



## INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Expediente No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-017-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.-** Quito D.M., a 29 de noviembre de 2019 a las 17h15, **VISTOS.-** En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de conformidad con la acción de personal SCPM-INAF-DNATH-0170-2019-A, que rige desde el 20 de mayo de 2019, dentro del expediente de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICAPMAPR-017-2019, en uso de mis facultades legales y administrativas, emito las siguientes ordenes procesales: **PRIMERA.- COMPETENCIA:** En virtud de lo dispuesto en los artículos 213 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), 53 y 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); 57 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM y artículo 11, numeral 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado<sup>1</sup>, la suscrita autoridad es competente para conocer el presente caso y expedir la presente resolución. **1.1.** Se observa en este punto que el operador económico denunciado, habría objetado la competencia de esta Intendencia para tramitar la denuncia objeto del presente expediente. En lo pertinente, afirma: *“3.1. Falta de competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para revisar los actos del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales / Falta de competencia de la INICAPMAPR para pronunciarse sobre la violación de normas constitucionales y la comisión de conductas de competencia desleal.”* El denunciado manifiesta: *“Al respecto es necesario establecer cuáles son las competencias y facultades de la SCPM y del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, SENADI) atribuidas en la CRE y la ley de la materia, así: (...) La Superintendencia de Control del Poder de Mercado es un organismo técnico de control en materia de Derecho de Competencia, perteneciente a la Función de Transparencia y Control Social, cuyas atribuciones y facultades se encuentran establecidos en los artículos 37 y 38 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, LORCPM). Es importante señalar que la SCPM no goza de facultades de regulación, las cuales han sido reservadas para la Función Ejecutiva, conforme lo manda el artículo 35 LORCPM. (...) El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales es la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, perteneciente la Función Ejecutiva, cuyas facultades se encuentran establecidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante, COESCI) entre las que destacan las de regulación, gestión y control de los derechos intelectuales. De lo expuesto, se observa que la SCPM y el SENADI son organismo que pertenece a diferentes Funciones del Estado, con competencias y facultades claramente delimitadas. Sobre esto último se advierte que no existe disposición constitucional ni legal que otorgue competencia a la SCPM para revisar las actuaciones del SENADI, ni facultades de regulación, por lo que en cuestiones que involucren derechos intelectuales debe ceñirse a lo establecido por la autoridad nacional competente, el SENADI. En cuanto a la infracción de normas constitucionales, la SCPM no tiene competencia para declarar la vulneración las disposiciones de la CRE. En lo que se refiere a la INICAPMAPR, órgano de investigación de la SCPM, sus atribuciones se encuentra reguladas en el Manual de Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, expedido mediante Resolución SCPM-DS-058-2015 de 27 de agosto de 2015.”*

<sup>1</sup> Mediante Resolución No. SCPM-DS-22-2018 de 30 de agosto de 2018, publicada en el Registro Oficial Edición Especial No. 586 de 17 de octubre de 2019.



Al respecto, se observa que la Intendencia no cuenta con atribuciones para investigar conductas de competencia desleal. Como bien conoce su autoridad, a la Intendencia le compete exclusivamente investigar la comisión de conductas de abuso de poder de mercado, abuso de mercado en situación de dependencia económica y acuerdos y prácticas restrictivas. Con esta introducción, empezamos nuestras explicaciones advirtiendo que la intención de la denunciante es que su autoridad incurra en arrogación de funciones y se pronuncie respecto de las actuaciones de otro órgano de la administración pública, en este caso el SENADI. Además, que investigue conductas que son competencia de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante, INICPD) (...). Al respecto, se aclara que el objeto de la presente fase de la investigación es determinar si existen suficientes indicios de la existencia de una conducta de abuso de poder de mercado, tipificado y prohibido por el Artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM), para lo cual esta Intendencia se encuentra debidamente facultada conforme a la normativa citada *ut supra*. Si bien en algunos casos la aplicación de esta Ley podrá tener cierta relación con la aplicación de otra normativa, como es el caso con la propiedad intelectual, mientras esta autoridad se pronuncie dentro de sus facultades que se refieren a la investigación de la conducta anticompetitiva mencionada, no estaría excediendo su competencia. La competencia está dada con base en la pretensión contenida en la denuncia, que en este caso es la de solicitar que se investigue y, de ser el caso sancione una conducta de abuso de poder de mercado, más no la declaratoria de un derecho de otra índole. **SEGUNDA.- VALIDEZ PROCESAL:** Revisado que ha sido el expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-017-2019, no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal ni solemnidades sustanciales en la presente fase procesal, por lo que declara su validez. El operador económico denunciado, en su escrito de explicaciones, presentó las siguientes objeciones a la forma en la que se ha tramitado el presente procedimiento: **2.1.** Primeramente, argumenta que el denunciante habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 54 de la LORCPM, en sus letras f) indicando lo siguiente: “3.2.1. *Del incumplimiento del requisito establecido en el artículo 54 letra f) LORCPM/ Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como los bienes o servicios afectados. Como habíamos adelantado, SUMESA copió el texto del blog del restaurante FU LI TU (sin citar fuente) lo mutiló y lo alteró a su conveniencia para intentar cumplir con el requisito del artículo 54 letra f) LORCPM (...)*”. Solicita que para este efecto se inicie una investigación en contra del denunciante por haber incurrido en la infracción señalada en el artículo 78 literal g) de la LORCPM, que contiene la siguiente tipificación “[...] Incurrirá en infracción leve quien presentare una denuncia falsa, utilizando datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondan [...]”. Al respecto, cabe señalar que no corresponde a la presente autoridad determinar la autoría de un texto, ni existen indicios que permitan suponer que esta denuncia o su contenido sea falso, y que tenga el objeto de perjudicar a su competencia. Por lo mismo, se niega esta solicitud; **2.2.** Argumenta el denunciado que no se habría dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 54 letra g) de la LORCPM, manifestando que: “*De conformidad con el artículo 158 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP) la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. En ese sentido, para que la prueba sea admitida debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y ser practicará [sic] según la ley, con lealtad y veracidad, esto de conformidad con el artículo 160 COGEP. Al respecto, con la denuncia y el escrito con la que se pretendió completarla (de fecha 16 de octubre de 2019) SUMESA adjunta los documentos que se detallan en el acápite cuatro de la denuncia “PRUEBAS”. (...) Por lo anterior, al no haberse cumplido con el requisito establecido en el artículo 54 letra g) LORCPM, corresponde a su autoridad ordenar el archivo de la denuncia, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 LORCPM*”. Al respecto, se encontró que el denunciante habría adjuntando la prueba anunciada, y salvo que aparezca de manifiesto que debió haber tenido acceso a



un determinado medio probatorio, no puede archivar su denuncia por falta de presentación a este; el requisito de admisibilidad es que se presente la prueba que razonablemente tenga a su alcance; y en el presente caso no se identificó que exista prueba que no hubiere presentado. Adicionalmente, y de forma general, se observa que las objeciones a la admisión a la denuncia que realiza el operador económico denunciado, de ninguna forma le dejan en indefensión, ni influyen en la tramitación de la causa. Como señala García de Enterría, reconocido doctrinario del Derecho Administrativo: *“El vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración [...] según hemos visto, el vicio de procedimiento o de forma no sólo no es considerado como vicio trascendente y de orden público sino que, por el contrario, su virtud invalidante está expresamente reducida a unos límites muy modestos y secundarios”*<sup>2</sup>. **TERCERA.- ANTECEDENTES PROCESALES:** Dentro del expediente administrativo que se sustancia, se han realizado las siguientes actuaciones procesales: **3.1.** Mediante escrito y anexos, suscrito por Julián García Miranda, Gerente General, y Andrés Ycaza Mantilla, abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A. ingresados a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 30 de septiembre de 2019 a las 14h39 y signados con número de trámite 146170, se presenta una denuncia en contra de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., por considerar que esta empresa está abusando de su poder de mercado; **3.2.** Mediante providencia de 10 de octubre de 2019 a las 11h35, se dispone al operador económico denunciante que aclare y complete la denuncia, especificando lo establecido en el literal g) del artículo 54 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ya que de los elementos de prueba señalados en la denuncia, algunos no se encuentran incorporados; **3.3.** Mediante providencia de 14 de octubre de 2019 a las 13h00, se deja constancia el *lapsus cálami*, en la boleta de notificación de la providencia de 10 de octubre de 2019 a las 11h35, la cual contiene un error material, habiéndose expresado que la misma fue suscrita por la Econ. María Alejandra Egúez Vásquez, cuando -conforme se desprende de la actuación administrativa- esta se encontraba suscrita por el Abg. Francisco Riofrío Cueva, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Subrogante, de acuerdo a la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0361-2019-A que regía a la fecha de su emisión; **3.4.** Mediante escrito y anexos, suscrito por Andrés Ycaza Mantilla, abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A. ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 16 de octubre de 2019 a las 09h56 y signados con número de trámite 147499 se completa la denuncia; **3.5.** Mediante providencia de 21 de octubre de 2019 a las 17h15, se dispone correr traslado con la denuncia y sus anexos, de fecha 30 de septiembre de 2019 signados con el número de trámite 146170; el escrito que completa la denuncia y sus anexos, signados con el número de trámite 147499; la providencia de 10 de octubre de 2019 a las 11h35; y, la providencia de 14 de octubre de 2019 a las 13h00, al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., para que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación, presente las explicaciones que considere pertinentes; **3.6.** Mediante providencia de 30 de octubre de 2019 a las 11h00, se dispone agregar el Cuestionario A, signado con número de trámite 148473; solicitar a KANTAR WORLD PANEL, “[...] Por cuanto SUMESA S.A. ha puesto en conocimiento de esta autoridad un estudio que habría sido realizado por Kantar World Panel, que se refiere al sector de las Pastas Alimenticias en el Ecuador, mismo que habría sido adquirida a corte de mayo del 2019, el viernes 14 de junio de 2019 a las 12h47 vía correo electrónico, con los siguientes indicadores: Cortos, Largos, Roscas, Fideo Tipo Chino [...]” que remita la información sobre la metodología, nivel de

<sup>2</sup> Eduardo García de Enterría. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid, 2001. P. 636-637.



