nacional de Tecnología de Información y Comunicaciones, verificándose *“que el usuario 16-2021oriental fue creado el 30 de diciembre de 2021 –fecha en la que se cargaron los documentos- y posteriormente desactivado manualmente, el 12 de enero de 2022, es decir que la información efectivamente estuvo disponible por un tiempo superior al término legal de tres (3) días que dispone el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM. En virtud de lo manifestado, se evidencia que el enlace remitido por correo electrónico al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., funcionó de manera correcta por un tiempo superior al correspondiente, y fue eliminado manualmente toda vez que la nube es un “aplicativo [que] es utilizado para la transferencia información de manera transitoria más no como un repositorio permanente [...]”*. Así, se verifica que no existe ningún tipo de negligencia en la notificación de la providencia de 30 de diciembre de 2022 y por el contrario, el acceso a los anexos estuvo ampliamente disponible para el administrado.- Por otro lado, esta autoridad considera oportuno recordar a los abogados patrocinadores del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., que esta SCPM, en busca de facilitar el acceso a la información constante en los expedientes a las partes procesales, así como disminuir los errores tecnológicos -que pueden salir del control humano- ha proporcionado mecanismos rápidos y eficientes que permiten solucionar inmediatamente las complicaciones que puedan presentarse. Así, de la revisión del medio de verificación, esto es el correo de notificación del 30 de diciembre de 2021 se informa con claridad al operador económico que: *“Únicamente en caso de tener inconvenientes con la visualización del documento adjunto o alcance del mismo, se puede contactar al correo electrónico gabriel.toscano@scpm.gob.ec, o en su defecto al teléfono 3956010 ext. 1123”*, empero, de la revisión de la bandeja de entrada de correos electrónicos del abogado Gabriel Toscano, ex Secretario de Sustanciación del presente expediente administrativo y ex funcionario de esta SCPM, no se evidencia que el operador



económico se haya puesto en contacto con él, a fin de solventar cualquier adversidad que pudo haber encontrado, por lo que no se puede responsabilizar a esta institución de la falta de debida atención en las notificaciones realizadas en la tramitación de expedientes administrativos, siendo responsabilidad del operador económico acceder y verificar la notificación.” Asimismo, se señala como nueva fecha de audiencia telemática, el día 11 de febrero de 2022 a las 10h30.

12. Audiencia telemática llevada a cabo el 11 de febrero de 2022 a las 10h30, con la comparecencia de los operadores económicos SUMESA S.A., ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. y funcionarios de esta institución.
13. Memorando SCPM-DS-2022-025 de 11 de febrero de 2022 suscrito electrónicamente por el economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico dentro del presente expediente administrativo, mediante el cual solicita una prórroga a la entrega del informe técnico dispuesto mediante providencia de 09 de febrero de 2022.
14. Providencia de 11 de febrero de 2022, de las 17h15, mediante la cual se concede al economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico la prórroga solicitada por el término de un día para la presentación del informe correspondiente.
15. Informe No. SCPM-DS-009-2022 de 14 de febrero de 2022 suscrito electrónicamente por el economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico, dando cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia supra.
16. Providencia de 14 de febrero de 2022 de las 15h40 mediante la cual se dispone correr traslado a las partes procesales con el Informe No. SCPM-DS-009-2022 presentado por el economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico, a fin de que presenten sus observaciones en el término de un (1) día.

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: [...] 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 [...]”; “**Art. 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “**Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.

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. 2.-**[...] Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado



originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.[...]”; **“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. 8.- Determinación del Poder de Mercado.-** Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios: a. Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder. b. La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores. c. La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado. d. Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología. e. Su comportamiento reciente. f. La disputabilidad del mercado. g. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; y, h. El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución”; **“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.-** Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general 2.- Las conductas de uno o varios operadores económicos con poder de mercado, que les permitan aumentar sus márgenes de ganancia mediante la extracción injustificada del excedente del consumidor. 4.- La fijación de precios predatorios o explotativos 18.- La implementación injustificada de acciones legales que tenga por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales. 15.- La implementación de prácticas exclusorias o prácticas explotativas. **“Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoría.-** Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación”; **“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.- [...] 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. [...] “

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador¹ -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece como objeto del régimen de competencia ecuatoriano:

“[...] 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.”²

Es así que, por mandato expreso de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos sancionadores para la imposición de medidas y sanciones por lesiones al derecho de competencias. En esta línea, a este órgano de control le corresponde la investigación, sustanciación y resolución de los procedimientos administrativos sancionadores, tutelando y garantizando los derechos de los administrados, entre ellos, la seguridad jurídica, la tutela administrativa, el debido proceso, el derecho a la defensa y la presunción de inocencia.

¹ CRE.- “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. [...]”

² LORCPM.- “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”

Ahora bien, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación, el recurrente -como ha sido establecido- fundamenta su impugnación al acto administrativo, en las premisas siguientes:

- i) Falencias e inconsistencias en el mercado por producto determinado en la etapa de investigación;
- ii) Criterio adelantado del mercado relevante;
- iii) Observaciones al análisis de la sustituibilidad de la oferta desarrollado por la INICAPMAPR.; y,
- iv) Observaciones al análisis del poder de mercado efectuado por la INICAPMAPR;

Previo al análisis de los argumentos constante en el recurso de apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A. es preciso señalar que las prácticas relativas al abuso del poder de mercado, se encuentran caracterizadas, más allá del análisis jurídico, del componente técnico económico del cual se concluye si dentro de un determinado universo, esto es, el mercado relevante, se cumplen con las condiciones técnicas para la prosecución de la investigación, siendo requisito *sine qua non*, la verificación de la existencia o no de poder de mercado por parte del operador económico sujeto de investigación como presunto infractor.

Así, de manera preliminar, el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado señala, respecto del mercado relevante:

“[...] Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un



mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto [...]”

De la norma citada, se desprenden los criterios básicos que deben considerarse para la delimitación del mercado relevante objeto de estudio, siendo aquellos el mercado producto/servicio, el mercado geográfico las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en el mercado. A fin de complementar la norma general, la Resolución No. 011 de 23 de septiembre de 2016, emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, referente a la “*Guía respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes*” (en adelante Resolución No. 011) emite aquellos lineamientos que deben cumplirse con el objeto de dotar de métodos técnicos económicos a los criterios que deben utilizarse para la determinación del mercado relevante. En este sentido, los órganos de la SCPM, dentro del ámbito de sus competencias, deben cumplir con los criterios establecidos en la misma, generándose así una obligación legal, respecto de aquellos que son imprescindibles para el estudio correspondiente.

De la lectura del recurso de apelación del operador económico SUMESA S.A., se evidencia que existe una crítica transversal respecto a la forma de aplicación de la Resolución No. 011 por parte de la INICAPMAPR en el transcurso de la investigación y que se encuentra plasmada en el acto administrativo de 09 de noviembre de 2021 emitido por la INICAPMAPR.

Por otro lado, el artículo 7 de la LORCPM define:

“[...] Art. 7.- Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley [...]”

De la lectura de la norma, es claro que para poseer poder de mercado es necesario: **a)** Tener la capacidad de influir *significativamente* en el mercado individual o colectivamente; **b)** Que pueda, por cualquier medio, actuar independientemente en el mercado y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores etc.

Adicionalmente, la norma es clara al condenar específicamente aquellos actos que conlleven a la obtención o reforzamiento del poder de mercado, siempre y cuando se impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Así, se evidencia que la ostentación de poder de mercado, por sí sola, no es reprochable bajo la luz de las normas del Derecho de Competencia.