representatividad de la muestra y criterios de segmentación; solicitar a los operadores económicos SUMESA S.A. y ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. que remitan la información solicitada en el Cuestionario A; y, solicitar al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI) información sobre el estado del Recurso de Apelación a la Resolución SENADI-007-2019 de 24 de julio de 2019 a las 13h00; **3.7.** Mediante providencia de 07 de noviembre de 2019 a las 15h15, se dispone agregar el oficio y anexo suscrito por el Dr. Wilson Usiña Reina, Presidente del Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, signado con número de trámite 148945; **3.8.** Mediante providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 14h30, se dispone: **a)** Agregar el escrito suscrito por Mario Gustavo Arregui Pazmiño, Gerente General de Kantar WorldPanel Ecuador Kantarecsa S.A., signado con número de trámite 149376 y se dispone: a solicitud de parte, declarar con el carácter de confidencial el escrito signado número de trámite 149376; solicitar que remita a esta autoridad el extracto no confidencial del escrito ingresado; y, completar y aclarar sus respuestas ingresadas conforme lo establece la providencia de 30 de octubre de 2019 a las 11h00; señalar si la información que ingresa contiene partes que deban ser declaradas como confidencial, por lo cual, de ser el caso remitir el respectivo extracto no confidencial; **b)** Agregar el escrito y anexo suscrito por Julián García Miranda, Representante Legal del operador económico SUMESA S.A., signado con número de trámite 149619 y, en atención al mismo, se dispone completar y aclarar las respuestas al cuestionario A con base a lo indicado en la providencia de 30 de octubre de 2019 a las 11h00; **c)** Agregar el escrito y anexo suscrito por Manuel Zamora Mondragón, Gerente General, y Eduardo Esparza Paula, abogado patrocinador del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., signado con número de trámite 149678 y, en atención al mismo; conceder la reunión de trabajo solicitada por el operador económico, la misma que es declarada con el carácter de confidencial; solicitar a ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. remita la información solicitada en el Cuestionario A; **d)** Agregar el Cuestionario B, signado con número de trámite ID 150040 y, solicitar a los operadores económicos SUMESA S.A. y ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. remitan la información solicitada en el Cuestionario B; y, **e)** Se dispone agregar el escrito y anexos suscritos por Manuel Zamora Mondragón, Gerente General, y Eduardo Esparza Paula, abogado patrocinador de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., signado con el número de trámite 149855, y se dispone tomar en cuenta por haber sido presentado dentro del término legal concedido, el escrito de explicaciones y sus anexos; **3.9.** Mediante providencia con fecha 21 de noviembre de 2019 a las 12h30, se dispone enviar un memorando al Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de esta Superintendencia a fin de que remita copias certificadas de los anexos y pruebas que habrían sido ingresadas por ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., junto a la denuncia presentada el 7 de junio de 2019, dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019; **3.10.** Mediante providencia de 21 de noviembre de 2019 a las 17h15, se dispone: agregar el escrito suscrito por Mario Gustavo Flor López, Gerente General de Kantar WorldPanel Ecuador Kantarecsa S.A., signado con número de trámite 150239; conceder la reunión de trabajo solicitada por Kantar WorldPanel Kantarecsa S.A., declarar con el carácter de confidencial la reunión dispuesta; y, conceder una prórroga de dos (2) días contados desde la notificación con la presente providencia para que dé cumplimiento a lo solicitado en la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 14h30; **3.11.** Mediante providencia del 22 de noviembre de 2019 a las 08h30, se dispone: **a)** Agregar el acta de reunión de 21 de noviembre de 2019 a las 15h05 y su correspondiente anexo digital que contiene la grabación de audio de la reunión, con el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.; declarar con el carácter de confidencial el anexo digital que se agrega; y, tomar en cuenta al acta de reunión como extracto no confidencial de la misma; y, **b)** Se clarifica a los operadores económicos, en lo referente al requerimiento de información en los Cuestionarios A y B, que “(...) la variable denominada “tipo”, incluida en las preguntas 8 y 9 del Cuestionario “A” y



la pregunta 7 del Cuestionario “B”, considera una segmentación ejemplificativa para los varios tipos de fideos y pastas. (...) En caso de que los productos del portafolio del operador económico, no puedan categorizarse dentro de los ejemplos incluidos en la descripción de la variable “tipo”, sírvase señalar el segmento o categoría, bajo la cual el operador económico clasifica los productos que comercializa. (...); **3.12.** Mediante providencia de 22 de noviembre de 2019 a las 16h55, se dispone: **a)** Agregar el Acta de Reunión de Trabajo de 22 de noviembre de 2019 a las 11h35 y su correspondiente anexo digital que contiene la grabación de audio de la reunión, signada con el número de trámite 150391; declarar con el carácter de confidencial al anexo digital que se agrega; tomar en cuenta el acta de reunión como extracto no confidencial de la misma; y, **b)** Agregar el escrito suscrito por la Abg. Ma. José Zurita Luna, a nombre de Julián García Miranda, Gerente General y Representante Legal de SUMESA S.A., signado con número de trámite 150365; conceder el término de dos (02) días adicionales, contados a partir del fenecimiento del término concedido en la providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 14h30, a fin de que remita la información solicitada en el Cuestionario A; y se solicita legitimar la intervención de la abogada Ma. José Zurita Luna, por no estar autorizada dentro del presente expediente; **3.13.** Mediante providencia de 27 de noviembre de 2019 a las 16h30, se dispone: **a)** Agregar y tomar en cuenta “[...] el memorando y anexos, suscrito por el Abg. Pablo Carrasco Torrontegui, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, signados con el número de trámite ID 150661, mediante el cual se da cumplimiento a lo solicitado en providencia de 21 de noviembre de 2019 a las 12h30 [...]”; **b)** Agregar el escrito suscrito por Julián García Miranda, Gerente General del operador económico SUMESA S.A. y la Ab. Ma. José Zurita Miranda, signado con el número de trámite 150587, mediante el cual legitima la intervención realizada por la abogada María José Zurita y se autoriza su intervención dentro de la presente causa; **c)** Agregar el escrito y anexo suscrito por Mario Gustavo Arregui Pazmiño, Gerente General, y Mario Flor López, abogado patrocinador de KANTAR WORLDPANEL ECUADOR KANTARECSA S.A., signado con número de trámite ID 150625, en atención al mismo se dispone: “(...) declarar con el carácter de confidencial el escrito signado con número de trámite ID 150625 (...)”; **d)** Agregar el escrito y anexo suscrito por Eduardo Esparza Paula, abogado autorizado de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., signado con el número de trámite 150631, en atención al mismo se dispone: “(...) declarar con el carácter de confidencial el CD 1 y 3 signado con números de trámite ID anexo 266014 y 266016 respectivamente (...)”; **e)** Agregar el escrito y anexos suscrito por María José Zurita, abogada autorizada del operador económico SUMESA S.A., signado con el número de trámite 150638, en atención al mismo se dispone: aclarar al operador económico SUMESA S.A.: “(...) que el cuestionario B contiene variables adicionales que no fueron requeridas en el cuestionario A, por lo cual (...) deberá remitir la información solicitada mediante providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 14h30, y de conformidad al detalle indicado en el Cuestionario B (...)”; completar y aclarar “(...) sus respuestas del cuestionario A, conforme lo establecido en providencia de 19 de noviembre de 2019 a las 14h30 (...)”; declarar con el carácter de confidencial “(...) el CD anexo al escrito ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 13 de noviembre de 2019 a las 15h56 y signado con número de trámite ID 149619 (...)”; asimismo se dispone, declarar como confidencial “(...) al CD que se agrega con el escrito que se atiende y signado con el número de ID Anexo 266008 (...)”; se concede la reunión de trabajo “(...) para el día jueves 28 de noviembre de 2019 a las 11h30, en las instalaciones ubicadas en la Av. De los Shyris N44-93 y Av. Río Coca, edificio Ocaña, de la ciudad de Quito, o en su defecto mediante la ayuda de medios telemáticos en las oficinas de la Intendencia Regional, ubicadas en la Av. Francisco de Orellana y Justino Cornejo, Sector Kennedy Norte. Complejo Inmobiliario World Trade Center, torre A. En la misma se abordarán exclusivamente temas relacionados con el Cuestionario A y B (...)”, y se dispone declarar “[...] con el carácter de confidencial a la reunión”



*dispuesta [...]”; y, f) Se dispone agregar el escrito y anexo suscrito por María José Zurita, abogada autorizada del operador económico SUMESA S.A., signado con el número de trámite 150654;*

**3.14.** Mediante providencia de 29 de noviembre de 2019 a las 16h00, se dispone: **a)** Agregar el escrito y anexos, suscrito por María José Zurita, abogada autorizada del operador económico SUMESA S.A.; y, **b)** Elaborar el informe correspondiente por la entrega de información incompleta por parte del operador económico SUMESA S.A. **CUARTA: IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS:** Al amparo de lo dispuesto por el artículo 62 literal a) del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, se identifica los operadores económicos que hacen parte de la presente investigación: **4.1. OPERADOR ECONÓMICO DENUNCIANTE:** SUMESA S.A., representado legalmente por el Ing. JORGE JULIÁN GARCÍA MIRANDA, con número de cédula 0908883747, y con el número de RUC 0990129428001<sup>3</sup>. Conforme la información del Servicio de Rentas Internas<sup>4</sup>, tiene el estado de contribuyente en el RUC ACTIVO; con fecha de inicio de actividades el 6 de septiembre de 1973. Según reporta el portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>5</sup>, la principal actividad económica de esta compañía es la que se encuentra descrita en el código CIU C1074.01, que corresponde a la “*ELABORACIÓN DE PASTAS: TALLARÍN, ESPAGUETIS, MACARRONES, LASAÑA, CANELONES, RAVIOLES Y FIDEOS. SEAN O NO COCIDOS, RELLENOS O CONGELADOS, ELABORACIÓN DE ALCUZCUZ*”; **4.2. OPERADOR ECONÓMICO DENUNCIADO:** ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A., representada legalmente por MANUEL ANTONIO ZAMORA MONDRAGÓN, con número de cédula 1205132820, y con el número de RUC 1291710359001<sup>6</sup>. Conforme la información del Servicio de Rentas Internas<sup>7</sup>, tiene estado del contribuyente en el RUC ACTIVO; con fecha de inicio de actividades el 07 de diciembre de 2001. Según reporta el portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros<sup>8</sup>, la principal actividad económica de esta compañía es la que se encuentra descrita en el código CIU C1074.01, que corresponde a la: “*ELABORACIÓN DE PASTAS: TALLARÍN, ESPAGUETIS, MACARRONES, LASAÑA, CANELONES, RAVIOLES Y FIDEOS. SEAN O NO COCIDOS, RELLENOS O CONGELADOS, ELABORACIÓN DE ALCUZCUZ*”. **QUINTA.- DE LA DENUNCIA Y LAS EXPLICACIONES: 5.1. El contenido de la denuncia: 5.1.1. Descripción de la denuncia:** Señala el denunciante que: “*La Compañía ORIENTAL INDUSTRIAS ALIMENTICIAS O.I.A. S.A., siendo el líder en pastas Orientales, ha procedido a ejecutar prácticas desleales, realizando actos de Denigración, haciendo difusión de aseveraciones, indicaciones y manifestaciones sobre la actividad de la Compañía SUMESA S.A., las cuales han menoscabado el crédito [sic] de mi representada en el mercado, denigrando el nombre de la compañía, abusando de acciones administrativas y abusando de su poder de mercado en este segmento, está ocasionando grandes perjuicios comerciales a mi representada y a los consumidores [sic] por no tener opciones de productos en este segmento de mercado (...). C.1.- La Compañía ORIENTAL INDUSTRIAS ALIMENTICIAS O.I.A. S.A., es una empresa ecuatoriana, dedicada a la comercialización de productos alimenticios, con amplio poder en el mercado ecuatoriano respecto a los productos que comercializa. C.2.- Mi representada, la compañía Sumesa S.A., es una empresa ecuatoriana con 46 años de trayectoria en el mercado, dedicada a la comercialización de productos alimenticios, tiempo en el cual, ha ejercido su actividad comercial, con respeto a la normativa ecuatoriana vigente y de igual manera a todos sus competidores. C.3.- Con fecha 08 de abril del 2019, a las 16:35, la compañía ORIENTAL INDUSTRIAS ALIMENTICIAS O.I.A. S.A. interpuso en contra de mi representada una*

<sup>3</sup> Información del portal de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Véase: <http://bit.ly/370IbNK>

<sup>4</sup> Información del portal web del Servicio de Rentas Internas. Véase: <http://bit.ly/35Ju8WA>

<sup>5</sup> Información disponible de la compañía en el buscador: <http://bit.ly/33yedsQ>

<sup>6</sup> Información del portal Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Véase: <http://bit.ly/2XVVVAs>

<sup>7</sup> Información obtenida del portal web del Servicio de Rentas Internas. Véase: <http://bit.ly/35Ju8WA>

<sup>8</sup> Información disponible de la compañía en el buscador: <http://bit.ly/33yedsQ>



Tutela Administrativa alegando que Sumesa S.A., se encontraba comercializando productos alimenticios en cuya etiqueta se evidencia el término "ORIENTAL"; C.4.- Sin entrar en detalles del proceso, ya que la presente denuncia no puede ser tomado como un conflicto de derechos de propiedad intelectual entre privados, mediante Resolución Senadi-2019-24833, del 24 de julio del 2019, a las 13:00, notificada el 25 del mismo mes y año, emitida por Subdirectora Regional de Guayaquil, Ab. Ana María Vasco Cadena, se resolvió aceptar la tutela administrativa de fecha 8 de abril del año 2019 presentada por Oriental Industria Alimenticia OIA S.A. en contra de Sumesa S.A. (...). C.5.- Con fecha 30 de julio del 2019, se presentó IMPUGNACIÓN MEDIANTE RECURSO DE APELACIÓN A LA RESOLUCIÓN SENADI-007-2019-DNPI, del 24 de julio del 2019, a las 13:00, notificada el 25 del mismo mes y año, emitida por la Subdirectora Regional de Guayaquil, Ab. Ana María Vasco Cadena, en la que se resolvió aceptar la tutela administrativa de fecha 8 de abril del año 2019 (...). C.6.- (...) La RESOLUCIÓN SENADI-007-2019-DNPI descrita en el literal C.4.- referido en la presente cláusula, se encuentra suspendida por recurso de apelación debidamente presentado. C.7.- A pesar de que la RESOLUCIÓN SENADI-007-2019-DNPI referida en el literal C.4.- de la presente cláusula se encuentra suspendida, la compañía Oriental Industria Alimenticia O.I.A. S.A. inició una campaña de denigración comercial en contra de mi representada (...); **5.1.2. Las conductas denunciadas:** El denunciante indica que Oriental Industria Alimenticia "O.I.A." S.A. habría realizado conductas de abuso de poder de mercado, conforme a los numerales 10, 17 y 18 del artículo 9 de la LORCPM, de la siguiente forma: 10. LA INCITACIÓN, PERSUASIÓN O COACCIÓN A TERCEROS A NO ACEPTAR, LIMITAR O IMPEDIR LA COMPRA, VENTA, MOVILIZACIÓN O ENTREGA DE BIENES O LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A OTROS: "(...) ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., interpuso una ilegal Tutela Administrativa alegando que mi representada no contaba con la marca SUMESA ORIENTAL, sin perjuicio de que dicha marca le pertenecía [sic] a mi representada, y estaba siendo objeto de una cancelación por falta de uso, pero no estaba en firme la resolución final, es decir Oriental tenía [sic] conocimiento de la existencia de esta marca, y aun así interpuso la acción de Tutela Administrativa, la que efectivamente tuvo un resultado ilegalmente favorable a Oriental, esta tutela no fue elevada a consulta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, ni han demostrado tener algún derecho sobre la Marca SUMESA ORIENTAL; sin embargo, obtuvieron una resolución favorable, pero dicha Resolución [sic] fue apelada por mi representada, SUSPENDIENDO nuevamente los efectos de la misma. Cabe indicar, que la Cancelación de Marca por falta de uso, no conlleva el impedimento de utilizarla la [sic] marca cancelada, ya que el SENADI, en su debido momento, ya había concedido la Marca SUMESA ORIENTAL a mi representada, considerando que no existe ningún tipo de confusión o impedimento en la coexistencia de las marcas en el mercado; cabe recalcar además, que la empresa Oriental Industria Alimenticia O.I.A. S.A. no interpuso ningún tipo de Oposición al registro en el término legal establecido en el proceso de registro de la MARCA DENOMINATIVA SUMESA ORIENTAL; además que la Cancelación por falta de uso de una marca, no lleva implícito que la marca cancelada haya violado derechos de terceros (...). Una vez con la resolución de la Tutela Administrativa favorable, la empresa Oriental Industria Alimenticia O.I.A. S.A., conociendo que la resolución no se encontraba en firme, la compañía denunciada, toma ilegalmente atribuciones que no le competen y comenzó a enviar un sin número [sic] de comunicaciones a diferentes Operadores Económicos de Retails y supermercados, pidiendo que NO ACEPTEN el producto de mi representada, así como envió publicaciones en video por medio digitales, publicaciones por prensa a Diario Expreso, El Universo, La Hora, comunicaciones a los centros de distribución como Mi Comisariato, Supermaxi, Tía, Coral, Santa María, mercados Monte Bello, Durán, demás distribuidoras, clientes, público en general, etc., para limitar o impedir la compra, venta, del producto SUMESA ORIENTAL. [...]"; 17. EL ABUSO DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INTELECTUAL, SEGÚN LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, CONVENIOS Y TRATADOS



CELEBRADOS Y RATIFICADOS POR EL ECUADOR Y EN LA LEY QUE RIGE LA MATERIA:  
“[...] *ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., solicitó la cancelación por falta de uso, de acuerdo al Art. 378 del Código Ingenios, en donde el requisito principal es acreditar legítimo interés, en la marca SUMESA ORIENTAL, lo cual no lo hizo, ya que para evidenciar este legítimo interés [sic] debió solicitar el registro de la misma, lo cual no lo hizo y además, sabemos que nunca podría Obtener [sic] el registro de la Marca SUMESA ya que esta es una marca que goza de amplia distintividad [sic] a diferencia de ORIENTAL que busca identificar el tipo de producto, por lo que únicamente fue un acto de abuso de un derecho de propiedad intelectual. La empresa denunciada, esta (sic) abusando de su derecho de la Marca de ellos registrada, ya que su marco no le concede derechos a excluir a terceros al uso de forma descriptiva de la palabra Oriental, la cual busca describir el origen o tipo del producto que se va a comercializar, en este caso el tipo de fideos.”; 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: “[...] *la Empresa denunciada Oriental Industria Alimenticia O.I.A. S.A. ha implementado INJUSTIFICADAMENTE varias acciones legales que están destinadas a restringir el acceso de mi representada en el mercado de la pasta tipo oriental. La Acción de Cancelación por falta de Uso es un ejemplo de una de estas acciones injustificadas, ya que como se indicó, la empresa no tenía un legítimo interés en la marca, como lo determino [sic] la autoridad en su momento (...). Así (sic) mismo la Tutela Administrativa presentada por Oriental es un claro ejemplo de implementación de acciones legales injustificadas, ya que presentan esta Tutela aún cuando tenían conocimiento que mi representada contaba con la marca SUMESA ORIENTAL, ya que la resolución de cancelación por falta de uso se encontraba apelada y por ende no estaba en firme; además, que lo hacen sin la respectiva consulta a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, requisito necesario para la adopción de este tipo de acciones”. Finalmente, indica que ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., a pesar de tener conocimiento que la Resolución SENADI-007-2019-DNPI de 24 de julio de 2019 no se encontraba en firme, producto del recurso de apelación presentado por SUMESA, mismo en el que se emitieron medidas cautelares en contra de SUMESA S.A., ha iniciado Tutelas Administrativas contra otras empresas como El Rosado, a fin de que no comercialicen el producto SUMESA ORIENTAL, lo que estaría ocasionando grandes perjuicios a SUMESA S.A. y a los consumidores, al no permitirles acceder a un producto de mejor calidad y precio;*

**5.2. Sobre las explicaciones: 5.2.1. De las conductas anticompetitivas:** En relación a la inexistencia de conductas anticompetitivas, se señala que: “*Si bien el principal requisito para sancionar las conductas del artículo 9 de la LORCPM es que exista poder de mercado, cuestión que no ha sido demostrada en la denuncia, en el presente acápite analizaremos las supuestas conductas anticompetitivas. Recordemos que en el acápite 3.3. de demostró la inexistencia del mercado de “tallarines o pasta oriental”; y, que al contrario de lo señalado por la denunciante, ORIENTAL ® es una marca debidamente registrada en el SENADI y no un término descriptivo, así ya lo estableció la autoridad nacional de derechos intelectuales (autoridad competente) Además, que las pastas alimenticias es un mercado regulado por el Servicio Ecuatoriano de Normalización (INEN) (autoridad competente) por lo que se debe ceñir a los establecido [sic] en las normas técnicas. Asimismo, en el acápite anterior se evidenció que ORIENTAL no tiene poder de mercado, Ni la INICPD en sus Resoluciones e Informes ni la empresa KANTAR establecen que ORIENTAL tenga poder de mercado. Lo señalado por la denunciante ha sido desmentido en su totalidad. (...);*

**5.2.2. De las presuntas infracciones: a)** Sobre la conducta tipificada en el artículo 9 numeral 10 de la LORCPM [La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros], el denunciado señala: “*Como habíamos señalado en el acápite 3.2.2., la denunciante no presentó alguna de las conductas que denuncia. Así, respecto al tipo del artículo 9 número 10 LORCPM, SUMESA debió presentar los*



elementos que demuestren la existencia de algún indicio de que mi representa (sic) ha incitado, persuadido o coaccionado a terceros. Al respecto, en la denuncia no se acompañó ningún documento que pruebe esto. Lo único que presenta la denunciante, dese la página 3 hasta la 13 de su denuncia, son imágenes sin citar fuente. Hay que resaltar que los documentos a los que correspondería esas imágenes, por alguna extraña razón, no se acompañan como prueba. Ahora bien, de la simple lectura del texto que consta en las imágenes no se observa algún tipo de incitación, persuasión o coacción a persona alguna. En el texto únicamente se observan referencias a lo dispuesto en la Resolución 007. Sobre esta, como fue informado en el acápite 3.1., mediante Resolución 862 el SENADI rechazó el recurso de apelación interpuesto por SUMESA contra la Resolución 007, por lo que ha causado estado (...). Sobre esta afirmación, llamamos la atención que se basa en la opinión de SUMESA. No se observa que se invoque norma alguna, por lo que carece de sustento legal, además de ser contraria a la verdad. Como se indicó en el acápite 3.1, mediante Resolución No. OCDI-2019-266 de 19 de marzo de 2019, el SENADI canceló el registro de la Marca SUMESA ORIENTAL. Contra esa resolución la denunciante presentó un recurso extraordinario de revisión, el cual fue enviado a aclarar y completar. Es así que recién mediante providencia de 24 de julio de 2019, notificada el 30 del mismo mes y año, el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales avocó conocimiento y admitió a trámite dicho recurso extraordinario (...) [R]especto al alegato de que la Resolución no se encontraba en firme, en la resolución 007, el SENADI se pronunció (...). En el mismo sentido, mediante Resolución 862, el SENADI señaló: (...). Con las citas anteriores, se desmiente lo señalado por SUMESA. En cuanto a la afirmación de que no teníamos ningún derecho sobre la marca SUMESA ORIENTAL, se rescata que el denunciante admite que utilizaba la denominación SUMESA ORIENTAL como marca. Aquí hay que recordar que el SENADI estableció que ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A. es titular de la marca ORIENTAL, por lo que se debe desechar el alegato de la denunciante. Finalmente, en cuanto a que se debía realizar una consulta, el denunciante no señala la norma legal que sustenta su alegato ni las razones del mismo; por lo que no es más que una conjetura. Cabe indicar, que la Cancelación de marca por falta de uso, no conlleva el impedimento de utilizarle la marca cancelada, ya que el SENADI, en su debido momento, ya había concedido la marca SUMESA ORIENTAL a mi representada, considerando que no existe ningún tipo de confusión o impedimento en la coexistencia de las marcas en el mercado; cabe recalcar además, que la empresa Oriental Industria Alimenticia O.I.A. S.A. no interpuso ningún tipo de Oposición al registro en el término legal establecido en el proceso de registro de la MARCA DENOMINATIVA SUMESA ORIENTAL; además, que la Cancelación por falta de uso de una marca, no lleva implícito que la marca cancelada haya violado derechos de terceros (...). En referencia a la cita anterior, nuevamente estamos ante argumentos sin sustento. Respecto de esta cita se rescata que la denunciante admite que estaba utilizando la denominación SUMESA ORIENTAL como marca. Por esta razón el SENADI le sancionó, ya que la mencionada autoridad estableció que ORIENTAL es una marca y no un término descriptivo. (...) Al respecto, en ninguna de las imágenes presentadas en la denuncia se evidencia que ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A. haya incitado, persuadido o coaccionado a persona alguna para que no acepte producto alguno. El texto de las imágenes únicamente comunica lo resuelto por el SENADI en la Resolución 007. Es importante aclarar que ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A. no ha limitado ni impedido la compra, venta del producto SUMESA ORIENTAL. Fue la autoridad competente, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, que luego del procedimiento administrativo respectivo, en el que se garantizó el derecho de las partes, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales prohibió "la utilización, comercialización, venta oferta en venta, distribución, promoción, publicidad de productos que contengan la marca "ORIENTAL", propiedad de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A. y ordenó el cese inmediato de la conducta y el retiro de los circuitos comerciales de los productos infractores. Con esto último se deja sin sustento los alegatos de la denunciante. En ese sentido, al no existir los elementos del tipo establecido