Dentro del presente caso, el operador económico SUMESA S.A., quien interpuso una denuncia en contra del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., por el presunto cometimiento de prácticas anticompetitivas tipificadas en el artículo 9 de la LORCPM, sostiene que el archivo del expediente por parte de la INICAPMAPR carece de técnica económica y que el órgano de investigación no ha realizado un análisis completo de los puntos que debían ser estudiados, ocasionando, en consecuencia, que las conclusiones del mismo sean erradas, presentando así, el informe elaborado por el perito, Juan Sebastián Araujo Dueñas, en el que se presentarían los argumentos que permitirían entender el mecanismo con el que tendría que haberse llevado a cabo la tramitación del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020.

Así se analiza:

- **Falencias e inconsistencias en el mercado por producto determinado en la etapa de investigación.-**

Sobre el supuesto error en la determinación del mercado producto, es importante tomar en cuenta que, los expedientes administrativos resguardan una verdad procesal, la cual no se apega al criterio de las partes, sino exclusivamente de aquellos actuado y probado en el procedimiento. En esa línea, las alegaciones que ataquen la estructura de definición del mercado relevante (en la especie, mercado del producto), deben resguardar una fundamentación técnica que merme la presunción de validez expositiva generada por la administración, si esta –en el caso en particular– ha usado la Norma Técnica INEN 2318 (que incluye FIDEOS INSTANTÁNEOS) que señala que se consideran como tales a la : “[...] *pasta moldeada, preparada a partir de harina de trigo, harina de arroz u otras harinas o almidones y agua, a la que puede adicionarse agentes alcalinos u otros ingredientes; se caracteriza por ser sometida a un proceso de precocción seguido de deshidratación por fritura u otro método [...]*” y la Norma Técnica INEN 1375, que indica que las pastas alimenticias o fideos secos son “*Productos no fermentados, obtenidos por la mezcla de agua potable con harina de trigo o sémola de trigo duro o mezcla de ambas, sometidos a un proceso de laminación y/o extrusión y a un posterior proceso de secado*”.

Más allá de las consideraciones del operador económico SUMESA S.A., el Informe No. SCPM-DS-009-2022 de 14 de febrero de 2022 elaborado por el economista Carl Pfistermeister sostiene que:

“[...] Acerca de los operadores del mercado, en el recurso se indica:



[...] la Intendencia hace mención a que el mercado por producto comprende “la fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas”, lo cual resulta equivocado por los siguientes motivos:

Conceptualmente, y si bien podrían existir operadores económicos que fabriquen (o importen) y distribuyan a la vez de forma directa estos productos, la actividad económica propia de los operadores estudiados en el Informe de Resultados está definida formalmente como la de “manufactura e importación de consumo masivo”. Hacer mención entonces a la comercialización **ampliaría el estudio tanto a las empresas distribuidoras mayoristas como a expendedoras al consumidor final (retailers)**. Esta confusión evidencia entonces **un desconocimiento del funcionamiento de la cadena de intermediación propia del sector analizado y se presta a errores y potenciales malas interpretaciones**.

Veamos lo que señala la Intendencia en relación con esta argumentación de la parte apelante:

9.1. De la participación de los operadores económicos en el mercado relevante determinado

De acuerdo a la información proporcionada por los operadores económicos, Servicio de Rentas Internas (SRI), Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, inicialmente, se identificaron 40 operadores económicos que, presuntamente, fabricarían o importarían fideos y/o pastas alimenticias en general, a los cuales se les notificó el Cuestionario D. Sin embargo, de acuerdo a las respuestas proporcionadas por dichos operadores y a los tipos de fideos y pastas que elaboran y/o importan, se ha identificado que en el presente mercado relevante participan los siguientes operadores económicos

A continuación, la Resolución exhibe a tabla 22, en la misma se observan un listado de los operadores económicos a los que la Intendencia identificó como productores o importadores de fideos o pastas alimenticias.

La argumentación de la parte apelante sostiene que se habría incluido a comercializadores y que esto debería servir para ampliar el mercado a esta sección de la cadena de distribución.

En el presente caso, las dudas de este argumento sobre la Resolución quedan disipadas al apreciar la tabla 22 de la misma, a través de ella la Intendencia señala los operadores económicos que concurren a este mercado en calidad de oferentes, y al ver que los describe como fabricantes o importadores. En consecuencia, al no notar que habría operadores económicos dedicados a la comercialización, no cabría ampliar el análisis a otros eslabones de la cadena de distribución.

- Sobre una posible falta de análisis de los fideos chinos, el Recurso señala además:

Se excluye explícitamente a la tipología central del análisis que son los fideos tipo chino, los cuales son la base técnica del estudio económico de sustituibilidad realizado.



*Se da por entendido en este documento que esta categoría igualmente está siendo considerada en los análisis posteriores, sin embargo **ello no sucede**.*

Esta aseveración es imprecisa. Sobre este punto la Resolución trata extensamente y como base de sus análisis de definición de mercado relevante tanto cualitativos como cuantitativos a los fideos tipo chino, como puede apreciarse a continuación:

8.1. MERCADO DE PRODUCTO.-

(...) En este sentido, partiendo del escrito de denuncia, se observa que los productos que conformarían inicialmente el mercado relevante, son las denominadas “pastas tipo chino/oriental”⁶, los cuales, según el denunciante, comprenden los siguientes productos:

8.1.2.1. Análisis cualitativo de sustituibilidad de la demanda

Por lo expuesto, el análisis de sustituibilidad de la demanda se basará en primer lugar en establecer cualitativamente la existencia de sustituibilidad entre los productos materia de análisis (fideos chinos denominados por el denunciante) frente a los diversos tipos de pastas y fideos generalmente clasificados por los productores como pastas y fideos cortos, laminados, largos, enroscados, instantáneos fritos, para posteriormente realizar un análisis cuantitativo que permita confirmar o rechazar la sustituibilidad funcional cualitativa realizada.

En otras secciones del análisis como la del poder de mercado, los fideos tipo chino son considerados dentro de aquellos como un todo, que se encuentra compuesto por los productos que la Intendencia determinó que forman parte del mercado relevante.

- *Acerca del análisis del mercado geográfico, en el recurso se apunta lo siguiente:*

Señor Superintendente, como es posible que la INICAPMAPR excluya del análisis a los importadores si el propio mercado relevante determinado en el Informe de Resultados y en la Resolución de Archivo ha sido: “la fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas enroscadas”.

Parecería una quimera, pero en efecto, se contraponen el mercado relevante con importaciones frente a la exclusión de la importación.

En relación con el análisis del componente geográfico de mercado, la Intendencia expone:

En el presente caso, para la determinación del mercado geográfico, es necesario considerar los siguientes aspectos:

i) Conforme la información presentada por los operadores económicos que respondieron la pregunta 11, se observa que los productos materia de análisis (fideos y pastas largas y enroscadas) se distribuyen el 87% por Tiendas de barrio, bodegas y distribuidores; el

10% por Hipermercados, Supermercados de cadena, el 2% por Kioscos fijos y otros y un 1% corresponde a exportaciones (...)

En lo referente a los costos de transporte, de los productos materia de estudio (pastas y fideos largos y enroscados), por canal de distribución son los siguientes (...)

De lo anterior, se observa que los costes de transporte en la comercialización de las pastas y fideos largos y enroscados, en los distintos canales de distribución y por regiones no son significativos y por ende no constituyen un impedimento para la comercialización en las distintas provincias del Ecuador, tal como se puede ver en la siguiente tabla, los productos son distribuidos a nivel nacional.

ii) En relación a la distribución por medio del canal moderno (hipermercados, supermercados de cadena), es importante considerar que los productores entregan sus productos en las bodegas de las distintas cadenas de supermercados, siendo ellos los que se encargan del transporte a las distintas provincias para su comercialización.

iii) No existe normativa distinta en cada provincia, que influya en la comercialización de los productos materia de análisis (fideos y pastas largas y enroscadas) en territorio nacional.

En general, el mercado nacional de fabricación/importación y comercialización de fideos y pastas largas y enroscadas, está caracterizado por bajos costos de transporte; un nivel importante de flujos comerciales a las diferentes regiones, no se observan obstáculos tanto legales como estructurales que impidan el comercio entre las distintas provincias de Ecuador, lo que permite concluir a esta dependencia, que obedecen a la existencia de condiciones de competencia bastante homogéneas en el territorio nacional.

La Intendencia reconoce en este punto la exclusión de la data de los operadores económicos importadores de la siguiente manera:

“Se excluye a los importadores, dado que ellos en su reporte podrían haber incluido el costo de traer los productos del extranjero”.

Por tanto, es cierto que el análisis del componente geográfico del mercado relevante ha omitido información de un grupo de los operadores económicos que lo conforman. Ergo es necesario considerar la razonabilidad de esta exclusión.

La Intendencia basó su análisis de alcance de los productos materia de análisis sobre los costos de transportación por regiones y determinó simetría entre ellos, lo que aporta evidencia a favor de la conclusión de un solo mercado nacional. Es decir, basó sus análisis en el ejercicio de traslación de los productos una vez que están disponibles en el territorio nacional, o una vez culminado su proceso de producción.

En esta línea, no incluir productos que no estén desaduanizados o que en su información de costos de transportación estén adicionados rubros que están relacionados con el comercio internacional habría añadido sesgo al análisis del componente geográfico. [...]



Bajo el análisis realizado, todo órgano de investigación está llamado a servirse de las fuentes de información de las que dispongo respecto de las características de un producto, con el propósito de respaldar su análisis en el contexto investigado. Lo anterior, se alinea cuando, por ejemplo, los insumos que se utilizan para la elaboración de los productos, las similitudes encontradas en los mismos, la maquinaria que se requiere utilizar para la producción respectiva, y el análisis cualitativo del producto evidencian una unidad compuesta por varios elementos. De esa manera, el uso de una denominación no cambia el ser del producto, pues en derecho “las cosas no son lo que su nombre indica, sino lo que su naturaleza representa”, aclaración necesaria para el tratamiento de las alegaciones expresadas en el libelo de recurso de apelación, pues la denominación que se otorgue comercialmente y/o procesalmente a ciertos productos no implica una calificación, sino hasta que irrestrictamente se refiera a ella en la etapa procedimental correspondiente.

De esa aclaración, en la exposición de motivos en los que funda este argumento impugnatorio, queda en evidencia que el administrado postula como yerros en la determinación del mercado del producto: **a)** Los cambios existentes entre lo plasmado en las actuaciones administrativas: Denuncia; Resolución de 15 de octubre de 2020, a las 16h00; y, Acto Administrativo impugnado (Resolución de 09 de noviembre de 2021); y, **b)** Errónea aplicación del artículo 5 de Resolución No. 11 en el análisis cuantitativo de sustituibilidad de la demanda, lo que conllevaría “[...] *la intención de la INICAPMAPR de no investigar a fondo la existencia de un mercado relevante de pastas largas tipo chino [...]*”.

Al respecto, en cuanto a los cambios de la definición del mercado relevante en distintas actuaciones administrativas de diferentes etapas procedimentales, se hace uso de la misma constancia del apelante, cuando señala: “[...] *que dentro del presente proceso, no estamos discutiendo que una vez determinado un mercado relevante en la etapa de investigación preliminar, la Autoridad tenga la potestad para modificar en la etapa de investigación formal un mercado relevante que pueda diferir al establecido en la etapa procesal anterior, siempre y cuando esta modificación encuentre su sustento, apoyo y fundamento en análisis económicos veraces y sin falencias dentro del procedimiento y que se ajusten a la realidad económica objeto de investigación [...]*”; por lo que no se emitirá pronunciamiento sobre el particular.

Ahora bien, en cuanto al literal b, que recae sobre el análisis de sustituibilidad, se debe dejar por sentado que el apelante ofrece conclusiones previas tras el análisis propuesto, pero que las mismas no responden a la verdad procesal y que pierden razón de ser al ir divorciadas de esta, a saber:

Cuando se hace referencia a la valoración de la pregunta 15 del cuestionario D de la INICAPMAPR, se concluye que “[...] *la percepción es variada, pero todos determinaron la existencia de este mercado [...]*”; sin embargo, la justificación a la respuesta del cuestionario brindada por los 7 productores (mas el apelante), se ata directamente a la pregunta [“*¿Identifica la existencia de un tipo o categoría de fideos o pastas “chino/oriental” (señale sí o no)?*”

(Negrillas fuera de texto)], es decir, determinan la existencia de una denominación o categoría de un producto que mal podría tomarse como si se estaría refiriendo a la determinación de un mercado relevante en particular. Es más, en la revisión de la respuesta del recurrente a la misma pregunta, respecto de la que alega la existencia de similitudes y por tanto la misma conclusión de haberse identificado un mercado, se usa la misma falacia, buscando cambiar la naturaleza de pregunta y respuesta sobre una categoría de producto, como la identificación de un mercado relevante.

Ahora bien, de la revisión del acto de simple administración (Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-015) acogido por el acto administrativo impugnado, apartado 8.1.4.6, se puede observar congruencia en la motivación de la sustituibilidad, habiéndose determinado que el mercado del producto refiere al mercado de pastas y fideos largos y enroscados, excluyéndose a los fideos instantáneos fritos, del cual forma parte aquel producto denominado por el denunciante como “fideos tipo chino”; siendo que, en la especie, los productos que constituyen “fideos chinos” sean sustitutos de los fideos largos y los fideos enroscados, en la presentación de 200gr.

La exclusión de los fideos instantáneo fritos, del cual el apelante ha señalado: “[...] *a pesar de que afirma la Autoridad de que se llevará a cabo el análisis con la presentación de 200 gramos para el análisis de los fideos instantáneos fritos, la Intendencia utiliza sin explicación económica alguna también la presentación de 100 gramos, esta es una gravísima incongruencia económica, no es posible que la Intendencia con la finalidad de determinar un mercado relevante propuesto en la denuncia y aceptado en la etapa de investigación preliminar, acomode los resultados a obtener y analice una presentación de las menos vendidas [...]*”.

Sin embargo, el recurrente cita fuera de contexto el apartado 8.1.4.8, en el cual la DNICAPM indica el uso de esa presentación de 100 gramos, señalando: “[...] *se determinará, a través de un análisis cuantitativo, considerando el comportamiento de las series de precios, el nivel de sustituibilidad entre los fideos chinos propuestos en el escrito de denuncia y los fideos instantáneos fritos en la presentación de 100 y 200 gramos [...]*”; es decir para valorar si la referida presentación puede ingresar al mercado relevante, y no con el fin de no analizarlo. Llama la atención de esta autoridad la alegación propuesta, pues denota la búsqueda de inducción al error; tan es así, que de la lectura literal del informe de marras, la cita del apelante (“[...] *Del cálculo realizado se observa que en la presentación de 100gr, el fideo tallarín chino fino, de ORIENTAL, denominado “tipo chino” por el denunciante no es sustituto de los fideos instantáneos fritos [...]*”) responde a la indicación de uso que planteó la administración, y no a otra, por lo tanto no puede referirse a la existencia de referida incongruencia económica.