en el artículo 9 número 10 de la LORCPM, corresponde a su autoridad archivar la investigación”; b) En lo que se refiere a la conducta tipificada en el artículo 9 número 17 de la LORCPM [El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia], el denunciado manifiesta: “Respecto de esta conducta se debe indicar que la configuración del abuso de un derecho de propiedad intelectual no está sujeto al parecer de la denunciante. No porque SUMESA crea que ORIENTAL ha abusado de un derecho de propiedad intelectual se configura la conducta. El artículo 9 número 17 LORCPM claramente señala que la acusación de abuso de un derecho de propiedad intelectual debe estar sustentado en disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador o en la ley que rige la materia (en este caso el COESCCI). Al respecto, la denunciante no sustenta el cometimiento de esta infracción en ninguna de las normas antes señaladas. La conducta establecida en el artículo 9 numeral 17 LORCPM tiene un alcance distinto al que pretende dar la denunciada. Como habíamos advertido al inicio, la denunciante busca que su autoridad se pronuncie sobre las actuaciones del SENADI, a fin de evitar la sanción impuesta por la autoridad nacional de derechos intelectuales y evitar ser sancionada por la denuncia que presentamos en la INICPD. [...] Por lo expuesto al no existir los elementos del tipo establecido en el artículo 9 número 17 de la LORCPM, corresponde a su autoridad archivar la investigación”; y, c) En lo que se refiere a la conducta tipificada en el artículo 9 número 18 de la LORCPM [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], el denunciado indica: “Del texto del artículo 9 número 18 LORCPM, se observa que el primer requisito para la configuración de esta conducta, además de la existencia de poder de mercado, es demostrar que se han implementado acciones legales injustificadas. (...) Esto debe ser debidamente probado y declarado por las autoridades competentes, en este caso los órganos de la Función Judicial. A su autoridad no le compete declarar que una acción legal ha sido injustificada, porque que estaría interfiriendo en las decisiones de otras autoridades. Al respecto, contrario a lo que piensa la denunciante, ORIENTAL siempre ha actuado con apego a la ley. Tal es así que no existe pronunciamiento de autoridad alguna en el que se declare que mi representada haya actuado de manera maliciosa o temeraria. En ese sentido, no se cumple con este requisito. Más adelante, SUMESA alega lo siguiente: “En el mismo sentido de lo anteriormente invocado, la Empresa denunciada Oriental Industria Alimenticia O.I.A. S.A. ha implementado INJUSTIFICADAMENTE varias acciones legales que están destinadas a restringir el acceso de mi representada en el mercado de la pasta tipo oriental. La acción [sic] de Cancelación [sic] por falta de Uso es un ejemplo de una de estas acciones injustificadas, ya que como se indicó, la empresa no tenía un legítimo interés en la marca, como lo determino [sic] la autoridad en su momento, en otras acciones que [sic] cancelación que pretendió obtener, según consta en los documentos que se adjuntaron a la presente denuncia”. Respecto de esta cita, la denunciante no señala a que pronunciamiento se refiere. Si está haciendo alusión de la acción de cancelación por falta de uso iniciada en el 2014, es necesario aclarar que la autoridad de propiedad intelectual, mediante auto No. 045-2016-CPI-2S de 28 de octubre de 2016 decidió **inhibirse de conocer el fondo**. En cambio, si se refiere a la acción de cancelación por falta de uso iniciada en el 2017, la autoridad nacional de propiedad intelectual mediante Resolución 266 aceptó la acción de cancelación; y, mediante Resolución 740 rechazó el recurso extraordinario de revisión interpuesto por SUMESA y ratificó la Resolución 266 (...). En el siguiente párrafo, la denunciante intenta sorprender a la autoridad: “Así mismo la Tutela Administrativa presentada por Oriental es un claro ejemplo de implementación [sic] de acciones legales injustificadas, ya que presentan esta Tutela aún cuando tenían [sic] conocimiento que mi representada contaba con la marca SUMESA ORIENTAL, ya que la resolución de cancelación por falta de uso se encontraba apelada y por ende no estaba en firme; además, que lo hacen sin la respectiva consulta a la



*Superintendencia de Control del Poder de Mercado, requisito necesario para la adopción de este tipo de acciones”. Nuevamente este alegato no es más que el criterio infundado de la denunciante. No cita siquiera una norma legal o reglamentaria que sustente sus dichos. Tampoco hace cita siquiera una norma legal o reglamentaria que sustente sus dichos. Tampoco hace referencia a documento alguno. Por el contrario, vuelve a faltar a la verdad. Respecto a que la resolución de cancelación por falta de uso se encontraba apelada; es necesario recordar que lo que presentó la denunciante fue un **recurso extraordinario de revisión**. De la misma manera que ahora pretende sorprender a su autoridad, lo intento [sic] ante las autoridades del SENADI. Aquí hay que recordar que mediante providencia de 14 de junio de 2019, el Órgano Colegiado de Derecho Intelectuales concedió el término de cinco días para que SUMESA **aclare el tipo de recurso interpuesto**. Ante lo cual, la denunciante aclaró que “la impugnación presentada es vía **recurso extraordinario de revisión**”. (...). [Ú]nicamente se rescata que la denunciante expresamente señala que el período de la conducta inicia el 8 de abril de 2019. En ese sentido, cualquier referencia a hechos anteriores a esa fecha no guarda relación con las circunstancias controvertidas por lo que son impertinentes, (...). (Énfasis propio del texto original).*

**SEXTA.- SOBRE LOS REQUISITOS PARA LA APERTURA DE UNA INVESTIGACIÓN:** En el estado actual de la causa, conforme a lo establecido en el Art. 56 de la LORCPM, corresponde determinar la existencia de presunciones del cometimiento de una infracción y, en consecuencia, la pertinencia de iniciar una investigación. Por consiguiente, estando dentro del término establecido, corresponde a esta Autoridad analizar los elementos que constan dentro del expediente administrativo, a fin de dilucidar si existen indicios que permitan suponer la existencia de los principales elementos de la conducta de abuso de poder de mercado, tipificados en el Artículo 9, siendo estos: 1) *Poder de mercado* de uno o más operadores económicos y 2) *Una conducta de anticompetitiva con base en este poder*. Para este efecto, el artículo 5 de la LORCPM, prescribe que deberá determinarse el mercado relevante para cada caso, para lo cual deberá considerarse al menos el mercado de producto o servicio y el mercado geográfico y las características relevantes de los vendedores y compradores que participen en dicho mercado. Conforme lo mandado por el artículo 8, el poder de mercado debe ejercerse en un determinado mercado relevante; de igual forma, a fin de analizar los efectos de la conducta, es menester comprender la configuración del mercado. En ese sentido, para efectos del presente ejercicio se deberá realizar una determinación preliminar de mercado relevante, mismo que servirá de base para analizar si existirían presunciones sobre la existencia de poder de mercado, y en su defecto, de una conducta de abuso de poder de mercado. **SÉPTIMA.- MERCADO RELEVANTE:** **7.1. Contenido de la denuncia:** En lo principal, dentro de la denuncia materia del presente expediente, al referirse al mercado se señala como punto de partida que el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. se dedica a la producción y comercialización de productos alimenticios, en particular fideos y pastas de tipo “oriental”. A lo que agrega posteriormente: “*Las dos clases de tallarines que se consumen en el Ecuador son los de tipo italiano, que produce Sumesa S.A. desde hace más de 30 años; y, los de tipo oriental, que está produciendo Sumesa S.A. desde el 2016 y que hasta esta fecha, los únicos que mantenían la producción de fideo tipo oriental en el país, y mantenían una participación dominante del 96% del mercado, según estudio realizado por Kantar Panel de mayo de 2019, documento que adjunto a la presente denuncia para su verificación, era la compañía ORIENTAL INDUSTRIAS ALIMENTICIAS O.I.A. S.A.*”; **7.2. Contenido del escrito de explicaciones:** Dentro del escrito de explicaciones presentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. el 15 de noviembre de 2019, se argumenta que no existe el mercado de producto de tallarines y fideos tipo oriental. Adicionalmente se alega que el denunciante utiliza los términos “oriental” y “chino” indistintamente. Además, se hace referencia al estudio realizado por Kantar World Panel anexado por el denunciante, en donde se segmenta el mercado de pastas alimenticias y se identifica el mercado de fideos Tipo Chino. Sobre esto, el denunciado argumenta: “*(...) en el estudio que presentó SUMESA no se hace*”.



referencia a ningún mercado de “tallarines o pasta oriental” ni de “fideos tipo oriental” sino que la segmentación que aparece en esas copias se refiere a **fideo chino**. Es decir, el mercado imaginario de “tallarines o pasta oriental” así como de “fideos tipo oriental” no tiene sustento ni siquiera en la información proporcionada por SUMESA. (...)”. En este sentido, se menciona que el análisis deberá basarse en las normas establecidas por el Servicio Ecuatoriano de Normalización para el sector de pastas alimenticias, específicamente, se señala: “(...) las normas técnicas que se enuncian en la notificación realizada por Ecuador al Comité de Obstáculos Técnicos al Comercio de la Organización Mundial del Comercio (G/TBT/N/ECU/389 de 26 de abril de 2019) (ANEXO VI11) en especial la NTE INEN 1375 (2R): 2014 (ANEXO IX)”. De acuerdo a las normas citadas ut supra, el denunciado menciona que: “Las pastas alimenticias se pueden clasificar por su forma y por su composición. Por su forma son: fideos largos, fideos cortos, fideos enroscados, pastas rellenas y pastas en láminas. Por su composición, las pastas alimenticias se clasifican en fideos de sémola de trigo duro, fideos de harina de trigo, fideos de la mezcla de sémola de trigo duro, fideos de harina de trigo, fideos de la mezcla de sémola de trigo duro y harina de trigo, fideos de sémola integral de trigo duro o harina integral de trigo, fideos compuestos y fideos rellenos. De lo anterior, su autoridad habrá verificado que no existe el mercado alegado por el denunciante.”; **7.3. Análisis de las alegaciones de las partes:** El artículo 5 de la LORCPM<sup>9</sup>, señala que para una determinación del mercado relevante se debe considerar el mercado de producto o servicio y el mercado geográfico, en el que se produce la conducta o sus efectos. En ese sentido, previo a determinar la existencia de indicios de poder de mercado, es fundamental analizar, de forma preliminar, cuáles podrían ser el o los mercados relevantes donde se realiza la presunta conducta abusiva: **7.3.1. Mercado de Producto: a)** Haciendo referencia a las aseveraciones contenidas en el escrito de explicaciones en relación a que se le violentaría su derecho a la defensa si se determina el mercado relevante de forma distinta a la denuncia, conviene señalar que esta autoridad se circunscribe a los hechos de la denuncia y parte de los bienes o servicios que allí se hayan mencionado, razón por la cual no habría ninguna vulneración al debido proceso. Segundo, las Normas Técnicas INEN, en específico, la manifestada por el denunciado, la “NTE INEN 1375, PASTAS ALIMENTICIAS O FIDEOS SECOS. REQUISITO”, aun pudiendo servir como una aproximación al mercado relevante por la segmentación cualitativa que se realiza en las mismas, de ninguna forma limita la facultad de esta autoridad de encontrar que el mercado producto tiene unas características distintas a las señaladas en este instrumento. Por un lado, como se señala en el acápite “I. OBJETO” de la norma técnica ecuatoriana voluntaria, el objetivo por el cual se expide es: “Esta norma establece los requisitos que deben cumplir las pastas alimenticias o fideos secos destinados a consumo humano”; por tal razón, la clasificación que se contiene en ese instrumento, tiene una naturaleza distinta a la segmentación de mercado relevante que realiza la suscrita autoridad. Por otro lado, para la presente investigación, se debe identificar el mercado relevante mediante un análisis de los productos, los operadores y las fuerzas competitivas del mercado. Es decir, aun cuando los

---

<sup>9</sup> Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. “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.”



organismos técnicos hubieran realizado una clasificación de determinados productos, la determinación de un mercado relevante no necesariamente debe limitarse a este parámetro; **b)** De conformidad con la actividad económica bajo la cual están registradas tanto el denunciante como el denunciado, se identifica que el mercado más amplio en donde compiten los operadores económicos se delimita como el mercado de elaboración de pastas o fideos. Bajo este marco, las normas INEN 1375 proporcionan una categorización de tipos de fideos para dicho mercado, en donde se encuentra que se clasifican de acuerdo a su forma y composición. Por su forma existen las pastas alimenticias o fideos largos, pastas alimenticias o fideos cortos, las pastas alimenticias o fideos enroscados; y, las pastas o fideos especiales. Por su composición existen las pastas alimenticias o fideos de sémola de trigo duro<sup>10</sup>, las pastas alimenticias o fideos de harina de trigo, las pastas alimenticias o fideos de la mezcla de sémola de trigo duro y harina de trigo, las pastas alimenticias o fideos de sémola integral de trigo duro o harina integral de trigo, las pastas alimenticias o fideos compuestos; y, las pastas alimenticias o fideos rellenos. De acuerdo a lo expuesto en la denuncia por parte de SUMESA S.A., el producto materia de la denuncia es SUMESA ORIENTAL, que por su forma, corresponderían al segmento de mercado de pastas alimenticias o fideos largos, al ser fideos con forma alargada; **c)** Si bien en la denuncia se señala que el mercado relevante sería el de fideos de tipo oriental, en la misma se especifican múltiples tipos de fideo que presuntamente pertenecerían a la categoría que se identifica como oriental. Según lo señalado por el denunciante, dentro de los sub tipos de tallarines o pasta oriental, existen diversas categorías, con ingredientes y clasificaciones distintas, sin identificarse a cual pertenecerían los productos del denunciante y del denunciado; **d)** En adición a esto, si bien se observa que en la literatura científica existen fideos que pertenecen al tipo asiático<sup>11</sup>, también se señala que no existe una clasificación universalmente aceptada. Según Hou y Kruk (1998), los tallarines de origen asiático se caracterizan por ser tiras delgadas de masa laminada hecha a base de trigo (duro o blando), agua y sal<sup>12</sup>. Los autores proponen una clasificación general basada en los ingredientes o insumos utilizados, la cantidad de sal, el tamaño de los tallarines y el proceso de elaboración de los mismos. En cuanto a los insumos utilizados en la elaboración, los autores señalan que los tallarines tipo asiáticos pueden ser fabricados mediante harina de trigo o harina de alforfón (también llamada harina de trigo sarraceno). Los tallarines asiáticos elaborados únicamente con harina de trigo pueden ser los tallarines chinos o japoneses, mientras que los elaborados con harina de alforfón se denominan soba. Cada tallarín (chino, japonés o soba) difiere en color, textura y sabor. La cantidad de sal utilizada en la elaboración definirá el nivel de alcalinidad de los tallarines, que a su vez determinará el color del mismo (blanco o amarillo). El tamaño de los tallarines es un determinante para el tiempo de cocción de los mismos y el tipo de preparación en los que se los utilizará posteriormente. Finalmente, el proceso de elaboración puede distinguirse entre elaborados a mano o mediante maquinaria industrial. Con base en la clasificación general previamente expuesta, Hou y Kruk (1998) argumentan que los tallarines asiáticos difieren de

<sup>10</sup> Trigo duro, como se lo denomina comúnmente, que proviene de *triticum durum*. (Norma del Codex para la sémola y la harina de trigo. Véase: <http://bit.ly/2Y3I4Iy> )

<sup>11</sup> Si bien la denuncia en su escrito determina al mercado relevante como fideos tipo oriental y fideos tipo chino mediante el estudio de Kantar, para efectos de la explicación se ha denominado el mercado como fideos tipo asiático según la revisión de la literatura. Véase: 1) Baquerizo, M (2019) **Plan de Marketing para el negocio de pasta de la empresa Moderna Alimentos S.A.** Propuesta de artículo presentado como requisito parcial para optar por el título de Magíster en Administración de Empresas. Universidad Espíritu Santo; 2) Kim, M.Y; Freund, W & Popper, L. (2007). **Noodles and Pasta.** Future of Flour. Clenze, Alemania. Pp. 330-353; Hou, G.; 3) Kruk, M. (1998). **Asian Noodle Technology.** Technical Bulletin. 1(12). AIB Research. Pp. 1; 4) Hou, G. (2001). **Oriental noodles.** Advances in Food and Nutrition Research, 141-193; 5) FU, B. (2008). Asian noodles: History, classification, raw materials, and processing. Food Research International. 41: 888-902; 6) Crosbie, G.B and Ross, A. (2004). **Noodles Asian Wheat Flour Noodles.** Encyclopedia of Grain Science. 304-312; 7) Asenstorfer, R. E., Wang, Y., & Mares, D. J. (2006). **Chemical structure of flavonoid compounds in wheat (*Triticum aestivum* L.) flour that contribute to the yellow colour of Asian alkaline noodles.** Journal of Cereal Science. 43(1), 108-119.

<sup>12</sup> Hou, G.; Kruk, M. (1998). **Asian Noodle Technology.** Technical Bulletin. 1(12). AIB Research. Pp. 1

A.



los otros tipos de pasta en el mercado en términos de ingredientes utilizados, la operación, el proceso de elaboración y los patrones de consumo. Los otros tipos de pasta, como la italiana, se elaboran a base de harina de sémola (harina gruesa, generalmente molida a partir de trigo duro) y agua. De igual manera, la forma de cocción y preparaciones realizadas difieren con los tallarines tipo asiático. Baquerizo (2019) señala también que el tipo de harina utilizado en pastas y tallarines asiáticos difiere e identifica que la pasta tradicional se elabora mediante trigo durum<sup>13</sup>, mientras que los tallarines asiáticos se elaboran con trigo de panadero<sup>14</sup>. De la revisión de la literatura, así como de la norma INEN, se puede concluir que los ingredientes podrían constituir un elemento principal para la segmentación o clasificación de los tipos de tallarines. Por otro lado, Kazmi (2012) realizó un estudio sobre la percepción de los consumidores y las decisiones de compra en el mercado de pasta y tallarines<sup>15</sup>. Su análisis determina que existen varios factores que afectan las decisiones de consumo, las cuales se resumen en la siguiente tabla:

**Tabla 1. Determinantes de consumo- Mercado de pastas**

Conocimiento del producto	Disponibilidad del producto	Factores económicos
- Métodos de cocción.	- Tipo de producto.	- Precio del producto.
- Facilidad de uso.	- Calidad del producto.	- Ingreso.
- Propaganda.	- Percepción de la marca.	- Inflación.

**Elaboración:** Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado

**Fuente:** Kazmi (2012)

Los determinantes de consumo del mercado de fideos previamente descritos podrían ser considerados como base para analizar los patrones de consumo del mercado ecuatoriano de pastas o fideos. Por ejemplo, los factores económicos podrían ser determinantes en el nivel de sustitución entre los distintos tipos de tallarines, si es que se evidencia que los precios difieren considerablemente entre los mismos. A su vez, el método de cocción podría entenderse no sólo como el tiempo y proceso de cocido del fideo, sino también el uso que se le dará al mismo en la preparación final. Aquí, el consumidor podría no diferenciar entre el tipo de pasta utilizado, pues no es relevante en términos de la preparación y consumo. En este sentido, Kim, Freund y Popper (2007) enumeran los distintos tipos de fideos dentro de los tallarines tipo asiáticos, como los chinos y japoneses. El análisis realizado se basa en la descripción física y de insumos de cada fideo, así como también los posibles sustitutos utilizados por parte de los usuarios. De los 20 tipos de fideos analizados, 9 de ellos tienen como posibles sustitutos algún tipo de fideo italiano; es decir, el 45% de los tallarines tipo asiático pueden ser sustituidos por un fideo italiano de características similares. Por ejemplo, según los autores, el fideo de huevo chino, utilizado en preparaciones como el *chow mein* (fideos chinos salteados con verduras), tiene sustitutos cercanos con otros tipos de fideos asiáticos y también con pastas italianas como fettucine, linguine o spaghetti. En otras palabras, dentro de los tipos de fideo asiáticos existen varios que se asemejan a los que se denominan como italianos; e) Dentro del contenido de la información presentada por el denunciante en respuesta al Cuestionario A, se observa que tanto las pastas o fideos que el denunciante

<sup>13</sup> El trigo durum es un tipo de cultivo alimentario que se utiliza en la elaboración de pastas y otros productos. Su principal característica es la semolina. Recuperado el 29 de noviembre de 2019 de <https://bit.ly/2OvzUoi>.

<sup>14</sup> Baquerizo, M (2019) **Plan de Marketing para el negocio de pasta de la empresa Moderna Alimentos S.A.** Propuesta de artículo presentado como requisito parcial para optar por el título de Magíster en Administración de Empresas. Universidad Espíritu Santo.