En consecuencia, de la valoración a la pregunta 15 del cuestionario D de la INICAPMAPR, del acto administrativo impugnado (y el informe que acoge), esta autoridad considera fuera de lugar el argumento de errónea aplicación del artículo 5 de Resolución No. 11 en el análisis cuantitativo de sustituibilidad de la demanda, por cuanto no se encuentra la proposición jurídica en que esta recaería; y, al haberse evidenciado incongruencia en las pre-conclusiones brindadas conforme lo expuesto, y citas descontextualizadas que no soportan la base recursiva, se considera improcedente esta alegación.

- **Sobre que la INICAPMAPR habría adelantado su criterio del mercado relevante.-**

En la fundamentación de esta alegación, el administrado propone como escenario de yerro en la definición del mercado relevante, que con la emisión de la actuación procedimental de 02 de febrero de 2021, emitida por la INICAPMAPR dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, en la cual solicita a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD) remita copias certificadas de informes de resultados y resoluciones de archivo emitidas en expedientes administrativos cuyo mercado objeto de análisis esté relacionado con los productos pastas y/o fideos³; la autoridad administrativa habría incurrido en la causal séptima del artículo 22 del COGEP, requiriendo –vía escrito de 24 de febrero de 2021, con número de trámite ID. 186209- la excusa de la INICAPMAPR.

A criterio del recurrente, la orden procedimental de la referida actuación administrativa constituye adelantamiento de criterio, trasgrediendo el derecho al debido proceso, pues los administrados ya conocerían a través de referida orden, “[...] cuál será su decisión sobre la determinación del mercado relevante este caso, y lo conocemos mucho antes de que termine la etapa de investigación [...]”]; concluyendo en el recurso que se atiende, que: “[...] la Intendencia ya había establecido que existía un mismo mercado relevante varios meses antes de la emisión de la Resolución que ahora se apela [...]”.

De lo señalado, basta revisar la verdad procesal del expediente administrativo, en particular de la actuación de 02 de febrero de 2021, para refutar el errado argumento del administrado. La orden procedimental en referencia, hace un requerimiento de información intra-administrativa, que leída en su manera LITERAL arroja una solicitud sobre los productos pastas y/o fideos en general; la indicación: “[...] en virtud de que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas se encuentra sustanciando un expediente investigativo que versa sobre el mismo mercado [...]”, no hace sino fundamentar el pedido, pedido último que refiere a sobredicho producto en genérico y no en especie (léase, por ejemplo, “pastas y/o fideos largos”). La administración tiene la facultad de actuar peticiones intra-administrativas para viabilizar sus propias investigaciones, y el argumento del recurrente resulta falaz si se considera que el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020 trata del producto de pastas y/o fideos y no de otro; así mismo, es de destacar que conforme se observa la INICAPMAPR, realiza un pedido general de determinados documentos, sin individualizar o particularizar algún número de expediente o algún operador económico, sino de

³ “[...] DECIMO PRIMERO.- Solicítese mediante atento memorando a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, a fin de que en el término de cinco (05) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, remita a esta Intendencia copias certificadas digitales del Informe de Resultados y/o Resoluciones de Archivo emitidas en los expedientes investigativos que haya o se encuentre sustanciando y que el mercado objeto de análisis esté relacionado con los productos pastas y/o fideos; en virtud de que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas se encuentra sustanciando un expediente investigativo que versa sobre el mismo mercado. Asimismo, se solicita se nos indique si la información entregada a esta Intendencia tiene el carácter de confidencial o reservada [...]”

manera general requiere los informes y resoluciones emitidas en investigaciones que hayan versado sobre “pastas y/o fideos”.

Empero, se sigue con la revisión del escenario propuesto por el recurrente: “[...] *El mercado relevante determinado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales correspondía al producto pastas y fideos largos, y no al mercado relevante preliminar determinado mediante Resolución de fecha 15 de octubre de 2020 dentro del presente proceso investigativo. La Intendencia de Abuso de Poder de Mercado, se limitó a copiar el mercado relevante de los procesos en la Intendencia de Prácticas Desleales, ello queda demostrado con lo anterior, y con el adelanto de criterio [...]*” (negrilla fuera de texto).

De ello, la verdad procesal esclarece nuevamente la ficta alegación, pues la línea de ideas no busca distinguir entre lo real y lo aparente del expediente administrativo, refiriendo una interpretación subjetiva supuestamente demostrativa. Siendo que la referida verdad es una conclusión derivada del procedimiento, retomamos las actuaciones administrativas de: **i)** 15 de octubre de 2020 a las 16h00 (resolución que determina el “*mercado relevante preliminar*” en “*pasta o fideos largos de variedad o tipo ‘chino’*”); **ii)** 02 de febrero de 2021 (providencia cuya petición es en genérico y no en especie); y, **iii)** 04 de noviembre de 2021 (Informe de Resultados No. SCPM-INICAPMAPR-DNICAPM-2021-015, que tras un análisis técnico fundamentado hace un análisis de sustituibilidad que cambia fundamentalmente la definición, al incluirse –en lo cualitativo- a los fideos y/o pastas “chinos” dentro o pertenecientes a los “largos y enroscados”); por lo cual no puede hablarse de una copia de los procedimientos de la INICPD; copia que –dicho sea de paso- el administrado plantea como verdad histórica, pero no comprueba vía ejercicio dialéctico, argumentativo y de proposición.

Por lo expuesto a lo largo de este apartado, la alegación de adelantamiento de criterio en la definición del mercado relevante no tiene sustento, en consecuencia –dado que no existe fundamento de hecho- no cabe analizar la figura de excusa vía supletoriedad con el COGEP a la que se hizo referencia.

- **Sobre el análisis de la sustituibilidad de la oferta desarrollado por la INICAPMAPR.-**

Respecto de la sustituibilidad de la demanda, el economista Carl Pfistermeister Mora, en calidad de especialista técnico económico dentro del presente caso, mediante el Informe No. SCPM-DS-009-2022 de 14 de febrero de 2022 ha realizado un ejercicio de contraste entre la postura del operador económico SUMESA S.A., desprendiéndose lo siguiente:

“[...] En el Recurso se indica:

El artículo 5 de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación establece que la determinación del mercado del producto o servicio implica una evaluación técnica que comprenda un análisis de sustitución de la demanda, así como un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial. En este contexto y en lo referente al análisis de



demanda, el Informe de Resultados de la Intendencia solamente hace referencia a una sola herramienta (análisis de correlación de precios) dentro de todas aquellas especificadas en la Resolución para establecer sus conclusiones. Quedando sin resolver otros aspectos sustanciales de la dinámica del mercado objeto de estudio como son las elasticidades propias y cruzadas, o las pruebas de monopolista hipotético.

Por consiguiente, tanto desde la perspectiva técnica como legal esto resulta insuficiente (...)

Es decir, a criterio de la parte apelante, el análisis de correlación de precios sería insuficiente para dar cumplimiento al análisis de la sustituibilidad de la demanda, señalado en la Resolución 011.

Con la finalidad de apreciar la razonabilidad de este argumento, es pertinente citar dicha Resolución emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica y Control del Poder de Mercado (LORCPM), específicamente la sección de los artículos 5 y siguientes:

Artículo 5. Criterios de análisis.- Para la determinación del mercado del producto o servicio, se debe hacer una evaluación técnica que comprenda, un análisis de sustitución de la demanda, y un análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial.