<sup>15</sup> Kazmi, S. (2012). **Consumer Perception and Buying Decisions (The Pasta Study)**. International Journal of Advancements in Research & Technology, 1(6). El estudio analiza patrones de consumo en hogares de Karachi, Pakistán.



señala que son de tipo “Chino/Oriental”, como aquellas que son de tipo “Italiano/Europeo”, tienen similares usos, ingredientes, costos y precios, variando únicamente el ancho del tubo para su elaboración. Específicamente, en materia de insumos, el denunciante presenta que tanto los fideos de tipo “italiano/europeo” como “chino/oriental” se elaboran mediante sémola de trigo durum, vitaminas y minerales. De igual manera, el denunciante presenta que aquellos fideos denominados “fideo chino oriental” comparten los mismos insumos que las pastas categorizadas en el tipo “italiano”<sup>16</sup>. Por otro lado, partiendo del mismo análisis, se observa que los productos comercializados por parte del denunciado, en lo que respecta al tipo de pasta larga, los insumos serían harina sin distinción, agua, huevos y sal, los mismos que serían producidos a través de los mismos activos fijos<sup>17</sup>; y, **f)** Para la delimitación del mercado de producto, se tomó en consideración varios factores identificados tanto en la denuncia, en el escrito de explicaciones del denunciado, como en la revisión de la bibliografía y la información proporcionada por los operadores económicos. El mercado señalado por el denunciante es el de mercado de fideos tipo oriental. De acuerdo a la revisión de la literatura, los fideos tipo oriental diferirían de las pastas italianas en cuanto a insumos para su elaboración. No obstante, de la información presentada por los operadores económicos se desprende que tanto los insumos como la maquinaria necesaria para la elaboración de los distintos tipos de fideos son los mismos, por lo que no existen indicios de que exista un mercado de fideos tipo asiático (término identificado en la revisión de la literatura). Por otra parte, la sustituibilidad de la oferta, conforme la información constante en el expediente, permite presumir que también podría ser alta, por lo que no existirían barreras de entrada correspondientes al proceso de producción, en este caso, maquinaria específica y necesaria para la elaboración de los distintos tipos de fideos. Por lo expuesto, conforme la información de los operadores económicos involucrados en la presente investigación y los elementos recabados a la presente fecha, el mercado de producto preliminar comprende a las pastas alimenticias o fideos largos, considerando que el producto materia de la denuncia cumpliría con estas características y que, según la información cualitativa constante en el expediente, no es posible delimitar mercados distintos según las diferentes denominaciones asignadas a los productos por parte del operador económico denunciante; **7.3.2. Mercado Geográfico:** Según el artículo 5 de la LORCPM, “*El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante [...]*”. Conforme la información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, de los operadores económicos registrados en la actividad económica según la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) C1074.01 correspondiente a la: “ELABORACIÓN DE PASTAS: TALLARÍN, ESPAGUETIS, MACARRONES, LASAÑA, CANELONES, RAVIOLES Y FIDEOS, SEAN O NO COCIDOS, RELLENOS O CONGELADOS, ELABORACIÓN DE ALCUZCUZ”, al año 2018, se identifica que los operadores económicos se encuentran localizados en las regiones de la costa y la sierra. Según Campoverde (2018), basándose en datos del INEC identifica que las pastas son el tercer producto con mayor penetración en hogares ecuatorianos y son producidos localmente<sup>18</sup>. Adicionalmente, dentro de los productos de la canasta fija de investigación (canasta básica) analizados mensualmente por parte del INEC, para el cálculo del índice de precios al consumidor, se considera a las pastas alimenticias, en específico las pastas y tallarines. Siendo las pastas, productos que son consumidos por la mayoría de los hogares ecuatorianos, y adquiridos a través de los distintos canales de comercialización en todo el país, se determina de manera preliminar al mercado geográfico como nacional; **7.3.3. Marco Temporal:** Se analiza el mercado desde el 8 de abril.

<sup>16</sup> De acuerdo a información confidencial aportada por el operador SUMESA S.A. mediante anexo del escrito ingresado el 13 de noviembre de 2019 a las 15h56 y signado con número de trámite ID 149619. El análisis realizado parte de la información presentada por el operador económico denunciado, la misma que al no ser remitida en su totalidad limita el mismo.

<sup>17</sup> De acuerdo a información confidencial aportada por el operador ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A mediante anexo del escrito ingresado el 26 de noviembre de 2019 a las 16h53 y signado con el número de trámite ID 150631.

<sup>18</sup> Campoverde, R. (2018). **Un análisis del mercado de pastas en el Ecuador**. Revista Carácter, diciembre 2018. Vol. 6, No.1.



2019 hasta la presente fecha, por duración de la conducta; **7.3.4. Delimitación preliminar del mercado relevante:** Para efectos del presente ejercicio se considera que el mercado relevante preliminar es la elaboración y comercialización de pasta o fideos largos, con un alcance a nivel nacional dentro del marco temporal comprendido a partir del 8 abril 2019 hasta la presente fecha.

**OCTAVA.- INDICIOS SOBRE LA EXISTENCIA DE PODER DE MERCADO.- 8.1. Contenido de la denuncia:** El escrito de la denuncia, en referencia al poder de mercado, realiza un análisis tanto de la cuota de participación como de barreras de entrada en donde se señala que Kantar WorldPanel Ecuador KANTARECSA S.A. (Kantar) sugiere que ORIENTAL tendría una participación del 93,3% del mercado de fideos tipo chino en 2018 y 92,5% en 2019; SUMESA tendría una participación de 2,9% y 3,7% en 2018 y 2019 respectivamente; y, Banketti tendría una participación del 1% en 2018 y 0% en 2019; **8.2. Contenido del escrito de explicaciones:** Dentro del escrito de explicaciones presentado por el operador económico denunciado, se manifiesta que su cuota de participación en el mercado de ventas de fideos tipo oriental es no mayor al 30% en promedio esto dado a que: “(...) en la carta del señor Mario Arregui, Country Manager de la empresa KANTAR, que se adjunta a este escrito (ANEXO VII) se aclara que “[c]ualquier participación de mercado a partir de una agrupación específica pedida por un cliente es interpretación exclusiva del mismo (el cliente)” al respecto, es preciso observar lo señalado por el mismo señor en la carta entregada por SUMESA, respecto a que el estudio contiene segmentaciones “de acuerdo a la solicitud del cliente” y que los clientes “tienen la potestad de generar segmentaciones o agrupaciones según sus necesidades los cuales son responsabilidad de los mismos”. Por lo anterior, es falso que la empresa KANTAR haya determinado las cuotas de mercado que señala SUMESA. Asimismo, es falso que tengamos “participación dominante” en mercado alguno. Al contrario, en la carta que se adjunta, KANTAR señala que en la categoría de Pastas Alimenticias tendríamos una participación en volumen del 10% y en valor del 14%. Para corroborar que ORIENTAL no tiene poder de mercado nos permitimos recordar que la INICPD recibió una denuncia casi idéntica (expediente SCPM-IGT-INICPD-035-2019) donde SUMESA también alegó que existiría el “Mercado de tallarines o pasta oriental”; pero la INICPD resolvió abrir una investigación en los mercados de : “i) la producción de fideos largos y sus sustitutos; y, ii) la comercialización de fideos largos y sus sustitutos” (porque conoce bien que no existe el mercado propuesto por SUMESA). En ese expediente, la INICPD decidió identificar las cuotas de mercado por la actividad económica del CIU 1074.01 y estableció que ORIENTAL tendría una participación del 10,68%. En otro expediente (SCPM-IGT-INICPD-027-2019) en la Resolución de inicio de investigación, dentro del mismo CIU 1074.01, la INICPD estableció que ORIENTAL tendría una participación del 5%. En cambio, en el expediente SCPM-CRPI-015-2019, en el informe de medidas preventivas SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I DE 5 de julio de 2019, dentro del mismo CIU 1074.01, la INICPD estableció que ORIENTAL tendría una participación del 23%. Posteriormente, en el Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I de 12 de septiembre de 2019, dentro del mismo CIU 1074.01, la INICPD estableció que ORIENTAL tendría una participación del 5,03% y que existiría otro operador económico con una participación de mercado del 50,9%. Sin perjuicio de que es incorrecto adivinar cuál es la verdadera participación de mercado de los operadores económicos en un procedimiento de investigación, queremos notar que en todos los intentos de la INICPD no nos aproximamos al 30%; **8.3. Análisis:** El poder de mercado se refiere a la capacidad que tienen los operadores económicos para aumentar los precios por encima de un cierto nivel competitivo, o precio de referencia, de manera rentable<sup>19</sup>. A su vez, la LORCPM, en su artículo 7, citado *ut supra*, lo describe como la capacidad que tienen los operadores de influir significativamente en el mercado, actuando con cierta independencia de los demás actores del mercado, ya sea de manera individual o

<sup>19</sup> Motta, M. (2018). **Política de Competencia. Teoría y Práctica. Fondo de Cultura Económica**, Universidad Nacional Autónoma de México. Comisión Federal de Competencia Económica y Centro de Investigación y Docencia Económicas. Primera Edición en español. Pp. 70.



colectiva. Motta (2018), define la posición de dominio como: “[...] una posición de poder económico de que goza una empresa y que le permite impedir que se mantenga una competencia efectiva en el mercado relevante, dándole el poder de actuar en gran medida con independencia de sus competidores, clientes o, en última instancia, de los consumidores”<sup>20</sup>. A fin de determinar la existencia de poder de mercado, el artículo 8 prescribe que se deben considerar, entre otros, los siguientes elementos: “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”. En ese sentido, dentro de la información que consta en el expediente, se procede a analizar la posible existencia de poder de mercado: **a)** En lo que refiere al análisis de las cuotas de participación, conforme se indicó en el ordinal precedente, no se encontró en el presente expediente indicios suficientes para segmentar el mercado de acuerdo a lo propuesto en la denuncia. Adicionalmente, se observa que la cuota de mercado propuesta en el escrito de KANTAR, no necesariamente refleja dominancia. Esto se debe a que el valor de una cuota de mercado como indicio de dominancia depende de la correcta determinación del mercado relevante, pues únicamente de esta forma, reflejará la presión competitiva que existiere. Adicionalmente, aun si existiere el mercado relevante propuesto en la denuncia, no existen suficientes elementos que permitan corroborar las cuotas de participación allí detalladas. Esto se debe en particular a que el informe de KANTAR<sup>21</sup> habría segmentado el mercado de acuerdo a las instrucciones del cliente SUMESA, quien habría solicitado que consideren únicamente ciertas marcas. Por cuanto, al ser una selección de las marcas que se comercializan en el mercado, por parte del operador económico solicitante del estudio, no se cuenta con elementos suficientes y parámetros de selección que justifiquen la delimitación de ese mercado, conformado únicamente por los operadores económicos allí detallados. Es decir, aún si existiese el mercado que señala el denunciante, no se encuentran indicios de que las instrucciones que entrega SUMESA S. A., a Kantar, constituyen una forma fidedigna de aproximación a la delimitación del mercado de fideos tipo asiático o a la cuota de mercado de los operadores; **b)** Partiendo del mercado relevante, determinado de manera preliminar y con la información constante en el expediente, se ha analizado las cuotas de participación, a partir de los ingresos reportados a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en los años 2016, 2017 y 2018 por los operadores económicos, registrados en la actividad económica según la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU) C1074.01 correspondiente a la: “Elaboración de pastas: tallarín, espaguetis, macarrones, lasaña, canelones, ravioles y fideos, sean o no cocidos, rellenos o congelados, elaboración de alcuarcz”, como proxy de la estructura del mercado relevante preliminar

<sup>20</sup> Motta, M. (2018). *Política de Competencia. Teoría y Práctica. Fondo de Cultura Económica*, Universidad Nacional Autónoma de México. Comisión Federal de Competencia Económica y Centro de Investigación y Docencia Económicas. Primera Edición en español. Pp. 64.

<sup>21</sup> ID dentro trámite 150625 del expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-017-2019



determinado<sup>22</sup>. Como se observa en la tabla 2, se identificó que las cuotas de participación más altas pertenecen a: SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A.; ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A.; SUMESA S.A.; y, ALIMENTOS SUPERIOR ALSUPERIOR S.A. Las cuotas se presentan a continuación:

**Tabla 2.** Cuotas de participación mercado de Elaboración de Pastas<sup>23</sup>

<b>Operador Económico</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>
Sucesores de Jacobo Paredes.	16,6%	29,3%	29,1%
Oriental Industria Alimenticia “O.I.A” S.A.	24,6%	22,5%	22,3%
Sumesa S.A	22,7%	18,5%	18,7%
Alimentos Superior Alsuperior S.A.	17,8%	15,3%	14,3%
Industrias Catedral S.A.	5,4%	4,6%	5,6%
Pastificio Tomebamba CIA. LTDA	4,6%	3,6%	3,4%
Ecuatoriana de Alimentos S.A.	2,7%	1,6%	1,9%
Buenaño Caicedo Compañía de Negocios S.A.	2,1%	2,1%	2,4%
OTROS*	3,5%	2,4%	2,4%

\* Comprende a todos los operadores económicos con una cuota de participación inferior al 1%

**Elaboración:** Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado

**Fuente:** Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

De lo reportado en la Tabla 2, se calcula el Índice de Hirshman-Herfindhal (HHI), el cual se realiza mediante la suma de los cuadrados de las participaciones de las firmas que participan en el mercado. El índice máximo se obtiene para un monopolio y corresponde a 10.000. Los resultados para los tres años antes señalados se presentan en la Tabla 3.

**Tabla 3.** Índice de Hirshman-Herfindhal (HHI)<sup>24</sup>

<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>
1775	1991	1949

**Elaboración:** Dirección Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado

**Fuente:** Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

<sup>22</sup> Conviene señalar que, para el presente ejercicio se consideran los ingresos totales por ventas de los operadores económicos clasificados dentro del CIU C1074.01, no obstante los mismos estarían sujetos a modificaciones una vez que se segmente en específico a las ventas de pastas o fideos largos.

<sup>23</sup> Se identificaron otros operadores comercializadores de pastas, como Moderna Alimentos S.A.; Codelite S.A.; Alicorp Ecuador S.A. Sin embargo, estos operadores están registrados bajo una actividad económica distinta, por lo que no se los toma en cuenta para el cálculo de cuotas de participación.

<sup>24</sup> U.S. Department of Justice y The Federal Trade Commission. (2010). **Horizontal Merger Guidelines**. La interpretación de acuerdo con el U.S Department of Justice (DOJ) y The Federal Trade Commission (FTC) del HHI corresponde a los siguientes rangos: Menor a 100, muy competitivo; entre 100 y 1.500, desconcentrado; entre 1.500 y 2.500, Moderadamente concentrado; y, mayor a 2.500, altamente concentrado



Si bien el cálculo del HHI señala que el mercado es moderadamente concentrado, se evidencia de la Tabla 2 que no existe un operador económico con una cuota de participación que permita inferir que podría tener una posición dominante, sino que existe un nivel de competencia alto entre los cuatro operadores con mayor cuota de mercado. Con base en la información disponible para el presente análisis, la participación en el mercado de Elaboración de Pastas se utiliza como aproximación del mercado de pastas largas, por lo que no existen indicios que demuestren que el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A. tendría poder de mercado; c) En lo que respecta a las barreras de entrada, entendidas como los factores que previenen o desalientan la entrada de nuevas firmas a una industria incluso cuando las empresas establecidas están obteniendo ganancias excesivas<sup>25</sup>, se toma como referencia el Dictamen Conc. 1173 de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sobre la operación de concentración económica de empresas dedicadas a la producción de pastas frescas<sup>26</sup>. Aquí, los mercados de productos alimenticios de consumo masivo se han definido como: “[...] mercados donde tanto el desarrollo de una marca, como la red de comercialización/distribución pueden constituir barreras a la entrada, considerando que la inversión en publicidad y desarrollo de marcas es un elemento que puede generar obstáculos para el ingreso rápido, probable y significativo de competidores”. Tomando en cuenta lo presentado en la denuncia por SUMESA S.A., tanto la inversión en maquinaria y otros insumos, como el posicionamiento de nuevas marcas en el mercado y el establecimiento de una red de comercialización, podrían ser consideradas como barreras de entrada. Sin embargo, tomando en cuenta que la información presentada por los operadores económicos involucrados en la presente investigación, señalan que la maquinaria no difiere sustancialmente entre los distintos tipos de fideos, se puede asumir que existe una alta sustitución de la oferta, por lo que se podría presumir que no existen grandes barreras de entrada en cuestión de activos fijos, como maquinaria; d) Finalmente, aun siguiendo la hipótesis de la existencia del poder de mercado propuesto por el denunciante, se observa de la información reportada por el mismo, que la similitud de costos e ingredientes, podría facilitar que los productores de fideos y pastas de tipo italiano trasladen su producción al tipo chino, limitando el poder de mercado de los participantes en la producción de fideo tipo chino. En la Resolución 011, expedida por la Junta de Regulación,<sup>27</sup> se establece que los potenciales competidores son aquellos que cumplan con las siguientes características: “a. Los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en caso de no poseer alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irrecuperables; b. Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis; c. Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios; d. Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un período razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales; e. Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis; f. Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos, y; g. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis”. Adicionalmente, la Comisión Europea, ha considerado que los potenciales competidores impiden la existencia de dominancia cuando su entrada al mercado es probable, tempestiva y suficiente: “Para que la Comisión considere que la expansión o la entrada es **probable**, debe ser suficientemente

<sup>25</sup> Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD). Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law. Pp.55. Traducción propia.

<sup>26</sup> Dictamen Conc. 1173. Recuperado de <http://bit.ly/2NvdX9j> Consultado: [06-11-2019].

<sup>27</sup> Registro Oficial 885 del 18 de noviembre de 2016.



rentable para el competidor o para el nuevo operador, teniendo en cuenta factores tales como los obstáculos a la expansión o a la entrada, las probables reacciones de la empresa presuntamente dominante y de otros competidores, y los riesgos y costes del fracaso. Para que la expansión o la entrada se considere **tempestiva**, debe ser suficientemente rápida para disuadir o impedir el ejercicio de un poder de mercado sustancial. Para que la expansión o la entrada sea considerada **suficiente**, no puede ser una simple entrada a pequeña escala, por ejemplo en cierto segmento del mercado, sino que debe ser de una magnitud capaz de disuadir de cualquier intento de incrementar los precios por parte de la empresa presuntamente dominante en el mercado de referencia”<sup>28</sup>; **d**) En lo que respecta al comportamiento, si bien se observa que los precios del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A. serían más altos respecto al denunciante, esto no necesariamente se debe a una posición de dominancia en el mercado, puesto que de la información ingresada se puede observar que esta estructura de precios podría responder a otros elementos; **e**) En síntesis, no se observan indicios, dentro del presente expediente y en el mercado relevante preliminar delimitado, que permitan presumir que ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A. es un operador dominante en el mercado de pastas largas. **NOVENA: INDICIOS SOBRE LA EXISTENCIA DE UNA CONDUCTA DE ABUSO DEL PODER DE MERCADO:** Como lo establece el artículo 9 de la LORCPM, queda prohibido que uno o varios operadores con poder de mercado que: “(...) 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”. Conforme a la normativa transcrita, el análisis de una conducta, a fin de determinar si contraviene la prohibición del artículo 9, requiere también un análisis de sus efectos en la estructura competitiva del mercado, la eficiencia económica o el bienestar general, teniendo en cuenta también los objetivos de la Ley, que protegen de forma general al mercado y sus consumidores, mas no de forma individual a sus participantes. En lo que respecta a la afectación a la competencia, situación que se alega en el presente caso, conforme a lo dispuesto en el segundo inciso del Art. 7, es menester aclarar que no toda ventaja que obtenga un operador económico es anticompetitiva. Se acoge así la noción de las prácticas exclusorias, desarrollada en la jurisprudencia comparada, en particular de la Unión Europea; en esta jurisdicción, tradicionalmente se definió a este tipo de abuso como aquellas actividades de un operador dominante que obstaculizan la competencia “[...] por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos”<sup>29</sup>. Se equiparó a estos medios “normales” con la competencia en razón de méritos; reconociendo que la afectación a competidores puede ser producto de este tipo de actividades deseables: “(...) la competencia basada en los méritos puede entrañar la desaparición del mercado o la marginalización de los competidores menos eficaces y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, especialmente en cuanto a precios, oferta, calidad o innovación”<sup>30</sup>. Bajo esa óptica, cualquier impedimento, restricción, falseamiento o distorsión a la competencia, para que se considere como un abuso, debe ser producto de una conducta ajena a la competencia por méritos. De esta forma, se busca que la aplicación de la normativa de competencia, no suponga un impedimento para que las empresas busquen mejorar la calidad, el precio o el costo de sus productos, aun cuando esto afectare a sus competidores. Más aún, haciendo referencia a este régimen, el efecto exclusorio de una conducta se traduce en el efecto de un cierre, en palabras de la Comisión Europea: “el concepto de “cierre anticompetitivo del mercado” para describir una situación en la que el acceso efectivo de los competidores reales o potenciales a los suministros o mercados se ve obstaculizado o eliminado a consecuencia de la conducta de la empresa dominante, gracias a la cual es probable que la empresa

<sup>28</sup> Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas Párrafo 16

<sup>29</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 13 de febrero de 1979. Asunto 85/76.

<sup>30</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 27 de marzo de 2012. Asunto C-209/10 apartado 22.



dominante esté en condiciones de incrementar de forma rentable los precios en detrimento de los consumidores.”<sup>31</sup> Para tal efecto, se evalúa la posición de la empresa en el mercado, las condiciones de este mercado, la posición de los competidores, la posición de los clientes o proveedores, y el alcance de la conducta, entre otros factores.<sup>32</sup> De esa forma, se evaluará si habría indicios de que las conductas denunciadas tienen el potencial de afectar a la competencia dificultando el acceso o la permanencia de sus competidores. En ese sentido, a continuación se analizará, en base a los indicios disponibles, si existen suficientes indicios de la existencia de una conducta, **que de ser realizada por un operador dominante, podrían ser catalogada como anticompetitiva (énfasis añadido)**. Para este efecto, se tomará en cuenta las conductas denunciadas, y las explicaciones que ha realizado el denunciado, que se resumieron en líneas anteriores. Antes, se analizará la relación entre el Derecho de Propiedad Intelectual con la normativa objeto de la presente denuncia. Adicionalmente, se analizará lo relacionado a las actuaciones anticompetitivas que se enmarcarían en los numerales 10, 17 y 18 que señala el denunciante: **9.1. En general, sobre la relación entre el derecho de propiedad intelectual y la normativa de defensa de la libre competencia:** Se evidencia que las actuaciones señaladas se encuentran relacionadas con las actuaciones de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A. en relación al ejercicio de sus derechos e intereses relacionados con la propiedad intelectual, en particular el derecho e interés sobre signos distintivos. Por tal razón, debe tenerse en cuenta que la protección a los signos distintivos, como parte del régimen Propiedad Intelectual, parte de objetivos similares a la protección de la competencia, toda vez que al permitir la distinción de bienes o servicios, promueve la eficiencia económica y el bienestar del consumidor.<sup>33</sup> Esto al permitir a los competidores distinguirse los unos de los otros, se refuerza el incentivo para mejorar la calidad de los productos e invertir en su reputación, y recibir los réditos económicos de esta inversión. En palabras del Department of Justice y la Federal Trade Commission, órganos encargados de la persecución de conductas anticompetitivas en los Estados Unidos: “*El régimen legal de propiedad intelectual y el del derecho de competencia comparten un propósito común en promover la innovación y el bienestar del consumidor. El Régimen de Propiedad Intelectual provee incentivos para la innovación y su transferencia y comercialización, estableciendo derechos de propiedad protegibles para quienes creen productos nuevos, procesos más eficientes y trabajos originales de expresión. En la ausencia de la normativa de propiedad intelectual, imitadores podrían beneficiarse injustamente de los esfuerzos de otros.*”<sup>34</sup> Por lo mismo, el uso normal de mecanismos de protección, aun cuando pudiere afectar los derechos de competidores, no es ilegal en sí misma. Es más, la protección al derecho de propiedad intelectual, cuando se realiza de forma normal, constituye una forma de competencia por méritos que

<sup>31</sup> Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas. Párrafo 19.

<sup>32</sup> Comunicación de la Comisión — Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas. Párrafo 20.

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 04-IP-95. Interpretación Prejudicial de 15 de diciembre de 1996, publicada en Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena No. 253, de 07 de marzo de 1997: “*Las marcas como medio de protección al consumidor, cumplen varias funciones (distintiva, de identificación de origen de los bienes y servicios, de garantía de calidad, función publicitaria, competitiva, etc.). De ellas y, para el tema a que se refiere este punto, la destacable es la función distintiva, que permite al consumidor identificar los productos o servicios de una empresa de los de otras. Las restantes funciones, se ha dicho, se encuentran subordinadas a la capacidad distintiva del signo, pues sin ésta no existiría el signo marcario*”. La protección de las marcas busca promover la eficiencia, como reconoce el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en varios casos, citando a Monteagudo: “*En efecto, la proyección frente al riesgo de dilución se proyecta sobre las conductas adhesivas respecto a las marcas de alto renombre susceptibles de perjudicar la posición competitiva de su legítimo titular mediante el debilitamiento de su extraordinaria capacidad distintiva ganada a través de la propia eficiencia*” (28-V-2009. Proceso No. 24-IP-2009).