ANÁLISIS DE SUSTITUCIÓN DE LA DEMANDA

Artículo 6. Definición.- El análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tanto cuantitativos como cualitativos, que incluya uno o algunos de los referidos en los numerales subsiguientes.

Artículo 7. Prueba del monopolista hipotético SSNIP (...)

Artículo 8. Elasticidad precio de la demanda o elasticidad propia (...)

Artículo 9. Elasticidad precio cruzado de la demanda (...)

Artículo 10. Prueba de correlación de precios (...)

Tal como afirma la parte apelante en el Recurso, el artículo 5 señala los componentes del análisis de definición de un mercado relevante. Sin embargo, en el artículo 6 es visible una explicación acerca del concepto de sustitución de la demanda y la manera en la que ese análisis de sustitución debe llevarse a cabo.

La forma de cumplimiento de dicho análisis consiste en una regla de mínimo, en consecuencia, basta con realizar una de las pruebas o determinaciones de los artículos 7 a 10 de la Resolución 011 para honrar las formalidades exigidas por ésta. La parte apelante acepta que el análisis de correlación de precios forma parte del informe de



resultados de la Intendencia. El artículo 10 de la Resolución 011 tiene instrucciones acerca de cómo realizar la prueba de correlación de precios [...]”

Siendo que el análisis realizado comprende la verificación de las afirmaciones del apelante, en contraste a la información constante en la Resolución de 09 de noviembre de 2021 emitida por la INICAPMAPR y las piezas procesales constantes en el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, se ha observado el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Resolución No. 011 emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, referente a la “*Guía respecto a los Métodos de Análisis de Mercados Relevantes*”. Ahora bien, de la información recabada en la investigación no se ha podido evidenciar que los fideos chinos constituyan en sí un producto independiente ni que posea características exclusivas que conlleven a concluir que forma parte de un mercado relevante único, así el operador económico SUMESA S.A., tampoco ha suministrado elementos que permitan concluir aquello.

Bajo esta línea de pensamiento, esta autoridad concuerda con la INICAPMAPR en los criterios de análisis que fueron utilizados para realizar el análisis de sustituibilidad, los cuales se encuentran expuestos en el Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-DNICAPM-015-2021 de 04 de noviembre de 2021 que indicó:

“[...] el análisis de sustituibilidad de la demanda se basará en primer lugar en establecer cualitativamente la existencia de sustituibilidad entre los productos materia de análisis (fideos chinos denominados por el denunciante) frente a los diversos tipos de pastas y fideos generalmente clasificados por los productores como pastas y fideos cortos, laminados, largos, enroscados, instantáneos fritos, para posteriormente realizar un análisis cuantitativo que permita confirmar o rechazar la sustituibilidad funcional cualitativa realizada. Este tipo de análisis es un punto de partida, para los ejercicios de determinación de mercado relevante, considerando las características de los productos y la intención de uso de estos”

[...] en el mercado ecuatoriano se han identificado operadores³⁰ económicos dedicados formalmente a la fabricación e importación³¹ de pastas y fideos, los mismos que elaboran y/o importan una gran variedad productos comercializados bajo diferentes marcas, según información proporcionada por dichos productores a nivel nacional aproximadamente se encuentran en el mercado 103 marcas que abarcan aproximadamente 1924 productos de fideos y pastas. Estos productos si bien tienen características en común como los ingredientes básicos: harina, sémola de trigo y agua, también poseen características particulares (en calidad, precios y marketing) que les agrega un valor añadido permitiéndoles diferenciarse entre los consumidores dentro de un mismo mercado [...]”

A pesar de aquello, y con el objeto de tener claridad en las posibles divergencias entre el mercado relevante determinado por el órgano de investigación y las afirmaciones del recurrente, de la



verdad procesal del expediente administrativo se evidencia la realización de un ejercicio comparativo entre los fideos tipo chino y, los fideos y pastas en distintas formas, incluyendo largos, enroscados, cortos, en lámina, instantáneos respectivamente, señalando las características de cada uno tomando en cuenta: **a) Usos; b) Insumos; c) Características; d) Tiempo de cocción; e) Procedencia de la maquinaria; f) Norma INEN.** Así, la INICAPMAPR pudo evidenciar las diferencias y semejanzas de los productos analizados conforme a su naturaleza, pudiendo excluir a aquellos productos que no tienen similitudes entre sí, y respecto de los cuales no se evidencia que los fideos “tipo chino” posean características que permitan inferir que se diferencian de los demás.

Por otro lado, respecto de la representatividad estadística que ha sido alegada por el operador económico SUMESA S.A., en el libelo del recurso de apelación, así como en el peritaje económico incorporado al presente expediente, el economista Carl Pfistermeister, mediante el Informe No. SCPM-DS-009-2022 de 14 de febrero de 2022 ha manifestado:

“[...] De la Representatividad Estadística

En el Recurso se señala:

*(...) los resultados económicos alcanzados en el Informe de Resultados, **no son ni significativos ni concluyentes para la evaluación de correlación de precios.** De hecho, estos resultados se basarían en una interpretación parcial o subjetiva por parte de la Intendencia, **con uso poco asertivo de las distintas presentaciones de fideos y pastas largas, así como con poca consistencia a la hora de utilizar umbrales de confianza estadística para las pruebas de hipótesis aplicadas.***

*Para el análisis cuantitativo de correlación de series temporales de precios (secciones 8.1.4.6 y 8.1.4.7 del Informe de Resultados) solamente se está tomando en consideración la presentación de 200 gramos bajo el argumento de que es la más vendida entre los fideos de tipo de chino. Sin embargo, **esta simplificación del análisis realizada por la Intendencia deriva en sesgos de representatividad estadística, lo cual se explica en los siguientes puntos:***

- *Por una parte, esta presentación **no alcanza siquiera a constituir un 50% de las ventas totales del fideo tipo chino,** y bajo normas como las de Pareto, que son comúnmente usadas a nivel industrial y empresarial y de economía de mercado y competencia, por su vinculación con la Ley de Potencia estadística que indica que un valor adecuado exige porcentajes cercanos a un 80% para considerar que un elemento de un conjunto es representativo. **Sin un conjunto no es representativo, pues entonces las conclusiones que se alcancen de los análisis no son robustas y por ende no tendrían validez estadística.***
- *Por otra parte, la tabla 11 del informe de resultados señala que, a nivel de otras tipologías de fideos e incluso en la totalidad de la producción de este producto, la presentación expuesta por la Intendencia de 200 gramos no es la más vendida. De hecho, es la presentación de 400 gramos la que resulta más significativa (37.06% frente a 23.45% de la de 200 gramos) en las ventas totales descritas en la referida*



*tabla; y en el caso de pastas largas, estos porcentajes son de 35.57% de 400gramos pasta larga versus 35.22% de 200 gramos pasta larga; y en enroscados de 22.82% de 400gramos versus 13.48% de 200 gramos, de hecho aquí la presentación de 100 gramos alcanza los 40 puntos porcentuales, consecuentemente es claro que los datos utilizados para este análisis **no son de ninguna manera representativos de las ventas de fideos y pastas, por lo que nuevamente se reitera que las conclusiones alcanzadas no tendrían validez estadística.***

*“Para la sección 8.1.4.8. del Informe de Resultados, se incluye sin explicación alguna la presentación de 100 gramos en el análisis. Sin embargo, y a pesar de la inconsistencia técnica, esto sigue siendo poco representativo, pues a lo mucho, estas dos presentaciones (200 y 100 gramos) alcanzan aproximadamente el 47% para los fideos de tipo chino, y para la totalidad de tipologías **poco menos del 45%**. La presentación más importante en términos generales del volumen de negocios sigue siendo la de 400 gramos que lamentablemente es una falencia grave ya que no es analizada en este contexto cuantitativo de sustitución de demanda. Adicionalmente, la inclusión aleatoria de una presentación en un apartado específico, y no en otros del Informe, deriva en que los resultados obtenidos en un contexto general, resulten insuficientes para obtener conclusiones verdaderas, y solamente llegan a ser ejemplificativos (...)*

*“En el numeral 8.2 del Informe de Resultados, la Intendencia define un mercado por producto basado en las conclusiones alcanzadas en su análisis de sustituibilidad de demanda y oferta. Como se ha visto en las observaciones definidas en los apartados 2 y 3 de este documento, las afirmaciones de la Intendencia no son suficientemente robustas desde la perspectiva técnica de la economía de mercado y competencia, por lo tanto, esto conlleva que el mercado por producto definido **estaría también carente de significancia estadística.**”*

La parte apelante argumenta que la selección de los datos que la Intendencia empleó para llevar a cabo sus estimaciones y análisis estadísticos ha derivado en resultados que no son consistentes, y que los mismos están aquejados de sesgo de representación estadística.

En el Recurso se basa estas aseveraciones sobre la Ley de Pareto, misma que tendría una vinculación con la Ley de Potencia estadística que indica que un valor adecuado exige porcentajes cercanos a un 80% para considerar que un elemento de un conjunto es representativo.

La parte apelante fue consultada acerca de esta Ley de Pareto en la audiencia celebrada el 11 de febrero de 2022, dentro del expediente SCPM-DS-INJ-RA-031-2021. Se le pidió confirmar si la Ley de Pareto que invoca en el Recurso es aquella a la que conduce uno de los links⁴ constantes en el documento denominado: informe pericial

⁴ <https://www.forbes.com/sites/kevinkruse/2016/03/07/80-20-rule/?sh=205f68753814>

económico de evaluación del expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020 y su informe de resultados, La Ley de Pareto en mención se exhibe a continuación:

The Man Behind The Concept

Vilfredo Federico Damaso Pareto was born in Italy in 1848. He would go on to become an important philosopher and economist. Legend has it that one day he noticed that 20% of the pea plants in his garden generated 80% of the healthy pea pods. This observation caused him to think about uneven distribution. He thought about wealth and discovered that 80% of the land in Italy was owned by just 20% of the population. He investigated different industries and found that 80% of production typically came from just 20% of the companies. The generalization became:

80% of results will come from just 20% of the action.

La traducción del texto es la siguiente:

El hombre detrás del concepto

Vilfredo Federico Damaso Pareto nació en Italia en 1848. El llegaría a ser un filósofo y economista importante. Cuenta la leyenda que un día él notó que el 20 % de las plantas de arveja de su jardín generaban el 80 % de las vainas de arveja. Esta observación le causó pensar acerca de una distribución desnivelada. Él reflexionó sobre la riqueza y descubrió que el 80 % de la tierra en Italia era ostentada por sólo el 20 % de la población. Él investigó diferentes industrias y encontró que el 80 % de la producción típicamente venía de sólo el 20 % de las compañías. La generalización llegó a ser: 80 % de los resultados provendrá del 20 % de la acción.

La parte apelante manifestó en la citada audiencia que efectivamente esa es la Ley de Pareto a la que se refiere en el Recurso. Se le consultó también acerca de la correspondencia de la expresión Ley de Potencia estadística que indica que un valor adecuado exige porcentajes cercanos a un 80%, una expresión x % es una expresión vacía si no se da a conocer la referencia detrás de la medida de tanto por ciento. A esta consulta la parte apelante indicó que se hace referencia al 80 % de los productos de fideo vendidos.

Por tanto, la parte apelante sostiene, en sus términos, que los resultados de la Intendencia deben soportar una representación estadística de al menos el 80 % de los productos del mercado.

En el Recurso se reconoce que la Intendencia utilizó en la categoría “tipo chino” data de presentaciones de 200 gramos que obedece al 44.6 % del total de presentaciones vendidas en esa categoría. Análogamente, en la categoría largo empleó 35.2 % de la data y en la categoría total del mercado tomó data del 23.4 % de las ventas de fideo del mercado.



Siguiendo la lógica de la Ley de Pareto invocada por la parte apelante, al observar que se consideraron porcentajes de 44, 35 y 23 de los datos totales, es posible concluir que la representatividad estadística de los resultados de los análisis estadísticos de las categorías “tipo chino”, largo y total del mercado exceden el 80 % de los productos vendidos en cada una de esas categorías respectivamente

Del nivel de confianza al 90 %

En el recurso se indica:

- *Primero, resulta poco fundamentado estadísticamente afirmar que en efecto existe cointegración entre las series de precio cuando el nivel de confianza alcanzado de la prueba es del 90%. En otras palabras, bajo este nivel de confianza en efecto se rechaza la hipótesis nula de que las variables no están cointegradas, a favor de que sí lo están asumiendo que con una probabilidad de 10% esto será equivocado. En línea con esto, a un nivel de confianza de 95% la hipótesis nula antes mencionada eventualmente no podría rechazarse y **de hecho la conclusión alcanzada termina siendo la opuesta a la de la Intendencia, es decir, la conclusión de la intendencia en realidad debería ser que las variables de precios no están cointegradas. Por tanto, resultan técnicamente equivocadas las afirmaciones superficiales realizadas por el informe de resultados en estas secciones y deberían existir mayores y más profundos análisis estadísticos. Es decir, si se realizara este análisis en 10 ocasiones diferentes, en una de ellas se concluiría que no existe cointegración, y por ende la conclusión de la intendencia sería falsa, dicho en otra palabras habría bajado la calidad de su prueba estadística con el propósito de alcanzar los resultados de cointegración alcanzados.***

Si bien esta reclamación pudiera ser acertada, es adecuado conocer más particularidades acerca de los resultados de los test de cointegración. En el informe de resultados de la Intendencia dentro del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, en las tablas 14 y 17, se presentan 45 resultados de tests de cointegración, de ellos el 4 % (2 de 45) son los únicos resultados en los que solamente la hipótesis nula es rechazable a un 90 % de significancia. En todos los casos restantes, los resultados alcanzados por la intendencia se mantienen al 95 % de confianza, estándar empelado como parámetro de comparación por la parte apelante.

De la duración de las series:

En el recurso se exhibe:

- *Segundo, asumiendo que la prueba estadística de la Intendencia es adecuada (lo cual bajo argumento del párrafo anterior queda comprobado que no lo es), la cointegración no es una prueba suficiente de correlación en series no estacionales de precios. De hecho, el análisis realizado queda incompleto pues lo que se habría llegado a comprobar únicamente es que en el largo plazo estas muestras de precios en el sector analizado de producción de fideos y pastas tienden a incidir una respecto*



a otra, pero en un contexto de mercado relevante, con un marco temporal específico, no se ha evaluado finalmente ningún tipo de correlación estadísticamente válido.

Acerca de esta argumentación, la Resolución en la sección 8.2, marco temporal de la definición de mercado relevante, muestra:

La Junta de Regulación de la LORCPM define al marco temporal como “[...] el momento del tiempo en el cual se produce el intercambio productivo y comercial del producto o servicio sujeto materia de análisis, y en el que resulta probable que los operadores económicos ejerzan su poder de mercado” (...)