<sup>34</sup> Traducción libre. El texto oficial es el siguiente: “*The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare. 11 The intellectual property laws provide incentives for innovation and its dissemination and commercialization by establishing enforceable property rights for the creators of new and useful products, more efficient processes, and original works of expression. In the absence of intellectual property rights, imitators could more rapidly exploit the efforts of innovators and investors without providing compensation.*” DOJ and FTC. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. January 12, 2017. Disponible en: <http://bit.ly/2Dqwl1Rc>



no puede ser objeto de sanción, sino en aquellos casos en los que el ejercicio o protección de este derecho exceda su propósito; **9.2. Sobre el presunto abuso de poder de mercado a través de los actos descritos en el numeral 10 del Artículo 9.-** A fin de analizar de forma preliminar la posible existencia de una conducta de esta naturaleza, se analiza si de los hechos narrados en la denuncia, existiría una “*incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros*”, no encontrarse justificada como una forma de competencia por méritos y que tenga el efecto de distorsionar la competencia. De las fotocopias de las comunicaciones, incluidas en el escrito de la denuncia, que habría difundido el operador económico denunciado, se evidencia que las actuaciones presuntamente abusivas son aquellas realizadas para dar a conocer la Resolución Senadi-2019-24833 de 24 de julio del 2019, dictada por la Subdirectora Regional de Guayaquil, Ana María Vasco Cadena. En dicha resolución, que fue anexada a la denuncia como copia certificada por Notario, se determina que la tutela administrativa de fecha 8 de abril del 2019, en la que se encuentra que SUMESA S.A. habría vulnerado derechos de propiedad intelectual del operador denunciado, por lo cual se sanciona y prohíbe la “*utilización, comercialización, venta, oferta en venta, distribución, promoción, publicidad de productos que contenga la marca “ORIENTAL”, propiedad de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A. Adicionalmente se ordena: “1. El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción; 2. El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo, los envases embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios principales que sirvieran para cometer la presunta infracción; 3. La suspensión de la comunicación pública del contenido protegido en medios digitales, ordenada al infractor o intermediario*”. Se observa de las presuntas comunicaciones que habría realizado Oriental, que se limitan principalmente a comunicar de forma masiva el contenido de esta resolución. Las comunicaciones y publicaciones que habría realizado el operador denunciando podrían tener la finalidad legítima de proteger el derecho sobre una marca. Como se señaló anteriormente, la protección de las marcas es generalmente eficiente, conforme se explicó anteriormente. Es una práctica común en el comercio ecuatoriano (y global), el envío de cartas y solicitudes destinadas a generar el cese de una conducta que presuntamente afecta a un derecho de propiedad intelectual. Este tipo de prácticas normalmente son positivas, toda vez que evitan a las empresas y al Estado, el costo de la intervención estatal y el litigio. Se desprende también que, por lo mismo, puede solicitar el cese de una determinada conducta a fin de evitar la necesidad de acudir a autoridades administrativas. En ese sentido, no se puede privar a un operador, ni aún dominante de su derecho a dirigir comunicaciones que se encuentren encaminadas a proteger sus derecho de propiedad intelectual, por lo que resulta fundamental analizar si se realizaron de forma *abusiva*, excediendo los fines lícitos y tolerados.<sup>35</sup> Las declaraciones vertidas sobre un competidor han sido reconocidas como prácticas con el potencial de afectar el proceso competitivo.<sup>36</sup> A nivel internacional, este tipo de actuaciones, cuando provienen de operadores dominantes, han sido encontradas como una forma de abuso de poder de mercado, por no corresponder a una forma de competencia en base a méritos.<sup>37</sup> Para

<sup>35</sup> Se observa como ejemplo en la legislación comparada que en el Reino Unido que la amenaza de litigio de propiedad intelectual es sancionable cuando carezca de fundamento. Lionel Bently y Brad Sherman, *Intellectual Property Law* OUP Fourth Edition 2014. p 1217-1219.

<sup>36</sup> Pierino Stucchi López Raygada. “La Denigración o el Descrédito sobre la Imagen Comercial Ajena como Acto de Competencia Desleal y como Acto Contrario a la Regulación Publicitaria.” *Derecho & Sociedad* 28, p. 168

<sup>37</sup> “La ANC francesa adoptó una serie de decisiones contra empresas que participaban en prácticas de desprestigio, es decir, en la producción y la difusión de información incompleta y engañosa (dirigida a médicos, autoridades y público en general) que podía impedir la entrada o la expansión en el mercado de productos competidores.” Comisión Europea. “INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA EN EL SECTOR FARMACÉUTICO (2009-2017)” 28 de enero de 2019. p 33. En Dinamarca, en el caso *Falck*, la compañía de servicio de ambulancia más grande del mundo, se encontró un abuso de poder de mercado a las declaraciones y comunicaciones de Falck sobre la base de que, habiendo perdido dentro de un contrato de contratación pública, habría empezado una campaña de desprestigio con los medios y con



efectos de determinar si la conducta tiene una naturaleza abusiva, se suele analizar la naturaleza de las comunicaciones vertidas; particularmente, se ha encontrado que la difusión de información falsa o manipulativa podría tener un efecto exclusorio. En lo que respecta a este punto, se observa primero que la información que reposa en el expediente no permite comprender la extensión de las comunicaciones y publicaciones realizadas, por cuanto no se puede evidenciar en que medios y con cual frecuencia se habrían realizado las mismas. En adición a esto, se encuentra que las actuaciones de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. estarían destinadas a limitar la comercialización del producto que se vende con la marca “SUMESA ORIENTAL”, por la presunta afectación a su marca que supone la comercialización de este producto, hecho que podría afectar las ventas de su competencia. No se observa que haya dirigido actuaciones tendientes a afectar al resto de productos que comercializa SUMESA S. A. dentro del mercado relevante de pastas, incluyendo a los productos de la marca SUMESA Chinito, a los que el denunciante identifica como del tipo chino/oriental. Debido a la falta de entrega oportuna de información del denunciante, no es posible determinar si las actuaciones presuntamente anticompetitivas habrían tenido algún impacto en las ventas de los productos del tipo denominado chino u oriental. Adicionalmente, el hecho de que el SENADI haya cancelado la marca SUMESA ORIENTAL, por falta de uso, es un indicio que invita a presumir que no fue la marca más utilizada por el denunciante para la comercialización de los fideos que denomina como de tipo chino u oriental<sup>38</sup>. En general, conforme a la información que ha sido presentada en este expediente, no es posible encontrar que la conducta pueda haber repercutido en la competencia. Primero, no se conoce la extensión de la conducta, en relación a la amplitud y frecuencia de su difusión. Y, segundo, debido a la falta de entrega oportuna de información por parte del denunciante, no se puede observar si tendría algún efecto sobre sus ventas, indicio de que se hubiere obtenido algún resultado por la incitación a no aceptar, limitar o impedir la compra; **9.3. Sobre el presunto abuso de poder de mercado a través en el numeral 17.-** Indica el denunciante que se habría cometido un abuso de poder de mercado, a través del abuso de propiedad intelectual, que se materializa a través de la acción de cancelación por falta de uso, la misma que se habría presentado el 21 de abril del 2017. Típicamente, en materia de competencia, el abuso del derecho de propiedad intelectual, es un tipo de abuso de poder de mercado que se produce por la utilización indebida de un derecho de propiedad intelectual que genera posición de dominio.<sup>39</sup> Por su naturaleza, el derecho sobre una marca, no genera este tipo de poder, debido a que su protección está destinada a distinguir productos similares dentro de un mismo mercado, por cuanto, no hay evidencia que permita suponer que la titularidad de Oriental sobre sus marcas, impida a terceros acceder al mercado. Adicionalmente, el mismo denunciante indica que la presente denuncia se circunscribe a partir de 8 abril de 2019 (C. 3. de la denuncia), por lo que la conducta aquí manifestada, no se encontraría dentro del marco temporal determinado; **9.4. Sobre el presunto abuso de poder de mercado a través en el numeral 18.-** En el presente caso, se señala que la tutela administrativa SENADI-2019-24833, que habría interpuesto ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. en contra de SUMESA S.A, constituye una

---

potenciales trabajadores, para evitar que busquen empleo en BIOS. Habría creado una cuenta falsa en redes sociales para desprestigiar a la empresa BIOS entre los paramédicos. En general, la autoridad Danesa, habría encontrado que, pese a que algunas de las afirmaciones vertidas por los medios y redes sociales sean ciertas, la estrategia en sí misma es engañosa y manipulativa, escapando la competencia por méritos. Principalmente, se repudió el uso de un “intermediario” para otorgar credibilidad y objetividad a estas declaraciones. Danish Competition and Consumer Authority. “Falck has abused its dominant position by excluding BIOS from the Danish market for ambulance services” 30. January 2019. Véase: <http://bit.ly/2rouX8v>

<sup>38</sup> Así, en la resolución No. OCDI-2019-266 de 19 de marzo de 2019, dictada por el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales, se concluye que: “este Tribunal no ha podido evidenciar que SUMESA S. A. haya presentado prueba alguna que demuestre el uso real y efectivo de la marca SUMESA ORIENTAL.” Cabe recalcar que, en ese procedimiento se analizó el uso de la marca en el periodo comprendido desde 2 de mayo de 2014 hasta el 2 de mayo de 2017. Se observa en la denuncia en su parte D.I. que SUMESA comercializa el tipo de fideos que denomina como Chino u Oriental, desde el año 2016.

<sup>39</sup> Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, January 12, 2017 P 4



“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”. Por cuanto la acción de cancelación se presenta con anterioridad al periodo señalado en su denuncia (de 8 abril de 2019), no se le considera por este análisis. En este sentido, por cuanto únicamente queda una acción legal que analizar y la normativa requiere que se presenten varias, no se adapta a la tipicidad. **DÉCIMA.- RESOLUCIÓN:** Por las consideraciones expuestas en los ordinales anteriores, al no existir suficientes indicios que permitan configurar y presumir el cometimiento de las infracciones denunciadas de abuso de poder de mercado, y al considerarse las explicaciones presentadas por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., en contraste con el análisis investigativo efectuado por esta Autoridad, como satisfactorias, conforme lo establecen los artículos 56 y 57 de la LORCPM y 63 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, esta Autoridad **RESUELVE.- PRIMERO:** Ordenar el archivo de la denuncia presentada por el operador económico SUMESA S.A. dentro del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-017-2019. **SEGUNDO:** Se aclara a los operadores económicos involucrados que la presente resolución no constituye un pronunciamiento de fondo sobre los hechos que se discuten, sino que únicamente se expide en función de los indicios que constan en el expediente, por lo que se deja a salvo el derecho de la administración de iniciar una acción de oficio en caso de considerarlo pertinente. **TERCERO:** Notifíquese con la presente resolución a los operadores económicos SUMESA S.A. y ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. **CUARTO:** Comuníquese con la presente resolución mediante memorando dirigido a la Intendencia General Técnica, el archivo del presente expediente, una vez que se encuentre en firme la presente Resolución. **QUINTO.-** Continúe actuando la abogada Cristina Tamayo como Secretaria Ad-hoc dentro del presente expediente administrativo. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Econ. María Alejandra Eguez Vásquez

SECRETARÍA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS.**