Es importante considerar que en relación a la información solicitada a los operadores económicos, esta se ha solicitado desde el año 2014, considerando que los operadores económicos, conforme al Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, tienen la obligación de archivar por siete años los documentos que respalden su actividad tributaria.

Es decir, la Intendencia utilizó data mensual de los últimos 7 años. Esta cantidad de datos y de número de años es lo suficientemente razonable para considerar que su análisis de mercado relevante temporal es de largo plazo, ergo válido.

De la Sustituibilidad de la Oferta

En el recurso se argumenta:

*(...) la Intendencia pasa por alto el literal g del artículo 12 de la Resolución No 11 de la Junta de Regulación, que especifica que la prueba SSS **debe analizar también la percepción de los consumidores respecto a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicios materia de análisis.** En concreto, se desconocen medidas cuantitativas como el grado de elasticidad cruzada existente entre las distintas tipologías o más en detalle entre distintos operadores económicos estudiados.*

Al respecto, en la Resolución se exhibe:

Al evidenciarse que la elaboración de pastas y fideos, cuentan con los mismos insumos, los consumidores podrían apreciarlos como productos sustitutos válidos, según la forma como se ha determinado en el mercado de producto.

Adicional a la cita de la Resolución, en las consideraciones de este informe ha quedado claro que no es un requisito indispensable conocer el grado de las elasticidades a la luz de la Resolución 011, y por otro lado se ha visto que hay medidas cuantitativas que relacionan la data de venta de varios tipos de fideo de distintos operadores económicos, dichas medidas son los test de cointegración [...]”



Esta autoridad acoge el criterio del especialista técnico del presente expediente administrativo, pues de la revisión del acto administrativo objeto de impugnación, de las piezas procesales constantes en el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020 y del contraste de posturas realizadas por el economista Carl Pfistermeister, se evidencia que la INICAPMAPR ha actuado conforme a la información recopilada en la investigación, la cual se deriva de datos de los últimos siete años, situación que permite entender con amplitud la estructura y dinámica del mercado analizado. Así, los ejercicios técnicos respecto de la cointegración realizada por la Intendencia se encuentran debidamente sustentados, habiendo realizado varios ejercicios que permiten concluir: “[...] 45 resultados de tests de cointegración, de ellos el 4 % (2 de 45) son los únicos resultados en los que solamente la hipótesis nula es rechazable a un 90 % de significancia [...]”. Así, de la lectura del recurso de apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., se evidencia que no ha podido descartar la forma en la que se habrían generado yerros en el análisis de la INICAPMAPR, cuando existen varias pruebas realizadas por ella, sin que exista una divergencia trascendental de resultados. Adicionalmente, es necesario tomar en cuenta que el hecho de que el recurrente considere imperioso la realización de otro tipo de análisis adicional a los señalados en la Resolución No. 011 emitida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, no implica que el órgano de investigación haya incumplido la norma, pues la aplicación de los mecanismos y teorías técnicas que no se encuentran expresamente señaladas, se aplican dependiendo de la naturaleza de cada caso, de sus particularidades, complejidad y necesidades investigativas, situación que en el presente caso no se consideran necesarias por la claridad de los resultados reflejados en el análisis del órgano de investigación.

- **Sobre el análisis del poder de mercado efectuado por la INICAPMAPR.-**

Respecto del análisis del poder de mercado aparentemente ostentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., el recurrente afirma que la INICAPMAPR ha errado en el cálculo del poder de mercado con base a la exclusión, aparentemente injustificada, de varios operadores económicos que debían ser parte del cálculo realizado por el órgano de investigación. De la revisión de la Resolución de 09 de noviembre de 2021 se desprende que la INICAPMAPR, mediante la tabla 29 constante en la página 84 que contiene los índices de concentración del mercado de fabricación/importación y comercialización deideos y pastas largas, enroscadas periodo 2014-2020, concluyendo que:

“[...] El índice HHI muestra un mercado moderadamente concentrado, dado que presenta valores entre los 1800 y 2300, esto podría explicarse por las cuotas de participación de los cinco principales operadores económicos: ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. S. A.; SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A.; SUMESA S. A.; CORPORACIÓN SUPERIOR CORSUPERIOR S.A.; y, MODERNA ALIMENTOS S.A., que abarcan el 90% de los ingresos totales en el año 2020, pese a ello se destaca que el índice ha disminuido en un 16.82% desde el año 2014 hasta el 2020 tendiendo a



acercarse al umbral de un mercado desconcentrado, lo que da cuenta de que se podría presumir que existe competencia en el mercado.

Por su parte el Índice de dominancia (ID) y el Índice Hall y Tideman Rosenbluth (RHT) presentan valores tendientes a un mercado desconcentrado, el ID presenta valores inferiores al 0.45 en todos los años analizados, reflejando que no existe un operador económico que tenga capacidad de ejercer un poder de mercado sobre sus competidores, más aun cuando el operador económico SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A., ha ido ganando participación en el mercado. Esto es respaldado por el índice RHT el cual refleja un número considerable de operadores presentes en el mercado.

En cuanto al Índice CCI, si bien en el año 2014 era de 0.54, dado, principalmente, por la diferencia entre la participación del ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. S.A. (38.16%) y SUMESA S. A. (20.65%), se destaca que en posteriores años este Índice ha disminuido notablemente, hasta llegar al año 2020 a un valor del 0.48, reflejando que las cuotas de participación de los operadores económicos tienden a nivelarse. [...]

Así, el especialista técnico en su informe dentro de esta instancia, al respecto ha manifestado:

“[...] Del análisis de poder de mercado

En el Recurso se alega lo siguiente en relación con las consideraciones del poder de mercado de la Resolución:

*No se necesitan cuotas extremadamente elevadas para determinar que el operador económico posee poder de mercado, cuando no estamos ante un mercado de competencia perfecta. Pero si como demostraremos a continuación, la INICAPMAPR hubiera delimitado de manera correcta, el mercado relevante realmente objeto de las conductas abusivas por parte de Oriental, **sin necesidad de ajustar los análisis económico efectuados** y determinado dentro de la etapa de investigación preliminar como: “la elaboración y comercialización de pasta o fideos largos de variedad o tipo “chino”,” hubiera podido comprobar las altas cuotas de participación del operador económico abusivo.*

*Ante esta afirmación Señor Superintendente, ¿dónde está el análisis económico correspondiente efectuado por la INICAPMAPR, para poder determinar que la inclusión de nada más y nada menos **7 operadores económicos** participantes en su mercado relevante determinado no es determinante e importante para el presente expediente?*

Sobre este análisis y afirmación nos permitimos reflejar lo expuesto en el Informe del Perito adjunto al presente Recurso de Apelación.

*“En la tabla 26 de la sección 9.1 del Informe de Resultados se hace referencia a 20 operadores económicos que participarían dentro del mercado relevante; sin embargo **en el pie de página No. 110 del mismo documento se hace referencia únicamente a 7 operadores adicionales que por inconsistencia en la información no han sido***



considerados. Independiente de los resultados alcanzados respecto a la medición de cuotas y poder de mercado por parte de la Intendencia, esta falta de consideración hace que dichos resultados no puedan ser dados por válidos ya que no es posible realizar un análisis estructural de competencia objetivo y apegado a la normativa.

Al respecto, vale señalar lo establecido por la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación en su artículo 27: “[...] **En los casos en los que no sea posible determinar esta información [para el cálculo de cuotas de mercado], a partir de fuentes oficiales, se puede también tomar en cuenta fuentes secundarias tales como estimaciones de los operadores económico o estudios encargados a consultores especializados.**” Esto no ha sido llevado a cabo dentro de la elaboración del presente estudio.

De la misma forma, en el pie de página mencionado se afirma que la exclusión de estos operadores carece de importancia puesto que de hecho su inclusión disminuiría la probabilidad de la existencia de un operador dominante. **Esto resulta discutible si se tiene en cuenta que dichos operadores podrían hacer del mercado relevante uno fraccionado donde por su pequeño fraccionamiento un operador económico sí podría tener poder de mercado, incluso más que lo que de hecho se observa en los resultados alcanzados en el análisis de la Intendencia.**”

Por consiguiente, la parte apelante señala que la omisión de 7 operadores económicos viciaría las conclusiones de las cuotas de mercado y del poder de mercado mismo.

Pese a que la Intendencia reconoce que excluyó a estos operadores dado que no tuvo datos disponibles para motivar su presencia en el análisis, se presenta a continuación una representación matemática de la exclusión de datos de operadores económicos en los cálculos de las cuotas de mercado.

La variable X representará un conjunto de datos de venta de productos comparables que formen parte de un mismo mercado:

$$X = \{x_1, x_2\}$$

Donde: $1 < x_1, x_2$

Es decir, se asume que hay solamente dos operadores (operador uno y dos) y sus ventas estas representadas por x_1, x_2 .

La totalidad de las ventas de este mercado sería: $T = \sum_{i=1}^2 x_i$

Ergo, las cuotas de participación en este mercado hipotético serían.

Para el operador uno: $C_1 = \frac{x_1}{\sum_{i=1}^2 x_i}$

Y análogamente, para el operador dos: $C_2 = \frac{x_2}{\sum_{i=1}^2 x_i}$

Ahora veremos el impacto de la inclusión de los datos de un tercer productor, manteniendo fijas las cantidades de venta los productores uno y dos:

$$\therefore X = \{\bar{x}_1, \bar{x}_2, x_3\}$$

Donde: $1 < \bar{x}_1, \bar{x}_2, x_3$

Con estas modificaciones los nuevos resultados serán distinguidos el por símbolo: *

$$T^* = \sum_{i=1}^3 x_i, C_1^* = \frac{x_1}{T^*} \text{ y } C_2^* = \frac{x_2}{T^*}$$

Al comparar los resultados del primer escenario con los del segundo, se concluye que: $T^* > T$, que $C_1 > C_1^*$ e igualmente que $C_2 > C_2^*$. Estas conclusiones son válidas además para cualquier valor de x_3 , en los términos detallados ut supra. Por tanto, se ha demostrado matemáticamente que la inclusión de la data de nuevos operadores en un mercado, disminuye la cuota de los operadores económicos que ya formaban parte del mismo.

En el presente caso, tenemos una situación opuesta, se estaría ante un escenario en el cual efectivamente hay muchos operadores y en el análisis de la Intendencia se excluye a algunos de ellos. Conforme con la representación matemática exhibida, se esperaría el efecto contrario, ergo las cuotas de mercado de los operadores económicos reportadas por la Intendencia son más altas que las que se tendría si se tuviese toda la data completa, específicamente, las cuotas de los tres principales operadores: **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. S. A.**, **SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A.**, y **SUMESA S. A.**, serían menores ante la presencia de la data de los operadores económicos omitidos en el análisis.

Este hallazgo es relevante para el análisis de poder de mercado, porque al contrario del criterio de la parte apelante, aun en un escenario en el que las cuotas tienden al alta, la Intendencia no encontró elementos de convicción para determinar la existencia de poder de mercado.

Sobre esto se ahonda en las tablas 27 del informe de resultados y 23 de la Resolución. En ellas se observa la evolución histórica de las cuotas de mercado. Se aprecia que las cuotas del operador mayoritario **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. S. A.**, y del tercer operador principal **SUMESA S. A.**, tienen una tendencia a la baja, a diferencia del operador económico **SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A.**, cuya tendencia va en dirección opuesta. Esto da cuenta directamente de la desestimación de consideraciones constantes en el artículo 8 de la **LORCPM** que soportaran la existencia de poder de mercado, consideraciones como la existencia de competidores que ejerzan presiones competitivas, la disputabilidad del mercado y la posibilidad de la actuación del líder de mercado con prescindencia de su entorno de comeptencia.

Del cálculo del índice Hirshman-Herfindhal (HHI)

En el recurso se señala:

¿Por qué no se hizo el HHI con todos los participantes y solo con algunos?

En este sentido, queda desvirtuada la afirmación realizada por la Intendencia sobre que en el mercado relevante determinado por ellos no existen operadores económicos dominantes (Oriental) con la capacidad de influir de manera negativa en la competencia, con independencia de sus competidores.

Al haber dudas alrededor del cálculo del índice HHI por parte de la Intendencia, se procede a verificar su cómputo, empleando la siguiente fórmula:

$$HHI = (\sum_{i=1}^N S_i^2) * 10.000$$

Los resultados son:

HHI						
2020	2019	2018	2017	2016	2015	2014
1906,5006	1928,4586	1974,9753	2076,0552	1886,0041	2113,3624	2291,528

Los resultados son prácticamente idénticos a los reportados por la Intendencia en su informe de resultados como en su Resolución. Ergo sus conclusiones se mantienen” [...]”

Sobre este punto, es preciso señalar que tanto el análisis realizado por la INICAPMAPR, así como por el economista Carl Pfistermeister Mora, concluyen que el operador económico denunciado ha presentado cuotas de participación con una tendencia a la baja en los últimos años. En virtud de ello, y como se mencionó en el presente acto administrativo, puede ser sujeto de investigación y posible sanción aquel operador económico que, conforme el artículo 7 de la LORCPM obtenga o refuerce su poder de mercado afectando de manera negativa a la estructura y dinámica de un mercado específico. En el presente caso, se ha ratificado que el cálculo del índice HHI elaborado por el órgano de investigación es completo y conlleva al mismo resultado, esto es, que el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., carece de poder de mercado, pues tal como lo ha manifestado la INICAPMAPR,

*“[...] para que exista un abuso de poder de mercado deben confluír dos elementos cumulativos: i) el elemento estructural, la existencia del poder de mercado, lo cual en el presente caso **no se cumple**; y, ii) que sobre la base de dicho poder de mercado se realicen conductas que afecten a la competencia, eficiencia económica o bienestar general, bienes jurídicos protegidos en el artículo 9 de la LORCPM [...]”⁵*

⁵ Véase la Resolución de 09 de noviembre de 2021 emitida por la INICAPMAPR. Pág. 90



Como se ha justificado, el operador económico apelante, no ha logrado desvirtuar el análisis realizado por la INICAPMAPR, demostrándose técnicamente que conforme a los insumos que forman parte del expediente administrativo, se ha realizado un estudio válido y motivado que permite concluir que, efectivamente, el archivo de la investigación se ha realizado de manera fundamentada.

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el doctor Marcelo Marín Sevilla, abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A., en contra de la Resolución de 09 de noviembre de 2021 de las 17h35, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICAPMAPR-011-2020, en consecuencia se ratifica el acto administrativo.-

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, mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 se resolvió: *“(…) 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, l.ramirez@procompetencia.com, f.natera@procompetencia.com, y jgonzalez@sumesa.com.ec; **b)** Al operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.** en los correos electrónicos: eesparza@pazhorowitz.com; brobayo@pazhorowitz.com; jpaz@pazhorowitz.com; legal@gruporiental.com; eduardo.esparza@dentons.com; byron.robayo@dentons.com; jorge.paz@dentons.com; **c)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-



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

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

**Abg. Carlos Vásquez
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN**