

EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-030-2022

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 06 de junio de 2023, 15h55.

Comisionado sustanciador: Francisco Dávila Herrera

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2023-08, de 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica resolvió lo siguiente:

Artículo único.- Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:

- *Doctor Edison René Toro Calderón;*
- *Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
- *Doctor Pablo Carrasco Torrontegui.*

- [2] La Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica resolvió lo siguiente:

Artículo 2.- Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022.

- [3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 07 de marzo de 2023, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.

- [4] La notificación de la Resolución de 29 de noviembre de 2022, a las 16h10, signada con número de trámite ID. 259265, con la cual el Superintendente de Competencia Económica, subrogante, dentro del proceso SCPM-IGT-EXC-002-2022 resuelve lo siguiente:

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN.-

*Por las consideraciones expuestas, amparada en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; en concordancia con los artículos 86 y 87 del Código Orgánico Administrativo, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- NEGAR** la excusa presentada por el abogado*

*Pablo René Carrasco Torrontegui, Comisionado de la CRPI, por no encontrarse incurso en alguna de las causales establecidas en el artículo 86 del Código Orgánico Administrativo; y, **DOS:** Disponer que se **INHIBA** del conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022, por la prohibición legal establecida en el numeral 1 del artículo 248 del Código Orgánico Administrativo, como garantía del procedimiento administrativo.*

- [5] La notificación remitida mediante trámite signado con número de ID. 265270, el 14 de febrero de 2023, a las 16h22, por la Secretaria de Sustanciación dentro del proceso SCPM-INJ-04-2023, de la resolución de 14 de febrero de 2023, a las 18h00, emitida por el Superintendente de Competencia Económica, Doctor Danilo Silva Pazmiño, donde resolvió lo siguiente:

(...)

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN.-

*Por las consideraciones expuestas, amparada en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador; en concordancia con los artículos 86 y 88 del Código Orgánico Administrativo, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- ACEPTAR** la **RECUSACIÓN** planteada por el operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.**, en contra del Comisionado, Carl Martin Pfistermeister Mora, por encontrarse incurso en la causal establecidas en el artículo 86 numeral 5 del Código Orgánico Administrativo; **DOS:** Disponer al economista Carl Martin Pfistermeister Mora, que se **INHIBA** del conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022, por la prohibición legal establecida en el numeral 5 del artículo 86 del Código Orgánico Administrativo, como garantía del procedimiento administrativo; y, **TRES:** De conformidad a lo dispuesto en el artículo 88 párrafo cuarto del Código Orgánico Administrativo, se **DESIGNA COMO COMISIONADO SUSTITUITO** al Economista Francisco Javier Dávila Herrera, quien deberá avocar conocimiento del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-030-2022 de manera inmediata y continuar con el trámite correspondiente.- **CUARTO.-** Levantar la suspensión de la sustanciación del Expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-030-2022.-*

(...)

- [6] La Resolución No. SCPM-DS-2023-10 de 03 de marzo de 2023, signada con número de trámite ID. 266349, anexo 496833, mediante la cual el Superintendente de Competencia Económica resolvió lo siguiente:

Artículo 2.- *Designar al economista Daniel Esteban Granja Matovelle, como tercer Comisionado dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-030-2022.*

- [7] La CRPI en uso de sus atribuciones legales para resolver considera:

1 AUTORIDAD COMPETENTE.-

- [8] La CRPI es competente para conocer y resolver el presente caso, conforme a lo señalado en los artículos 36 y 38, numeral 2, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”), artículo 58 y 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”), y el artículo 30 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa (en adelante “IGPA”) de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante “SCE”).

2 IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO.-

- [9] El procedimiento es el determinado en la LORCPM y en los artículos 21 al 33 del IGPA.

3 IDENTIFICACIÓN DEL OPERADOR ECONÓMICO INVOLUCRADO.-

- [10] El operador económico investigado **SUMESA S.A.** (en adelante también, SUMESA) se identifica de acuerdo a la siguiente información:

- RUC: 0990129428001.
- Representante Legal: ISELA VERONICA SANCHEZ VIÑAN
- Dirección: Km 11.5 vía Daule, Parque Industrial El Sauce, Guayaquil, provincia.
- Correos electrónicos: marinsevilla@procompetencia.com
f.natera@procompetencia.com
l.ramirez@procompetencia.com
b.haro@procompetencia.com
jgonzalez@sumesa.com.ec

4 DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

Expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020

- [11] La resolución de 12 de julio de 2019, dispuesta dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, la en adelante CRPI en lo principal dispuso al operador, que:

*a) El operador económico SUMESA S.A., a partir de la notificación con la presente Resolución deberá cesar cualquier tipo de publicidad que **aluda de manera directa o indirecta** al operador económico ORIENTAL S.A. y a sus productos. Esta*

prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.

*b) El operador económico SUMESA S.A., a partir de la notificación con la presente Resolución deberá **cesar** cualquier tipo de publicidad en la que se **indique de manera directa o indirecta** que los productos de sus competidores contienen colorante. Esta prohibición aplica a la publicidad que se difunda en cualquier medio de comunicación incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.*

- [12] Mediante Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020, la INICPD puso en conocimiento de la CRPI el “Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas dispuestas por la Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI) mediante resolución de 12 de julio de 2019”, en la cual concluyó lo siguiente:

De la publicidad analizada, esta Autoridad observó que SUMESA S.A., compara su producto con el de un supuesto competidor cuyo empaque usa los mismos colores que los del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, además en sus publicidades hace referencia a una “tarrina” de plástico y al precio PVP \$1.70 y 1.75 de “Otros tallarines blancos”, lo cual podría ser una manera indirecta de referirse al producto del operador ORIENTAL S.A.; en este sentido, la publicidad utilizada por el operador económico se podría contraponer a lo dispuesto por la CRPI en el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019.

Por otra parte, de la publicidad analizada, esta Intendencia identificó que no se evidencian elementos dentro de la publicidad de SUMESA S.A. (sic), que contravengan lo dispuesto por la CRPI en la medida preventiva contenida en el literal b) de la resolución de 12 de julio de 2019, es decir utilizar referencias al uso de colorantes en los productos de los competidores.

- [13] La CRPI en resolución de 28 de diciembre de 2020, dictada dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, dispuso a la INICPD:

SEGUNDO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales proceda a iniciar la etapa de investigación de conformidad con la LORCPM y su reglamento, por el presunto incumplimiento de la resolución de 12 de julio de 2019 en lo que se refiere a la letra a) de las medidas preventivas adoptadas.

- [14] Mediante Memorando No. SCPM-IGT-INICPD-2021-001-M de 05 de enero de 2021, la INICPD solicitó criterio a la Intendencia Nacional Jurídica (en adelante INJ) respecto del alcance del artículo 58 del IGPA; y en consecuencia, planteó la siguiente consulta:

¿Cuál es el procedimiento para sustanciar un expediente por el presunto incumplimiento de medidas preventivas sustanciado por el órgano investigador?

- [15] En Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2021-001 de 13 de enero de 2021, la INJ indicó lo siguiente:

Acudiendo al método exegético de interpretación jurídica, se puede establecer que la LORCPM, ha previsto un procedimiento de investigación y sanción para sus infracciones, determinando claramente que, de existir presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley (con excepción del incumplimiento de medidas correctivas que se encuentra previsto en el Capítulo VI “De las medidas correctivas y de las sanciones” de la LORCPM y Capítulo V, Sección “I Medidas Correctivas” del RLORCPM), mediante resolución motivada se ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma.

Es importante destacar que el primer inciso del artículo 56 de la LORCPM, establece: “Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. (...)”; por tanto, resulta necesaria la remisión y aplicación del segundo inciso del artículo 55 ibídem, en lo que respecta al momento procesal para la presentación de las explicaciones.

(...)

Al respecto, en atención al derecho a la seguridad jurídica, el principio de legalidad, y conforme lo establecido en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en aplicación del artículo 56 de la LORCPM, y en observancia del pronunciamiento vinculante realizado por el Procurador General del Estado; es criterio de esta Intendencia que el procedimiento administrativo sancionador aplicable para la sanción de las infracciones previstas en la LORCPM, es el previsto en el Capítulo V, Sección 2a. de la Ley ibídem, en concordancia con las normas de su Reglamento para la aplicación.

- [16] La INICPD solicitó un alcance al Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2021-001, requiriendo se aclare lo siguiente:

1. En consideración del artículo 55 de la LORCPM, aclare cuál es el procedimiento específico aplicable para el caso consultado.

2. (...) sírvase aclarar si el procedimiento contemplado en la LORCPM por denuncia, sería aplicable al caso consultado, y a partir de que término se iniciaría la aplicación del artículo 55 de la LORCPM.

- [17] La INJ respecto a la solicitud de alcance realizada por la INICPD, emitió el Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2021-002 de 15 de enero de 2021, en el cual indicó lo siguiente:

(...) de la revisión del Capítulo V “De los Procedimientos”, Sección 2 “Del Procedimiento de Investigación y Sanción”, se puede establecer que no distingue o excluye a las infracciones no derivadas del cometimiento de conductas anticompetitivas, por lo que, con base en el criterio vinculante del Procurador General del Estado, se formó el criterio jurídico de que para las infracciones no derivadas del cometimiento de conductas anticompetitivas, lo más correcto, atendiendo también a la naturaleza y particularidades de dichas infracciones, es aplicar el procedimiento de rango legal, previsto en el Capítulo V “De los Procedimientos”, Sección 2 “Del Procedimiento de Investigación y Sanción” de la LORCPM.

(...)

Se aclara que el procedimiento administrativo sancionador aplicable para las infracciones no derivadas de conductas anticompetitivas es el previsto en el Capítulo V “De los Procedimientos”, Sección 2 “Del Procedimiento de Investigación y Sanción” de la LORCPM; y, el momento procedimental más oportuno desde el cual se debería iniciar, es el segundo inciso del artículo 55 de la LORCPM, tomando en cuenta que los informes emitidos por los órganos de investigación en los cuales se determine el presunto cometimiento de dichas infracciones, realizando un símil, harían las veces de la denuncia, siendo pertinente para garantizar el derecho a la defensa, que los operadores económicos presenten explicaciones sobre los hechos constantes en los informes, y sobre esa base, el órgano de investigación pueda resolver o no el inicio del procedimiento, conforme lo señala el artículo 56 de la LORCPM; en este contexto, a partir del momento procesal identificado en el artículo 55 de la Ley, se aplicaran las disposiciones pertinentes del Reglamento para la aplicación de la LORCPM. En esta consideración, si bien las reformas al artículo 58 del IGPA realizadas mediante Resolución No. SCPM-DS-2021-01 de 04 de enero de 2021, a la fecha no se encuentran vigentes, pueden servir de guía.

- [18] La INICPD mediante providencia de 19 de enero de 2021, avocó conocimiento del procedimiento administrativo signado el No. SCPM-IGT-INICPD-022-2020, y en consecuencia, dispuso:

PRIMERO.- Agréguese al expediente el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020, signado con el ID 182160. SEGUNDO.- Agréguese al expediente la resolución de 28 de diciembre de 2020, emitida por la Comisión de Resolución de Primer

Instancia, signado con el ID 180908. TERCERO.- Ténganse en cuenta los criterios jurídicos N.º SCPM-DS-INJ-2021-001 y SCPM-DS-INJ- 2021-002, de 13 y 15 de enero de 2021 respectivamente. CUARTO.- Abrir el presente expediente signado con el N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020 y correr traslado con el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I y la providencia de 28 de diciembre de 2020, emitida por la CRPI, al operador económico SUMESA S.A., de conformidad con el segundo inciso del artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se concede el término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, para que el operador económico presente sus explicaciones. (...).

[19] En escrito y anexo presentado por el operador económico SUMESA, el 12 de enero de 2021, a las 16h34, signado con el ID 181677, el operador presentó sus argumentos respecto del inicio de la investigación.

[20] La providencia de 25 de enero de 2021, en la cual la INICPD dispuso:

PRIMERO.- De conformidad con lo determinado en el numeral 13 del artículo 3 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos (...), se requiere la colaboración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con la finalidad de que en el término de 5 días, remita copias certificadas de los escritos y anexos presentados por el operador económico SUMESA S.A., el 03 y 21 de diciembre de 2020, con números de ID 178562 y 180153 respectivamente. Por otra parte, una vez que la Secretaría General certifique los documentos referidos, éstos deberán ser cargados dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020.

[21] El escrito presentado por el operador económico ORIENTAL, el 27 de enero de 2021, a las 15h36, signado con el ID 183084, mediante el cual autorizó a sus abogados, y señaló dirección para futuras notificaciones.

[22] El escrito presentado por ORIENTAL, el 29 de enero de 2021, a las 16h48, signado con el ID 183390, en cual el operador económico solicitó algunas actuaciones.

[23] El escrito presentado por el SUMESA, el 02 de febrero de 2021, a las 14h57, signado con el ID 183860, en el cual el operador económico solicitó copias del expediente.

[24] La providencia de 03 de febrero de 2021, mediante la cual al INICPD agregó piezas procesales e incorporó al presente expediente las siguientes copias certificadas:

1.- El escrito y anexos presentados por el operador SUMESA S.A., de 21 de diciembre de 2020, signado con ID de trámite 180153, ingresados al expediente con ID 183368; y,

2) El escrito y anexos presentados por el operador SUMESA S.A., de 03 de diciembre de 2020, signado con ID de trámite 178562, ingresados al expediente con ID 183375.

Las piezas procesales ut supra, hacen referencia a las observaciones planteadas por SUMESA respecto del Informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020; y, a las alegaciones y descargos sobre las acusaciones realizadas por el operador ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA S.A.

- [25] El escrito presentado por SUMESA, el 03 de febrero de 2021, a las 15h36, signado con el ID 184019, en el cual el el operador económico solicitó aclaración respecto del año del número del expediente.
- [26] El escrito presentado por SUMESA, el 05 de febrero de 2021, a las 12h27, signado con el ID 184257, mediante el cual el operador económico presentó alegaciones.
- [27] El escrito presentado por SUMESA, el 08 de febrero de 2021, a las 13h52, signado con el ID 184465, mediante el cual el operador económico autorizó a sus abogados y señaló lugar para notificaciones.
- [28] El escrito presentado por ORIENTAL, el 08 de febrero de 2021, a las 16h59, signado con el ID 184525, mediante el cual el operador económico solicitó algunas diligencias.
- [29] El escrito y anexos presentados por SUMESA, el 08 de febrero de 2021, a las 11h15, signado con el ID 184436, mediante el cual el operador económico entregó información.
- [30] El escrito presentado por SUMESA, el 09 de febrero de 2021, a las 10h59, signado con el ID. 184583, mediante el cual el operador económico presentó explicaciones.
- [31] La providencia de 09 de febrero de 2021, mediante la cual la INICPD incorporó al expediente los escritos presentados por los operadores económicos.
- [32] El escrito presentado por SUMESA, el 18 de febrero de 2021, a las 15h04, signado con el ID 185476, mediante el cual el operador económico presentó algunas alegaciones.
- [33] La providencia de 23 de febrero de 2021, mediante la cual la INICPD dispuso lo siguiente:

SEGUNDO.- De conformidad con el numeral CUARTO de providencia de 09 de febrero de 2021, agréguese al expediente, las siguientes copias certificadas: 1.- Escrito y anexos presentado por el operador económico EL COMERCIO, de 27 de

noviembre de 2020, con ID 178062. 2.- Escrito y anexos presentado por el operador económico ONE METRO, de 27 de noviembre de 2020, con ID 178058. 3.- Escrito y anexos presentado por el operador económico CENTRO DE RADIO Y TELEVISION CRATEL C.A., de 30 de noviembre de 2020, con ID 178139. 4.- Ténganse en cuenta en el momento procesal oportuno, el contenido de los escritos y anexos agregados al expediente. TERCERO.- Agréguese al expediente las siguientes piezas procesales: 1.- El acta de revisión del expediente del operador ORIENTAL S.A., de 04 de febrero de 2021, de conformidad con lo dispuesto en providencia de 03 de febrero de 2021. 2.- El acta de revisión del expediente del operador SUMESA S.A., de 05 de febrero de 2021, de conformidad con lo dispuesto en providencia de 03 de febrero de 2021. 3.- El acta de revisión del expediente del operador ORIENTAL S.A., de 12 de febrero de 2021, de conformidad con lo dispuesto en providencia de 09 de febrero de 2021. (...)

[34] La providencia de 19 de enero de 2022, mediante la cual la CRPI en su parte pertinente resolvió:

SEGUNDO- DECLARAR la nulidad del procedimiento administrativo sancionador a partir de la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022- 2020, mediante la cual la INICPD resolvió “Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGTINICPD-0022-2020, en contra del operador económico SUMESA S.A., por el presunto cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 78, numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

[35] La providencia de 20 de enero de 2022, en la que la INICPD, en cumplimiento de lo dispuesto por la CRPI, dispuso:

- 1. AVOCAR CONOCIMIENTO Y RETOMAR LA SUSTANCIACIÓN del Procedimiento de Investigación N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020, instaurado en contra del operador económico SUMESA S.A., por la presunta infracción tipificada en el artículo 78 numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*
- 2. El procedimiento investigativo continuará a partir de la resolución de inicio de la investigación por el presunto incumplimiento de las medidas preventivas adoptadas por la CRPI, mediante resolución de 12 de julio de 2019, es decir, desde el 23 de febrero de 2021, conforme establece el artículo 56 de la LORCPM, plazos procesales que se computarán a partir de la expedición de la presente actuación administrativa.*

- [36] La providencia de 22 de enero de 2022, mediante la cual la INICPD, en consideración de los artículos 1 y 3 numeral 13 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, dispuso:

(...) se requiere la colaboración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con la finalidad de que en el término de 5 días, remita copias certificadas digitales de los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I de 16 de marzo de 2021 con sus respectivos anexos y N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I de 06 de julio de 2021 con sus respectivos anexos, piezas procesales que constan dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019.

- [37] El escrito presentado por SUMESA, el 24 de enero de 2022, con el ID 225463; mediante el cual el operador económico presentó sus objeciones a la providencia de 20 de enero de 2022 emitida por la INICPD.

- [38] La providencia de 26 de enero de 2022, mediante la cual la CRPI en particular consideró y aclaró lo siguiente:

SEGUNDO- ACLARAR la Resolución de 19 de enero de 2022 expedida a las 09h46, indicando que la nulidad del procedimiento incluye la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- ACLARAR que la declaratoria de nulidad no afectará los documentos y actuaciones indicados en el párrafo [13] de la presente resolución.

CUARTO.- INDICAR que la INICPD deberá expedir otra resolución de inicio de la investigación en el término de diez (10) días, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente resolución.

- [39] La providencia de 27 de enero de 2022, en la cual la INICPD dispuso:

a) En virtud de la resolución de la CRPI, de 26 de enero de 2022, esta Intendencia REVOCA la disposición PRIMERA de la providencia de 20 de enero de 2022, y en su lugar dicta el siguiente:

1. AVOCAR CONOCIMIENTO Y RETOMAR LA SUSTANCIACIÓN del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020, en contra del operador SUMESA. A., por la presunta infracción tipificada en el artículo 78 numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

2. *El procedimiento de investigación, continuará previo a la resolución de inicio de la investigación por el presunto incumplimiento de las medidas preventivas adoptadas por la CRPI, mediante resolución de 12 de julio de 2019.*
3. *En consideración a lo resuelto por la CRPI, esto es, “...INDICAR que la INICPD deberá expedir otra resolución de inicio de la investigación en el término de diez (10) días...”; los términos procesales se computarán a partir de la expedición de la presente actuación administrativa.*

b) *En lo demás, estese a lo dispuesto en providencia de 20 de enero de 2022.*

(...)

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 3 numeral 13 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, se dispone a la Secretaría General de la SCPM, que en el término de 5 días, certifique y reproduzca digitalmente, en el expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020, las piezas procesales individualizadas por la CRPI en providencia de 26 de enero de 2022, conforme se describe en el punto (ii) de la presente providencia.

[40] El escrito presentado por SUMESA S.A., el 28 de enero de 2022, signado con el ID 225933, mediante el cual el operador solicitó copias del expediente.

[41] Las copias certificadas ingresadas al expediente con ID 226379, de los siguientes informes:

N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I, de 16 de marzo de 2021.

N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, de 06 de julio de 2021.

[42] La providencia de 02 de febrero de 2022, donde la INICPD agregó y despacho piezas procesales y en adición dispuso:

2.2.- De la revisión a los anexos adjuntos a los informes N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, esta Intendencia considera:

i) Que en providencia de 22 de enero de 2022, esta Autoridad específicamente solicitó: “...se requiere la colaboración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con la finalidad de que en el término de 5 días, remita copias certificadas digitales de los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I de 16 de marzo de 2021 con sus respectivos anexos y N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I de 06 de julio de 2021 con sus respectivos anexos, piezas procesales que constan dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019.”

ii) Que de la revisión a los anexos de los informes ut supra, esta Intendencia identificó que los mismos no están certificados, conforme lo dispuesto en la providencia antes referida.

iii) En este sentido, en consideración de los artículos 1 y 3 numeral 13 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, se vuelve a requerir la colaboración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con la finalidad de que en el término de 5 días, remita copias certificadas digitales de los anexos adjuntos a los informes N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I, y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, de 16 de marzo y 06 de julio de 2021, respectivamente, piezas procesales que constan dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019.

[43] La resolución de 09 de febrero de 2022, en la que la INICPD resolvió:

PRIMERO.- Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-0022-2020, en contra del operador económico SUMESA S.A., por el presunto cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 78, numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 62 del RLORCPM, el plazo de duración de la investigación no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez.

[44] El acta de entrega recepción de copias digitales simples del expediente al operador SUMESA, de 08 de febrero de 2022, con ID 227386.

[45] El escrito presentado por el operador económico ORIENTAL, el 14 de febrero de 2022, con el ID 227511, el operador solicitó aclaración de la resolución de 09 de febrero de 2022.

[46] Las copias certificadas de la información adjunta a los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, con número de trámite ID 227571.

[47] El escrito presentado por SUMESA, el 22 de febrero de 2022, con el ID 228533, en el cual el operador solicitó copias del expediente.

[48] La providencia de 24 de febrero de 2022, en la cual la INICPD concedió las copias del expediente requeridas por SUMESA.

[49] El acta de entrega recepción de copias digitales simples del expediente al operador SUMESA de 04 de marzo de 2022, con ID 229503.

[50] Las copias certificadas ingresadas al expediente con ID 231545, con el siguiente detalle:

El escrito y anexo presentados por ONE METRO, el 29 de junio de 2021, con ID 198215.

El escrito y anexos presentado por NURA S.A., el 15 de junio de 2021, con ID 196691.

El escrito y anexo presentado por NURA S.A., el 11 de junio de 2021, con ID 196217.

El escrito y anexo presentado por NURA S.A., el 07 de junio de 2021, con ID 195686.

El escrito presentado por NURA S.A., el 23 de abril de 2021, con ID 192490.

Los anexos aparejados al escrito de 4 de noviembre de 2020, con ID 175388, incorporados al expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, e ingresados con ID 191988.

- [51] La providencia de 30 de marzo de 2022, en la cual la Intendencia agregó los documentos señalados previamente.
- [52] Los extractos no confidenciales de la información con números de trámite ID 195686 y 92490, respectivamente, ingresados al expediente con ID 232077 y 232080, respectivamente.
- [53] El escrito presentado por SUMESA, el 26 de abril de 2022, con ID 235757, en el cual el operador solicitó copias de varias piezas procesales.
- [54] El escrito presentado por SUMESA, el 26 de abril de 2022, con ID 235760, en el cual el operador solicitó copias del expediente.
- [55] La providencia de 27 de abril de 2022, en la cual la INICPD agregó y atendió los escritos de SUMESA.
- [56] El acta de entrega recepción de copias digitales simples de 05 de mayo de 2022, conforme lo dispuesto en providencia de 27 de abril de 2022, ingresado al expediente con ID 236514.
- [57] El acta de entrega recepción de copias digitales simples de 06 de mayo de 2022, conforme lo dispuesto en providencia de 27 de abril de 2022, ingresa al expediente con ID 236754.
- [58] La providencia de 11 de mayo de 2022, en la cual la INICPD dispuso:

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 3 numeral 13 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, esta Intendencia dispone a la Secretaría de Sustanciación que en el término de 2 días, reproduzca la boleta de notificación de la resolución de 14 de abril de 2022 y la resolución, emitida dentro del expediente N.º SCPM-DS-INJ-3-2022, la cual fue

notificada a esta Intendencia mediante ID 234843, por cuanto se encuentra con firmas digitales.

[59] La boleta de notificación de la resolución de 14 de abril de 2022, emitida por el señor Superintendente dentro del expediente N.º SCPM-DS-INJ-3-2022, ingresada al expediente con ID 236883.

[60] La providencia de 07 de junio de 2022, emitida por la INICPD que en su parte pertinente dispuso:

PRIMERO.- *A fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por la CRPI en providencia de 02 de junio de 2022, dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, y notificada con ID 238774; esto es: "...SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales proceda a incluir dentro del expediente de investigación SCPM-IGTINICPD-022-2020, el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas No. SCPM-IGTINICPD-2022-007-I de 25 de marzo de 2022 y anexos, así como la presente Resolución por tratarse del análisis de los mismos hechos, por el presunto incumplimiento de la resolución de 12 de julio de 2019 en lo que se refiere a la letra a) de las medidas preventivas adoptadas, correspondiente al período comprendido entre junio 2021 a marzo de 2022..." esta Intendencia dispone que, conforme lo dispuesto en los artículos 1 y 3 numeral 13 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, esta Intendencia requiere la colaboración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, para que en el término de 5 días, remita al presente expediente, copias certificadas del Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGTINICPD-2022-007-I de 25 de marzo de 2022 y anexos. **SEGUNDO.-** Por cuanto se encuentra con firma digital, esta Intendencia dispone a la Secretaria de Sustanciación, que en el término de 2 días, reproduzca en el presente expediente, la boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, con ID 238774. **TERCERO.-** Por cuanto se encuentra con firma digital, esta Intendencia dispone a la Secretaría de Sustanciación que en el término de 2 días, reproduzca en el presente expediente, la boleta de notificación de la resolución de 07 de junio de 2022, emitida dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, y notificada a esta Intendencia con ID 239067.*

[61] La boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, ingresada al expediente con ID 239392.

[62] La boleta de notificación de la resolución de 07 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, ingresa al expediente con ID 239391.

[63] La providencia de 13 de junio de 2022, mediante la cual la INICPD dispuso:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 y 3 numeral 13 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, esta Intendencia dispone a la Secretaría General de la SCPM, que en el término de 8 días, certifique y reproduzca en el presente expediente, los escritos y anexos ingresados en el expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-027-2019, que se individualizada a continuación:

N.º ID	OPERADORES
232487	<i>ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A.</i>
236493	<i>CORPORACIÓN SUPERIOR</i>
233956	<i>ALICORP ECUADOR S.A.</i>
232765	<i>SUMESA S. A.</i>
238727	<i>SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A.</i>
234141	<i>ECUATORIANA DE ALIMENTOS SA</i>
232900	<i>MODERNA ALIMENTOS S.A.</i>
238081	<i>'BUENANO CAICEDO COMPANIA DE NEGÓ</i>
232703	<i>LA FAVORITA</i>
238171	<i>INDUSTRIAS CATEDRAL</i>
233944	<i>PASTIFICIO NILO/WASHINGTON ÑAUTA</i>
236505	<i>PASTIFICIO TOMBAMBA CIA. LTDA.</i>
234461	<i>INDUSTRIAS DE FIDEOS NAPOLITANO S.A.</i>
234173	<i>TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS/VILLAFUERTE FARFAN KATIUSKA ANNAB</i>
234311	<i>MI COMISARIATO</i>
236696	<i>TORRES ORELLANA GENARO PATRICIO/FIDEOS PARAISO</i>
236691	<i>BARILLA /QUIFATEX</i>
232465	<i>CORPORACION DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS S.A CORDIALSA</i>
236569	<i>FIDEOS PRIMAVERA</i>
232915	<i>MOLINO Y PASTIFICIO ALEXANDRA MOPALEX CIA. LTDA./FEDERICO ÑAUTA GONZALES</i>
234095	<i>BASTIDAS HERNANDES FAUSTO</i>
237522	<i>'VACA FLORES DIEGO STALIN</i>
238093	<i>INDUSTRIAL ITAL PASTAS CIA.LTDA.</i>
234307	<i>ITALCOM CIA LTDA.</i>
238228	<i>PAZMINO ARMENDARIZ RODOLFO DARIO</i>
234310	<i>PRODUCTORA DE ALIMENTOS PASTADONNA CIA.L</i>
236480	<i>REALVEG S.A.</i>
232694	<i>JACOME & ORTIZ DE COMERCIO CIA. LTDA.</i>
234009	<i>GERARDO ORTIZ EL CORAL</i>

234440	<i>ILELSA</i>
232916	<i>INDUSTRIAS ALES C. A.</i>
234298	<i>INDUSTRIAL PRODUCTOS MORO SCC</i>
239428	<i>FABRICA DE FIDEOS LA FAVORITA VERDESOTO CIA.LTDA</i>
239486	<i>ESCRITO-MEGA SANTAMARIA S.A</i>

- [64] La copia certificada del Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I de 25 de marzo de 2022 y sus anexos, ingresados al expediente con ID 240576.
- [65] El memorando N.º SCPM-DS-SG-2022-328, de 24 de junio de 2022, con ID 241083, mediante el cual el Secretario General solicitó prórroga para cumplir con la entrega de las copias certificadas solicitadas.
- [66] El escrito presentado por SUMESA, el 28 de abril de 2022, a las 15h04, signado con el ID 241272, en el cual el operador solicitó copias del expediente.
- [67] La providencia de 21 de junio de 2022, mediante la cual la INICPD concedió las copias requeridas por SUMESA.
- [68] El memorando SCPM-DS-SG-2022-328, de 24 de junio de 2022, con ID 241083, mediante el cual la Secretaría General solicitó prórroga para cumplir con la entrega de las copias certificadas solicitadas.
- [69] El escrito presentado por SUMESA, el 28 de abril de 2022, a las 15h04, signado con el ID 241272, mediante el cual el operador solicitó copias simples del expediente.
- [70] La providencia de 30 de junio de 2022, mediante la cual la INICPD concedió las copias requeridas por SUMESA.
- [71] Las copias certificadas ingresadas al expediente con el ID 241991, con el siguiente detalle:

N.º ID	OPERADORES
232487	<i>ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A.</i>
236493	<i>CORPORACIÓN SUPERIOR</i>
233956	<i>ALICORP ECUADOR S.A.</i>
232765	<i>SUMESA S. A.</i>
238727	<i>SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A.</i>
234141	<i>ECUATORIANA DE ALIMENTOS SA</i>
232900	<i>MODERNA ALIMENTOS S.A.</i>
238081	<i>BUENANO CAICEDO COMPANIA DE NEGOCIO</i>

232703	<i>LA FAVORITA</i>
238171	<i>INDUSTRIAS CATEDRAL</i>
233944	<i>PASTIFICIO NILO/WASHINGTON ÑAUTA</i>
236505	<i>PASTIFICIO TOMBAMBAMBA CIA. LTDA.</i>
234461	<i>INDUSTRIAS DE FIDEOS NAPOLITANO S.A.</i>
234173	<i>TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS/VILLAFUERTE FARFAN KATIUSKA ANNAB</i>
234311	<i>MI COMISARIATO</i>
236696	<i>TORRES ORELLANA GENARO PATRICIO/FIDEOS PARAISO</i>
236691	<i>BARILLA /QUIFATEX</i>
232465	<i>CORPORACION DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS S.A CORDIALSA</i>
236569	<i>FIDEOS PRIMAVERA</i>
232915	<i>MOLINO Y PASTIFICIO ALEXANDRA MOPALEX CIA. LTDA./FEDERICO ÑAUTA GONZALES</i>
234095	<i>BASTIDAS HERNANDES FAUSTO</i>
237522	<i>VACA FLORES DIEGO STALIN</i>
238093	<i>INDUSTRIAL ITAL PASTAS CIA.LTDA.</i>
234307	<i>ITALCOM CIA LTDA.</i>
238228	<i>PAZMINO ARMENDARIZ RODOLFO DARIO</i>
234310	<i>PRODUCTORA DE ALIMENTOS PASTADONNA CIA.L</i>
236480	<i>REALVEG S.A.</i>
232694	<i>JACOME & ORTIZ DE COMERCIO CIA. LTDA.</i>
234009	<i>GERARDO ORTIZ EL CORAL</i>
234440	<i>ILELSA</i>
232916	<i>INDUSTRIAS ALES C. A.</i>
234298	<i>'INDUSTRIAL PRODUCTOS MORO SCC</i>
239428	<i>FABRICA DE FIDEOS LA FAVORITA VERDESOTO CIA.LTDA</i>
239486	<i>ESCRITO-MEGA SANTAMARIA S.A</i>

- [72] Los extracto no confidenciales realizados por la analista económica con el siguiente detalle:
- [73] El extracto no confidencial de la información con ID 239486, ingresada al expediente con ID 244508.
- [74] El extracto no confidencial de la información con ID 239428, ingresada al expediente con ID 244509.
- [75] El extracto no confidencial de la información con ID 238727, ingresada al expediente con ID 244510.

- [76] El extracto no confidencial de la información con ID 238228, ingresada al expediente con ID 244512.
- [77] El extracto no confidencial de la información con ID 238171, ingresada al expediente con ID 244516.
- [78] El extracto no confidencial de la información con ID 238093, ingresada al expediente con ID 244518.
- [79] El extracto no confidencial de la información con ID 238081, ingresada al expediente con ID 244520.
- [80] El extracto no confidencial de la información con ID 237522, ingresada al expediente con ID 244522.
- [81] El extracto no confidencial de la información con ID 236696, ingresada al expediente con ID 244524.
- [82] El extracto no confidencial de la información con ID 236691, ingresada al expediente con ID 244526.
- [83] El extracto no confidencial de la información con ID 236569, ingresada al expediente con ID 244527.
- [84] El extracto no confidencial de la información con ID 236505, ingresada al expediente con ID 244528.
- [85] El extracto no confidencial de la información con ID 234461, ingresada al expediente con ID 244530.
- [86] El extracto no confidencial de la información con ID 234310, ingresada al expediente con ID 244532.
- [87] El extracto no confidencial de la información con ID 234307, ingresada al expediente con ID 244534.
- [88] El extracto no confidencial de la información con ID 234298, ingresada al expediente con ID 244537.
- [89] El extracto no confidencial de la información con ID 234141, ingresada al expediente con ID 244539.

- [90] El extracto no confidencial de la información con ID 234095, ingresada al expediente con ID 244550.
- [91] El extracto no confidencial de la información con ID 233956, ingresada al expediente con ID 244554.
- [92] El extracto no confidencial de la información con ID 234009, ingresada al expediente con ID 244557.
- [93] El extracto no confidencial de la información con ID 233944, ingresada al expediente con ID 244560.
- [94] El extracto no confidencial de la información con ID 232916, ingresada al expediente con ID 244561.
- [95] El extracto no confidencial de la información con ID 232765, ingresada al expediente con ID 244562.
- [96] El extracto no confidencial de la información con ID 232465, ingresada al expediente con ID 244563.
- [97] La providencia de 13 de julio de 2022, mediante la cual la INICPD dispuso nueva fecha para la entrega de copias del expediente.
- [98] El acta entrega de copias a SUMESA, con ID. 244889, de 15 de julio de 2022.
- [99] El Informe de Resultados de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-007-2022, de 21 de julio de 2021, constante con ID. 245301, que en su parte pertinente concluyó:

- *En la presente investigación esta Dirección tiene en cuenta que la publicidad analizada dentro del contexto del incumplimiento del presente expediente, tiene relación con el producto “TALLARINES SUMESA”, con referencia a “OTROS TALLARINES”, por lo que, conforme las características de los productos referidos, se identifica el mercado producto como: **los fideos y pastas largas comercializados en el mercado ecuatoriano a nivel nacional.***
- *Del análisis de sustitución de la demanda, la DNICPD definió que, desde una visión cualitativa y cuantitativa el mercado producto, estaría delimitado como la comercialización de fideos largos: spaghetti, tallarines, fettuccini, cabello de ángel, enroscados (madeja, nido, espiral, etc.), entre otros, los cuales tendrían similares finalidad de uso, precios y características., podrían ser considerados sustitutos entre sí.*

- *En relación al mercado geográfico, esta Dirección define, tanto de manera cualitativa y cuantitativa, a través de las herramientas de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORPCM, un mercado geográfico a nivel nacional.*
- *Respecto de la temporalidad de las conductas, la DNICPD, identificó que el presunto incumplimiento de la medida preventiva dispuesta en el literal a) de la resolución 12 de julio de 2019 dictada por la CRPI, tendrían una duración desde 17 de septiembre de 2020 hasta, al menos, diciembre de 2021.*
- *En cuanto al mercado relevante, esta Dirección identificó para el año 2021: ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., es líder del mercado con una participación del [REDACTED]%, el operador ALICORP ECUADOR S.A. con una participación de [REDACTED]%, en tercer lugar se encuentra el operador económico SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A. con una participación del [REDACTED]%, el operador SUMESA S. A., se ubica en el cuarto lugar con una participación del [REDACTED]%, seguido en un quinto lugar de MODERNA ALIMENTOS S.A. con un participación del [REDACTED] % y en sexto lugar se encuentra el operador ECUATORIANA DE ALIMENTOS S.A., con una participación del [REDACTED]%; resto de operadores mantienen participaciones menores al [REDACTED]%, sumando una participación del [REDACTED] %.*

Ahora bien, el operador económico SUMESA S.A., al mantenerse dentro de las primeras posiciones dentro del mercado relevante determinado, además, que existe una influencia determinante como la utilización de características importantes para el consumidor, como precio, colorante y uso de plástico, para el presente análisis esta Dirección considera que es indistinto el impacto que la infracción pueda ocasionar en el mercado relevante, al ser un expediente que tiene relación con un incumplimiento a una resolución de la SCPM, sin embargo, a fin de que se pueda aplicar el artículo 78, 79 y 80 de la LORCPM así como la resolución 12 de la Junta se considera la definición del mercado relevante un elemento importante para el cálculo de la multa.

*Con base en el análisis y consideraciones desarrolladas en el presente informe, esta Dirección colige que, debido al uso de las herramientas: a) colores (**naranja y amarillo**); b) gramaje de **400**; c) el PVP **\$1.70 y 1.75**; y, d) **la tarrina plástica**, la publicidad de SUMESA podría aproximarse a los elementos visuales y físicos que ORIENTAL utiliza en la presentación del producto "FIDEO CHINO ORIENTAL", en este sentido, SUMESA podría estar aludiendo indirectamente a los productos de operador ORIENTAL, en consecuencia, el operador podría estar incumpliendo lo*

dispuesto por la CRPI, en particular, el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019.

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la investigación, esta Dirección identificó que existen elementos de convicción de que SUMESA podría haber incumplido la resolución de la CRPI de 12 de julio de 2019, en consecuencia, el operador habría infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.

- [100] La Formulación de Cargos de 22 de julio de 2022, en la cual la INICPD, en su parte pertinente resolvió:

PRIMERO.- FORMULAR CARGOS *en contra del operador económico SUMESA S.A., quien habría inobservado la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, en tal sentido, el operador habría infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.*

SEGUNDO.- *Conforme lo dispuesto en el artículo 58 de la LORCPM y 68 del RLORCPM, esta Intendencia dispone correr traslado al operador económico SUMESA S.A., con la resolución de inicio de la investigación de 09 de febrero de 2022, el Informe de Resultados de la Investigación y la presente Formulación de Cargos, a fin de que en el término de 15 días deduzca las excepciones que en derecho le asistan.*

- [101] El escrito presentado por SUMESA, el 15 de agosto de 2022, con ID 247264, en el cual el operador económico presentó sus excepciones.

- [102] La providencia de 16 de agosto de 2022, la Intendencia agregó el escrito ut supra, y además dispuso lo siguiente:

SEGUNDO.- *Por ser el estado del proceso, con el fenecimiento del término dispuesto para la presentación de las excepciones, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con lo previsto en el artículo 69 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esto es, “Término de prueba.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de investigación ordenará la apertura del término probatorio de sesenta (60) días, los cuales podrán ser prorrogados hasta por un término de treinta (30) días adicionales, a criterio de la autoridad. (...)”; esta Autoridad dispone la apertura de la etapa de prueba por el término de sesenta (60) días.*

- [103] La providencia de 26 de agosto de 2022, mediante la cual la INICPD dispuso lo siguiente:

PRIMERO.- Dentro del término probatorio, por ser pertinente, útil y conducente conforme lo previsto en el artículo 160 del COGEP, reproducícase como prueba dentro del expediente, las siguientes piezas:

- El informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020, con ID 182160.
- La resolución de 28 de diciembre de 2020, dictada dentro del expediente N.º SCPM-CRPI015-2019, con ID 180908.
- Las copias certificadas de los informes N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, de 16 de marzo y 06 de julio de 2021, con ID 226379.
- Las copias certificadas de la información adjunta a los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, con ID 227571.
- Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, del 25 de marzo del 2022, con ID 240576.
- La boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, con ID 238774, ingresada al expediente con ID 239392.
- La boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, ingresada al expediente con ID 238774.

SEGUNDO.- Dentro del término probatorio, por ser pertinente, útil y conducente conforme lo previsto en el artículo 160 del COGEP, reproducícase como prueba dentro del expediente, las siguientes piezas procesales certificadas, e ingresadas al expediente con ID 231545, con el siguiente detalle:

- El escrito y anexo presentados por el operador económico ONE METRO, el 29 de junio de 2021, signado con el ID 198215.
- El escrito y anexos presentado por el operador económico NURA S.A., el 15 de junio de 2021, signado con el ID 196691.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico NURA S.A., el 11 de junio de 2021, signado con el ID 196217.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico NURA S.A., el 07 de junio de 2021, signado con el ID 195686.
- El escrito presentado por el operador económico NURA S.A., el 23 de abril de 2021, signado con el ID 192490.
- La copia certificada del escrito y anexos de 4 de noviembre de 2020, con ID de trámite 175388 ingresado en el expediente SCPM-CRPI-015-2019, y constante con ID de Trámite 191988 dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-022-

2020, remitido por la CRPI.

TERCERO.- Dentro del término probatorio, por ser pertinente, útil y conducente conforme lo previsto en el artículo 160 del COGEP, reproduzcase como prueba dentro del expediente, las siguientes piezas procesales certificadas, e ingresadas al expediente con ID 241991, con el siguiente detalle:

- El escrito y anexo presentados por el operador económico MEGA SANTAMARIA S.A., el 09 de junio de 2022, signado con el ID 239486.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico FABRICA DE FIDEOS LA FAVORITA VERDESOTO, el 09 de junio de 2022, signado con el ID 239428.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A., el 02 de junio de 2022, signado con el ID 238727.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico RODOLFO PAMIÑO, el 27 de mayo de 2022, signado con el ID 238228.
- El escrito presentado por el operador económico INDUSTRIAS CATEDRAL S.A., el 27 de mayo de 2022, signado con el ID 238171.
- El escrito presentado por el operador económico ITALPASTAS CIA. LTDA., el 26 de mayo de 2022, signado con el ID 238093.
- El escrito presentado por el operador económico BUENANO CAICEDO COMPANIA DE NEGOCIOS, el 26 de mayo de 2022, signado con el ID 238081.
- El escrito presentado por el operador económico VACA FLORES DIEGO STALIN, el 18 de mayo de 2022, signado con el ID 237522.
- El escrito presentado por el operador económico FIDEOS PARAISO, el 09 de mayo de 2022, signado con el ID 236696.
- El escrito presentado por el operador económico QUIFATEX S.A., el 09 de mayo de 2022, signado con el ID 236691.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico FIDEOS PRIMAVERA, el 06 de mayo de 2022, signado con el ID 236569.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTIFICIO TOMBAMBA CIA. LTDA., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236505.
- El escrito y anexos presentado por el operador económico CORSUPERIOR S.A., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236493.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico INDUSTRIA DE FIDEO NAPOLITANO S.A., el 12 de abril de 2022, signado con el ID 234461.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico REAL VEGETALES GENERALES S.A., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236480.
- El escrito y anexo presentado por el operador económico ILELSA S.A., el 12 de abril de 2022, signado con el ID 234440.

- *El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO, el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234311.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTADONNA CIA.LTDA., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234310.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico ITALCOM CIA. LTDA., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234307.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico INDUSTRIAL PRODUCTOS MORO SCC., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234298.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS, el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234173.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico ECUATORIANA DE ALIMENTOS S.A., el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234141.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico SUPERMERCADO BASTIDAS, el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234095.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 234009.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico ALICORP ECUADOR S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 233956.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTIFICO NILO C. LTDA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 233944.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico ALES S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232916.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico MOPALEX CIA. LTA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232915.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico MODERNA ALIMENTOS S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232900.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232765.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232703.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico JACOME Y ORTIZ DE COMERCIO CIA. LTDA., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232694.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico ORIENTAL S.A., el 04 de abril de 2022, signado con el ID 232487.*
- *El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACION DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS S.A. CORDIALSA, el 04 de abril de 2022, signado con el ID 232465.*

CUARTO.- Dentro del término probatorio, por ser pertinente, útil y conducente conforme lo previsto en el artículo 160 del COGEP, reproducícase como prueba dentro del expediente, las siguientes piezas procesales:

- El Informe de Resultados de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-007- 2022, de 21 de julio de 2022, ingresado al expediente con ID 245301.
- La Formulación de Cargos de 22 de julio de 2022, ingresado al expediente con ID 245416.
- El escrito de excepciones presentado por el operador SUMESA S.A., el 15 de agosto de 2022, ingresado al expediente con ID 247264.

[104] La providencia de 28 de septiembre de 2022, mediante la cual la INICPD dispuso lo siguiente:

PRIMERO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el ordinal CUARTO de la resolución de 21 de septiembre de 2022, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, esta Intendencia dispone: En consideración de los artículos 1 y 3 numeral 13 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos, se requiere la colaboración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, con la finalidad de que en el término de 5 días, remita copias certificada la siguiente información: 1.- La resolución de 21 de septiembre de 2022. 2.- El Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2022-019-I, de 22 de julio de 2022, y anexos.

[105] El memorando SCPM-CRPI-2022-1449 de 03 de octubre de 2022, y sus anexos, ingresados al expediente con ID 255581.

[106] El escrito y anexo presentado por SUMESA, el 11 de noviembre de 2022, signado con el ID 257742, mediante el cual el operador presentó alegaciones.

[107] El escrito presentado por SUMESA, el 11 de noviembre de 2022, signado con el ID 257747, mediante el cual el operador presentó alegaciones.

[108] El escrito presentado por SUMESA, el 11 de noviembre de 2022, signado con el ID 257751, mediante el cual el operador presentó alegaciones.

[109] El escrito y anexo presentado por SUMESA S.A., el 11 de noviembre de 2022, signado con el ID 257750, mediante el cual el operador presentó alegaciones.

[110] La providencia de 14 de noviembre de 2022, mediante la cual la INICPD dispuso:

QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la LORCPM y 69 del RLORCPM, y considerando que el término de prueba dispuesto mediante providencia de 16 de agosto de 2022, feneció el 11 de noviembre de 2022, esta Intendencia declara **concluida la fase probatoria dentro del presente expediente.**

[111] Providencia de 21 de noviembre de 2022 mediante la cual la INICPD dispuso:

PRIMERO.- De conformidad con los artículos 70 del RLORCPM y 28 del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM, agréguese al expediente el Informe Final N.º SCPM-IGT-INICPD-030-2022, de 21 de noviembre de 2022, ingresado al expediente con ID 258508, en su atención: Elévese a conocimiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, el Informe Final N.º SCPM-IGT-INICPD-030-2020, y el expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020, para su resolución.

Expediente SCPM-CRPI-029-2022

- [112] Mediante Memorando SCPM-IGT-INICPD-103-2022-M de 21 de noviembre de 2022, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales puso en conocimiento de la CRPI que mediante providencia de 21 de noviembre de 2022 se dispuso elevar a conocimiento de la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022, y el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-022-2020, para su correspondiente resolución.
- [113] Mediante providencia de 24 de noviembre de 2022, a las 10h28, la CRPI avocó conocimiento del expediente SCPM-CRPI-030-2022; y a su vez, suspendió el término del procedimiento, en fase de resolución, hasta que el Superintendente de Competencia Económica resuelva la excusa presentada por el comisionado Dr. Pablo Carrasco para actuar dentro del presente expediente.
- [114] En Resolución de 29 de noviembre de 2022, a las 16h10, el Superintendente de Competencia Económica (S), resolvió negar la excusa presentada por el abogado Pablo Carrasco Torrentegui, por no encontrarse incurso en alguna de las causales establecidas en el artículo 86 del Código Orgánico Administrativo; sin embargo, también dispuso se inhiba del conocimiento del expediente administrativo SCPM-CRPI-030-2022, por la prohibición legal establecida en el numeral 1 del artículo 248 del Código Orgánico Administrativo, como garantía del procedimiento administrativo.
- [115] Mediante providencia de 30 de noviembre de 2022, a las 15h10, la CRPI, tomó en cuenta lo resuelto por el Superintendente de Competencia Económica (S), levantó la suspensión del término del procedimiento en fase de resolución dentro del expediente SCPM-CRPI-030-2022, y trasladó el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 al operador económico SUMESA, para que en el término de diez (10) días presente sus alegatos.

- [116] A través de escrito de 01 de diciembre de 2022, a las 17h00, signado con número de trámite interno ID. 259458, el operador económico ORIENTAL solicitó a la CRPI que se tenga en cuenta al referido operador económico como tercero interesado en el presente procedimiento, además solicitó copias del expediente sustanciado.
- [117] En escrito de 06 de diciembre de 2022, a las 14h11, signado con número de trámite interno ID. 259677, el operador económico SUMESA ratificó las actuaciones de los abogados Marcelo Marín Sevilla y Francia del Valle Natera Benavides. Además, autorizó, también, a los abogados Edison Carrera y Laura Ramírez para que actúen en representación del referido operador económico.
- [118] Mediante providencia de 12 de diciembre de 2022, a las 15h47, la CRPI tomó en cuenta a ORIENTAL, en calidad de tercero interesado en el presente expediente, y también concedió al referido operador económico las copias digitales de la totalidad del mismo en su parte reservada.
- [119] En escrito de 15 de diciembre de 2022, a las 14h05, signado con número de trámite interno ID. 260488, el operador económico SUMESA puso en conocimiento de la CRPI que rechaza la participación de ORIENTAL como tercero interesado en el presente expediente, ya que argumenta que no existe denuncia, sino que el procedimiento se inició de oficio. Por lo que solicitó que ORIENTAL no sea tomado en cuenta como tercero interesado dentro de la investigación.
- [120] A través de escrito de 15 de diciembre de 2022, a las 16h15, signado con número de trámite interno ID. 260511, SUMESA presentó sus alegatos; además, solicitó que se archive el presente procedimiento sancionatorio.
- [121] Mediante escrito de 27 de diciembre de 2022, a las 09h26, signado con número de trámite interno ID. 261140, el operador económico ORIENTAL solicitó copia del presente expediente.
- [122] Mediante providencia de 05 de enero de 2023, a las 16h24, la CRPI solicitó a la INICPD que en el término de cinco (5) días remita la respuesta al cuestionamiento No. 1, realizado por SUMESA, en lo que concierne al expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2022, para lo cual trasladó copia simple del escrito presentado por SUMESA; además rechazó la solicitud de SUMESA de no considerar como parte interesada a ORIENTAL; se concedió a ORIENTAL las copias digitales de la totalidad del expediente SCPM-CRPI-030-2022; y, finalmente, convocó a SUMESA, ORIENTAL, y a la INICPD a una audiencia pública a llevarse a cabo el 24 de enero de 2023.
- [123] A través de Memorando SCPM-IGT-INICPD-002-2023-M, de 09 de enero de 2023, signado con número de trámite interno ID. 262034, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales informó a la CRPI que el requerimiento de SUMESA fue oportunamente atendido.

- [124] Mediante providencia de 12 de enero de 2023, a las 12h20, la CRPI trasladó a SUMESA el Memorando SCPM-IGT-INICPD-002-2023-M de 09 de enero de 2023, suscrito por la INICPD.
- [125] Mediante providencia de 20 de enero de 2023, a las 11h23, la CRPI dispuso aplazar la fecha de audiencia pública prevista para el 24 de enero de 2023, a las 10h00 y convocó a SUMESA, ORIENTAL, y a la INICPD a audiencia pública el 02 de febrero de 2023, a las 10h00.
- [126] El 02 de febrero de 2023, a las 10h00, a través de plataforma “Zoom” se dio inicio a la audiencia pública entre SUMESA, ORIENTAL, y la INICPD. Sin embargo, ORIENTAL, a través de sus abogados patrocinadores, indicó que el economista Carl Pfistermeister debe inhibirse de conocer la causa, que mencionan que su informe fue el que dio lugar a la nulidad del proceso de investigación SCPM-IGT-INICPD-027-2019 y otros expedientes relacionados. En atención a lo solicitado por ORIENTAL, el presidente de la CRPI, indicó que el incidente debe ser planteado y resuelto por la máxima autoridad, por lo que suspendió la referida audiencia.
- [127] Mediante providencia de 14 de febrero de 2023, a las 18h00, el Superintendente de Competencia Económica resolvió aceptar la recusación planteada por ORIENTAL en contra del Comisionado Carl Pfistermeister, por encontrarse incurso en la causal establecida en el artículo 86 numeral 5 del Código Orgánico Administrativo, dispuso al referido comisionado que se inhiba del conocimiento del Expediente Administrativo y designó como comisionado sustituto al economista Francisco Dávila Herrera.
- [128] Mediante providencia de 17 de febrero de 2023, a las 17h10, la CRPI dispuso tomar en cuenta lo resuelto por el Superintendente de Competencia Económica en el proceso SCPM-INJ-04-2023, levantó la suspensión del término del procedimiento en fase de resolución dentro del expediente SCPM-CRPI-030-2022 y convocó a la reanudación de la audiencia pública a realizarse el 06 de marzo de 2023, a las 10h00.
- [129] A través de Resolución No. SCPM-DS-2023-10, de 03 de marzo de 2023, el Superintendente de Competencia Económica resolvió designar al economista Daniel Granja Matovelle, como tercer Comisionado dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-CRPI-030-2022.
- [130] El 06 de marzo de 2023, a las 10h00, se instaló y llevó a cabo la audiencia pública fijada dentro del expediente SCPM-CRPI-030-2022, a la cual asistieron los operadores económicos ORIENTAL y SUMESA, la INICPD y la CRPI.
- [131] Mediante escrito de 07 de marzo de 2023, a las 10h04, signado con número de trámite interno ID. 266652, el operador económico ORIENTAL solicitó copia del expediente y de la grabación de la audiencia de 06 de marzo de 2023.

- [132] Mediante escrito de 07 de marzo de 2023, a las 10h37, signado con número de trámite interno ID. 266657, el operador económico SUMESA entregó una copia de la presentación realizada en la audiencia de 06 de marzo de 2023; además solicitó copia de la grabación de la misma.
- [133] A través de escrito de 16 de marzo de 2023, a las 17h07, signado con número de trámite interno ID. 11519, el operador económico SUMESA solicitó copia del expediente y de la parte clasificada como reservada del mismo.
- [134] Mediante providencia de 21 de marzo de 2023, a las 10h30, la CRPI tomó en cuenta lo resuelto por el Superintendente de Competencia Económica en Resolución No. SCPM-DS-2023-10 de 03 de marzo de 2023, concedió a ORIENTAL copia digital de la parte reservada del expediente SCPM-CRPI-030-2022 y de la grabación de la audiencia pública llevada a cabo dentro del referido, además concedió a SUMESA copia de la grabación de la audiencia pública de 06 de marzo de 2023 y de la parte reservada del mencionado expediente.

5 DE LOS ALEGATOS PRESENTADO POR SUMESA

- [135] Mediante escrito ingresado el 15 de diciembre del 2022, a las 16h15, signado con número trámite ID. 260511, el operador económico SUMESA presentó sus alegatos al Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 de 21 de noviembre de 2022. En lo principal, el operador económico señaló:

Primero.-

Causas de Nulidad.-

SUMESA S.A. no se allana a ninguna causa de nulidad.-

Segundo.-

Negativa de Fundamentos.-

Niego todos los fundamentos de hecho y de derecho que no me fueren favorables dentro del Proceso signado con el número de Expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, así como la información contenida en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 de fecha 21 de noviembre de 2022.

- [136] En primer lugar, SUMESA alega nulidad por violaciones al proceso y falta de motivación, bajo los siguientes argumentos:

4.1. Sobre el Vicio de Nulidad por violaciones al debido procedimental (caducidad y preclusión), y falta de motivación (se motivó para romper el procedimiento).

Señores Comisionados, nos ratificamos en nuestros argumentos presentados en el escrito de excepciones el 15 de agosto de 2022, signado con ID 247264.

Este procedimiento de investigación presenta DOS AVOCAMIENTOS:

- Primer Avocamiento: Con fecha 19 de Enero de 2021.
- Segundo Avocamiento: Con fecha 27 de Enero de 2022, luego de que se declara la nulidad de procedimiento administrativo sancionador a partir de la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020.

En ambos avocamientos suceden irregularidades que vician el debido proceso (anulando el procedimiento legalmente exigible de conformidad con el artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal vigente aplicables para cada avocamiento).

Primer Avocamiento: 19 Enero de 2021	Segundo Avocamiento: 27 de Enero de 2022
<p><i>Informes de Seguimiento de Medidas Preventivas:</i></p> <p>Primer Informe: SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I (agregado en el expediente mediante providencia 19 de Enero de 2021 cuando se abre el Expediente). <i>Instructivo de Gestión Procesal aplicarse: 20 de Julio de 2020 y vigente hasta el 19 de enero de 2021</i></p> <p>Segundo Informe: SCPM-IGT- INICPD-2021-025-I (agregado en el expediente mediante providencia 07 de abril del 2021)</p> <p>Tercer Informe: SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I (agregado en el expediente mediante providencia 25 de agosto de 2021)</p> <p><i>Mediante Resolución de fecha 19 de Enero de 2022 se declara la Nulidad del procedimiento administrativo sancionador a partir de la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020.</i></p>	<p><i>Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas:</i></p> <p>Cuarto Informe: SCPM-IGT-INICPD-007-I (agregado en el expediente mediante providencia 02-06-2022)</p> <p><i>Debiendo el Segundo y tercer Informe seguir el procedimiento establecido en el Art. 58 del Instructivo vigente con fecha 23 de Junio de 2021 y <u>no fue puesto en conocimiento al Intendente General Técnico</u>, ya que la Intendencia General Técnica al recibir el Informe autorizaría la apertura del Expediente y el inicio del procedimiento de investigación en el término de 3 días, <u>esto no se hizo</u>.</i></p> <p><i>Instructivo de Gestión Procesal aplicarse: 23 de Junio de 2021</i></p>

<p><i>La INICPD mediante providencia 16 de febrero de 2022 resuelve agregar al Expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020 POR SEGUNDA VEZ los Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas y SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, esto en ocasión a la nulidad declarada.</i></p> <p><i>Estos informes que fueron agregados por SEGUNDA VEZ AL EXPEDIENTE, debió seguir el procedimiento establecido en el Art. 58 del Instructivo vigente con fecha 23 de Junio de 2021 y no fue puesto en conocimiento al Intendente General Técnico, ya que la Intendencia General Técnica al recibirel Informe autorizaría la apertura del Expediente y el inicio del procedimiento de investigación en el término de 3 días, esto no se hizo, rigiéndose al Segundo Avocamiento 27 de Enero de 2022.</i></p>	
---	--

La CRPI y la INICPD, distorsionaron el procedimiento, tanto en el primer avocamiento como en el segundo avocamiento:

Primer Avocamiento	Segundo Avocamiento
---------------------------	----------------------------

<p>- <i>La CRPI omitió dentro del término previsto (5 días), ordenar a la Intendencia <u>abrir el expediente de investigación;</u> y es, mediante Resolución emitida en fecha; <u>28 de Diciembre de 2020 (11 días término posteriores del término previsto y SIN SUSPENDER TERMINOS y no dentro de los 5 días como debió hacerlo)</u>, ordena iniciar la etapa de investigación, cuando lo correcto, conforme lo señala el Art. 58 del Instructivo de Gestión Procesal, era que la CRPI, debía ordenar a la Intendencia, abrir el expediente de investigación, la CRPI omitió el procedimiento, es decir, precluyó el término previsto, caducando sus facultades.</i></p> <p><i>La CRPI al omitir los 5 días para ordenar a la INICPD abrir el Expediente no debió conceder 5 días a los operadores, para que presente las observaciones, como lo sostiene el Art. 58 del referido Instructivo de Gestión Procesal emitido el 20 de Julio de 2020 y vigente hasta el 19 de enero de 2021 (desvirtuando todo el procedimiento).</i></p> <p>- <i>La Intendencia omitió dentro del término previsto (3 días) conforme lo ordena el Instructivo vigente a esa fecha, antes del 20 de enero de 2021, iniciar la etapa de investigación, cuyo trámite se realizaría de conformidad a la LORCPM y su Reglamento, y así, es que mediante providencia de fecha 23 de febrero de 2021 procede a ordenar el inicio de la etapa de investigación (discurriendo un término ilegal y desproporcionado de</i></p>	<p><i>Se omitió todo el artículo establecido en el Art. 58 del Instructivo.</i></p> <p><i>La Intendencia no puso en conocimiento del Intendente General Técnico; y, de la Comisión de Resolución de Primera Instancia el Informe.</i></p> <p><i>La Intendencia General Técnica, en el término de tres (3) días de recibido el informe, no autorizó la apertura del expediente y el inicio del procedimiento de investigación.</i></p>
---	---

25 días, que van desde la fecha 19 de enero de 2021 de la providencia emitida por la Intendencia hasta la providencia
23 de febrero de 2021, está claro que esta última es extemporánea.

La INICPD SIN SUSPENDER LOS DESCRITOS TERMINOS PREVISTOS COMO LO PERMITE EL COA EN SU ART. 162,2, decidió apartarse de ese procedimiento y pedir “Criterio Jurídico”, sobre el procedimiento en cuestión, debiendo, una vez abierto el expediente en el término de tres (3) días, iniciar la etapa de investigación, en este sentido, no hubo correspondencia entre los términos previsto en el Art. 58 del Instructivo de Gestión Procesal emitido el 20 de Julio de 2020 y vigente hasta el 19 de enero de 2021, alterando y viciando de nulidad absoluta el presente expediente. Se violó la norma procesal.

La CRPI consideró solicitar a la INICPD que proceda a incluir el Informe de Seguimiento de la Medidas Preventivas Nro. SCPM-IGT-INICPD-007-I dentro del Expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, mediante resolución de fecha 02 de Junio de 2022, a las 09h37, debido a tratarse del análisis de los mismos hechos, considerando que:

“[76] De lo expuesto, y de acuerdo con la revisión de la información que obra del expediente, se podría colegir que el operador económico SUMESA ha manejado una campaña estratégica y sistemática de comparación desde la imposición de las medidas preventivas. En la cual se podría considerar un patrón de comportamiento bajo el esquema de una campaña publicitaria, en la que confluyen elementos similares y recurrentes de los cuales se podría presumir que en su conjunto, aluden a los productos de ORIENTAL.”

Rechazamos categóricamente, la manera en que la CRPI emite un juicio de valor cuando alega sin ningún sustento factico ni jurídico ni probatorio que se trata de una

campaña estratégica y sistemática, en primer lugar debido a que dicha campaña jamás existió, la publicidad no es continuada.

La conducta continuada y sistemática es la imitación establecida en el Art. 27, 3,c) de la LORCPM, y dicha conducta no fue denunciada ni investigada, estamos en completo estado de indefensión. Si se quería investigar una supuesta campaña sistemática que no ha sido continua, se debió aplicar la Clausula General Prohibitiva ya que dicha conducta no está tipificada, y ello no se lo hizo.

Además, es la Intendencia General Técnica y no la CRPI la que debe cumplir con lo establecido en el Art. 58 del Instructivo de Gestión Procesal vigente (Segundo avocamiento- Emitido el 23 de Junio de 2021), y, solicitar a la INICPD autorizar la apertura de los expedientes por cada Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas, y, no que la CRPI lo agregue como “pieza procesal”, ya que ni la LORCPM, ni el RLORCPM, ni el COA, establece que una “pieza procesal” pueda ser investigada, es por ello, que el Art. 58 del Instructivo es claro al establecer “La Apertura del Expediente”.

Una vez Aperturados los Expedientes, la INICPD puede proceder posteriormente a la acumulación de los Expedientes por economía procesal mandatoria del Artículo 169^l de la Constitución de la Republica del Ecuador, conforme consta en concordancia con en el artículo 66 del RLORCPM párrafo primero (...)

(...)

Ni el Código Orgánico Administrativo, ni el Instructivo de Gestión Procesal contienen la definición de “pieza procesal”, y, menos aún, que a una “pieza procesal” se le aplique artesanalmente el procedimiento de Acumulación de Expedientes sin Resolución ni Motivación para supuestamente ser investigada. Una pieza procesal no puede ser investigada, tampoco existe la definición de -pieza procesal- ni en el COA ni en las definiciones del Instructivo de Gestión Procesal.

Si observamos, los avocamientos, la aplicación del procedimiento establecido en el Instructivo de Gestión Procesal referente al Art. 58 vigente para cada avocamiento establece la “Apertura de un Expediente” y no la ilegal acumulación de “piezas procesales” de manera artesanal sin seguir un debido proceso.

(...)

En consideración a lo expuesto, es claro que el Artículo 66 numeral 3 de la RLORCPM, no faculta ni otorga la competencia a la CRPI, al contrario prohíbe tal motivación- que se trata de una campaña estratégica y sistemática: la CRPI no

*puede inventar un nuevo proceso para forzar una acumulación de expedientes sin hacerlo mediante Resolución en base a una falsa e inexistente **campana estratégica y sistemática**, en primer lugar debido a que dicha campaña jamás existió, **la publicidad no es continuada, y así lo ha demostrado el mercado relevante temporal.***

(...)

*Señores Comisionados, en ambos casos, tanto con el primer avocamiento como en el segundo, se puede observar que tanto la CRPI como la INICPD, al no realizarlo dentro del término previsto en el Instructivo de Gestión Procesal vigente desde que avocan conocimiento, nulitaron el procedimiento, **y al no ser subsanable esta nulidad conforme lo señala el COA, pues el proceso actualmente es NULO**, hubo una incorrecta aplicación de la norma, en tal sentido, no mantuvieron la eficacia del artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal Vigente, debieron aperturar y abrir **nuevos Expedientes** por cada Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas ya que cada uno presenta plazos y términos distintos conforme a cada una de las reformas del Instructivo de Gestión Procesal.*

(...)

Como podemos observar en ambos avocamientos, el acto administrativo resultante de un procedimiento en los cuales se hayan permitido o distorsionado el trámite en el debido proceso, violando derechos previstos en la norma aplicada y a las garantías constitucionales, provoca vulneraciones a la seguridad jurídica y nulidad absoluta.

(...)

La INICPD, vicia de irregularidad el procedimiento, alterando evidentemente su sentido procesal, por la formalidad legal incumplida que conlleva a la nulidad absoluta por violación de norma- de conformidad con los presupuestos establecidos en el Artículo 105 del Código Orgánico Administrativos (en adelante COA), numerales 1, 2, 3 y 4 que señala:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

- 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.***
- 2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.***
- 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.***

4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.

(.....)

***El acto administrativo nulo no es convalidable.** Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable.*

*El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare **o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico** o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, **es nulo.**”*

El artículo 58 del Instructivo es claro y preciso, no está en contención ni en contradicción con ninguna norma jerárquica, el querer justificar un nuevo procedimiento señalando que la norma se torna inaplicable, cuando la antinomia versa de normas de distintas jerárquicas se debe resolver a través de la aplicación de la norma jerárquica, no es más de enmendar su error por la irregularidad del procedimiento legalmente establecido.

(...)

Como vemos, no existe motivación, sino solo un intento de justificación artesanal no haber cumplido con los términos (sin haberlos suspendido como lo permite el COA) previstos en el Art. 58 del Instructivo de Gestión Procesal vigentes.

(...)

Como hemos visto, Intendencia perdió su competencia en razón del tiempo ya que dictó su Acto Administrativo cuando ya no podía hacerlo, sin suspender los términos para ello, como lo permite el COA en su art. 162.

*Ahora bien, la razón por cual a la INICDP se le pasaron los términos fue al Criterio Jurídico solicitado a la INJ, que no es aplicable en este tipo de procedimiento por cuanto las presupuestos establecidos en el Art. 58 del Instructivo de Gestión Procesal vigentes, **son claros, expresos y exigibles**, y en consecuencia, no se ajusta al debido proceso, menos aún sin suspender legalmente los términos. Las actuaciones INICDP viciaron el procedimiento desde la iniciación del mismo, es decir, desde la etapa de formación.*

La verdadera norma superior Constitucional aplicable con triple sentencia reiterativa en materia de Contencioso Administrativo y de la Corte Nacional de Justicia es:

“Art. Art. 169. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia”.

*Tampoco existe motivación legal en cuanto al Art. 99,5 del COA, sino más bien un intento de justificar una ilegalidad. **La motivación debe ser coherente, no se puede supuestamente motivar para violar el debido proceso, ello es inmotivable.***

La CRPI y la Intendencia no son libres de aplicar en forma “indiferenciada” cualquier tipo de procedimiento, se violaron normas de orden jurídico en el presente procedimiento, que la administración estaba obligada a acatar en sus actuaciones, vulnerando el Debido Proceso y la tutela judicial efectiva, conforme a lo establecido en los siguientes cuerpos normativos:

(...)

Estamos en presencia de varias formalidades legales incumplidas y lo vamos a repetir muchas veces, *constituídas en infracciones por vicio de procedimiento que conlleva a un medio de nulidad del acto administrativo por violación de norma relativa al procedimiento administrativo de conformidad con el artículo 105 del Código Órgano Administrativo; que taxativamente indica las causales de nulidad del acto administrativo por el que se declare o constituyen en violación del ordenamiento jurídico en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, **la Administración no es libre de aplicar en forma “indiferenciada” cualquier tipo de procedimiento, cuyo procedimiento se encuentra legalmente establecido y claramente definido en los Instructivos aplicables vigente (Art. 58).***

(...)

*La norma es clara no existen **DOS MODALIDADES,** expresa de manera directa **UNA MODALIDAD** que: **“Ante el presunto cometimiento de una de las infracciones tipificadas en la LORCPM, que por su naturaleza no constituya una conducta anticompetitiva la Intendencia respectiva emitirá un informemotivado, el cual será puesto en conocimiento del Intendente General Técnico; y, de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en los casos que traten respecto del seguimiento del cumplimiento de una de sus resoluciones.”***

*Los supuestos de la norma en su primer párrafo, es un texto único y sin interrupciones, señala el **PROCEDIMIENTO GENERAL PARA LA SUSTANCIACIÓN Y APLICACIÓN DE SANCIONES NO DERIVADAS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. El termino “y” utilizado en el texto de la norma que señala:** “el cual será puesto en conocimiento del Intendente General Técnico; **y,** de la Comisión de Resolución de Primera Instancia”, es una*

conjunción “es la unión”, tiene que ejecutarse ambas acciones (es una modalidad) NO DOS MODALIDADES como quiere hacer creer la INICPD.

Oriental en su escrito de alegatos presentado el 12 de abril de 2022, a las 13h37, signado con el ID 234487, señala que el informe debe ser puesto en conocimiento del Intendente General Técnico, es claro, que existe UNA SOLA MODALIDAD.

*La CRPI y la Intendencia no son libres de aplicar en forma “indiferenciada” cualquier tipo de procedimiento, se violaron normas de orden jurídico en el presente procedimiento, que la administración estaba obligada a acatar en sus actuaciones, vulnerando el Debido Proceso y la tutela judicial efectiva al no realizarlo dentro del término previsto en el Instructivo de Gestión Procesal vigente desde que avocan conocimiento, nulitaron el procedimiento, **y al no ser subsanable esta nulidad conforme lo señala el COA, pues el proceso actualmente es NULO**, hubo una incorrecta aplicación de la norma, en tal sentido, no mantuvieron la eficacia del artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal Vigente, caducando sus facultades.*

[137] Por otra parte, SUMESA se refirió a una vulneración de sus derechos fundamentales en los siguientes términos:

Señores Comisionados, en fecha 12 de julio de 2019, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante, “CRPI”), mediante Resolución dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-015-2019, dispuso adoptar contra el operador económico Sumesa, el cumplimiento de las siguientes Medidas Preventivas:

*“2. ADOPTAR y disponer el cumplimiento de las siguientes medidas preventivas: a) El operador económico SUMESA S.A., a partir de la notificación con la presente Resolución deberá **cesar cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta al operador económico ORIENTAL S.A., y a sus productos**. Esta prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluidas redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc; y b) El operador económico SUMESA S.A., a partir de la notificación con la presente Resolución deberá **cesar cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorantes**. Esta prohibición aplica a la publicidad que se difunda en cualquier medio de comunicación incluidas redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.” [énfasis añadido]*

La CRPI en dicha Medida no mantuvo la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hechos a los fines de la norma, sin cumplir los trámites y

requisitos para su validez y eficacia, es decir, no reúne con las condiciones de procedibilidad del buen derecho que establece el fumus bonus iuris y el periculum in mora, siendo esta medida totalmente desproporcionada e inadecuada.

Si Usted examina, los dos referidos literales adoptados en la Medida Preventiva observará que no mantiene la proporcionalidad y adecuación, traspasa la tolerancia al censurar el derecho a la libre expresión vulnerando Derechos Fundamentales, aceptar este tipo de restricciones implicaría un clara violación no solo de derecho a la libertad de expresión, sino también a la libre concurrencia en el mercado de conformidad con el Artículo 4 numeral 5 de la LORCPM15, al derecho que tiene los consumidores a estar informados, de conformidad con el artículo 18 y 52 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁶

La razón y el propósito de la administración, es alcanzar la finalidad del interés público a cuyo servicio debe actuarse toda la Potestad Administrativa, en este sentido, se le está coartando el Derecho de la Publicidad que es lícita tanto al consumidor y como al operador económico, obsérvese lo desproporcionado e inadecuado de la Medida cuando:

- *Se prohíbe la publicidad en todos los medios de comunicación, redessociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.,*
- *Se prohíbe de realizar cualquier tipo de alusión directa o indirecta a oriental, tanto a los productos de oriental, además de otros competidores.*

Pero lo más grave aún, es que a través de ese mandato del ius prohibendi otorgarlo en esta Medida, quien le dio facultades de imputar al libre albedrío del operador económico Oriental que señale caprichosamente lo que el considere indirectamente todo lo que cree que hace alusión a sus productos y a oriental bajo la aquiescencia de la Medida Preventiva otorgada por la CRPI, como es el caso, de los colores, la tarrina, figuras geométricas, precios, gramaje y cualquier mera suposición caprichosa que indique el operador económico oriental, la Intendencia le dice Amén y le otorga la Bendición, como se muestra en conclusiones de los Informes de Seguimientos:

Tal como consta en el Informe N°. SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I de fecha 03 de diciembre de 2020, se concluye:

- ***De la publicidad analizada, esta Autoridad observó que SUMESA S.A., compara su producto con el de un supuesto competidor cuyo empaque usa los mismos colores que los del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, además en sus publicidades hace referencia a una “tarrina” de plástico y al precio PVP \$1.70 y 1.75 de “Otros tallarines blancos”, lo cual podría ser una***

manera indirecta de referirse al producto del operador ORIENTAL S.A.; en este sentido, la publicidad utilizada por el operador económico se podría contraponer a lo dispuesto por la CRPI en el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019.

Tal como consta en el Informe N°. SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I de 16 de marzo de 2021, se concluye:

- De la publicidad analizada en TV, radio, redes sociales y material físico analizado en las consideraciones del presente informe, esta Autoridad observó que SUMESA utiliza en su publicidad “CARAPAZ” de manera física y se refiere, a una “tarrina” de plástico y los PVP más de \$1.70, además utilizaría colores un empaque con combinación de colores: amarillo, azul, rojo y blanco, lo cual podría ser una manera indirecta de referirse al producto del operador ORIENTAL S.A., en este sentido, la publicidad se podría contraponer a lo dispuesto por la CRPI en el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019.

Tal como consta en el Informe N°. SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I de 6 de Julio de 2021, se concluye:

- De la publicidad transmitida en medios de comunicación (televisión, radio y prensa), este órgano de investigación observó que SUMESA utiliza en su publicidad “CARAPAZ”, de manera física y referencial, a) una “tarrina” de plástico; b) PVP más de \$1.70; c) colores del empaque; y, d) el gramaje (400g); el uso de estos elementos podría entenderse como una manera indirecta de referirse al producto “FIDEO CHINO ORIENTAL” del operador ORIENTAL S.A., en este sentido, la publicidad del operador podría contraponer a lo dispuesto por la CRPI en la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019

Tal como consta en el Informe N°. SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I de 25 de marzo de 2022, se concluye:

- De la publicidad adjunta por el operador GRÁFICOS NACIONALES y de la publicidad identificada en la página de FACEBOOK del operador SUMESA, esta Intendencia identificó que debido a los elementos (1.- tarrina platica; 2.- color del empaque; y, 3.- el precio del producto) que componen la publicidad, esta podría considerarse como una manera indirecta de referirse a ORIENTAL, en particular al producto “Fideo Chino ORIENTAL”, en consecuencia, esto podría ir en contra de la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019

Todas las suposiciones que se le ocurra señalar Oriental fueron recogidas bajo el velo de lo “indirectamente” aludiendo inciertamente una pseudo vinculación, Oriental no es dueño absoluto de los colores, ni de las tarrinas, ni a los precios, ni al gramaje, como lo pretende hacer ver, so pretexto de la cuestionada Medida Preventiva, a pesar de que de ninguna publicidad hace alusión a marca ni a producto ni empresa alguna para determinar que se está alusión ni directa ni indirectamente, el derecho no se sustenta en meras conjeturas y suposiciones de estar incurso en el incumplimiento de la Medida Preventiva, por ser estos hechos inexistente, y la inexistencia es nada jurídico, no se puede sacar elementos de convicción en base repito de conjeturas y suposiciones, totalmente antijurídico viciado de irregularidades que no aguanta una revisión Constitucional.

Si Sumesa presenta un pauta publicitaria con el color amarillo/rojo/blanco, bajo el amparo de la cuestionada medida preventiva se prejuzga y se señala que se está haciendo indirectamente alusión a Oriental. Los colores son libres, siendo esto un abuso de Autoridad bajo el amparo de una Medida desproporcionada e inadecuada que vulnera los derechos fundamentales, que no aguanta una revisión Constitucional, cuando sin ningún valor probatorio se le otorga veracidad a un elemento incierto, un razonamiento incorrecto que trata de darle un razonamiento correcto.

En los Informes de Seguimiento de Medidas Preventivas se preconstituyó indirectamente a Oriental en dueño de cualquier elemento que se le ocurra señalar en la publicidad amparado bajo ese indirectamente, siendo esto un hecho reprimible de todo punto de vista que no produce efecto jurídico válido por su radical antijuridicidad e inconstitucionalidad, este hecho contrario a Derecho, no puede ser convalidado por la administración por cuanto afecta Derechos fundamentales a mi representada al restringirle su derecho a la libertad de expresión, a la libre concurrencia al mercado, sino que también vulnera los Derechos al consumidor de estar informados. Debe prevalecer el bienestar general de los consumidores con el contenido de la información que recibe a través de la publicidad, que sabe la importancia que está reviste.

Si se analiza detalladamente la medida preventiva se evidenciará que es contraria a derecho, que la administración ha pretendido tutelar violando, el orden jurídico de manera ilegítima, cuando le otorgó el ius prohibendi al solicitante de manera desproporcionada e inadecuada, destinada a prohibir a Sumesa todo tipo de publicidad en la esfera de su actividad comercial.

(...)

No existen expresos señalamientos de la Autoridad de las razones válidas para calificar la supuesta afectación al solicitante; la medida preventiva prescinde de toda valoración y motivación (ausencia de causa) no constan en el expediente en qué derecho se basó la CRPI al decidir la medida preventiva, sino que adoptó de manera directa e inmediata lo solicitado por oriental, sin motivación alguna, no la adecuó a los principios de proporcionalidad y adecuación que la ley señala. Estas prohibiciones parecen más bien fundamentarse en la idea de que es mejor tener al público ignorante, que confiarle información que podría ser de su interés, el consumidor tiene derecho a conocer lo que consume para no correr el peligro de escoger un producto de inferior calidad y más caro, el consumidor sabe que necesita de la publicidad para informarse de las bondades de los productos.

(...)

Por todas estas consideraciones se puede constatar que no existen elementos de juicios para declarar incumplimiento de la Medida Preventivas por ser un hecho procedimiento contrario al ordenamiento plagado de inconstitucional e ilegalidad, la administración no puede convalidar actos con vicios de irregularidades y sustentarse en mera conjeturas y suposiciones, el derecho no se sustenta en meras suposiciones.

Señores Comisionados, los derechos constitucionales son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, y constituyen las bases del orden social que tutela y garantiza la Constitución.

(...)

Señor Intendente (SIC), hay gran vulneración a mi representada de sus derechos fundamentales, entre ellos su libertad de expresión. No puede desconocerse la importancia radical que representa el Derecho Fundamental de la Libertad de Expresión, y en el caso que nos ocupa el Derecho a la Libertad de expresión comercial, que le permite al consumidor escoger libremente, sin limitación, ni restricción alguna los productos que consume, su calidad, composición, y precios (Art. 52 de la Constitución); el consumidor conoce la gran importancia que reviste la publicidad en especial la publicidad comparativa legal para estar informado ampliamente.

No se puede imponer limitaciones a la información a la que tienen derecho los consumidores, tratar de justificar dicha restricción utilizando más argumentos parcializados en favor de un operador económico, que al propio consumidor, quien es al que va dirigido el producto, colocándolo en minusvalía de que no se informe:

ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN.

(...)

*Entendemos que ante una situación de extrema gravedad que implique la divulgación de mensajes que inciten al odio, obscenidades a las buenas costumbres se aplique, y se suspenda de inmediato en todos los medios, sería la regla general de una censura, y este no es el caso, estamos en presencia de una medida desproporcionada e inadecuada **por la aplicación errónea de la prohibición.***

No existe un hecho cierto ni en el expediente principal ni en la solicitud de la medida (meras conjeturas) que implique las condiciones de procedibilidad de un buen derecho (Fumus boni iuris) que le asista al operador económico solicitante, ni tampoco la peligrosidad en que este sometido ese derecho (periculum in mora), sino que se basa en sus análisis en un temor infundado por parte de Oriental bajo la premisa del elemento “indirectamente”.

*En los análisis del seguimiento de las Medidas Preventivas se está investigando por un temor infundado ya que no se ha demostrado daño alguno en la causa principal que originó la Medida Preventiva, **que a todas luces brilla por parcializada** la Intendencia en su aplicación, a favor del solicitante, no se puede ser Juez y parte, el derecho no se prueba con meras conjeturas y suposiciones falaces ni subjetivas.*

Tal como se puede comprobar en el Informe, la Intendencia reconoce a otros operadores con sus mismas características. Y no solamente los reconoce, sino que también de manera ilegal hace extensiva la medida a otros operadores económicos que no se sintieron aludidos ni directa ni indirectamente

[138] En tercer lugar, SUMESA alega que la publicidad emitida no contiene referencia alguna hacia el operador económico ORIENTAL

*La alusión puede tener por objeto el nombre del producto objeto de la comparación, frecuentemente identificado por la marca. No es el caso presente, ya que en la publicidad se menciona a “**otros tallarines**”.*

También se realizan comparaciones públicas utilizando eslóganes consolidados que el público identifica sin dificultad con el competidor aludido, todos ellos como elementos distintivos que se refieren a dicho origen empresarial. Tampoco es el caso presente ya que Sumesa no usa ningún slogan de los “otros” competidores y menos aún de oriental

Así, la doctrina jurisprudencial Europea considera que:

“cuando el consumidor medio percibe la utilización en un anuncio de un signo similar a la marca de un competidor del anunciante como una referencia a ese competidor o a los bienes y a los servicios que ofrece, hay publicidad comparativa”

En el presente caso, el consumidor promedio no percibe el uso de la palabra “otros tallarines” como una referencia a oriental.

(...)

En la doctrina jurisprudencial española, en el caso Coca Cola/Pepsi¹⁸, se señala que no había en el anuncio enjuiciado una referencia expresa del anunciante a su competidora, sino solo una mención a -otro refresco de cola-. La ausencia de alusión a juicio del tribunal es la que lleva a considerar que no realiza una comparación, confrontación o equiparación real y efectiva con ninguna otra marca. En este caso, Sumesa no efectúa ninguna comparación, confrontación ni equiparación con ninguna de sus competidoras, y nuevamente, menos aún con oriental, es decir, no existe ninguna referencia inequívoca.

Pero abundemos en Jurisprudencia señor Intendente (SIC). El Jurado de Publicidad Español¹⁹ consideró que es publicidad comparativa la que en un folleto promocional dirigida a profesionales tiene por objeto comparar dos eliminadores de olores, pues se realiza una referencia inequívoca a un producto competidor y recoge una comparación entre el producto competidor al que se alude y al del anunciante (habiendo sólo dos competidores en el mercado), y esta comparación pretende demostrar la superioridad del producto del anunciante (capaz de eliminar cuatro tipos de olores y diferente) y el del competidor (que no puede eliminar algunos de ellos). Se recalca que este caso es entre dos competidores en el mercado, lo cual causa que por método de eliminación, exista una referencia unívoca al único competidor restante en el mercado. En el presente caso, no son los únicos competidores en el mercado por cuanto existe otro operador económico como lo es Supermaxi, de ahí que la alusión de Sumesa a “otros tallarines” sea en plural y no en singular.

(...)

Como vemos, la publicidad no contiene referencia expresa alguna del anunciante hacia oriental. Se efectuó la mención a otros tallarines, que lamentable y erradamente oriental identifica consigo misma. En este sentido, la Resolución del Tribunal Supremo español 126/1997 que consta como Anexo 1 a este documento, señala en el último párrafo de la página 3:

“Es pura deducción subjetiva, so pretexto de mantener una posición predominante en el mercado, atribuirse la condición de víctima del anuncio cuando es evidente que son varias las "otras colas" existentes en el mercado.”

Así las cosas, habiendo otros competidores en el mercado, y la alusión que se efectuó es a “otros tallarines”

Igualmente, mediante otra sentencia del Tribunal Supremo Civil español²¹, en un caso en el que se estudia una comparación entre la oferta de dos competidores con la finalidad de destacar que los precios de unos productos eran mejores para los consumidores que los de otros, se considera que la referencia al competidor no es expresa, pero si inequívoca si los destinatarios podían identificar claramente al competidor. En este caso existía referencia inequívoca sin que pueda llevar a error sobre la identificación del competidor. Nuevamente Señor Intendente (SIC), Sumesa y oriental no son los únicos competidores en el mercado, por tanto no existe referencia o alusión inequívoca hacia oriental.

De lo anterior, se puede apreciar que las menciones genéricas, referidas al resto de competidores cuando son más de dos, como la mención genérica “otros”, sin hacer ninguna referencia expresa a un competidor, no pueden constituir un supuesto de comparación desleal, así lo recalca la Sentencia de la Autoridad Provincial de Vizcaya, Sección 4ª de 29 de diciembre de 1999, AC 1999, 8496, en la que se mencionan de forma genérica a las agencias de publicidad no asociadas, sin mencionar concretamente ninguna.

(...)

Como vemos, las abundantes Doctrina y la Jurisprudencias nos dicen que no existe alusión inequívoca hacia oriental en este caso. Más allá de que la comparación a “OTROS TALLARINES” es lícita, se reafirma que no existe pues, alusión ni referencia inequívoca hacia ninguno de nuestros competidores.

Lo determinado en la Jurisprudencia Nacional es justamente lo que hemos esgrimido a través de varios escritos y lo hacemos ahora también. Sumesa no ha violentado la Resolución de la CRPI en ningún momento, lo cual con estas argumentaciones y observaciones queda demostrado.

[139] Posteriormente, SUMESA señala que las medidas preventivas impuestas había sido cesadas y que por tanto, durante ese período no debió realizarse el seguimiento correspondiente de su cumplimiento

Señores Comisionados, debo hacer a su conocimiento las siguientes consideraciones en referencia al Cese de las Medidas Preventivas: el Artículo 7826 del RLORPM es muy claro en manifestar en sus supuestos de hecho en los cuales establece que las medidas preventivas cesarán por dos situaciones jurídicas:

La Primera: que “cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga”

En el caso en cuestión, en la primera situación jurídica no ha sido determinada en la adopción de la medida preventiva el plazo que disponga el cese, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD) que remita a la CRPI un informe trimestral mediante providencia de fecha 17 de Julio de 2019.

La segunda: “o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento”.

En fecha 29 de septiembre de 2021 la CRPI resolvió la causa principal y puso fin al procedimiento, cumpliéndose el presupuesto de derecho del referido artículo, por lo que ya se tiene una fecha cierta de cese de la medida preventiva.

Producto de la resolución que pone fin al procedimiento principal, el Superintendente de Control de Poder de Mercado, bajo la consideración que está directamente relacionado con el Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2019, dispone a la CRPI mediante providencia de fecha 10 de Noviembre de 2021, que informe la situación jurídica de las medidas preventivas dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2019.-

La CRPI en fecha 11 de noviembre de 2021 procede a informar la situación jurídica de las medidas preventivas, y en su considerando [14] estableció lo siguiente que:

“De acuerdo con la Resolución emitida por la CRPI el 29 de septiembre de 2021, dentro del expediente SCPM-CRPI-013-2021 que pone fin al procedimiento de investigación”

Jamás se dispuso el cese al seguimiento de las medidas preventivas, pero sí hubo resolución final (29 de septiembre de 2021) que pone fin al procedimiento principal estableciéndose sanción pecuniaria y medidas correctivas, por tanto, el 29 de septiembre de 2022, cesaron las medidas preventivas.

Para reforzar lo anterior, el Superintendente de Control de Poder del Mercado mediante providencia de fecha 15 de Noviembre de 2021, señala que de la revisión de la respuesta de la CRPI en providencia 11 de Noviembre de 2021 se observa que

no se encuentra atendida, ya que se requirió se **informe a esta autoridad, la situación jurídica de las medidas preventivas** dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del Expediente Administrativo SCPMCRPI-015-2019.

La CRPI mediante providencia de fecha 16 de Noviembre de 2021, en sus considerando señala:

“[9] Que, de acuerdo con lo que establece el artículo 78 del RLORCPM la resolución emitida por la CRPI el 29 de septiembre de 2021, dentro del expediente SCPM-CRPI-013- 2021 pone fin al procedimiento de investigación y sanción.

“[10] Que, conforme lo señalado en líneas anteriores, la CRPI informará al Superintendente de Control del Poder de Mercado que la situación jurídica de las medidas preventivas dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del presente expediente es de cese.”

En su Disposición Segunda de la referida providencia dispone:

“SEGUNDO.- INFORMAR que, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, la situación jurídica de las medidas preventivas dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del presente expediente **es de cese.**”

La providencia de la CRPI es clara y precisa al determinar la fecha de cese de la medida preventiva en su considerando [9] de la providencia de fecha 16 de Noviembre de 2021 de acuerdo con lo que establece el presupuesto del artículo 78 de RLORCPM, que señala que es cuando **se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento, siendo esta la resolución emitida por la CRPI el 29 de septiembre de 2021, dentro del expediente SCPM-CRPI-013-2021 que pone fin al procedimiento de investigación** conforme a lo señalado por la CRPI en el referido considerado.

Elemento este de juicio, que en efecto, tomó el propio Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante providencia de fecha 17 de Noviembre de 2021 para inhibirse del conocimiento del Recurso de Apelación a la solicitud de Revocatoria que hicieramos de las medidas preventivas. El Superintendente fue categórico en manifestar que:

“(…) acorde lo señala el artículo 78 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, la adopción de la resolución en el procedimiento, cesa las

medidas preventivas, en razón que se ha expedido la resolución definitiva, por lo que, las medidas tomadas para prevenir un daño ya no son pertinentes, pues, como ha sucedido en el presente caso, se han adoptado medidas correctivas definitivas para corregir y eliminar el daño identificado”.

Por cumplirse los presupuestos del artículo 78 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, el señor Superintendente en su Resolución de fecha 17 de Noviembre de 2021, a las 17h00 dentro del Expediente SCPM-DS-INJ-RA-016-2021, señala que:

*“**DECISIÓN.-** Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y el artículo 78 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM esta Autoridad, se **INHIBE** del conocimiento y resolución del Recurso de Apelación presentado por el operador económico SUMESA S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 14 de septiembre de 2021 a las 15h49 con número de trámite ID. 207323, por cuanto “ipso jure”, las medidas preventivas han cesado. En consecuencia se dispone el archivo del presente expediente, por cuanto el objeto de la impugnación no se encuentra en vigencia.-*

En sentido, es absurdo que dentro período del cesación de las medidas preventivas (3 meses, y 12 días) se tomen como elementos de juicio las publicidades transmitidas para el supuesto incumplimiento de las medidas preventivas desde el 29 de septiembre de 2021 hasta el 12 de enero de 2022, fecha en que el Superintendente rectifica y sustituye el numeral TRES de la resolución de fecha 07 de enero de 2022, por el siguiente texto:

“En mérito de la nulidad declarada en el numeral DOS, al no encontrarse materializados los presupuestos previstos en el artículo 78 del RLORCPM, las medidas preventivas solicitadas por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., se encuentran vigentes”.

Como queda visto, entre el 29 de septiembre de 2021 y el 12 de Enero de 2022, cesaron las medidas preventivas.

En el período de cese de las medidas preventivas, no puede haber seguimiento de las mismas, ya que ellas no existieron, en virtud de que existió una resolución que pone fin al procedimiento, por lo que al cumplirse con el artículo 78 del RLORCPM

las medidas preventivas habían dejado de existir en el mundo jurídico, en tal sentido, la CRPI no debe considerar las publicidades analizadas por la INICPD en el Informe de Seguimiento de Resultado Nro. SCPM-INICPD-DNICPD-007-2022 de fecha 21 de Julio de 2022 ni en la Formulación de Cargos de fecha 22 de Julio de 2022 durante el período de cese de las medidas preventivas (desde el 29 de septiembre de 2021 hasta el 12 de enero de 2022, siendo esto, 3 meses 12 días).

[140] SUMESA también hace referencia a la temporalidad de la conducta investigada por la INICPD en los siguientes términos:

*Señores Comisionados, cómo se puede considerar la propuesta de sanción realizada por la DNICPD, cuando se observa en la duración de la infracción su temporalidad **INEXACTA** determina 1.5, y, así lo señala en la metodología y variables aplicados, siendo: D: en cuanto a la duración de la infracción, al considerar (1) por cada año y (0.5) por su fracción, la temporalidad, estaría comprendida 1 año y 3 meses, en tal sentido, corresponde un valor de (1.5).*

Así consta en la Pagina 135 del Informe Final en el acápite de conclusiones señala:

“En cuanto a la temporalidad de la infracción, se identificó que el presunto incumplimiento de la medida preventiva dispuesta en el literal a) de la resolución 12 de julio de 2019 dictada por la CRPI, tendrían una duración desde 17 de septiembre de 2020 hasta diciembre de 2021. Por otro lado no se identificaron factores estacionales en este mercado.”

*“Respecto de la temporalidad de las conductas, la DNICPD, identificó que el presunto incumplimiento de la medida preventiva dispuesta en el literal a) de la resolución 12 de julio de 2019 dictada por la CRPI, tendrían una duración desde 17 de septiembre de 2020 hasta, **al menos, diciembre de 2021.**”*

*Al menos . . . , es decir Señores Comisionados, **las publicidades no son continuadas**, tienen una duración, una temporalidad determinada que no ha sido determinada por la Intendencia en la Etapa de Investigación.*

[141] Sobre el mercado relevante SUMESA presentó el siguiente alegato:

La DNICPD realizó un COPY AND PASTE del mismo mercado relevante DETERMINADO en el Expediente SCPM-IGT-INICPD-027-2019, no se profundizó en la indagación en el plazo adicional, la prórroga de 180 días

adicionales debía permitir al órgano investigativo sustanciador, identificar y motivar de manera clara los presupuestos técnicos y jurídicos que ha encontrado dentro del expediente administrativo en la definición del mercado relevante, la retrotracción dispuesta – producto consecuente de la nulidad- tenía por objeto que la administración, a través del órgano sustanciador, cumpla con el mandato contenido en el artículo 5 de la LORCPM, en concordancia al artículo 26 del mismo cuerpo legal y la normativa infra legal que norma el ejercicio de definición del mercado relevante, y en el informe de resultados producto de la etapa investigativa no se definió correctamente el mercado relevante, sino que hizo un copy paste.

[142] SUMESA también presenta sus alegatos en contra de los elementos que la INICPD utilizó en el Informe Final para señalar que las publicidades emitidas por SUMESA hacen referencia al operador económico ORIENTAL, para el efecto señala :

Señores Comisionados, la INICPD realiza un análisis de las publicidades y determina los elementos utilizados en la publicidad que podría entenderse como una forma de aludir al product de Orienta, los cuales son:

- El precio – PVP
- El Gramaje
- La tarrina plástica
- Los colores

Como, sea señalado en el expediente.

Los colores del empaque, la tarrina plástica no determina la identidad de un producto o de un operador económico.

Existe otra marca que también comercializa este exacto mismo tipo de tallarines en el mercado ecuatoriano y con exactamente los mismos colores en sus empaques y con la tarrina plástica, esa marca es Supermaxi y Aki, y evidentemente mi representada no estáhaciendo alusión ni directa ni indirecta tampoco a la Marca Supermaxi y Aki.

Resulta extraño que oriental no denuncie a Supermaxi por usar la combinación de los mismos tipo de colores en su empaque.

*Existen **dos productos adicionales** al de oriental, en el mismo mercado, con los mismos colores y con la tarrina plástica igual al producto de oriental, conforme consta en el expediente, estos son:*

- *Fideo Chino Grueso Supermaxi y,*
- *Fideo Chino Fino Supermaxi.*

*Se puede constatar en los supermercados que existen en el mismo mercado relevante, otras marcas **con los mismos colores que los productos “FIDEO CHINO ORIENTAL”**, por tanto, nadie ha hecho alusión indirecta al producto de oriental.*

De lo anterior se desprende que mi representada no ha efectuado alusión directa ni indirecta a los productos de oriental ni a los de Supermaxi. El uso de los colores y tarrina, como sus Excelencias conocen, es libre, de ahí que Supermaxi puede usar ese tipo de colores en sus productos sin tener que pasar por autorizaciones del Senadi, ni de la SCPM, ni de Oriental.

Como queda evidenciado, no hemos hecho alusión indirecta ni a oriental ni a Supermaxi.

*Reiteramos, que la marca Supermaxi que vende el mismo tipo de tallarín largo tipo chino, **también usa los colores y el uso de la tarrina plástica**, y evidentemente, nosotros tampoco hemos hecho alusión a la marca Supermaxi.*

*Es como decir que otros tipos de envases comunes, fundas o tarrinas de queso crema, determinan **de manera exclusiva** la identidad de un operador económico, ello es absurdo.*

Vale preguntarse, ¿Acaso no puede ningún otro operador económico comercializar este tipo de tallarín con la utilización de la tarrina y/o bandeja plástica en su producto debido a que estaría haciendo alusión indirecta a oriental?

¿A qué se debe que oriental no solicite medidas preventivas contra Supermaxi y Aki por usar exactamente la misma tarrina plástica?

Estamos en presencia de un acto discriminatorio en contra de SUMESA, por cuanto en el mercado ecuatoriano se comercializa este tipo de fideos, con las mismas características del producto de oriental, en tal sentido, oriental no podía sentirse aludida con esta publicidad, por cuanto existe incluso otro operador económico que también usa ese tipo de tarrinas en dos productos.

En cuanto al precio, más allá de que el valor que oriental tiene fijado en su página WEB difiere del valor que se vende en realidad este producto, lo importante es que son precios distintos comprobados y por lo tanto no se ha hecho alusión ni directa ni indirecta.

La estrategia de estos comerciales y su único objetivo, es incentivar a que el consumidor final compare precios. Eso es todo señores Comisionados.

Por los motivos anteriormente señalados, hemos comprobado que oriental no vende sus productos a USD 1,75 ni a 1,70 como lo indica su página web, siendo que, lo vende al consumidor a mayor y a menor precio (USD 1,85 y; USD 1,69), consecuentemente oriental tergiversa sus alegatos con el ánimo de engañar con elementos de juicio traídos de manera subjetiva sin sustentos válidos para seguir contumazmente causando daño a Sumesa y al consumidor final, con la intención de engañar a su Autoridad.

En conclusión, oriental no vende su producto al consumidor final a USD 1.75 y 1.70, entonces mi representada no ha hecho alusión directa ni indirecta a oriental. Como se manifestó con anterioridad, el fin perseguido en la publicidad es una manera legítima de informar a los consumidores sobre las ventajas que pueden obtener.

Lo mismo ocurre con el gramaje se demostró en el presente expediente que existen otros operadores económicos con el mismo gramaje utilizado en la publicidad, el gramaje no determina la identidad de un producto o de un operador económico.

Sumesa no ha hecho alusión directa ni indirecta a ningún operador económico.

- [143] Por último SUMESA se pronunció sobre la propuesta de sanción planteada en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 de 21 de noviembre de 2022, emitido por la INICP y señaló:

Señores Comisionados, con base en la aplicación de la metodología establecida por la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Resolución Nro. 12, la INICPD realiza el cálculo de la multa tomando en cuenta supuestamente la metodología establecida por la Junta de Regulación de la LORCPM. Sobre las variables tomadas en cuenta por la Intendencia alegamos lo siguiente:

En relación a la variable B (gravedad y afectación), la Intendencia señala que el factor de afectación, se tomó en cuenta el indicador de la dimensión del mercado afectado, de 1 al encontrarse en el percentil 95 de las ventas en la economía sector real, con el Índice Herfindahl-Hirschman (en adelante HHI) normalizado (0.120)

Señores Comisionados, el Índice Herfindahl-Hirschman (en adelante HHI) mide la concentración económica de un sector del mercado no mide el presunto cometimiento de una infracción. El HHI suele hacerse en casos de Abuso de Poder de Mercado y Acuerdos anticompetitivos, nada tiene que ver con Prácticas

Desleales. La Intendencia ha cometido errores técnicos tremendos que nulitan todo el proceso.

Sobre la Variable E (respecto a las circunstancias agravantes y atenuantes), la Intendencia, bajo estas erráticas consideraciones extrañamente identifica circunstancias agravantes y no identifica a circunstancias atenuantes, nada más alejado de la verdad, veamos:

La Intendencia, extrañamente no identifica circunstancias atenuante. Señor Superintendente, en el artículo 82 del LORCPM señala las circunstancias atenuantes para fijar el importe de la sanción (...)

(...)

Sobre el literal a.- Hemos puesto fin a la supuesta infracción. Existe Informe del Seguimiento de la Medidas Preventivas en donde se indica que hemos cumplido con la Resolución de la CRPI, por ejemplo, el Informe Nro. N°. SCPM-IGT-INICPD-2022-019-I

Sobre el literal b.-, No hemos aplicado ninguna conducta prohibida, con la presente Apelación, no está en firme la aplicación de supuestas conductas prohibidas.

Sobre el literal c.- No existe informe de daños, la Resolución OMITE desarrollar el Art 80 literal e. del RLORCPM, por tanto, no se puede reparar un daño inexistente y que no ha sido establecido por la Intendencia.

Sobre el literal d.- En el presente expediente, hemos colaborado en absolutamente todos los requerimientos de la Intendencia y de la CRPI.

Como vemos, Sumesa cumple con todos los atenuantes.

El coeficiente determinado por la CRPI no corresponde con un factor proporcional de las supuestas circunstancias agravantes para efectos del cálculo de la multa, existen todas las circunstancias atenuantes y ninguna agravante, por lo tanto, el factor no es proporcional ni adecuado, está errado totalmente.

Señores Comisionados, la INICPD en cada uno de los factores y de sus variables que determinan el cálculo de la multa, los ha calculado en base de una errática formulación, de conformidad con lo planteado anteriormente.

Todo lo anterior produce que el cálculo de la multa sea totalmente errado.

Con todos los errores de este cuadro, tiene gravísimos errores INSUBSANABLES, atribuibles a la Intendencia y no a mi representada.

6 AUDIENCIA PÚBLICA

- [144] En providencia de 17 de febrero de 2023, a las 17h10, la CRPI levantó la suspensión del término del procedimiento en fase de resolución dentro del expediente SCPM-CRPI-030-2023 y convocó a la reanudación de la audiencia pública a realizarse el 06 de marzo de 2023, a las 10h00.
- [145] La audiencia se llevó a cabo en el día y hora indicados, con la asistencia de la I, los operadores económicos ORIENTAL y SUMESA, quienes intervinieron de conformidad con la normativa y procedimiento establecido. Con acta sentada y registrada el 07 de septiembre de 2022, signada con Id. 266621.
- [146] La INICPD, durante su intervención y en lo principal, reiteró lo presentado en su Informe Final en el que concluyó que la publicidad de SUMESA estaría haciendo alusión indirecta a los productos de ORIENTAL, por lo que estaría incumpliendo lo dispuesto por la CRPI, en la letra a) de la Resolución de 12 de julio de 2019. Además, recomendó sancionar a SUMESA por infringir el artículo 78.
- [147] En cuanto a la intervención del operador SUMESA, éste reiteró los principales argumentos expuestos tanto en su escrito de alegatos como en otros escritos presentados, es decir indicó que han cumplido con las medidas preventivas; por lo que, solicitó que se determine el archivo del proceso No. SCPM-CRPI-030-2022, por no existir méritos en el presunto cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 78 de la LORCPM.
- [148] Posteriormente, ORIENTAL, como tercero interesado dentro del proceso, presentó argumentos respecto del presunto incumplimiento de SUMESA; por lo que solicitó que se declare que SUMESA incurrió en la conducta tipificada en el artículo 78 número 1 letra d) de la LORCPM, ordene medidas correctivas, y consecuentemente imponga una multa.
- [149] Durante la réplica, la INICPD indicó que todos los puntos referidos por SUMESA fueron oportunamente atendidos en el informe final; sin embargo, hizo énfasis en que la misma no avocó conocimiento dos veces como –constantemente– durante toda la investigación el referido operador económico indica. Además, señaló que la Intendencia respetó y aplicó el ordenamiento jurídico vigente. Finalmente, la INICPD indicó el método utilizado a fin de establecer la propuesta del valor de la multa.
- [150] SUMESA, durante su espacio de réplica, reiteró su posición respecto de lo manifestado durante su exposición, argumentó que en función de los términos de investigación la oportunidad de

sancionarlos precluyó. Además, nuevamente se refirió a los errores cometidos al momento de calcular la multa por concepto de sanción. Finalmente, se refirió a la fecha de cese de medidas preventivas que fue resuelta por la CRPI, y adujo que del 29 de septiembre de 2021 hasta el 12 de enero de 2022 no existían medidas preventivas, por lo que no tuvo que hacerse seguimiento de las mismas.

- [151] Una vez que SUMESA finalizó, ORIENTAL procedió a hacer uso de la palabra dentro de la réplica correspondiente. Indicó que SUMESA sí hace alusión a los fideos de ORIENTAL en su publicidad; y que, incluso, el objetivo de SUMESA era dañar las relaciones comerciales con sus consumidores. Menciona que el mercado relevante fue correctamente definido. Finalmente, se refirió a la temporalidad de las medidas preventivas.
- [152] Al no tener consultas por parte de la CRPI para los operadores económicos intervinientes o los funcionarios de la Intendencia, siendo las 12h08 se dio por concluida la audiencia.

7 VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- [153] Entre las principales alegaciones realizadas por el operador económico **SUMESA** se encuentran aquellas realizadas respecto de posibles vicios constantes en el expediente que provocarían su nulidad. En primera instancia se refiere a:

Este procedimiento de investigación presenta DOS AVOCAMIENTOS:

- *Primer Avocamiento: Con fecha 19 de Enero de 2021.*
- *Segundo Avocamiento: Con fecha 27 de Enero de 2022, luego de que se declara la nulidad de procedimiento administrativo sancionador a partir de la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020.*

En ambos avocamientos suceden irregularidades que vician el debido proceso (anulando el procedimiento legalmente exigible de conformidad con el artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal vigente aplicables para cada avocamiento).

(...)

La CRPI y la INICPD, distorsionaron el procedimiento, tanto en el primer avocamiento como en el segundo avocamiento:

- [154] Tal como señalan los artículos 106 y 107 del Código Orgánico Administrativo, la autoridad de oficio puede revisar el acto administrativo emitido, y de considerar que existe algún vicio que afecte al derecho del debido proceso de los administrados, la propia administración podrá

declarar la nulidad del procedimiento, en consecuencia, deberá reponerse al momento exacto en el que se produjo el vicio.

[155] En este sentido, la CRPI, mediante resolución de 19 de enero de 2022, resolvió:

SEGUNDO- DECLARAR la nulidad del procedimiento administrativo sancionador a partir de la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022- 2020, mediante la cual la INICPD resolvió “Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGTINICPD-0022-2020, en contra del operador económico SUMESA S.A., por el presunto cometimiento de la infracción tipificada en el artículo 78, numeral 1, literal d) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (Énfasis añadido)

[156] En complemento, la CRPI mediante resolución de 26 de enero de 2022, principalmente consideró lo siguiente:

Que, de ese punto partió el vicio y se condensó aún más en la resolución de formulación de cargos, el informe de resultados y el informe final de la investigación del expediente SCPMIGT-INICPD- 022-2020. En consecuencia, la CRPI aclara que la nulidad del procedimiento incluye la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGTINICPD-022-2020.

(...)

SEGUNDO- ACLARAR la Resolución de 19 de enero de 2022 expedida a las 09h46, indicando que la nulidad del procedimiento incluye la Resolución de 23 de febrero de 2021 expedida en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente providencia.

[157] Así, es claro que la nulidad declarada por esta autoridad retrotrajo el procedimiento administrativo al momento en el que se produjo el vicio, es decir, al 23 de febrero de 2021, fecha previa al inicio de la investigación, dejando sin efecto, por tanto, todo lo actuado a partir de esa fecha, incluyendo la resolución de inicio de investigación de la INICPD de 23 de febrero de 2021, la cual no produjo efecto jurídico en la sustanciación del presente expediente.

[158] Además de lo anterior, SUMESA alegó lo siguiente:

*Rechazamos categóricamente, la manera en que la CRPI emite un juicio de valor cuando alega sin ningún sustento factico ni jurídico ni probatorio que se trata de una **campana estratégica y sistemática**, en primer lugar debido a que dicha campana jamás existió, **la publicidad no es continuada**.*

*La conducta continuada y sistemática **es la imitación establecida en el Art. 27, 3,c) de la LORCPM, y dicha conducta no fue denunciada ni investigada, estamos en completo estado de indefensión.** Si se quería investigar una supuestacampaña sistemática que no ha sido continua, se debió aplicar la Clausula General Prohibitiva ya que dicha conducta no está tipificada, y ello no se lo hizo.*

Además, es la Intendencia General Técnica y no la CRPI la que debe cumplir con lo establecido en el Art. 58 del Instructivo de Gestión Procesal vigente (Segundo avocamiento- Emitido el 23 de Junio de 2021), y, solicitar a la INICPD autorizar la apertura de los expedientes por cada Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas, y, no que la CRPI lo agregue como “pieza procesal”, ya que ni la LORCPM, ni el RLORCPM, ni el COA, establece que una “pieza procesal” pueda ser investigada, es por ello, que el Art. 58 del Instructivo es claro al establecer “La Apertura del Expediente”.

***Una vez Aperturados los Expedientes, la INICPD puede proceder posteriormente a la acumulación de los Expedientes por economía procesal mandatoria** del Artículo 169^l de la Constitución de la Republica del Ecuador, conforme consta en concordancia con en el artículo 66 del RLORCPM párrafo primero (...)*

(...)

*Ni el Código Orgánico Administrativo, ni el Instructivo de Gestión Procesal contienen la definición de “pieza procesal”, y, menos aún, que a una **“pieza procesal” se le aplique artesanalmente el procedimiento de Acumulación de Expedientes sin Resolución ni Motivación para supuestamente ser investigada.** **Una pieza procesal no puede ser investigada, tampoco existe la definición de -pieza procesal- ni en el COA ni en las definiciones del Instructivo de Gestión Procesal.***

*Si observamos, los avocamientos, la aplicación del procedimiento establecido en el Instructivo de Gestión Procesal referente al Art. 58 vigente para cada avocamiento establece la “Apertura de un **Expediente**” y no la ilegal acumulación de “piezas procesales” de manera artesanal sin seguir un debido proceso.*

(...)

*En consideración a lo expuesto, es claro que el Artículo 66 numeral 3 de la RLORCPM, **no faculta ni otorga la competencia a la CRPI,** al contrario prohíbe tal motivación- que se trata de una **campaña estratégica y sistemática:** la CRPI no puede inventar un nuevo proceso para forzar una acumulación de expedientes sin hacerlo mediante Resolución en base a una falsa e inexistente **campaña estratégica y sistemática,** en primer lugar debido a que dicha campaña jamás existió, **la***

publicidad no es continuada, y así lo ha demostrado el mercado relevante temporal.

(...)

Señores Comisionados, en ambos casos, tanto con el primer avocamiento como en el segundo, se puede observar que tanto la CRPI como la INICPD, al no realizarlo dentro del término previsto en el Instructivo de Gestión Procesal vigente desde que avocan conocimiento, nulitaron el procedimiento, y al no ser subsanable esta nulidad conforme lo señala el COA, pues el proceso actualmente es NULO, hubo una incorrecta aplicación de la norma, en tal sentido, no mantuvieron la eficacia del artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal Vigente, debieron aperturar y abrir nuevos Expedientes por cada Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas ya que cada uno presenta plazos y términos distintos conforme a cada una de las reformas del Instructivo de Gestión Procesal.

(...)

Como podemos observar en ambos avocamientos, el acto administrativo resultante de un procedimiento en los cuales se hayan permitido o distorsionado el trámite en del debido proceso, violando derechos previstos en la norma aplicada y a las garantías constitucionales, provoca vulneraciones a la seguridad jurídica y nulidad absoluta.

(...)

La INICPD, vicia de irregularidad el procedimiento, alterando evidentemente su sentido procesal, por la formalidad legal incumplida que conlleva a la nulidad absoluta por violación de norma- de conformidad con los presupuestos establecidos en el Artículo 105 del Código Orgánico Administrativos (...)

[159] Respecto al presunto incumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 58 del IGPA, es preciso observar lo que señala dicha norma:

Art. 58.- PROCEDIMIENTO GENERAL PARA LA SUSTANCIACIÓN Y APLICACIÓN DE SANCIONES NO DERIVADAS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.- *Ante el presunto cometimiento de una de las infracciones tipificadas en la LORCPM, que por su naturaleza no constituya una conducta anticompetitiva, la Intendencia respectiva emitirá un informe motivado, el cual será puesto en conocimiento del Intendente General Técnico; y, de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en los casos que traten respecto del seguimiento del cumplimiento de una de sus resoluciones. Al informe se adjuntarán los indicios*

con los que cuenta la Intendencia.

- [160] Al tratarse el presente caso de la investigación de un incumplimiento a lo resuelto por esta Comisión, y de la simple lectura del artículo 58 del IGPA, se entiende claramente que es la CRPI quien debe conocer el informe del presunto incumplimiento realizado por el órgano de investigación y no la Intendencia General Técnica. Por tanto, el procedimiento se inició por una presunta infracción tipificada en artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM, es decir, incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de esta Superintendencia y por tanto, el hecho debió ser conocido por esta Comisión y dispuesto el inicio de la investigación por el mismo, tal como ocurrió en el presente caso.
- [161] Ahora bien, en referencia a lo alegado por el operador económico referente a una presunta inobservancia y/o incumplimiento del procedimiento previsto en el IGPA, las actuaciones constantes en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, muestran que la INICPD se encontró con una disyuntiva sobre el procedimiento a seguir, considerando el hecho investigativo, lo que producía un cruce normativo entre el IGPA y las disposiciones contenidas en la Ley, en este caso, por aplicación del artículo 425 de la Constitución de la República, por conflicto entre las disposiciones contenidas en el IGPA y la LORCPM, en virtud del principio de jerarquía normativa, siempre deberá prevalecer las disposiciones contenidas en la Ley. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado: “*Según el criterio jerárquico, una antinomia entre una norma inferior y una superior se resuelve a favor de esta última, es decir, la norma inferior no podrá ser aplicada porque no es válida por contradecir la superior.*”¹.”
- [162] Por tanto, la CRPI no encuentra sustento en las alegaciones de SUMESA pues la Intendencia, en apego a los fundamentos constitucionales, ha iniciado el procedimiento bajo aplicación de la norma jerárquicamente superior establecida en la LORCPM, hecho que fue conocido por el operador económico investigado desde el inicio del procedimiento, precautelando así la seguridad jurídica y el debido proceso.
- [163] Ahondando en lo alegado previamente, SUMESA aduce que la INICPD perdió su competencia para investigar el presunto incumplimiento de medidas preventivas, al incumplir lo dispuesto en el artículo 58 del IGPA, específicamente señalando:

Como hemos visto, Intendencia perdió su competencia en razón del tiempo ya que dictó su Acto Administrativo cuando ya no podía hacerlo, sin suspender los términos para ello, como lo permite el COA en su art. 162.

Ahora bien, la razón por cual a la INICDP se le pasaron los términos fue al Criterio

¹ Corte Constitucional para el Período de Transición, Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 1, La Hermenéutica Constitucional, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012, Quito-Ecuador, página 154.

*Jurídico solicitado a la INJ, que no es aplicable en este tipo de procedimiento por cuanto las presupuestos establecidos en el Art. 58 del Instructivo de Gestión Procesal vigentes, **son claros, expresos y exigibles**, y en consecuencia, no se ajusta al debido proceso, menos aún sin suspender legalmente los términos. Las actuaciones INICDP viciaron el procedimiento desde la iniciación del mismo, es decir, desde la etapa de formación.*

(...)

La CRPI y la Intendencia no son libres de aplicar en forma “indiferenciada” cualquier tipo de procedimiento, se violaron normas de orden jurídico en el presente procedimiento, que la administración estaba obligada a acatar en sus actuaciones, vulnerando el Debido Proceso y la tutela judicial efectiva, conforme a lo establecido en los siguientes cuerpos normativos:

(...)

*La norma es clara no existen **DOS MODALIDADES**, expresa de manera directa **UNA MODALIDAD** que: “**Ante el presunto cometimiento de una de las infracciones tipificadas en la LORCPM, que por su naturaleza no constituya una conducta anticompetitiva la Intendencia respectiva emitirá un informe motivado, el cual será puesto en conocimiento del Intendente General Técnico; y, de la Comisión de Resolución de Primera Instancia en los casos que traten respecto del seguimiento del cumplimiento de una de sus resoluciones.**”*

*Los supuestos de la norma en su primer párrafo, es un texto único y sin interrupciones, señala el **PROCEDIMIENTO GENERAL PARA LA SUSTANCIACIÓN Y APLICACIÓN DE SANCIONES NO DERIVADAS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS. El termino “y” utilizado en el texto de la norma que señala:** “el cual será puesto en conocimiento del Intendente General Técnico; **y,** de la Comisión de Resolución de Primera Instancia”, es una conjunción “es la unión”, tiene que ejecutarse ambas acciones (es una modalidad) **NO DOS MODALIDADES** como quiere hacer creer la INICPD.*

[164] Dentro del Informe Final SCPM-IGT-INICPD-030-2022, de 21 de noviembre de 2022, la INICP presenta un análisis sobre el alegato presentado por el operador económico, argumentando lo siguiente:

SUMESA fundó sus argumentos en que este órgano de investigación, habría inobservado los términos establecidos en el artículo 58 del Instructivo, por lo que, per se, las actuaciones realizadas por esta Intendencia, habrían precluido.

Ahora bien, a fin de identificar los lineamientos procesales inherentes a la figura de la preclusión, citamos lo manifestado por la Corte Constitucional², quien ha señalado lo siguiente:

*...principio general del derecho, por el cual **las etapas procesales se van cerrando sucesivamente**, es decir, la posibilidad de contradicción de las partes en las fases procesales una vez evacuadas, se cierran inevitablemente y no es posible volver atrás, ya que hacerlo implicaría un desbalance procesal entre los contendientes. (Énfasis añadido).*

En complemento, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo³ de la Corte Nacional de Justicia, respecto de la preclusión, manifestó:

*...cuando **la Ley establece tiempos dentro de los cuales debe actuar la Administración Pública, en el marco de las competencias que la Ley fija para cada ente público**, pretende limitar el ejercicio del poder público con el propósito de que la Administración no disponga ilimitadamente del ejercicio de esas competencias jurídicas; por consiguiente, ejercer actividades y expedir resoluciones **fuera del tiempo que la Ley determina**, constituye un acto de desviación de poder que carece de valor jurídico, ya que, vencido el tiempo legal, precluye la actividad pública en tomo al caso específico. (Énfasis añadido).*

Por su parte, la doctrina⁴ define a la preclusión como:

*“una institución general que tiene frecuentes **aplicaciones en el proceso** y que consiste en la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley para el ejercicio de esta facultad en el juicio o en una fase de él.” (Énfasis añadido)*

En este orden de ideas, esta Intendencia entiende que la preclusión se configura cuando la administración actúa fuera de los términos procesales establecidos en el marco normativo aplicable a cada caso en concreto.

Por lo que, es imperante que en el proceso se cumplan dos presupuestos intrínsecos, esto es: 1.- que se haya **iniciado un procedimiento administrativo** por parte de la

² Corte Constitucional, sentencia N.º 226-15-SEP-CC de 15 de julio de 2015, caso N.º 1344-11-EP.

³ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, resolución N.º 000532-2020, de 11 de agosto de 2020, caso N.º 09802-2018-00111.

⁴ G. Chioyenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, v. III. Edit. Revista de Derecho Privado, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1936, pp. 277 y 278.

autoridad competente; y, 2.- que la **autoridad competente o las partes procesales hayan inobservado los tiempos establecidos en la ley para actuar oportunamente en determinada etapa procesal.**

Con estas premisas, este órgano de investigación debe identificar si en la sustanciación del presente procedimiento, se configuraron los presupuestos mínimos que exige la figura de preclusión procesal. En este sentido, esta Intendencia considera lo siguiente:

1. Sobre el inicio del procedimiento administrativo sancionador.-

Conforme las constancias procesales que obran del expediente, se identificó que mediante providencia de 19 de enero de 2021, esta Intendencia avocó conocimiento del presente procedimiento administrativo sancionador N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020; y en complemento dispuso:

(...) CUARTO.- Abrir el presente expediente signado con el N.º SCPM-IGT-INICPD-022-2020 y correr traslado con el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I y la providencia de 28 de diciembre de 2020, emitida por la CRPI, al operador económico SUMESA S.A., de conformidad con el segundo inciso del artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se concede el término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente providencia, para que el operador económico presente sus explicaciones. (...).

En este punto resulta importante manifestar que, previo avocar conocimiento, en virtud de la falta de un procedimiento específico para la sustanciación del presente expediente, esta Intendencia en apego a las garantías del debido proceso y seguridad jurídica, realizó actuaciones administrativas internas⁵, respecto del procedimiento que podría aplicarse por el presunto incumplimiento de las medidas preventivas dispuestas por la CRPI, mediante resolución de 12 de julio de 2019.

En tal sentido, las actuaciones administrativas realizadas en el presente expediente, no podrían considerarse como actuaciones procesales, en virtud de que este órgano de investigación avocó e inició el expediente mediante providencia de 19 de enero de 2021, es decir, con posterioridad a las solicitudes administrativas.

⁵ Solicitud del criterio jurídico a la Intendencia Nacional Jurídica

En complemento, el informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, y las actuaciones realizadas por la CRPI, no pueden ser consideradas como actuaciones procesales⁶, en tanto que fueron realizadas previo a que esta Autoridad avoque conocimiento y prosiga con la sustanciación del expediente.

El criterio esbozado por esta Autoridad, es concordante con lo establecido en el artículo 250 del COA⁷, en tanto que el procedimiento se formaliza con la emisión de un acto administrativo, para el caso en concreto, con la providencia de 19 de enero de 2021; en tal virtud, el inicio de un procedimiento administrativo, se configura cuando el órgano competente, emite su pronunciamiento, y éste se pone en conocimiento de las partes, a fin de que puedan ejercer su derecho a la réplica.

*Con base en las consideraciones ut supra, esta Intendencia motivadamente ha demostrado que en el presente caso, no se cumple con el primer presupuesto exigido por esta figura, esto es, “que el procedimiento haya iniciado”, en virtud de que las actuaciones alegas por el operador, fueron realizadas antes de que inicie el expediente, tomando en cuenta que el procedimiento administrativo **inició el 19 de enero de 2021**.*

Ahora bien, respecto a que este órgano de investigación habría inobservado los términos y plazos previstos en la Ley, esta Intendencia con base en los precedentes judiciales, y constitucionales, citados en líneas anteriores, colige que, para que la preclusión procesal pueda ser alegada, es imperioso que la administración haya inobservado los tiempos establecidos en la norma pertinente, los cuales, para el caso concreto, empezaron a correr a partir del 19 de enero de 2021, fecha en que este órgano de investigación avocó conocimiento e inicio la investigación, por lo cual no se cumple el presupuesto alegado por SUMESA.

[165] Esta Comisión concuerda con el análisis desarrollado por la INICPD, y no encuentra que a partir del inicio de la investigación, es decir, a partir de la resolución de 19 de enero de 2021, haya precluido los tiempos de investigación y por tanto, la Intendencia haya perdido su competencia.

⁶ <https://dpej.rae.es/lema/acto-procesal> - 1 Proc. Actuación producida en el seno del **proceso** judicial, fundamentalmente de carácter oral, por impulso del juez o tribunal, o a iniciativa de las partes, ya se trate de vistas, declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los informes periciales, etc.

⁷ “La iniciación de los procedimientos sancionadores se **formaliza con un acto administrativo** expedido por el órgano instructor.”

- [166] Por otra parte, SUMESA argumenta, en primera instancia una vulneración a sus derechos fundamentales al señalar que las medidas impuestas por la CRPI mediante Resolución de 12 de julio de 2019, dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, no mantuvieron la debida proporcionalidad y no reunieron “*las condiciones de procedibilidad del buen derecho que establece el fumus bonus iuris y el periculum in mora*”, concluyendo por tanto, que la medida es “*totalmente desproporcionada e inadecuada*”. Ante este alegato presentado, es necesario hacer énfasis en torno a que el presente expediente trata sobre un incumplimiento a una medida preventiva impuesta por esta Comisión, la misma que debió ser acatada obligatoriamente por los operadores económicos; y, no trata sobre la validez de las medidas impuestas, las mismas que fueron analizadas como menciona el propio operador económico en otro expediente administrativo previo, en el que se respetó y tuteló a favor del operador económico todos sus derechos y sobre el cual el operador económico pudo presentar los recursos de los cuales se creyera asistido ante las instancias correspondientes. Por tanto, referirse a la pertinencia o proporcionalidad de las medidas impuestas no caben dentro del presente análisis.
- [167] Por su parte, SUMESA en su escrito de alegatos señaló varias “*Violaciones de Derechos Fundamentales*”, contenidos en la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Administrativo, por lo que expuso la siguiente normativa:

Señores Comisionados, los derechos constitucionales son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, y constituyen las bases del orden social que tutela y garantiza la Constitución.

Se han violentado las siguientes normas Constitucionales, del COA y del Instructivo de Gestión Procesal, es el siguiente:

Art. 3.-Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...) [énfasis añadido]

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

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

Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución. [énfasis añadido]

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. [énfasis añadido]

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. [énfasis añadido]

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento. [énfasis añadido]

En armonía con el artículo 11 de la Constitución, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 31 establece:

El Derecho fundamental a la buena administración pública. Las personas son titulares del derecho a la buena administración pública, que se concreta en la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y este Código. [énfasis añadido]

Continuemos con nuestros fundamentos constitucionales:

Art. 18.-Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a:

1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior. [énfasis añadido]

(...)

Art. 52.-Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. [énfasis añadido]

(...)

Art. 66.-Se reconoce y garantizará a las personas:

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

(...)

15. El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental.

25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características. [énfasis añadido]

Asimismo, el Código Orgánico Administrativo en su artículo 105 establece que:

Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. [énfasis añadido]

Continuemos con la Constitución:

Art. 169.- **El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.** Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, **y harán efectivas las garantías del debido proceso.** No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. [énfasis añadido]

Asimismo, Comisión Americana de los Derechos Humanos

Artículo 13 de la Comisión Americana de los Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión, comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de información.

“Artículo 13.- Toda persona tiene Derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. **Este derecho Comprende la libertad de buscar, de recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística o por cualquier otro medio de su elección (...)**” [énfasis añadido]

En este mismo tenor, la Comisión Interamericana ha cumplido una encomiable labor en defensa del derecho fundamental a la libertad de expresión, no solo a través del sistema de casos individuales, sino también, con el pronunciamiento de

informes especiales destinados a fijar sus posiciones con respecto a determinados temas relacionados con la libertad de expresión. En este contexto se promulgó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada en octubre de año 2000.

Esta Declaración, contiene en su preámbulo, lo siguiente:

“PREAMBULO

REAFIRMANDO la necesidad de asegurar en el hemisferio el respeto y la plena vigencia de las libertades individuales y los derechos fundamentales de los seres humanos a través de un Estado de Derecho

REAFIRMANDO el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que **el derecho de la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir** y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión.

CONSIDERANDO que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados **sino un derecho fundamental.**” [énfasis añadido]

Señor Intendente (SIC), hay gran vulneración a mi representada de sus derechos fundamentales, entre ellos su libertad de expresión. No puede desconocerse la importancia radical que representa el Derecho Fundamental de la Libertad de Expresión, y en el caso que nos ocupa el Derecho a la Libertad de expresión comercial, que le permite al consumidor escoger libremente, sin limitación, ni restricción alguna los productos que consume, su calidad, composición, y precios (Art. 52 de la Constitución); el consumidor conoce la gran importancia que reviste la publicidad en especial la publicidad comparativa legal para estar informado ampliamente.

- [168] El señalamiento del operador económico a varias disposiciones legales y constitucionales referidas a derechos fundamentales y al principio al debido proceso no concretan una acusación sobre el incumplimiento de los mismos. No puede ser rebatido un argumento que no señala de qué manera pudo haberse incumplido la tutela de los derechos en la etapa de investigación o en la fase de resolución. Sin embargo, vale para la Comisión la individualización de normativa para determinar expresamente que se han respetado y tutelado a favor del operador económico todos sus derechos, permitiendo su actuación en cada fase del presente procedimiento administrativo con la presentación de alegatos y pruebas, intervención en la audiencia y, en fin, con la posibilidad de presentar cuanto escrito consideró necesario, por lo que no se verifica incumplimientos a la Constitución o a la Ley que condicionen la validez de la actuación de la Administración Pública.

- [169] Como queda dicho, a lo largo del procedimiento administrativo, tanto en la fase de investigación, la cual se llevó a cabo por la INICPD, como en la fase de resolución, tramitada por esta Comisión, se respetó los derechos constitucionales de las partes, incluyendo el derecho al Debido Proceso contenido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y se actuó conforme lo dispuesto en la LORCPM, el Reglamento para su aplicación y el IGPA.
- [170] Por lo que en el presente expediente no existen actuaciones o circunstancias que vicien la legalidad del presente procedimiento administrativo.

8 PRUEBAS QUE OBRAN DE EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN

8.1 Pruebas reproducidas por la INICPD en la etapa de prueba

- [171] Las pruebas reproducidas y desarrolladas por la INICPD en la etapa de prueba del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-022-2020 son las siguientes:
1. El Informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020, con número de trámite ID 182160.
 2. La resolución de 28 de diciembre de 2020, dictada dentro del expediente N.º SCPM-CRPI015-2019, con ID 180908.
 3. Las copias certificadas de los informes N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, de 16 de marzo y 06 de julio de 2021, con ID 226379.
 4. Las copias certificadas de la información adjunta a los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, con ID 227571.
 5. Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, del 25 de marzo del 2022, con ID 240576.
 6. La boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, con ID 238774, ingresada al expediente con ID 239392.
 7. La boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019, ingresada al expediente con ID 238774.

8. El escrito y anexo presentados por el operador económico ONE METRO, el 29 de junio de 2021, signado con el ID 198215.
9. El escrito y anexos presentado por el operador económico NURA S.A., el 15 de junio de 2021, signado con el ID 196691.
10. El escrito y anexo presentado por el operador económico NURA S.A., el 11 de junio de 2021, signado con el ID 196217.
11. El escrito y anexo presentado por el operador económico NURA S.A., el 07 de junio de 2021, signado con el ID 195686.
12. El escrito presentado por el operador económico NURA S.A., el 23 de abril de 2021, signado con el ID 192490.
13. La copia certificada del escrito y anexos de 4 de noviembre de 2020, con ID de trámite 175388 ingresado en el expediente SCPM-CRPI-015-2019, y constante con ID de Trámite 191988 dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, remitido por la CRPI.
14. El escrito y anexo presentados por el operador económico MEGA SANTAMARIA S.A., el 09 de junio de 2022, signado con el ID 239486.
15. El escrito y anexo presentado por el operador económico FABRICA DE FIDEOS LA FAVORITA VERDESOTO, el 09 de junio de 2022, signado con el ID 239428.
16. El escrito y anexo presentado por el operador económico SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A., el 02 de junio de 2022, signado con el ID 238727.
17. El escrito y anexo presentado por el operador económico RODOLFO PAMIÑO, el 27 de mayo de 2022, signado con el ID 238228.
18. El escrito presentado por el operador económico INDUSTRIAS CATEDRAL S.A., el 27 de mayo de 2022, signado con el ID 238171.
19. El escrito presentado por el operador económico ITALPASTAS CIA. LTTDA., el 26 de mayo de 2022, signado con el ID 238093.
20. El escrito presentado por el operador económico BUENANO CAICEDO COMPANIA DE NEGOCIOS, el 26 de mayo de 2022, signado con el ID 238081.

21. El escrito presentado por el operador económico VACA FLORES DIEGO STALIN, el 18 de mayo de 2022, signado con el ID 237522.
22. El escrito presentado por el operador económico FIDEOS PARAISO, el 09 de mayo de 2022, signado con el ID 236696.
23. El escrito presentado por el operador económico QUIFATEX S.A., el 09 de mayo de 2022, signado con el ID 236691.
24. El escrito y anexo presentado por el operador económico FIDEOS PRIMAVERA, el 06 de mayo de 2022, signado con el ID 236569.
25. El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTIFICIO TOMBAMBAMBA CIA. LTDA., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236505.
26. El escrito y anexos presentado por el operador económico CORSUPERIOR S.A., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236493.
27. El escrito y anexo presentado por el operador económico INDUSTRIA DE FIDEO NAPOLITANO S.A., el 12 de abril de 2022, signado con el ID 234461.
28. El escrito y anexo presentado por el operador económico REAL VEGETALES GENERALES S.A., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236480.
29. El escrito y anexo presentado por el operador económico ILELSA S.A., el 12 de abril de 2022, signado con el ID 234440.
30. El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO, el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234311.
31. El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTADONNA CIA.LTDA., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234310.
32. El escrito y anexo presentado por el operador económico ITALCOM CIA. LTDA., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234307.
33. El escrito y anexo presentado por el operador económico INDUSTRIAL PRODUCTOS MORO SCC., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234298.
34. El escrito y anexo presentado por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS, el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234173.

35. El escrito y anexo presentado por el operador económico ECUATORIANA DE ALIMENTOS S.A., el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234141.
36. El escrito y anexo presentado por el operador económico SUPERMERCADO BASTIDAS, el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234095.
37. El escrito y anexo presentado por el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 234009.
38. El escrito y anexo presentado por el operador económico ALICORP ECUADOR S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 233956.
39. El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTIFICO NILO C. LTDA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 233944.
40. El escrito y anexo presentado por el operador económico ALES S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232916.
41. El escrito y anexo presentado por el operador económico MOPALEX CIA. LTA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232915.
42. El escrito y anexo presentado por el operador económico MODERNA ALIMENTOS S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232900.
43. El escrito y anexo presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232765.
44. El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232703.
45. El escrito y anexo presentado por el operador económico JACOME Y ORTIZ DE COMERCIO CIA. LTDA., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232694.
46. El escrito y anexo presentado por el operador económico ORIENTAL S.A., el 04 de abril de 2022, signado con el ID 232487.
47. El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACION DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS S.A. CORDIALSA, el 04 de abril de 2022, signado con el ID 232465.
48. El Informe de Resultados de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-007- 2022, de 21 de julio de 2022, ingresado al expediente con ID 245301.

49. La Formulación de Cargos de 22 de julio de 2022, ingresado al expediente con ID 245416.
50. El escrito de excepciones presentado por el operador SUMESA S.A., el 15 de agosto de 2022, ingresado al expediente con ID 247264.
51. El memorando No. SCPM-CRPI-2022-1449 de 03 de octubre de 2022 y sus anexos, ingresados al expediente con ID 255581

8.2 De la valoración de las pruebas actuadas por la INICPD en el expediente de investigación

- [172] La CRPI, con la finalidad de valorar la prueba, tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del IGPA de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que únicamente la prueba que fuera pedida, ordenada y practicada conforme con los principios del debido proceso tendrán eficacia probatoria. Caso contrario, estas no poseerán valor probatorio alguno.
- [173] Se observará que todas las pruebas aportadas consten en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que establece la Ley.
- [174] De la revisión del acervo documental del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-022-2020, se destaca que la INICPD, a través de providencia expedida el 16 de agosto de 2022, dispuso abrir el término probatorio por 60 días. Posteriormente, mediante providencia emitida el 14 de noviembre de 2022, se deja constancia que la fase de prueba terminó el 11 de noviembre de 2022 y se declara concluida la fase probatoria. En este periodo la Intendencia reprodujo las pruebas listadas previamente.
- [175] La prueba considerada⁸ será aquella que dirija al convencimiento de los hechos y circunstancias que se han planteado en la etapa de Investigación, y que estén directamente relacionadas con las conductas atribuidas al operador económico SUMESA.
- [176] La valoración de la prueba es la siguiente:

⁸ En concordancia con lo establecido en el artículo 256 del Código Orgánico Administrativo.

8.2.1 El Informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020, con número de trámite ID 182160.

- [177] La prueba consiste en el Informe de 03 de diciembre de 2020 de seguimiento a las medidas preventivas dispuestas por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019.
- [178] El documento contiene información relevante sobre el análisis de la Intendencia, a pedido de la CRPI, del cumplimiento a las medidas preventivas impuestas al operador económico SUMESA. En este sentido la prueba es adecuada para para la determinación de los hechos y responsabilidad.

8.2.2 La resolución de 28 de diciembre de 2020, dictada dentro del expediente N.º SCPM-CRPI015-2019, con ID 180908.

- [179] Mediante Resolución expedida de 28 de diciembre de 2020, a las 12h55, la CRPI resolvió solicitar a la INICPD el inicio de la etapa de investigación de conformidad con la LORCPM y su reglamento, por un presunto incumplimiento de la resolución de 12 de junio de 2019.
- [180] En la resolución se emiten criterios sobre la utilización de imágenes en la publicidad que podrían estar haciendo alusión a productos de competidores, en este sentido, la prueba es adecuada para para la determinación de los hechos.

8.2.3 Copias certificadas de los informes N.º. SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, de 16 de marzo y 06 de julio de 2021, con ID 226379.

- [181] Ambos informes se refieren al seguimiento a las medidas preventivas dispuestas por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019, realizado por la INICPD.
- [182] Los informes contienen información relevante sobre el análisis de la Intendencia, a pedido de la CRPI, del cumplimiento a las medidas preventivas impuestas al operador económico SUMESA. En este sentido la prueba es adecuada para para la determinación de los hechos y responsabilidad.

8.2.4 Copias certificadas de la información adjunta a los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, con ID 227571.

- [183] Los documentos contienen información sobre el detalle de las publicidades emitidas por SUMESA, en la que se identifican varios elementos propios de los hechos investigados, por esta razón, la prueba es adecuada para para la determinación de los hechos y responsabilidad.

8.2.5 Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N° SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, del 25 de marzo del 2022, con ID 240576.

- [184] La prueba consiste en el Informe de 25 de marzo de 2022 de seguimiento a las medidas preventivas dispuestas por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019.
- [185] El documento contiene información relevante sobre el análisis de la Intendencia, a pedido de la CRPI, del cumplimiento a las medidas preventivas impuestas al operador económico SUMESA. En este sentido la prueba es adecuada para para la determinación de los hechos y responsabilidad.

8.2.6 Boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.° SCPM-CRPI-015-2019, con ID 238774, ingresada al expediente con ID 239392.

- [186] Notificación de la providencia emitida por la CRPI, en la que se dispone a la INICPD que:

(...) proceda a incluir dentro del expediente de investigación SCPM-IGTINICPD-022-2020, el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas No. SCPM-IGTINICPD-2022-007-I de 25 de marzo de 2022 y anexos, así como la presente Resolución por tratarse del análisis de los mismos hechos, por el presunto incumplimiento de la resolución de 12 de julio de 2019 en lo que se refiere a la letra a) de las medidas preventivas adoptadas, correspondiente al período comprendido entre junio 2021 a marzo de 2022 (...)

- [187] Por tratarse de información relevante sobre el inicio del procedimiento y de las disposiciones dadas por el órgano de resolución a la INICPD, se determina que el documento es adecuado para sustentar la investigación planteada por la Intendencia.

8.2.7 Boleta de notificación de la resolución de 02 de junio de 2022, emitida por la CRPI dentro del expediente N.° SCPM-CRPI-015-2019, con ID 238774, ingresada al expediente con ID 238774.

- [188] Notificación de la providencia emitida por la CRPI, en la que se dispone a la INICPD que:

(...) proceda a incluir dentro del expediente de investigación SCPM-IGTINICPD-022-2020, el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas No. SCPM-IGTINICPD-2022-007-I de 25 de marzo de 2022 y anexos, así como la presente Resolución por tratarse del análisis de los mismos hechos, por el presunto incumplimiento de la resolución de 12 de julio de 2019 en lo que se refiere a la letra a) de las medidas preventivas adoptadas, correspondiente al período comprendido entre junio 2021 a marzo de 2022 (...)

- [189] Por tratarse de información relevante sobre el inicio del procedimiento y de las disposiciones dadas por el órgano de resolución a la INICPD, se determina que el documento es adecuado para sustentar la investigación planteada por la Intendencia.

8.2.8 El escrito y anexo presentados por el operador económico ONE METRO, el 29 de junio de 2021, signado con el ID 198215.

- [190] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre la publicidad pautaada en dicho medio de comunicación, referenciando fecha, número de ejemplares y muestra del diseño.
- [191] En este sentido, la información es útil al análisis de los hechos y la determinación de la forma y alcance de la publicidad.

8.2.9 El escrito y anexos presentado por el operador económico NURA S.A., el 15 de junio de 2021, signado con el ID 196691.

- [192] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre las órdenes de publicidad enviada a los medios de comunicación durante el periodo de mayo a noviembre de 2020, respecto de la publicidad de los productos de SUMESA. y las piezas publicitarias que se transmitieron.
- [193] En este sentido, la información es útil al análisis de los hechos y la determinación de la forma y alcance de la publicidad.

8.2.10 El escrito y anexo presentado por el operador económico NURA S.A., el 11 de junio de 2021, signado con el ID 196217.

- [194] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre las órdenes de publicidad enviada a los medios de comunicación durante el periodo de mayo a noviembre de 2020, respecto de la publicidad de los productos de SUMESA.
- [195] En este sentido, la información es útil al análisis de los hechos y la determinación de la forma y alcance de la publicidad.

8.2.11 El escrito y anexo presentado por el operador económico NURA S.A., el 07 de junio de 2021, signado con el ID 195686.

- [196] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre las órdenes de publicidad enviada a los medios de comunicación, respecto de la publicidad de los productos de SUMESA.

[197] En este sentido, la información es útil al análisis de los hechos y la determinación de la forma y alcance de la publicidad.

8.2.12 El escrito y anexo presentado por el operador económico NURA S.A., el 23 de abril de 2021, signado con el ID 192490.

[198] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre las órdenes de publicidad enviada a los medios de comunicación, respecto de la publicidad de los productos de SUMESA.

[199] En este sentido, la información es útil al análisis de los hechos y la determinación de la forma y alcance de la publicidad.

8.2.13 La copia certificada del escrito y anexos de 4 de noviembre de 2020, con ID de trámite 175388 ingresado en el expediente SCPM-CRPI-015-2019, y constante con ID de Trámite 191988 dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, remitido por la CRPI.

[200] El escrito presentado por el operador económico ORIENTAL que contiene información sobre las imágenes publicitarias pautadas en medios de comunicación por SUMESA.

[201] En este sentido, la información es útil al análisis de los hechos y la determinación de la forma y alcance de la publicidad.

8.2.14 El escrito y anexo presentados por el operador económico MEGA SANTAMARIA S.A., el 09 de junio de 2022, signado con el ID 239486.

[202] El escrito del operador económico contiene los planogramas de perchado de los productos, en particular, de fideos y pastas que comercializa dentro de sus puntos de venta.

[203] La prueba es procedente, pues contiene información que se refiere a la comercialización de fideos y pastas, de manera que aporta a la determinación de los hechos.

8.2.15 El escrito y anexo presentado por el operador económico FABRICA DE FIDEOS LA FAVORITA VERDESOTO, el 09 de junio de 2022, signado con el ID 239428.

[204] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[205] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.16 El escrito y anexo presentado por el operador económico SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A., el 02 de junio de 2022, signado con el ID 238727.

- [206] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [207] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.17 El escrito y anexo presentado por el operador económico RODOLFO PAMIÑO, el 27 de mayo de 2022, signado con el ID 238228.

- [208] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [209] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.18 El escrito presentado por el operador económico INDUSTRIAS CATEDRAL S.A., el 27 de mayo de 2022, signado con el ID 238171.

- [210] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [211] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.19 El escrito presentado por el operador económico ITALPASTAS CIA. LTTDA., el 26 de mayo de 2022, signado con el ID 238093.

- [212] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [213] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.20 El escrito presentado por el operador económico BUENANO CAICEDO COMPANIA DE NEGOCIOS, el 26 de mayo de 2022, signado con el ID 238081.

- [214] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[215] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.21 El escrito presentado por el operador económico VACA FLORES DIEGO STALIN, el 18 de mayo de 2022, signado con el ID 237522.

[216] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[217] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.22 El escrito presentado por el operador económico FIDEOS PARAISO, el 09 de mayo de 2022, signado con el ID 236696.

[218] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[219] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.23 El escrito presentado por el operador económico QUIFATEX S.A., el 09 de mayo de 2022, signado con el ID 236691.

[220] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[221] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.24 El escrito y anexo presentado por el operador económico FIDEOS PRIMAVERA, el 06 de mayo de 2022, signado con el ID 236569.

[222] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[223] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.25 El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTIFICIO TOMBAMBA CIA. LTDA., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236505.

- [224] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [225] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.26 El escrito y anexos presentado por el operador económico CORSUPERIOR S.A., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236493.

- [226] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [227] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.27 El escrito y anexo presentado por el operador económico INDUSTRIA DE FIDEO NAPOLITANO S.A., el 12 de abril de 2022, signado con el ID 234461.

- [228] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [229] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.28 El escrito y anexo presentado por el operador económico REAL VEGETALES GENERALES S.A., el 05 de mayo de 2022, signado con el ID 236480.

- [230] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [231] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.29 El escrito y anexo presentado por el operador económico ILELSA S.A., el 12 de abril de 2022, signado con el ID 234440.

- [232] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[233] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.30 El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO, el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234311.

[234] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el material publicitario en puntos de venta.

[235] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.31 El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTADONNA CIA.LTDA., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234310.

[236] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[237] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.32 El escrito y anexo presentado por el operador económico ITALCOM CIA. LTDA., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234307.

[238] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[239] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.33 El escrito y anexo presentado por el operador económico INDUSTRIAL PRODUCTOS MORO SCC., el 11 de abril de 2022, signado con el ID 234298.

[240] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[241] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.34 El escrito y anexo presentado por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS, el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234173.

- [242] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el material publicitario en puntos de venta.
- [243] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.35 El escrito y anexo presentado por el operador económico ECUATORIANA DE ALIMENTOS S.A., el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234141.

- [244] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [245] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.36 El escrito y anexo presentado por el operador económico SUPERMERCADO BASTIDAS, el 08 de abril de 2022, signado con el ID 234095.

- [246] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el material publicitario en puntos de venta.
- [247] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.37 El escrito y anexo presentado por el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 234009.

- [248] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el material publicitario en puntos de venta.
- [249] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.38 El escrito y anexo presentado por el operador económico ALICORP ECUADOR S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 233956.

- [250] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[251] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.39 El escrito y anexo presentado por el operador económico PASTIFICO NILO C. LTDA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 233944.

[252] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[253] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.40 El escrito y anexo presentado por el operador económico ALES S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232916.

[254] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[255] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.41 El escrito y anexo presentado por el operador económico MOPALEX CIA. LTA., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232915.

[256] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[257] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.42 El escrito y anexo presentado por el operador económico MODERNA ALIMENTOS S.A., el 07 de abril de 2022, signado con el ID 232900.

[258] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[259] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.43 El escrito y anexo presentado por el operador económico SUMESA S.A., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232765.

- [260] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [261] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.44 El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232703.

- [262] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el material publicitario en puntos de venta.
- [263] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.45 El escrito y anexo presentado por el operador económico JACOME Y ORTIZ DE COMERCIO CIA. LTDA., el 06 de abril de 2022, signado con el ID 232694.

- [264] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [265] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.46 El escrito y anexo presentado por el operador económico ORIENTAL S.A., el 04 de abril de 2022, signado con el ID 232487.

- [266] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.
- [267] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.47 El escrito y anexo presentado por el operador económico CORPORACION DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS S.A. CORDIALSA, el 04 de abril de 2022, signado con el ID 232465.

- [268] El escrito presentado por el operador económico contiene información sobre el mercado de fideos y pastas largas correspondiente al año 2021.

[269] De la revisión de la información se destaca que corresponde a datos sobre la comercialización de fideos largos, en este sentido la prueba es adecuada.

8.2.48 El Informe de Resultados de la Investigación N.º SCPM-INICPD-DNICPD-007-2022, de 21 de julio de 2022, ingresado al expediente con ID 245301.

[270] Mediante Informe de Resultados No. SCPM-INICPD-DNICPD-005-2022, de fecha 6 de julio de 2022, signado con Id. 241937, elaborado por la INICPD donde como conclusiones y recomendaciones dicen lo siguiente:

(...)

Esta Dirección concluye lo siguiente:

- *En la presente investigación esta Dirección tiene en cuenta que la publicidad analizada dentro del contexto del incumplimiento del presente expediente, tiene relación con el producto “TALLARINES SUMESA”, con referencia a “OTROS TALLARINES”, por lo que, conforme las características de los productos referidos, se identifica el mercado producto como: **los fideos y pastas largas comercializados en el mercado ecuatoriano a nivel nacional***
- *Del análisis de sustitución de la demanda, la DNICPD definió que, desde una visión cualitativa y cuantitativa el mercado producto, estaría delimitado como la comercialización de fideos largos: spaghetti, tallarines, fettuccini, cabello de ángel, enroscados (madeja, nido, espiral, etc.), entre otros, los cuales tendrían similares finalidad de uso, precios y características., podrían ser considerados sustitutos entre sí.*
- *En relación al mercado geográfico, esta Dirección define, tanto de manera cualitativa y cuantitativa, a través de las herramientas de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORPCM, un mercado geográfico a nivel nacional.*
- *Respecto de la temporalidad de las conductas, la DNICPD, identificó que el presunto incumplimiento de la medida preventiva dispuesta en el literal a) de la resolución 12 de julio de 2019 dictada por la CRPI, tendrían una duración desde 17 de septiembre de 2020 hasta, al menos, diciembre de 2021.*
- *En cuanto al mercado relevante, esta Dirección identificó para el año 2021: ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., es líder del mercado con un participación del [REDACTED] %, el operador ALICORP ECUADOR S.A. con una participación de [REDACTED] %, en tercer lugar se encuentra el operador económico SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A. con una*

participación del [REDACTED] %, el operador SUMESA S. A., se ubica en el cuarto lugar con una participación del [REDACTED] %, seguido en un quinto lugar de MODERNA ALIMENTOS S.A. con una participación del [REDACTED] % y en sexto lugar se encuentra el operador ECUATORIANA DE ALIMENTOS S.A., con una participación del [REDACTED] %; resto de operadores mantienen participaciones menores al [REDACTED] %, sumando una participación del [REDACTED] %.

Ahora bien, el operador económico SUMESA S.A., al mantenerse dentro de las primeras posiciones dentro del mercado relevante determinado, además, que existe una influencia determinante como la utilización de características importantes para el consumidor, como precio, colorante y uso de plástico, para el presente análisis esta Dirección considera que es indistinto el impacto que la infracción pueda ocasionar en el mercado relevante, al ser un expediente que tiene relación con un incumplimiento a una resolución de la SCPM, sin embargo, a fin de que se pueda aplicar el artículo 78, 79 y 80 de la LORCPM así como la resolución 12 de la Junta se considera la definición del mercado relevante un elemento importante para el cálculo de la multa.

Con base en el análisis y consideraciones desarrolladas en el presente informe, esta Dirección colige que, debido al uso de las herramientas: a) colores (**naranja y amarillo**); b) gramaje de **400**; c) el PVP **\$1.70 y 1.75**; y, d) **la tarrina plástica**, la publicidad de SUMESA podría aproximarse a los elementos visuales y físicos que ORIENTAL utiliza en la presentación del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, en este sentido, SUMESA podría estar aludiendo indirectamente a los productos de operador ORIENTAL, en consecuencia, el operador podría estar incumpliendo lo dispuesto por la CRPI, en particular, el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019.

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la investigación, esta Dirección identificó que existen elementos de convicción de que SUMESA podría haber incumplido la resolución de la CRPI de 12 de julio de 2019, en consecuencia, el operador habría infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.

XIII. RECOMENDACIONES

Con base en el análisis económico y jurídico esbozado en el presente informe, esta Dirección recomienda lo siguiente:

Esta Dirección recomienda a la Intendencia proseguir con la etapa de sustanciación, para lo cual deberá formular cargos al operador económico

SUMESA, conforme establecen los artículos 58 de la LORCPM y 68 del RLORCPM.

- [271] El análisis de la INICPD condensa los principales elementos fácticos o jurídicos que posibilitan el análisis de la CRPI respecto a los hechos y responsables, de forma que constituye una prueba válida.

8.2.49 La Formulación de Cargos de 22 de julio de 2022, ingresado al expediente con ID 245416.

- [272] Mediante resolución de 22 de julio de 2022, signado con número de trámite ID. 245416 la INICPD resuelve los siguiente:

PRIMERO.- FORMULAR CARGOS en contra del operador económico SUMESA S.A., quien habría inobservado la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, en tal sentido, el operador habría infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.

SEGUNDO.- Conforme lo dispuesto en el artículo 58 de la LORCPM y 68 del RLORCPM, esta Intendencia dispone correr traslado al operador económico SUMESA S.A., con la resolución de inicio de la investigación de 09 de febrero de 2022, el Informe de Resultados de la Investigación y la presente Formulación de Cargos, a fin de que en el término de 15 días deduzca las excepciones que en derecho le asistan.

- [273] La formulación de cargos desarrollada por la INICPD contiene los elementos fácticos y jurídicos que justifican la responsabilidad del operador económico investigado respecto del cometimiento de la infracción investigada, estos mismos serán valorados por la CRPI para establecer los hechos y responsable, por tanto, se califica como prueba válida.

8.2.50 El escrito de excepciones presentado por el operador SUMESA S.A., el 15 de agosto de 2022, ingresado al expediente con ID 247264.

- [274] El escrito presentado por SUMESA contiene los principales alegatos y argumentos por los cuales el operador considera que no ha incumplido lo dispuesto por la CRPI, además de alegatos en cuanto presuntos vicios procesales, por lo que, la información que ahí reposa contiene los elementos fácticos y jurídicos que justifican la posición del operador económico investigado, los mismos que serán valorados por la CRPI para establecer los hechos y responsable, por tanto, se califica como prueba válida.

8.2.51 El memorando No. SCPM-CRPI-2022-1449 de 03 de octubre de 2022 y sus anexos, ingresados al expediente con ID 255581

- [275] Mediante el memorando SCPM-CRPI-2022-1449 de 03 de octubre de 2022 la CRPI entrega copias certificadas de la resolución de 21 de septiembre de 2022 y del Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2022-019-I, de 22 de julio de 2022, y anexos.
- [276] En la resolución se emiten criterios sobre la utilización de imágenes en la publicidad que podrían estar haciendo alusión a productos de competidores, en este sentido, la prueba es adecuada para para la determinación de los hechos, así como el informe contiene información relevante sobre el análisis de la Intendencia del cumplimiento a las medidas preventivas impuestas al operador económico SUMESA. En este sentido la prueba es adecuada para para la determinación de los hechos y responsabilidades.

9 PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN

- [277] En la etapa de resolución no se han actuado pruebas adicionales.

10 CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

10.1 De los fundamentos de hecho

- [278] Mediante resolución de 12 de julio de 2019, expedida dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, en lo principal, la CRPI impuso a SUMESA las siguientes medidas preventivas:

a) El operador económico SUMESA S.A., a partir de la notificación con la presente Resolución deberá cesar cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta al operador económico ORIENTAL S.A. y a sus productos. Esta prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.

b) El operador económico SUMESA S.A., a partir de la notificación con la presente Resolución deberá cesar cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorante. Esta prohibición aplica a la publicidad que se difunda en cualquier medio de comunicación incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.

- [279] Mediante providencia de 17 de julio de 2019, dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, la CRPI dispuso que la INICPD: “(...) remitirá a la CRPI un informe trimestral a partir de la notificación del presente acto (...)”

- [280] Dentro del seguimiento al cumplimiento de las medidas preventivas la INICPD realizó varios requerimientos de información a distintos medios de comunicación televisivos, radiales y de prensa, además, a agencias de publicidad y redes sociales.
- [281] De la información aportada por los medios de comunicación, agencias de publicidad y redes sociales, se obtuvo información sobre las siguiente publicidad realizada por SUMESA en los siguientes medios:

- TELEAMAZONAS – comercial de 17 de septiembre de 2020



Texto de la Publicidad.-

“... **1.75** mi veci Carapaz - por unos tallarines blancos noooo, yo prefiero los nuevos tallarines sumesa...”

“...será por esta tarrina plástica que evita que se quiebren los tallarines blancos que cuesta casi el doble (...) esa tarrina contamina el medio ambiente...”

“yo prefiero los nuevos tallarines sumesa en oferta a \$1 dólar son riquísimos” y “mi hijo Richard Carapaz te recomienda los nuevos tallarines sumesa”

- EL COMERCIO – Diario domingo 20 de septiembre de 2020, hoja 3-



- ONE METRO- ejemplares de 27 de octubre de 2020



- REDES SOCIALES



Textos que sobresalen en la publicidad:

- “Otros tallarines blancos”, gráfico de empaque amarillo, con tarrina plástica
- “Más de \$1.70”
- “Cuesta casi el doble que SUMESA”
- “Nuevos tallarines sumesa” empaque de tallarines sumesa
- “Oferta \$1,00”

Fuente: Información de los informes de seguimiento de medidas preventivas⁹

- RADIAL

Texto de la cuña radial¹⁰:

Voz masculina: “Tenga veci

Voz femenina: Más de un dólar setenta por los tallarines blancos nooo, yo prefiero los nuevos tallarines sumesa a \$1 dólar

Voz masculina: aaah, será que los tallarines blancos son más caros por esta tarrina plástica

Voz masculina: el plástico contamina

Voz femenina: mijines mi Richard Carapaz, me pide los nuevos tallarines sumesa, que le dan energía

son riquísimos y están en oferta a \$1 dólar”

⁹ Información considerada por la Intendencia dentro de los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I.

Información considerada por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, de 25 de marzo de 2022.

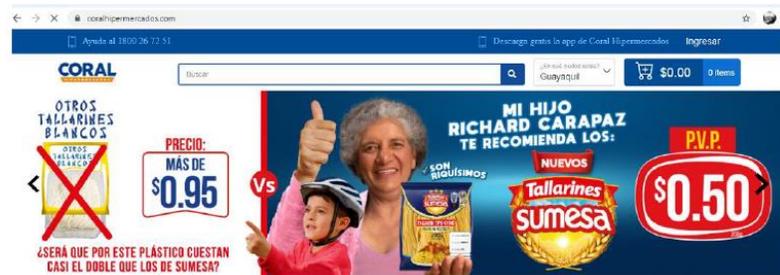
¹⁰ La publicidad estuvo al aire del 11 al 31 de enero de 2021 (30 segundos). Información remitida por ORIENTAL en escrito con ID 183248.

- SUPERMERCADO



11

- PÁGINA WEB



12

[282] Mediante Informe N°. SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020, la INICPD puso en conocimiento de la CRPI el “Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas dispuestas por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019”, en la cual concluyó lo siguiente:

- *De la publicidad analizada, esta Autoridad observó que SUMESA S.A., compara su producto con el de un supuesto competidor cuyo empaque usa los mismos colores que los del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, además en sus publicidades hace referencia a una “tarrina” de plástico y al precio PVP \$1.70 y 1.75 de “Otros tallarines blancos”, lo cual podría ser una manera indirecta de referirse al producto del operador ORIENTAL S.A.; en este sentido, la publicidad utilizada por el operador económico se podría contraponer a lo dispuesto por la CRPI en el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019.*

¹¹ Material publicitario de los puntos de venta de los Supermercados El Coral y El Rosado, del mes de febrero 2021. – información analizada en el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.° SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I.

¹² Página Web <https://www.coralhipermercados.com/> – Campaña Valentín Carnalero – El coral (Mes de Febrero de 2021). – información analizada en el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.° SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I.

- *Por otra parte, de la publicidad analizada, esta Intendencia identificó que no se evidencian elementos dentro de la publicidad de SUMES S.A. (sic), que contravengan lo dispuesto por la CRPI en la medida preventiva contenida en el literal b) de la resolución de 12 de julio de 2019, es decir utilizar referencias al uso de colorantes en los productos de los competidores.*

[283] Mediante resolución de 28 de diciembre de 2020, dictada dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, la CRPI dispuso a la INICPD:

SEGUNDO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales proceda a iniciar la etapa de investigación de conformidad con la LORCPM y su reglamento, por el presunto incumplimiento de la resolución de 12 de julio de 2019 en lo que se refiere a la letra a) de las medidas preventivas adoptadas.

10.2 De los fundamentos de derecho

[284] En el presente acápite la CRPI establecerá el conjunto de normas que servirán de base para la calificación jurídica de los hechos, y como efecto, para la adopción de la resolución.

10.2.1 Constitución de la República del Ecuador

[285] El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho al debido proceso, que se aplica no solo a los procesos judiciales sino a los procedimientos administrativos. Este derecho es uno de los cimientos de los Estados de Derecho contemporáneos y que, sin lugar a duda, ocupa un lugar preponderante en la actividad de la SCPM y específicamente de la CRPI.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

- 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.*
- 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*
- 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.*

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

[286] Los artículos 213, 335 y 336 de la Carta Magna determinan las facultades de las Superintendencias como órganos de control y regulación en actividades económicas, y en el caso de perjuicios a los derechos económicos como órganos facultados para sancionar en casos en los cuales se distorsione o restrinja la libre y leal competencia, buscando la transparencia y eficiencia en los mercados.

Art. 213.- *Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.*

(...)

Art. 335.- *El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.*

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.”

“Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

- [287] Los artículos transcritos establecen las bases constitucionales para la actuación de la SCPM; indican el fundamento de su función de vigilancia y control, así como de su facultad sancionadora.

10.2.2 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

- [288] La normativa ecuatoriana en materia de libre y leal competencia busca evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar las prácticas anticompetitivas en las que los operadores económicos puedan incurrir, en aras de conseguir la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios. Los artículos 1 y 2 de la LORCPM establecen su objetivo y el ámbito de aplicación y, por lo tanto, el límite de actuación de la SCPM.

***Art. 1.- Objeto.-** El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.*

***Art. 2.- Ámbito.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional.*

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.

[289] El artículo 3 de la LORCPM concibe la primacía de la realidad como:

Art. 3.- Primacía de la realidad.- *Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.*

La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.

[290] El principio de primacía de la realidad es muy importante para determinar la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo la posición de los operadores económicos en el mercado relevante y su grado de influencia.

[291] El artículo 5 de la LORCPM prevé que en cada caso se debe establecer el mercado relevante:

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

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

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de

Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

[292] La norma transcrita establece los parámetros básicos para establecer el mercado relevante en cada caso. Por lo tanto, en el asunto bajo estudio, se delimitará el mercado relevante y de ahí partirá el análisis.

[293] El artículo 77 establece la definición de sujeto infractor a la LORCPM de la siguiente forma:

Art. 77.- Sujetos infractores.- *Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley.*

[294] A su vez, el artículo 78 de la LORCPM establece en cuando a las infracciones lo siguiente:

Art. 78.- Infracciones.- *Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.*

1. Son infracciones leves:

(...)

d. Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

(...)

[295] Los artículos 79, 80, 81 y 82 a su vez establecen:

Art. 79.- Sanciones.- *La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones:*

- a. Las infracciones leves con multa de hasta el 8% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 12% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.*

El volumen de negocios total de las asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas u operador económico se determinará tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros.

Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica y haya incurrido en infracciones muy graves, se podrá imponer una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión, según el grado de intervención o participación de dichos representantes o directivos en la determinación o ejecución de la práctica o conducta infractora.

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto.

En caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios a que se refieren los literales a), b) y c) del primer inciso del presente artículo, las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes:

- 1. Las infracciones leves con multa entre 50 a 2.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 2. Las infracciones graves con multa entre 2.001 a 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*
- 3. Las infracciones muy graves con multa de más de 40.000 Remuneraciones Básicas Unificadas.*

La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá imponer las multas de manera sucesiva e ilimitadamente en caso de reincidencia. En ese caso los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, relativos a todas sus actividades

económicas correspondientes al ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, establecidos en los literales a, b y c precedentes, no serán aplicables.

De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente.

Quien no suministrare a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado la información requerida por ésta o hubiere suministrado información incompleta o incorrecta, será sancionado con una multa de hasta 500 Remuneraciones Básicas Unificadas.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado podrá ordenar desinvertir, dividir o escindir en los casos en los que determine que es el único camino para restablecer la competencia.

Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- *El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:*

- a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.*
- b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.*
- c. El alcance de la infracción.*
- d. La duración de la infracción.*
- e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.*
- f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.*
- g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables.*

Art. 81.- Circunstancias Agravantes.- *Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:*

- a. La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente Ley.*
- b. La posición de responsable o instigador de la infracción.*
- c. La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.*
- d. La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g.*

Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

- a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.
- b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.
- c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado.
- d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.

[296] Las normas transcritas regulan los parámetros para aplicar las sanciones, especialmente en relación con la calificación de la infracción, el cálculo de la multa y la imposición de agravantes y atenuantes. Este conjunto normativo será aplicado al caso concreto al revisar la infracción y la responsabilidad que corresponda a sus autores, las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, y la decisión sobre la aplicación e importe de la multa.

10.2.3 Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[297] El artículo 4 del RLORCPM establece el criterio general de evaluación para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos:

Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

[298] La norma transcrita ayuda a entender el sentido y alcance del artículo 26 de la LORCPM.

[299] El artículo 42 del RLORCPM nos indica que la Junta de Regulación establecerá la metodología a utilizarse para calcular el importe de la multa en el presente asunto. Esto será analizado en el acápite sobre la aplicación e importe de la multa.

Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades:

(...)

k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese;

(...)

10.2.4 Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, expedida por la Junta de Regulación.

- [300] Mediante la citada resolución se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.
- [301] El Informe No. SP-2016-009 se considera como un elemento interpretativo esencial¹³ 19 de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016. El Informe No. SP-2016-009 define la metodología mencionada en el párrafo anterior, estableciendo un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado tanto en la LORCPM como en el RLORCPM.
- [302] Dicha metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

10.3 Del mercado relevante

- [303] Dado que los hechos investigados refieren al incumplimiento de las medidas preventivas impuestas por esta Comisión al operador económico SUMESA, no existe como tal la necesidad de realizar una definición de mercado relevante, dado que no se está analizando una conducta con afectación al mercado, sino, una infracción por incumplimiento de lo establecido en una resolución emitida por esta Superintendencia.
- [304] Sin perjuicio de lo anterior, en consideración de lo establecido en el artículo 5 de la LORCPM, que en su parte pertinente establece:

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 (...)

- [305] Se procede a definir el mercado relevante, únicamente con el fin de la determinación, de ser el caso, del cálculo de la multa, en concordancia con la Resolución No. 11 emitida el 23 de

¹³ Resolución de 05 de julio de 2019 expedida por el Superintendente de Competencia Económica, expediente SCPM-CRPI-2015-019-RA

septiembre de 2016 por la Junta de Regulación de la LORCPM, así como las circunstancias particulares correspondientes al presente caso.

- [306] Considerando que en este caso en particular se desprende del expediente SCPM-IGT-INICPD-27-2019 el cual fue resuelto por la CRPI dentro del expediente SCPM-CRPI-029-2022, y que dentro de dicha resolución se desarrolla extensamente la definición del mercado relevante, siendo así, se omitirán ciertos análisis que ya fueron plasmados y que se replican para el presente caso.

10.3.1 Mercado del Producto

- [307] Partiendo que el operador económico investigado, SUMESA realiza actividades económicas ligadas a la producción y comercialización de pastas y fideos, de ahí se partirá para el análisis del mercado relevante.

- [308] Adicionalmente, se considera que el presente caso se refiere al presunto cometimiento de la infracción establecida en la letra d), del numeral 1 del artículo 78 de la LORCPM, en relación, como señala la INICPD, al producto “TALLARINES SUMESA” u “OTROS TALLARINES”, producto que mantienen características relacionadas a la comercialización de fideos y pastas largas. En este sentido, es necesario analizar las características propias de estos productos a fin de determinar el marco de competencia y sustitución.

- [309] De conformidad con la normativa ecuatoriana, las pastas alimenticias o fideos son:

3.1 Pastas alimenticias o fideos. Con la denominación genérica de pastas alimenticias o fideos, se entiende los productos no fermentados, obtenidos por la mezcla de agua potable con harina y/u otros derivados del trigo aptos para consumo humano, sometidos a un proceso de laminación y/o extrusión y a una posterior desecación, según su clase.¹⁴

- [310] De manera general, la pasta¹⁵ se define como un producto alimenticio obtenido mediante la desecación de una masa no fermentada, principalmente, de harina mezclada con agua, formando un producto que se cuece en agua hirviendo. En su caracterización es importante señalar:

Preparación a base de sémola de trigo duro y agua, que a veces contiene huevos o verduras. Esta es la definición de las pastas “secas”, que es preciso distinguir de las pastas llamadas “frescas”, a base de harina y huevos. Se presentan en múltiples formas, a veces aromatizadas, y se venden listas para cocer en agua, para acompañar un potaje o para gratinar, o bien rellenas para calentar. (...) La fabricación de la

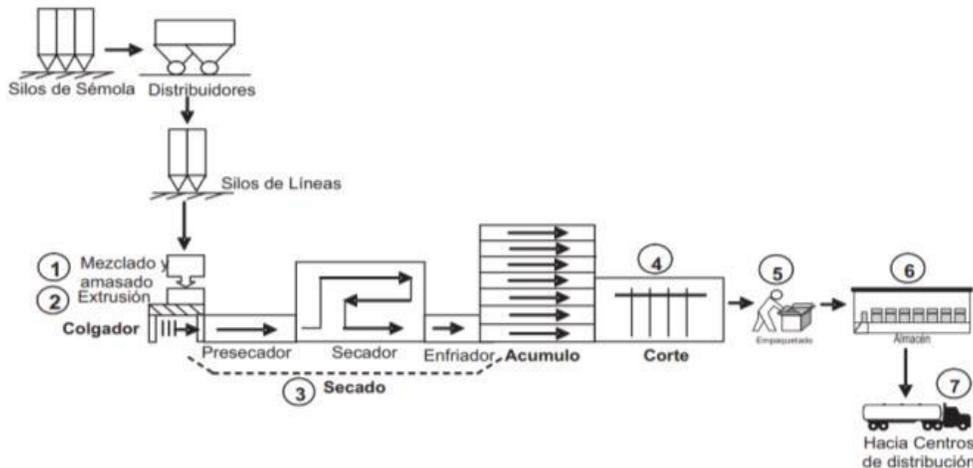
¹⁴ Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN. NTE INEN 1375. Segunda Revisión.

¹⁵ Página web de ECURED. Definición de pastas (alimento). Consultado de: [https://www.ecured.cu/Pastas_\(alimento\)](https://www.ecured.cu/Pastas_(alimento)).

pasta solamente requiere operaciones mecánicas, sin cocción ni fermentación. Los granos del trigo duro primeramente son reducidos a sémola. Ésta será amasada en presencia de agua hasta que alcance un 32% de humedad, con una aportación opcional de huevos frescos. Tras el amasado y prensado, la pasta obtenida es sometida a operaciones de trefilaje y extrusión o de laminado-cortado, según el aspecto final deseado. A continuación se efectúa un secado prolongado en caliente, hasta obtener el índice de humedad del 12,5%, que permite una conservación prolongada (...) Por último, la pasta se envasa en estuches de cartón o en bolsas transparentes. Por el contrario, la pasta fresca no se hace secar (...) Las pastas de buena calidad deben ser lisas y regulares, sin rastros blanquecinos, translúcidas o de una tonalidad marfil tirando a amarilla. Cuando se cuecen su volumen se multiplica normalmente por tres. (...) ¹⁶

- [311] En concordancia con el proceso descrito, la cadena de producción de las pastas puede graficarse de la siguiente forma:

Imagen No.- Cadena de producción de pastas



- [312] Existe una amplia variedad de productos considerados como pastas, que se pueden identificar de la siguiente forma:

Las pastas se distinguen por la proporción de sus componentes:

– Pastas clásicas. Solo contienen sémola de trigo duro y agua. Es mejor elegir las de calidad superior. Su sabor varía con su forma: conchas, macarrones o

¹⁶ Página web de Diccionario Larousse Cocina. Definición de pasta. Consultado desde: https://laroussecocina.mx/palabra/?s=pasta&post_type=palabra&vista=diccionario.

tagliatelle, fabricados con la misma sémola no tienen el mismo sabor, independientemente de la sazón. Algunas tienen estrías, que mejoran la adherencia de las grasas. Entre las pastas clásicas se suelen distinguir: las largas, las cortas y las pastas para sopa.

– Pastas con huevos. Contienen de tres a ocho huevos por kilo de sémola.

– Pastas con gluten. Incluyen al menos un 20% de materias nitrogenadas procedentes del gluten y tienen un índice de glúcidos reducido (56,5% contra 75% habitualmente).

– Pastas con leche. Presentan al menos 1,5 g de extracto seco procedente de la leche por cada 100 g de pasta.

– Pastas con verduras o aromatizadas. En el momento de la elaboración se añade una verdura picada (a menudo espinacas), un aromatizante o un jugo (por ejemplo de tomate o de tinta de sepia).

– Pastas rellenas. Se venden en conserva, en paquete al vacío, ultracongeladas o en semiconserva.

– Pastas de trigo integral. Son de color oscuro, ricas en fibras y más saciantes que las pastas clásicas.

La mayoría de las pastas son originarias de Italia y se pueden clasificar en cuatro grandes familias:

– Pastas de sopa. Muy pequeñas y de formas variadas Agrupan los anellini (pequeños aros, a veces dentados), conchigliettes (pequeñas conchas), linguinis (granos pequeños), penninis (plumas), risonis (granos de arroz), stellines (estrellas), así como las pastas de letras, los cabellos de ángel y los fideos.

– Pastas para cocer. Son las más numerosas. Las hay planas, más o menos anchas (tagliatelles, fettuccinis), otras redondas (spaghettis, spaghetinis y fedelinis, estas últimas son las más finas). Las hay huecas, ya sea rectas (macarrones, rigatonis, pennes) o curvas (conchas), o presentadas en nido (pappardelles), en forma de mariposa (farfalles) o en hélice (eliches).

– Pastas para gratinar o cocer en el horno. Previamente cocidas en agua, comprenden las lasañas (lisas o de bordes ondulados), pero también los tortiglioni (codos estriados), los grandes macarrones (bucatini), las conchas y las pajaritas (cravattines), etc.

– Pastas para rellenar. Las más corrientes son los canelones y los raviolis, pero los italianos han dado a conocer asimismo los agnolotti (pequeñas empanadillas), los cappelletti (sombrecitos), las lumache (grandes conchas), los manicotti (grandes canelones estriados con extremos biselados), los tortellini y tortelloni (de menor o mayor tamaño) (...)¹⁷

¹⁷ Página web de Diccionario Larousse Cocina. Definición de pasta. Consultado el 10 de agosto de 2021 desde: https://laroussecocina.mx/palabra/?s=pasta&post_type=palabra&vista=diccionario.

- [313] Se observa que existe una variedad importante de productos bajo la denominación de pastas. Para el caso concreto la INIDCP ha señalado:

(...) esta Intendencia tiene en cuenta que, la publicidad analizada dentro del contexto del incumplimiento del presente expediente, tiene relación con el producto “TALLARINES SUMESA”, con referencia a “OTROS TALLARINES”, por lo que, conforme las características de los productos referidos, se identifica el mercado producto como: los fideos y pastas largas comercializados en el mercado ecuatoriano.

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

10.3.1.1 Tallarines y otras pastas largas

- [315] Lo primero que hará la CRPI es examinar los productos denominados como tallarines, *spaguettis* y *fettuccine*.

- [316] El término tallarín corresponde a la adaptación del italiano *taglierini*. Se trata de una pasta alimentaria a base de harina o de sémola de trigo duro, huevos y agua, variante de los *tagliatelles*, que es cortada en forma de finas cintas planas de 3mm de ancho. La amplitud de corte de las pastas planas *tagliatelle* determina el producto. En “(...) Roma los *tagliatelles* se llaman *fettuccine*. En otros lugares, cortados en tiras de 4 mm, reciben el nombre de *pappardelle*”¹⁸. De igual forma los *taglierini* o tallarines en forma de nido, se conocen bajo el nombre de *tagliolini*. En este contexto, la diferencia entre tallarines y *fettuccine* correspondería al ancho del corte de la pasta alargada y aplanada¹⁹, aunque en algunos lugares se conoce a los *fettuccine* indistintamente como tallarines o *tagliatelle*.

- [317] Por otra parte, en el país el término tallarín se usa para hacer referencia a otros tipos de pasta larga de sección circular, como es la pasta *spaguetti* (del italiano *spago*, cordón) o la pasta *vermicelli*. Estas se diferencian de los *tagliatelles* por su forma de cuerda larga, delgada y de sección circular. Por otro lado, los *vermicellis* son muy similares y más gruesos que los espaguetis, ya que tienen un diámetro aproximado de 1,9 mm²⁰. De esta forma, el tradicional plato tallarines

¹⁸ Página web de Diccionario Larousse Cocina. Definición de Tagliatelle. Consultado el 10 de agosto de 2021 desde: <https://laroussecocina.mx/palabra/tagliatelles/>.

¹⁹ Barbagli, Annalisa (2010). *Pasta fresca e gnocchi*. Giunti. p. 116. ISBN 9788809765412.

²⁰ Página web de Recetas Espaguetis. Consultado el 14 de septiembre de 2021 desde: <https://recetasespaguetis.com/tipos-espaguetisitalianos/>.

con pollo²¹ se presenta comúnmente en el Ecuador preparado con pasta *spaguetti*. Además, los productos **TALLARÍN SUMESA**, tienen aspecto de pasta se sección circular y no de *tagliatelles*, a pesar que su presentación se señale como tallarín. Por tanto, el término tallarín en nuestro medio se acoge en el medio en sentido amplio, para nombrar productos tipo *fettuccine* y *spaguettis*.

- [318] Tanto la pasta larga *tagliatelle*, de forma plana, entre las que se incluyen tallarines y *fettuccines*, como las pastas se sección redonda como el spaghetti, *vermicelli* y *fedelinis*, así como el cabello de ángel u otras pastas similares, se engloban bajo la misma categoría de pastas largas.

10.3.1.2 Sustitución de pastas largas con otras pastas por su forma

- [319] Para la delimitación del mercado relevante es necesario evaluar la sustitución entre pastas largas y cortas, así como con otras pastas por la forma que tienen. La norma técnica ecuatoriana NTE INEN 1375²² clasifica las pastas según su forma así:

4.1 Por su forma:

a) *Pastas alimenticias o fideos largos. Spaghetti, tallarines fettuccine, cabello de ángel y otros.*

b) *Pastas alimenticias o fideos cortos. Lazos, codito, caracoles, conchitas, tornillo, macarrón, letras, números, animalitos, penne rigate, fusilli y otros.*

c) *Pastas alimenticias o fideos enroscados. Son las pastas alimenticias o fideos largos que se presentan en forma de madejas, nidos, espiral y otros.*

d) *Pastas rellenas. Ravioli, cappelletti, tortellini y otros.*

e) *Pastas en láminas. Lasañas, canelones y otros.*

- [320] En cuanto a la sustitución entre los fideos largos y fideos cortos, la INICPD señaló que, acorde con la información levantada en el procedimiento de investigación, el uso culinario de los fideos largos en Ecuador limita la sustitución con los fideos cortos, ya que estos últimos se utilizan con mayor frecuencia en la preparación de sopas.

- [321] La CRPI observa que si bien ambas presentaciones del producto cumplen un mismo fin, siendo este el de: servir como alimento (incluso con el mismo aporte nutricional), no existiría una sustitución directa entre ambos debido a las preferencias en el consumo, como correctamente lo

²¹ Página web de RECETAS DE COMIDA ECUATORIANA. Receta tallarin con pollo ecuatoriano. Consultado el 14 de septiembre de 2021 desde: <https://acomidaecuadoriana.com/tallarin-de-pollo-ecuadoriano/>.

²² Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN. NTE INEN 1375. Segunda Revisión. PASTAS ALIMENTICIAS O FIDEOS SECOS. REQUISITOS.

señaló la INICPD. Por ejemplo, si bien se podrían utilizar fideos cortos en la preparación de tallarín, el consumidor ecuatoriano no lo consideraría como el platillo tallarín.

- [322] Por otro lado, las pastas largas se presentan en varilla, madeja, enroscados, o espiral, siendo utilizadas de forma indistinta en las mismas preparaciones. Es decir, en el mercado se presentan pastas *tagliatelle* o *spaghettis* en varilla o madeja, sin que la presentación determine una preferencia marcada por parte de los consumidores. Acorde a lo determinado por la INICPD, las pastas largas en varilla, madeja, enroscadas o en espiral podrían ser productos sustitutos.
- [323] Las pastas rellenas y las pastas en láminas no serían sustitutos de las pastas largas, esencialmente porque proveen un sabor y contenido nutricional distinto al consumidor. Además, debido a que se usan en preparaciones especiales, distintas a los platillos que se preparan con las pastas largas, no serían sustitutos desde el punto de vista de la demanda. También es importante tener en cuenta que las pastas en lámina comúnmente son precocidas y se destinan a preparaciones gratinadas o cocidas al horno.
- [324] La INICPD señala que:

En consecuencia, del análisis de sustitución de la demanda, esta Intendencia reitera, en que la definición del mercado producto, se comprende la comercialización de los fideos largos: spaghetti, tallarín, fettuccini, cabello de ángel, entre otros, además, entre otros en forma de madeja, nido, y espiral; una vez realizado el análisis cualitativo, también se considera sustitutos válidos a los fideos enroscados, por sus similares finalidades culinarias, precios y características.

- [325] La CRPI concuerda con la conclusión de la INICPD y considera que desde el punto de vista de la demanda el mercado corresponde a la comercialización de pastas y fideos largos y sus sustitutos, descartándose la sustitución entre fideos cortos e instantáneos al no tener el mismo uso culinario y no contar con las mismas características.

10.3.1.3 Análisis cuantitativo de sustitución

- [326] En complemento del análisis previo, se presentan los resultados del análisis cuantitativo para la determinación del mercado relevante en el presente caso.
- [327] Para el efecto, la INICPD realizó las pruebas de correlación de precios²³ de cada uno de los tipos de fideos largos o enroscados, en presentación 400 gramos, obteniendo los siguientes resultados:

²³ Acorde a lo señalado en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 de 21 de noviembre de 2022 los datos utilizados corresponden a la serie mensual entre 2015 – 2019, del precio unitario promedio de los fideos largos, información proporcionada por los principales supermercados a nivel nacional.

Correlación de precios por tipo de fideo largo

	log_s~ta	log_t~ta	log_v~ta	log_f~ta	log_c~ta
log_spaghe~a	1.0000				
log_talla~ta	0.9086	1.0000			
log_vermi~ta	0.8849	0.7761	1.0000		
log_fettu~ta	0.0829	-0.1204	0.2026	1.0000	
log_cabel~ta	0.3440	0.4714	0.3661	-0.2211	1.0000

Fuente: Informe No. SCPMIGT-INICPD-027-2022 de 10 de noviembre de 2022

- [328] Los resultados de la prueba de correlación de precios muestra que los productos tallarín, spaghetti y *vermicelli* son parte de un mismo mercado al presentar un coeficiente de correlación superior a 0,80. Dado que los datos de manera preliminar excluirían otras pastas largas, la INICPD reporta la aplicación de la prueba de elasticidad cruzada de la demanda²⁴, de la cual se obtuvieron los siguientes resultados:

De la regresión, se identifica que los resultados de las regresiones sugieren que ante cambios en el precio de los fideos tipo tallarín, el consumidor sustituiría su consumo principalmente por otro tipo de fideos, como espagueti y/o vermicelli.

En este sentido, si bien el cabello de ángel no representó coeficientes significativos, del análisis cualitativo, varios consumidores señalaron que sustituirían los tallarines por este tipo de fideos. Por lo que, es importante mencionar que, si bien existen patrones de sustitución cuantitativos, la Comisión Europea ha concertado que la percepción de la sustitución por el lado de la demanda, con parámetros cualitativos, es el factor más importante cuando se trata de definir el mercado de productos de referencia.²⁵

En consecuencia, esta Dirección identifica, que por el análisis cualitativo y cuantitativo de la demanda los fideos largos se comportarían sustitutos entre sí, por lo que, el mercado producto estaría determinado por las comercialización de los fideos y pastas largos.

- [329] De conformidad con estos resultados es posible establecer, desde la sustitución de la demanda, que el mercado de producto abarcaría a todos los fideos largos elaborados con trigo. Si bien

²⁴ La INICPD informa:

“(…) se estimó la elasticidad cruzada de la demanda mediante un modelo de regresión log-log (…). Los datos utilizados corresponden a la serie mensual deflactada del precio unitario promedio de los fideos tipo tallarín, spaghetti, cabello de ángel, vermicelli, fettuccini, la serie corresponde al período 2015 – 2019, proporcionada por los principales supermercados a nivel nacional.”

²⁵ Comisión Europea (2011) Definición de Mercado de Referencia. Sumario de Diario Oficial de las Comunidades Europeas No.372.

existen ciertos usos específicos para cada uno, se ha mostrado a través de los datos, que los consumidores los reemplazarían fácilmente, en concordancia con el análisis realizado previamente. De esta forma, por ejemplo, los consumidores de tallarines (*tagliatelle*), no tendrían problema en consumir spaghetti en caso que el primer producto no sea alcanzable, a diferencia de lo que ocurría con los fideos cortos.

10.3.1.4 Sustitución por el lado de la oferta

[330] En cuanto a la sustitución desde el punto de vista de la oferta, con base en la aplicación de la prueba de sustitución de la oferta, la INICPD informó lo siguiente:

a) Los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otros, en caso de no poseer alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irrecuperables

Los activos necesarios para la elaboración del fideo largo, se señalan los siguientes: silos metálicos, mezcladora, laminadora, cortadora, empacadora y selladora, así como vehículos para su distribución, así también debe contar con activos inmateriales como personal capacitado que cuenten con conocimiento físicos, químicos y reo lógicos

(...)

La comercialización de fideos largos o cortos, se relaciona directamente con la forma y corte deseado, para los dos procesos se utiliza el mismo sistema logístico, por lo que lo que se consideran potenciales competidores a los operadores económicos que producen los dos tipos de fideos, ya que contarían con los mismos activos materiales e inmateriales requeridos, por lo que no tendrían que incurrir en costos significativos; por el lado de los activos requeridos para los fideos tallarín se consideran también posible sustitutos de la oferta.

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

Para el presente caso se destaca lo mencionado por los operadores económicos, en donde la comercialización de pastas y fideos cuenta con 4 fases importantes, como: 1) recepción de materia prima, 2) producción, 3) transporte y 4) distribución, todas las clases de pastas son distribuidas a través de canales modernos y tradicionales.

En este sentido, la DNICPD evidenció que la oportunidad del acceso a los sistemas logísticos y canales de distribución, es amplia y accesible para cualquier operador económico, más aún cuando son operadores que mantiene acceso a tiendas de barrio o supermercados.

c) Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios

(...)

En este contexto, los costos hundidos que enfrentarían nuevos competidores al ingresar en el mercado de fideos, estarían relacionados a sistemas logísticos y llegarían a los mismos canales de distribución, sin embargo esta Dirección considera que los costos hundidos no serían significativos, en tal sentido, las probabilidades de sustitución de la oferta aumentarían.

d) Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un período razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales

(...)

Al analizar el sector de fabricación y comercialización de pastas, en la que existen muchos competidores con productos que no se diferencian demasiado uno del otro, se identifican barreras de entradas principalmente en la inversión inicial, sin embargo este no es considerado un impedimento irrefutable para el ingreso de nuevas empresas en el mercado; de la información suministrada por supermercados se puede evidenciar que cada empresa posee su propio nicho de mercado, así también es importante mencionar que las marcas blancas tienen mayor accesibilidad a sistema logístico, en particular en supermercados.

En este contexto, esta Dirección, (...) identificó las siguientes barreras de entrada en el mercado de pastas o fideos largos:

- *Altos costos de inversión inicial.*
- *Existencia de marcas posicionadas en el mercado.*
- *Resistencia a innovaciones por parte de los consumidores.*
- *Importación de producto internacional*

En este sentido, la DNICPD considera que las barreras de entrada, responden a la dinámica del mercado de pastas y fideos. En consecuencia, no se advierte limitantes para la entrada de nuevos oferentes este mercado.

e) Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis

(...) esta Dirección evidencia que los operadores que actúan dentro de este mercado poseerían incentivos económicos necesarios para comercializar estos productos, al reportar ingresos positivos y tasas de rentabilidad que generan un margen neto 4 - 5%.

(...)

f) Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos

En relación con la capacidad instalada inutilizada, de la revisión de la información aportada dentro del expediente por los operadores económicos, esta Dirección observa que los competidores potenciales corresponden a empresas establecidas a nivel nacional, que en principio, tendrían la capacidad instalada, en la línea logística, canales de comercialización, relaciones comerciales, capacidad instalada material e inmaterial.

En este sentido, esta Dirección considera que, ante una eventual entrada de nuevos operadores al sector, al mantener una capacidad instalada inutilizada, la sustitución sería eficaz, es decir, estos operadores estarían en la capacidad de ofrecer el producto en cantidades competitivas, lo cual aumenta las posibilidades de sustitución en este mercado.

g) Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio material de análisis

Finalmente en relación con que los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos, es necesario analizar la factibilidad de que los consumidores acepten la entrada de una nueva marca o diferente tipo al fideo largo a este mercado.

(...) Por lo que, con base en las respuestas de los operadores económicos, los consumidores de fideos considerarían como un factor importante en su decisión de compra al precio. Además, a criterio de los operadores en este mercado, los consumidores si estarían dispuestos a probar una nueva marca de fideos. Por lo que, esta Dirección considera que las probabilidades que los consumidores acepten un nuevo producto en el mercado son altas, siempre y cuando ingrese con precios económicos.

(...)

Conclusión:

*En conclusión, en cumplimiento de la Resolución N° 11, esta Dirección evidencia con respecto al análisis de sustitución de la oferta, que existen competidores potenciales que ante incrementos en el precio del producto podrían ofertar y comercializar en un periodo de tiempo que no supone de ajustes significativos o inversiones altas. Sin embargo, con respecto a la eficacia, es importante señalar, que los consumidores únicamente reconocerían como sustitutos válidos, los fideos largos; y en menor proporción otros tipo de fideos. Por lo que, desde la sustitución de la oferta, se confirma la definición del mercado relevante, como el mercado comprendido por **la comercialización de pastas y fideos largos**.*

- [331] En cuanto a la efectividad en la sustitución, dados los resultados desde el lado de la demanda, la posición de la Intendencia es correcta y determinante, en el sentido que habrá sustitución únicamente con otra variedad de fideo largo. Por lo tanto, no es necesario ampliar el análisis de este punto.

10.3.2 Mercado geográfico

- [332] Con respecto al ámbito geográfico del mercado en cuestión, es fundamental anticipar que el fideo largo se trata de un alimento de consumo masivo y, por tanto, se encuentra disponible para su adquisición en todo el territorio nacional y es consumido por la mayoría de la población.
- [333] A fin de comprobar esta conjetura, la INICPD realizó la aplicación de la Prueba de Elzinga – Hogarty, cuyo resultado se resume a continuación:

Ahora bien, de acuerdo con la información remitida por los operadores económicos y en contraste con la información de las principales cadenas de supermercados en el Ecuador, la comercialización de los fideos largos, se ha realizado a nivel nacional, principalmente, en la provincia del Azuay 24,2%, Guayas con el 22,8%, Pichincha con 13,6%, Los Ríos con 7,8%, entre otras.

(...)

Índice Elzinga – Hogarty

PROVINCIA	%	FACTOR DÉBIL	
Azuay, Guayas, Pichincha, Los Ríos, Esmeraldas	76%	0,76	0,24
PROVINCIA	%	FACTOR FUERTE	
Azuay, Guayas, Pichincha, Los Ríos, Esmeraldas, Chimborazo, Manabí, Tungurahua y El Oro	91%	0,91	0,09

Fuente: Información operadores económicos y cadenas de supermercados

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

*En la aplicación de la prueba Elzinga – Hogarty se calculó el factor por provincia y se identificó que en conjunto cinco provincias representaron un factor débil; y a su vez, nueve provincias representaron un coeficiente fuerte, en tal sentido, se define un mercado geográfico a **nivel nacional...** (...)*

- [334] De la revisión del análisis de la prueba, la CRPI no coincide con la aplicación realizada, toda vez que existe fallas en la técnica usada, sin embargo, esto no implica que el mercado geográfico este mal definido. Como se señaló el producto es de consumo generalizado, disponible en todo el territorio nacional, además, las partes procesales no han presentado controversias en cuanto a la dimensión geográfica.
- [335] A efectos de la presente resolución, la CRPI considera que el mercado geográfico es a escala nacional, toda vez que se trata de un producto básico de consumo masivo cuya comercialización se realiza en la mayoría de provincias del Ecuador.

10.3.3 Mercado relevante determinado para el presente caso

- [336] Bajo las consideraciones expuestas en el análisis precedente, la CRPI determina que en el presente caso el mercado relevante es el de comercialización de pastas o fideos largos a nivel nacional.

10.4 Análisis de la infracción y su relación con la prueba

- [337] Tanto en la formulación de cargos como en el informe final se le atribuye al operador económico SUMESA el cometimiento de una infracción por incumplir lo establecido por la CRPI en la resolución de 12 de julio de 2019, emitida por la CRPI dentro del expediente No. SCPM-CRPI-015-2019, que específicamente ordenaba:

Resolución de 12 de julio de 2019, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-015-2019:

*a) El operador económico SUMESA S.A., a partir de la notificación con la presente Resolución deberá **cesar cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta al operador económico ORIENTAL S.A. y a sus productos.** Esta prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc. (Énfasis añadido)*

Formulación de cargos:

PRIMERO.- FORMULAR CARGOS en contra del operador económico SUMESA S.A., quien habría inobservado la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, en tal sentido, el operador habría infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.

SEGUNDO.- Conforme lo dispuesto en el artículo 58 de la LORCPM y 68 del RLORCPM, esta Intendencia dispone correr traslado al operador económico SUMESA S.A., con la resolución de inicio de la investigación de 09 de febrero de 2022, el Informe de Resultados de la Investigación y la presente Formulación de Cargos, a fin de que en el término de 15 días deduzca las excepciones que en derecho le asistan.

Informe final:

(...)

15. CONCLUSIONES

(...)

- *Conforme este órgano de investigación identifico a lo largo del presente Informe, SUMESA utilizó en su publicidad, elementos como: a) colores (naranja y amarillo); b) gramaje de 400; c) el PVP \$1.70 y 1.75; y, d) la **tarrina plástica**; elementos que en su conjunto aludirían al producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, del operador ORIENTAL.*

Por consiguiente, de conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la investigación, esta Intendencia colige que, el operador SUMESA de manera indirecta aludió a los productos del operador ORIENTAL, lo que conllevaría al incumplimiento de lo resuelto por la CRPI, en particular, la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019.

En consecuencia, SUMESA habría infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.

11. RECOMENDACIONES

Con base en el análisis desarrollado en el presente Informe, esta Intendencia recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia lo siguiente:

16.1. Sancionar al operador económico SUMESA S.A., por haber incumplido la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, en consecuencia, el operador habría infringido el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.
(...)

- [338] En concordancia con lo indicado, la CRPI procederá a analizar: (i) La publicidad pautaada por SUMESA, informada por la INICPD y de los cuales existan respaldos en el expediente; (ii) las pruebas relacionadas con la infracción; (iii) el informe final; y (iv) los escritos presentados por las partes.

10.4.1 Publicidades pautaadas por SUMESA en vigencia de las medidas preventivas

- [339] Conforme lo investigado por al INICPD, durante el periodo de septiembre de 2020 hasta diciembre de 2021, SUMESA emitió publicidades a través de diversos medios de comunicación televisivos, escritos y radiales; en perchas de supermercados; su página web; y, redes sociales.
- [340] Según consta en el Informe Final remitido por las INICPD estas publicidades serían las siguientes:

- **PRENSA**



Fuente: Información de operadores económicos²⁷

²⁶ Publicado en septiembre y octubre de 2020, y junio de 2021.

²⁷ Oficio s/n presentado por el operador GRUPO EL COMERCIO C.A, el 27 de noviembre de 2020, con ID 178062; considerado por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020.

● **TELEVISIVOS**



Texto de la Publicidad.-

“... **1.75** mi veci Carapaz - por unos tallarines blancos noooo, yo prefiero los nuevos tallarines sumesa...”

“...será por esta tarrina plástica que evita que se quiebren los tallarines blancos que cuesta casi el doble (...) esa tarrina contamina el medio ambiente...”

“yo prefiero los nuevos tallarines sumesa en oferta a \$1 dólar son riquísimos” y “mi hijo Richard Carapaz te recomienda los nuevos tallarines sumesa”

Fuente: Escritos de los operadores²⁹

Oficio s/n presentado por el operador ONEMETRO-METRO ECUADOR el 27 de noviembre de 2020, considerado por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.° SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020.

Escrito del operador Gráficos Nacionales de 25 de febrero de 2022, considerado por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.° SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, de 25 de marzo de 2022.

²⁸ Publicidad difundida de septiembre de 2020, hasta febrero de 2021.

²⁹ Copias certificadas de los escritos de los operadores ORIENTAL y TELEAMAZONAS, de 04 y 30 de noviembre de 2020, con ID 175388 y 178139 respectivamente, piezas procesales que fueron consideradas por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.° SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, de 03 de diciembre de 2020.

Escrito del operador TELEAMAZONAS con ID 185680, considerado por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.° SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I, de 16 de marzo de 2021.

•
• **REDES SOCIALES**

Textos que sobresalen en la publicidad:
 “Otros tallarines blancos”, gráfico de empaque amarillo, con tarrina plástica
 “Más de \$1.70”
 “Cuesta casi el doble que SUMESA”
 “Nuevos tallarines sumesa” empaque de tallarines sumesa
 “Oferta \$1,00”

Fuente: Información de los informes de seguimiento de medidas preventivas³²

Escrito del operador TELEVICENTRO con ID 185801, considerado por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I.

³⁰ Instagram fideoosumesa_ec. - #FideosSumesa #LosFideosDeMamá #Carapaz

³¹ Facebook: <https://www.facebook.com/FideosSumesa>

³² Información considerada por la Intendencia dentro de los informes de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I.

Información considerada por la Intendencia dentro del informe de seguimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, de 25 de marzo de 2022.

- **RADIAL**

Texto de la cuña radial³³:

Voz masculina: “Tenga veci

Voz femenina: Más de un dólar setenta por los tallarines blancos nooo, yo prefiero los nuevos tallarines sumesa a \$1 dólar

Voz masculina: aaah, será que los tallarines blancos son más caros por esta tarrina plástica

Voz masculina: el plástico contamina

Voz femenina: mijines mi Richard Carapaz, me pide los nuevos tallarines sumesa, que le dan energía

son riquísimos y están en oferta a \$1 dólar”

Fuente: Información remitida por ORIENTAL en escrito con ID 183248.

- **PÁGINA WEB**



10.4.2 Informe final de la INICPD

[341] En el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 de 21 de noviembre de 2022, la INICPD hace el siguiente análisis sobre el presunto incumplimiento por parte de SUMESA:

En primer lugar, esta Intendencia observó que, SUMESA segmentó su publicidad³⁵, en las siguientes denominaciones:

³³ La publicidad estuvo al aire del 11 al 31 de enero de 2021 (30 segundos).

³⁴ Página Web <https://www.coralhipermercados.com/> – Campaña Valentín Carnavaleiro – El coral (Mes de Febrero de 2021). – información analizada en el Informe de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I.

³⁵ Información aparejada por diferentes medios de comunicación, Televisivos, radiales, agencia de publicidad, SUMESA, ORIENTAL, así como de la revisión a las redes sociales y páginas WEB del operador.

- 1.- “CARAPAZ OFERTA \$ 1”
- 2.- “RICHARD CARAPAZ”
- 3.- “SUMESA CARAPAZ”.

Ahora bien, como segunda premisa del examen a la publicidad individualizada en líneas anteriores, esta Intendencia identificó que SUMESA durante el periodo de septiembre de 2020 hasta diciembre de 2021, propendió resaltar varios elementos que se asemejarían al empaque del producto FIDEO CHINO ORIENTAL del operador ORIENTAL, estos son:

SUMESA	ORIENTAL
   <p data-bbox="430 1543 722 1581">TARRINA PLÁSTICA</p>	

 <p style="text-align: center;">COLORES</p>	
<p style="text-align: center;">PVP</p>    	



Elaborado por: INICPD

Con los elementos anteriormente individualizados, este órgano de investigación identificó que SUMESA consecutivamente utilizó e hizo referencia en su publicidad, ciertos elementos del empaque del producto FIDEO CHINO ORIENTAL, esto es, tarrina plástica; PVP; colores; y, gramaje.

Por tal razón, es criterio de esta Intendencia que, el operador indirectamente trata de enfocar en la percepción de los consumidores, en elementos específicos y de fácil comprensión, empero, resaltando estas características³⁶ de un producto de su competencia, en consecuencia, SUMESA habría inobservado la letra a) de la medida preventiva impuesta por la CRPI, mediante resolución de 12 de julio de 2019, en tanto que, el órgano de resolución dispuso al operador que cese cualquier tipo de publicidad que **deslealmente aluda de manera directa o indirecta al operador económico ORIENTAL S.A. y a sus productos.**

En esa línea, la CRPI mediante resolución de 28 de diciembre de 2020, entre sus consideraciones manifestó que, la publicidad de SUMESA, contendría elementos (tarrina plástica; PVP; gramaje; colores) que se asemejarían al empaque del producto del operador ORIENTAL.

En tal sentido, el órgano de resolución, en apego a sus facultades y atribuciones, dispuso a la Intendencia iniciar una investigación en contra de la empresa SUMESA, por el presunto incumplimiento del artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM, en específico, incumplir la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019.

En complemento, de la revisión al análisis fáctico de los informes de seguimiento de medidas preventivas³⁷, esta Intendencia identificó que SUMESA de diversas

³⁶ Este comportamiento deshonestamente podría influir en la decisión de compra de los consumidores.

³⁷ SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I
SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I

maneras propende resaltar ciertos elementos del empaque del producto FIDEO CHINO ORIENTAL, esto es, tarrina plástica; PVP; colores; y, gramaje, en tal razón, debido al uso indebido de estas características, esta Intendencia coligió que la publicidad podría indirectamente referirse a los productos de la empresa ORIENTAL, en tanto que las características utilizadas comparten las similitudes individualizadas ut supra.

En este sentido, este órgano de investigación procede a examinar los recaudos procesales que coadyuvaron a formar el criterio de la Dirección e Intendencia, en los siguientes términos:

- **Resolución de la CRPI**

Mediante resolución de 28 de diciembre de 2020³⁸, la CRPI en su análisis manifestó:

*(...) De la revisión de los archivos de video, se puede determinar que **esencialmente el contenido y mensaje son los mismos**. El spot simula el desarrollo de una compra de tallarines en una tienda, a través de la interacción de los sujetos y la inclusión de imágenes, se compara el producto TALLARINES SUMESA frente al producto genérico OTROS TALLARINES BLANCOS, destacando que el producto competidor genérico tiene mayor precio y en su empaque se usa una tarrina plástica (...)*

*(...) Dado que los **productos publicitarios comparten características comunes**, harían parte de una misma campaña publicitaria. De lo cual se evidencia que el operador económico SUMESA busca posicionar en el mercado su producto TALLARINES SUMESA de 400g., que se presenta como un producto nuevo, a través de resaltar ciertas características del mismo, frente a los competidores (...)*

*(...) Es adecuado señalar que, a través de los medios publicitarios SUMESA compara su producto con otro denominado “OTROS TALLARINES BLANCOS” de 400g., que se identifica principalmente con los **colores: amarillo, rojo y blanco**, y que en parte de su empaque usa una **tarrina plástica**, características que son **comparables con las del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”**, tal como se extrae de los anexos presentados por*

SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I
SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I

³⁸ Expedida dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-015-2019.

*ORIENTAL. Además, se hace **énfasis en el precio de este producto**, señalado que **cuesta \$ 1.75 dólares** en el video, o **más de 1.70 dólares** como se señala en los medios impresos y de red social. Cabe analizar si estos elementos pueden dar **indicios** de que SUMESA está realizando alusión, directa o indirectamente a los productos de ORIENTAL (...)*

(...) Por su parte el operador SUMESA señaló en sus escritos de 03 y 21 de diciembre de 2020, que el producto de ORIENTAL no es el único en el mercado que empaca sus productos en tarrinas o bandejas de plástico, existe al menos un producto adicional que incorpora este aditamento en el empaque de sus dos variedades. Este argumento tampoco ha sido recogido por el informe de la INICPD (...)

(...) En este caso, la publicidad de SUMESA hace alusión a las dos marcas que tendrían entre su empaque incorporada una tarrina plástica. En cuyo caso, la CRPI coincide con el criterio de la INICPD en señalar que el uso de una bandeja o tarrina plástica muestra referencia indirecta por parte de la publicidad de SUMESA al producto de ORIENTAL, pues este operador hace uso de la misma en su producto FIDEO CHINO ORIENTAL, aunque no sea de su exclusividad (...)

Respecto a la comparación de precios, como se señaló con anterioridad, SUMESA indica en su publicidad que el producto rival en comparación tiene un precio mayor a \$ 1.70 dólares en las publicaciones en prensa impresa e INSTAGRAM, en tanto que señala que el precio es de \$ 1.75 dólares en el spot televisivo (...)

*(...) En los anexos al escrito de SUMESA de 03 de diciembre de 2020, se destacan copias simples comprobantes de compras de otros productos similares cuyos precios son: DON PANCHITO TALLARINES con precio de \$ 1,44 dólares; PRIMAVERA TALLARIN cuyo precio es \$ 1,66; y, SUPERMAXI FIDEO TALLARIN a precio de \$ 1.88 dólares. Ante lo cual cabe resaltar que existiría variedad en los precios finales en este tipo de producto. Como ya se anotó en cuanto al producto de FIDEO CHINO ORIENTAL, SUMESA encontró el mismo disponible a precios de USD \$ 1,69 y \$1,85. Se destaca además que SUMESA **no justifica su decisión de optar por el precio de \$ 1,75 en la publicidad objeto de análisis y no otro diferente.***

*En todo caso el precio de ORIENTAL disponible en su página web, corresponde a un recurso publicitario dirigido al consumidor, por lo tanto, la CRPI considera que este **elemento en conjunto con los otros elementos podría eventualmente implicar una alusión indirecta a los productos de***

***ORIENTAL**, asunto que deberá ser establecido o desvirtuado probatoriamente en la etapa de investigación (...)*

*(...) La CRPI una vez revisados y analizados los elementos que exigen la necesidad de realizar un estudio de la **posible relación entre la publicidad de SUMESA y el producto de ORIENTAL**; advierte que, si bien la publicidad puede referirse a otros productos similares, la **conjunción de los elementos analizados conlleva a establecer que existe una presunta alusión a los productos de ORIENTAL** al momento de referirse en la publicidad al producto “OTROS TALLARINES BLANCOS.” (Énfasis añadido)*

De las consideraciones esbozadas por la CRPI en la resolución ut supra, principalmente se extrae lo siguiente:

- 1. SUMESA en su publicidad utiliza características similares a la presentación del empaque del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, esto es, PVP; colores; y, tarrina plástica.*
- 2. Este órgano de investigación identificó que dado el uso de los elementos anteriormente individualizados, la publicidad de SUMESA contendría singularidades que aludirían al producto FIDEO CHINO ORIENTAL del operador ORIENTAL.*

Con base en las consideraciones especificadas anteriormente, este órgano de investigación identificó que el criterio del órgano del resolución, es concordante con el análisis fáctico de esta Intendencia, en virtud de que debido al uso de la tarrina plástica, colores, PVP, contenido, la publicidad de SUMESA podría indirectamente referirse a los productos de ORIENTAL, pues los elementos observados son semejantes a las características del empaque del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”.

- Informe N.° SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I³⁹*

La Intendencia principalmente consideró:

*“Al respeto, esta Intendencia **evidencia** que en parte de la publicidad utilizada por SUMESA S.A., compara su producto con otro que usa los **colores: amarillo, azul rojo y blanco**, los cuales son **similares** a los utilizados*

³⁹ Informe considerado en providencia de 19 de enero de 2021. El informe examinó la publicidad difundida por SUMESA, durante el periodo mayo a noviembre de 2020.

por *ORIENTAL S.A.* en su producto “*FIDEO CHINO ORIENTAL*”, así como hace **referencia al uso de una tarrina plástica del competidor.**

De igual manera, en las imágenes publicitarias publicadas en los diarios *EL COMERCIO* y *ONOMETRO*, así como en las redes sociales, el operador *SUMESA S.A.*, hace la referencia al **precio**⁴⁰ de “*otros tallarines blancos*” y la **tarrina plástica...**”

En tal sentido, la Intendencia arribó a la siguiente conclusión:

De la publicidad analizada, esta Autoridad observó que *SUMESA S.A.*, compara su producto con el de un supuesto competidor cuyo empaque usa los **mismos colores que los del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”**, además en sus publicidades hace **referencia a una “tarrina” de plástico y al precio PVP \$1.70 y 1.75** de “*Otros tallarines blancos*”, lo cual podría ser una manera **indirecta de referirse** al producto del operador *ORIENTAL S.A.*; en este sentido, la publicidad utilizada por el operador económico se podría **contraponer a lo dispuesto por la CRPI en el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019.** (Énfasis añadido)

Ahora bien, del informe de seguimiento de 03 de diciembre de 2020, como premisa se identificó que *SUMESA* resalta las siguientes características en su publicidad:

CARACTERISTICAS EJEMPLIFICADAS POR SUMESA	
TARRINA PLÁSTICA	PVP
	

⁴⁰ Información identificada en *EL COMERCIO*, *ONOMETRO* y redes sociales; en complemento, *SUMESA* utiliza el precio de 1.70, lo cual arroja como diferencia, 0,05 ctvs, en comparación al comercial de *TELEAMAZONAS*.



Fuente: Informe de seguimiento INICPD

Con los elementos individualizados, esta Intendencia considera que la publicidad de SUMESA, podría aludir indirectamente a **ORIENTAL**, pues las características utilizadas en la publicidad, guardan similitud con el empaque del producto **FIDEO CHINO ORIENTAL** del operador **ORIENTAL**.

En este sentido, debido al uso de los elementos anteriormente ejemplificados, es criterio de este órgano de investigación que, dada la forma y presentación, la publicidad podría aludir de manera indebida al producto del operador **ORIENTAL**, con este criterio, se identificó que la publicidad se contrapondría con la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, en consecuencia, se configuraría la infracción tipificada en artículo 78, numeral 1, letra d) de la LORCPM.

- **Informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I⁴¹**

Al respecto, la Intendencia en el informe manifestó:

“Al respecto, por cuanto esta Intendencia, lo identificó en el No. SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I, el uso y referencia de la **tarrina plástica**, el **precio** de Usd. 1.70, que a diferencia de los comerciales analizados hasta noviembre de 2020, habrían constado Usd. 1.75, y el uso de los **colores amarillo, azul, rojo y blanco**, podrían estar de **manera indirecta**, relacionados con características del producto **TALLARÍN ORIENTAL**, del operador económico **ORIENTAL S.A...**”

“Es importante señalar, que como fue referido por **SUMESA S.A.**, esta Intendencia no desconoce lo siguiente:

⁴¹ Informe considerado en providencia de 22 de enero de 2022. El informe analizó la publicidad pautaada por SUMESA, durante el periodo de diciembre 2020 hasta febrero 2021.

- En el mercado **existirían dos productos adicionales**, FIDEO CHINO GRUESO SUPERMAXI (con empaque rojo-blanco), y FIDEO CHINO FINO SUPERMAXI (con empaque rojo, amarillo y blanco), que mantendrían colores similares, y usarían tarrinas plásticas y también tendrían similares precios.
- Sin embargo, esto **no descarta** el hecho que, SUMESA S.A., por las características similares, de **tarrina, colores y precios**, no haga alusión de manera INDIRECTA a su competidor ORIENTAL S.A.”

“Por lo mencionado, esta Intendencia identifica que el operador económico SUMESA S.A. estaría **haciendo alusión indirecta** a los productos de ORIENTAL S.A., por las características y forma que describen del producto, lo cual podría incumplir lo dispuesto por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019, en el literal a).” (Énfasis añadido)

Con estas premisas, la conclusión fue la siguiente:

De la publicidad analizada en TV, radio, redes sociales y material físico analizado en las consideraciones del presente informe, esta Autoridad observó que SUMESA utiliza en su publicidad “CARAPAZ” de manera física y se refiere, a una “tarrina” de plástico y los PVP más de \$1.70, además utilizaría colores un empaque con combinación de colores: amarillo, azul, rojo y blanco, lo cual podría ser una manera indirecta de referirse al producto del operador ORIENTAL S.A., en este sentido, la publicidad se podría contraponer a los dispuesto por la CRPI en el literal a) de la resolución de 12 de julio de 2019. (Énfasis añadido)

Del informe ut supra, se identificó que SUMESA de manera enfática utilizó en su publicidad los siguientes elementos:

CARACTERISTICAS EJEMPLIFICADAS POR SUMESA	
TARRINA PLÁSTICA	<p>PVP</p> 

	
<p style="text-align: center;">COLORES</p> 	<p style="text-align: center;">GRAMAJE</p> 

Fuente: Informe de seguimiento INICPD

Del examen a la publicidad de SUMESA y al empaque del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, esta Intendencia identificó que existen ciertas semejanzas en el uso de los elementos individualizados en líneas anteriores; es decir, SUMESA en su publicidad al referirse a “OTROS TALLARINES” y ORIENTAL en su producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, utilizan características semejantes, lo cual podría llevar a los consumidores, a asociar el producto comparado (OTROS TALLARINES), con el producto del operador ORIENTAL.

Con este razonamiento, esta Intendencia colige que, debido a que la publicidad de SUMESA utiliza características similares a la presentación del producto FIDEO CHINO ORIENTAL, esta podría indirectamente aludir a los productos de la empresa ORIENTAL, en tal sentido, la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, se vería inobservada por el operador.

- **Informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I42**

La Intendencia en el informe de seguimiento, en su parte relevante manifestó:

“En este orden de ideas, de la revisión a la publicidad del operador SUMESA, este órgano de investigación identificó que en los informes N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I y SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I, de 03 de diciembre de 2020 y 16 de marzo de 2021 respectivamente, se observó los siguientes elementos:

- 1. El uso físico y referencial de la tarrina plástica;*
- 2. El precio referencial de \$ 1.70;*
- 3. El uso de los colores amarillo, azul, rojo y blanco;*
- 4. El uso del Gramaje 400g.*

*De estos elementos identificados, a criterio de esta Intendencia, el uso de estos elementos podría entenderse como una **manera indirecta**, de referirse al producto “FIDEO CHINO ORIENTAL” del operador económico ORIENTAL S.A.”*

*“Por otra parte, es importante resaltar que conforme esta Autoridad se pronunció en el informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I, esta Intendencia **no desconoce** que en el mercado existen dos productos adicionales con características similares en sus empaques, esto es, “FIDEO CHINO GRUESO SUPERMAXI” (con empaque rojo-blanco), y “FIDEO CHINO FINO SUPERMAXI” (con empaque rojo, amarillo y blanco).*

*Empero, el uso de **determinadas características** empleadas por el operador FAVORITA, no descarta que los elementos representativos de la publicidad del operador SUMESA, **tendrían mayor similitud** a los que utiliza la compañía ORIENTAL, es decir, el uso de la **tarrina; colores; precios; y, gramaje**, podría entenderse como una **alusión INDIRECTA** al producto del operador ORIENTAL S.A.”*

*Con estos lineamientos, esta Intendencia considera que la publicidad del operador SUMESA S.A. **debido al uso** de los elementos identificados ut supra, el operador estaría haciendo **alusión indirecta** a los productos de ORIENTAL S.A., es decir, el uso de las características y forma en la que se publicita el*

⁴² Informe considerado en providencia de 22 de enero de 2022. El informe analizó la publicidad pautaada por SUMESA, del trimestre marzo hasta mayo 2021.

producto “Tallarines SUMESA”, podría estar **en contra** de lo dispuesto por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019, en el literal a).”

Con estas consideraciones, el informe concluyó en los siguientes términos: De la publicidad transmitida en medios de comunicación (televisión, radio y prensa), este órgano de investigación observó que SUMESA utiliza en su publicidad “CARAPAZ”, de manera física y referencial, **a)** una “tarrina” de plástico; **b)** PVP más de \$1.70; **c)** colores del empaque; y, **d)** el gramaje (400g); el **uso de estos elementos** podría entenderse como una **manera indirecta** de referirse al producto “FIDEO CHINO ORIENTAL” del operador ORIENTAL S.A., en este sentido, la publicidad del operador podría **contraponer** a los dispuesto por la CRPI en la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019. (Énfasis añadido)

Una vez examinado el informe, se identificó que SUMESA recurrentemente continuó utilizando los siguientes elementos:

CARACTERISTICAS EJEMPLIFICADAS POR SUMESA	
<p>TARRINA PLÁSTICA</p> 	<p>PVP</p> 
<p>COLORES</p>	<p>GRAMAJE</p> 



Fuente: Informe de seguimiento INICPD

En este sentido, el uso de las características individualizadas, podría entenderse como una forma de aludir al producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, en virtud de que el empaque del operador ORIENTAL, utiliza elementos semejantes a los que SUMESA empleó en su publicidad al referirse a “OTROS TALLARINES”.

Sin embargo, en dicho informe también se identificó que el uso de la tarrina plástica, no es de uso exclusivo del operador ORIENTAL, en virtud de que este elemento, también sería utilizado por el operador FAVORITA, en la presentación de los productos de marca blanca, “Fideo Fino Chino Supermaxi” y “Fideo Chino Grueso Supermaxi”.

En complemento, también se observó que los colores utilizados en el empaque del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”, no es de uso exclusivo de ORIENTAL, en virtud de que la FAVORITA también utilizaría en las fundas de sus productos, colores similares a los identificados.

En este orden de ideas, esta Intendencia considera que el uso de los colores y tarrina plástica, no es de uso exclusivo de ORIENTAL, empero, resulta necesario tener presente lo siguiente:

- 1. De la revisión a los empaques de ORIENTAL y la FAVORITA, a priori, estos guardarían ciertas similitudes, es necesario subrayar que los productos “Fideo Fino Chino Supermaxi” y “Fideo Chino Grueso Supermaxi”, no mantendrían notoriedad y/o posicionamiento, como productos que ya cuentan*

con cierto reconocimiento⁴³ en el mercado de pastas y fideos largos, entre otros, DON VITTORIO; SUMESA; y, ORIENTAL⁴⁴.

En complemento, la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, en los años 2018 y 2019, renqueó al operador ORIENTAL, en los puestos 323 y 352 respectivamente; mientras que SUMESA para los años 2019 y 2020, se ubicaron en los puestos 145 y 131, respectivamente.⁴⁵

Continuando con esta línea de análisis, esta Intendencia identificó que la revista EKOS⁴⁶ para el año 2020, ubico el operador SUMESA en el puesto 337, y al operador ORIENTAL en el puesto 387, lo que demuestra el liderazgo y reconocimiento de estos operadores en el sector económico.

- Ahora, conforme el “TOP of MIND”⁴⁷ de los consumidores, la marca blanca de la empresa FAVORITA, aun no tendría notoriedad ni el reconocimiento que los operadores referidos anteriormente.*

En otras palabras, los productos no estarían dentro de la percepción de los consumidores, en específico, en los fideos y pastas largas, en comparación con las marcas como DON VITTORIO; ORIENTAL; y, SUMESA.

Así también, este órgano de investigación del análisis económico identificó que, el operador FAVORITA con su marca blanca (Fideo Fino Chino Supermaxi” y “Fideo Chino Grueso Supermaxi), solo representa el 2% y 2,2 % del mercado de pastas y fideos largos, en los años 2020 y 2021.

En este sentido, esta Intendencia considera que el producto del operador FAVORITA, aún no cuenta con reconocimiento en el mercado de

⁴³ Ranking marcas publicado por la revista EKOS MAYO 2020 – SUMESA puesto 2 – ORIENTAL puesto 3 – DON VITTORIO puesto 1 - <http://revista.ekosnegocios.com/publication/23e0e807/mobile/?p=74>

⁴⁴ Una de las marcas más recordadas en pastas y fideos - <https://www.ekosnegocios.com/articulo/una-de-las-marcas-mas-recordadas-en-pastas-y-fideos>

⁴⁵ Obtenido de <https://appscvsconsultas.supercias.gob.ec/rankingCias/rankingCias.zul?id=S&tipo=1>

⁴⁶ Obtenido de: <https://www.ekosnegocios.com/ranking-empresarial>

⁴⁷ El libro de Posicionamiento (1989) define recordación de marca (top of mind), como: “La marca que primero le viene a la mente a un consumidor, también se conoce como primera mención. Tiene además la característica de ser la mejor posicionada y además la marca que más probablemente se compre”. Al Ries Chairman y Jack Trout. 1989. Posicionamiento, el concepto que ha revolucionado la comunicación publicitaria y la mercadotecnia. 1ª. (Edición revisada) Traducción Gloria Presa Ampudia. México. Editorial Mc Graw Hill.

comercialización de fideos y pasta largas, en consecuencia, el producto aun no sería percibido como una de las principales opciones por los consumidores⁴⁸, por lo cual, los consumidores no podrían asociar el empaque de la FAVORITA, con el que SUMESA utiliza en la publicidad como OTROS TALLARINES.

3. En adición, esta Intendencia analizó los empaques del operador FAVORITA, y el utilizado por SUMESA en su publicidad, considerando lo siguiente:

FIDEO CHINO GRUESO SUPERMAXI

SUMESA	FAVORITA	CONSIDERACIONES
		<p>El empaque de la FAVORITA utiliza los colores, rojo en mayor grado; blanco; y; naranja, es decir, los colores no comparten similitudes significativas.</p> <p>Así también, el producto utilizado por SUMESA en su publicidad, es de 400g, mientras que el producto de la FAVORITA, es de 500g.</p> <p>Además, la transparencia del producto de la FAVORITA, es de color naranja y su forma circular; mientras que SUMESA utiliza una transparencia rectangular.</p>

⁴⁸ En este punto resulta pertinente resaltar que, los productos de marca blanca (fideos o pastas largas) del operador la FAVORITA, no mantendrían publicidad en los medios de comunicación (prensa, radio, televisión); además, tampoco serían comercializados (tiendas o mercados) fuera de la cadena de los supermercados “SUPERMAXI”, en tal sentido, su reconocimiento se vería limitado, y no tendría la notoriedad que mantiene DON VITTORIO; ORIENTAL o SUMESA.

FIDEO CHINO FINO SUPERMAXI

SUMESA	FAVORITA	CONSIDERACIONES
 	 	<p>El empaque del operador FAVORITA, utiliza los colores, rojo en mayor grado; blanco; y; amarillo en menor grado, es decir, por su ubicación y composición, los colores no comparten similitudes significativas.</p> <p>En adición, SUMESA utiliza una presentación de 400g, y el producto de la FAVORITA, es de 500g.</p> <p>Finalmente, el operador la FAVORITA utiliza una transparencia de color amarillo, y su forma circular; mientras que SUMESA utilizó un empaque con una transparencia rectangular.</p>

Fuente: Escrito operador SUMESA

En este sentido, del examen realizado a los empaques individualizados anteriormente, esta Intendencia identificó que los empaques no comparten semejanzas significativas, si bien comparten el uso de la tarrina, el diseño de los empaques de la FAVORITA, no se acerca al empaque que SUMESA utilizó en su publicidad, por lo que, no podría ser el producto que indirectamente el operador alude en su publicidad.

Ahora bien, las semejanzas identificadas entre los productos SUMESA (empaque de la publicidad) y ORIENTAL, no solamente se observó la similitud en los colores y la tarrina plástica, sino en el conjunto de elementos que componen la funda del

producto FIDEO CHINO ORIENTAL, esto es: colores, tarrina plástica, contenido y precio.

Con base en lo esgrimido, esta Intendencia colige que la publicidad de SUMESA, podría contraponerse a la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, en tanto que, en la forma en que se presenta, el operador incumplió el artículo 78, numeral 1, letra d) de la LORCPM.

- **Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I⁴⁹**

La Intendencia en su Informe consideró:

*“a) En cuanto a la publicidad remitida por el operador **GRÁFICOS NACIONALES**, este Órgano de investigación identificó que SUMESA utilizó los mismos elementos que ya fueron analizados en los Informes de Seguimiento de Medidas Preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2020-039-I; SCPM-IGT-INICPD-2021-025-I; y, SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I de 03 de diciembre de 2020; 16 de marzo y 06 de julio de 2021 respectivamente, en específico la publicidad mantiene los siguientes elementos:*

- 1. El uso físico y referencial de la tarrina plástica*
- 2. El precio referencial de \$ 1.70*
- 3. El uso de los colores amarillo, azul, rojo y blanco*

*De los elementos identificados e individualizados ut supra, a criterio de esta Autoridad, el uso de estos podría entenderse como una alusión **indirecta** de referirse al producto “FIDEO CHINO ORIENTAL” del operador económico ORIENTAL S.A.”*

*“En tal sentido, esta Intendencia identificó que entre las herramientas utilizadas por SUMESA en su publicidad, se resaltan ciertos elementos que ORIENTAL utiliza en la presentación del empaque de su producto “Fideo Chino ORIENTAL”, esto es: a) el uso de colores similares a los del empaque comparado; b) el precio semejante del producto; y, c) el uso de la tarrina plástica; en consecuencia, el uso de estos elementos **podría entenderse como una manera de referirse** indirectamente al producto del operador ORIENTAL.*

⁴⁹ Informe considerado en providencia de 07 de junio de 2022. El informe examinó la publicidad difundida por SUMESA, durante el trimestre junio hasta marzo 2022. En donde se identificó publicidad de análisis hasta diciembre de 2021.

*Es necesario recalcar que, conforme esta Intendencia señaló en sus Informes de Seguimiento de Medidas Preventivas los cuales han sido referidos en acápite anteriores, debido al **reconocimiento que ostenta ORIENTAL** en el mercado de pastas y/o fideos, devendría en que los **consumidores asocien** a dicho operador con los elementos aludidos en la publicidad objeto de análisis, lo cual podría **transgredir** la disposición contenida en la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019.”*

En sumo, la Intendencia concluyó:

*De la publicidad adjunta por el operador **GRÁFICOS NACIONALES** y de la publicidad identificada en la página de FACEBOOK del operador SUMESA, esta Intendencia identificó que debido a los **elementos (1.- tarrina platica; 2.- color del empaque; y, 3.- el precio del producto)** que componen la publicidad, esta podría considerarse como una **manera indirecta** de referirse a **ORIENTAL**, en particular al producto “Fideo Chino **ORIENTAL**”, en consecuencia, esto podría ir en **contra de la letra a)** de la resolución de 12 de julio de 2019. (Énfasis añadido)*

Del análisis esbozado por la Intendencia, principalmente se identificaron los siguientes elementos:

CARACTERISTICAS EJEMPLIFICADAS POR SUMESA	
TARRINA PLÁSTICA 	PVP 



Fuente: Informe de seguimiento INICPD

Con base en las consideraciones esbozadas en el presente punto, esta Autoridad considera que, si bien la publicidad de SUMESA no se refiere directamente a los productos de ORIENTAL, el uso de los elementos, esto es, 1.- tarrina plástica; 2.- PVP (1.75 – 1.70); 3.- colores; y, 4.- gramaje 400g, esto conllevaría asociar de manera indirecta la publicidad con el producto del operador ORIENTAL.

Por otra parte, conforme esta Intendencia analizó el informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2021-038-I, si bien el empaque del operador FAVORITA compartiría ciertas semejanzas con el producto (OTROS TALLARINES) comparado en la publicidad de SUMESA, estas semejanzas no serían significativas.

Además, conforme esta Intendencia señaló, el producto de marca blanca, al no estar posicionado en el mercado, y no tener publicidad fuera del supermercado SUPERMAXI, el producto no tendría notoriedad en la mente de los consumidores, por consiguiente, no podría ser asociado con el producto comparado en la publicidad de SUMESA.

Lo que por el contrario, ORIENTAL al ser reconocido dentro del mercado de fideos y pastas largas, el producto FIDEO CHINO ORIENTAL si estaría posicionado en la mente de los consumidores, en tal sentido, los elementos observados sí podrían ser asociados con el producto de ORIENTAL.

Por esta razón, la similitud del producto comparado en la publicidad de SUMESA, y el empaque de FIDEO CHINO ORIENTAL, es superior frente a cualquier otro producto, en virtud de que el esquema visual del empaque de ORIENTAL, se asemeja en gran porcentaje al empaque que SUMESA utilizó en su publicidad, en tal sentido, se ratifica el análisis desarrollado en líneas anteriores, esto es:

1. Los empaques del operador FAVORITA, no se asemejan a la presentación utilizada por SUMESA en su publicidad.

2. *Que debido a los elementos (PVP; gramaje; colores; tarrina plástica) que SUMESA utilizó en su publicidad, el empaque comparado mantiene una significativa similitud con el producto FIDEO CHINO ORIENTAL.*
3. *En este orden de ideas, esta Intendencia colige que SUMESA indirectamente aludió en su publicidad a los productos de ORIENTAL, en específico, al FIDEO CHINO ORIENTAL.*

Con estas premisas, este órgano de investigación considera que la motivación contenida en la resolución de la CRPI, y los informes de seguimiento de medidas preventivas, ratificarían que el operador económico habría incumplido la resolución dispuesta por la CRPI, en tanto que SUMESA no ha desvirtuado que los elementos utilizados en su publicidad, no guarden relación indirecta con las características del empaque del operador ORIENTAL. Por el contrario, se ha demostrado que las características de “OTROS TALLARINES” utilizado por SUMESA en su publicidad, son semejantes a las características del producto FIDEO CHINO ORIENTAL del operador ORIENTAL.

En tal sentido, este órgano de investigación considera que la publicidad de SUMESA indirectamente aludiría a “FIDEO CHINO ORIENTAL”, por lo cual, esto podría contraponerse a la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, en consecuencia, esta Intendencia concluye que SUMESA infringió el artículo 78, numeral 1, literal d) de la LORCPM.

10.4.3 Alegatos presentados por el operador económico SUMESA

[342] En su escrito de alegatos, de 15 de diciembre de 2022, el operador SUMESA sobre las acusaciones expuestas en el Informe Final por la INICPD señaló:

(...)

4.3. Inexistencia de referencia inequívoca a el o los competidores

La alusión puede tener por objeto el nombre del producto objeto de la comparación, frecuentemente identificado por la marca. No es el caso presente, ya que en la publicidad se menciona a “otros tallarines”.

También se realizan comparaciones públicas utilizando eslóganes consolidados que el público identifica sin dificultad con el competidor aludido, todos ellos como elementos distintivos que se refieren a dicho origen empresarial. Tampoco es el caso presente ya que Sumesa no usa ningún slogan de los “otros” competidores y menos aún de oriental

Así, la doctrina jurisprudencial Europea considera que:

“cuando el consumidor medio percibe la utilización en un anuncio de un signo similar a la marca de un competidor del anunciante como una referencia a ese competidor o a los bienes y a los servicios que ofrece, hay publicidad comparativa”

En el presente caso, el consumidor promedio no percibe el uso de la palabra “otros tallarines” como una referencia a oriental.

(...)

En la doctrina jurisprudencial española, en el caso Coca Cola/Pepsi¹⁸, se señala que no había en el anuncio enjuiciado una referencia expresa del anunciante a su competidora, sino solo una mención a **-otro refresco de cola-**. La ausencia de alusión a juicio del tribunal es la que lleva a considerar que no realiza una comparación, confrontación o equiparación real y efectiva con ninguna otra marca. **En este caso, Sumesa no efectúa ninguna comparación, confrontación ni equiparación con ninguna de sus competidoras, y nuevamente, menos aún con oriental, es decir, no existe ninguna referencia inequívoca.**

Pero abundemos en Jurisprudencia señor Intendente (SIC). El Jurado de Publicidad Español¹⁹ consideró que es publicidad comparativa la que en un folleto promocional dirigida a profesionales tiene por objeto comparar dos eliminadores de olores, pues se realiza una referencia inequívoca a un producto competidor y recoge una comparación entre el producto competidor al que se alude y al del anunciante (**habiendo sólo dos competidores en el mercado**), y esta comparación pretende demostrar la superioridad del producto del anunciante (capaz de eliminar cuatro tipos de olores y diferente) y el del competidor (que no puede eliminar algunos de ellos). Se recalca que este caso es **entre dos competidores en el mercado, lo cual causa que por método de eliminación, exista una referencia unívoca al único competidor restante en el mercado. En el presente caso, no son los únicos competidores en el mercado por cuanto existe otro operador económico como lo es Supermaxi, de ahí que la alusión de Sumesa a “otros tallarines” sea en plural y no en singular.**

(...)

Como vemos, la publicidad no contiene referencia expresa alguna del anunciante hacia oriental. Se efectuó la mención a otros tallarines, que lamentable y erradamente oriental identifica consigo misma. En este sentido, la Resolución del

Tribunal Supremo español 126/1997 que consta como Anexo 1 a este documento, señala en el último párrafo de la página 3:

“Es pura deducción subjetiva, so pretexto de mantener una posición predominante en el mercado, atribuirse la condición de víctima del anuncio cuando es evidente que son varias las "otras colas" existentes en el mercado.”

Así las cosas, habiendo otros competidores en el mercado, y la alusión que se efectuó es a “otros tallarines”

Igualmente, mediante otra sentencia del Tribunal Supremo Civil español²¹, en un caso en el que se estudia una comparación entre la oferta de dos competidores con la finalidad de destacar que los precios de unos productos eran mejores para los consumidores que los de otros, se considera que la referencia al competidor no es expresa, pero si inequívoca si los destinatarios podían identificar claramente al competidor. En este caso existía referencia inequívoca sin que pueda llevar a error sobre la identificación del competidor. Nuevamente Señor Intendente (SIC), Sumesa y oriental no son los únicos competidores en el mercado, por tanto no existe referencia o alusión inequívoca hacia oriental.

De lo anterior, se puede apreciar que las menciones genéricas, referidas al resto de competidores cuando son más de dos, como la mención genérica “otros”, sin hacer ninguna referencia expresa a un competidor, no pueden constituir un supuesto de comparación desleal, así lo recalca la Sentencia de la Autoridad Provincial de Vizcaya, Sección 4ª de 29 de diciembre de 1999, AC 1999, 8496, en la que se mencionan de forma genérica a las agencias de publicidad no asociadas, sin mencionar concretamente ninguna.

(...)

Como vemos, las abundantes Doctrina y la Jurisprudencias nos dicen que no existe alusión inequívoca hacia oriental en este caso. Más allá de que la comparación a “OTROS TALLARINES” es lícita, se reafirma que no existe pues, alusión ni referencia inequívoca hacia ninguno de nuestros competidores.

Lo determinado en la Jurisprudencia Nacional es justamente lo que hemos esgrimido a través de varios escritos y lo hacemos ahora también. Sumesa no ha violentado la Resolución de la CRPI en ningún momento, lo cual con estas argumentaciones y observaciones queda demostrado.

4.4. Cese de las Medidas Preventivas

Señores Comisionados, debo hacer a su conocimiento las siguientes consideraciones en referencia al Cese de las Medidas Preventivas: el Artículo 7826 del RLORPM es muy claro en manifestar en sus supuestos de hecho en los cuales establece que las medidas preventivas cesarán por dos situaciones jurídicas:

La Primera: que “cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga”

En el caso en cuestión, en la primera situación jurídica no ha sido determinada en la adopción de la medida preventiva el plazo que disponga el cese, la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD) que remita a la CRPI un informe trimestral mediante providencia de fecha 17 de Julio de 2019.

La segunda: “o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento”.

En fecha 29 de septiembre de 2021 la CRPI resolvió la causa principal y puso fin al procedimiento, cumpliéndose el presupuesto de derecho del referido artículo, por lo que ya se tiene una fecha cierta de cese de la medida preventiva.

Producto de la resolución que pone fin al procedimiento principal, el Superintendente de Control de Poder de Mercado, bajo la consideración que está directamente relacionado con el Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2019, dispone a la CRPI mediante providencia de fecha 10 de Noviembre de 2021, que informe la situación jurídica de las medidas preventivas dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2019.-

La CRPI en fecha 11 de noviembre de 2021 procede a informar la situación jurídica de las medidas preventivas, y en su considerando [14] estableció lo siguiente que:

“De acuerdo con la Resolución emitida por la CRPI el 29 de septiembre de 2021, dentro del expediente SCPM-CRPI-013-2021 que pone fin al procedimiento de investigación”

Jamás se dispuso el cese al seguimiento de las medidas preventivas, pero sí hubo resolución final (29 de septiembre de 2021) que pone fin al procedimiento principal estableciéndose sanción pecuniaria y medidas correctivas, por tanto, el 29 de septiembre de 2022, cesaron las medidas preventivas.

Para reforzar lo anterior, el Superintendente de Control de Poder del Mercado mediante providencia de fecha 15 de Noviembre de 2021, señala que de la revisión de la respuesta de la CRPI en providencia 11 de Noviembre de 2021 se observa que

no se encuentra atendida, ya que se requirió se **informe a esta autoridad, la situación jurídica de las medidas preventivas** dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del Expediente Administrativo SCPMCRPI-015-2019.

La CRPI mediante providencia de fecha 16 de Noviembre de 2021, en sus considerando señala:

“[9] Que, de acuerdo con lo que establece el artículo 78 del RLORCPM la resolución emitida por la CRPI el 29 de septiembre de 2021, dentro del expediente SCPM-CRPI-013- 2021 pone fin al procedimiento de investigación y sanción.”

“[10] Que, conforme lo señalado en líneas anteriores, la CRPI informará al Superintendente de Control del Poder de Mercado que la situación jurídica de las medidas preventivas dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del presente expediente es de cese.””

En su Disposición Segunda de la referida providencia dispone:

“SEGUNDO.- INFORMAR que, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, la situación jurídica de las medidas preventivas dictadas mediante Resolución de 12 de julio de 2019 dentro del presente expediente es de cese.”

La providencia de la CRPI es clara y precisa al determinar la fecha de cese de la medida preventiva en su considerando [9] de la providencia de fecha 16 de Noviembre de 2021 de acuerdo con lo que establece el presupuesto del artículo 78 de RLORCPM, que señala que es cuando **se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento, siendo esta la resolución emitida por la CRPI el 29 de septiembre de 2021, dentro del expediente SCPM-CRPI-013-2021 que pone fin al procedimiento de investigación** conforme a lo señalado por la CRPI en el referido considerado.

Elemento este de juicio, que en efecto, tomó el propio Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante providencia de fecha 17 de Noviembre de 2021 para inhibirse del conocimiento del Recurso de Apelación a la solicitud de Revocatoria que hicieramos de las medidas preventivas. El Superintendente fue categórico en manifestar que:

“(...) acorde lo señala el artículo 78 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, la adopción de la resolución en el procedimiento, cesa las

medidas preventivas, en razón que se ha expedido la resolución definitiva, por lo que, las medidas tomadas para prevenir un daño ya no son pertinentes, pues, como ha sucedido en el presente caso, se han adoptado medidas correctivas definitivas para corregir y eliminar el daño identificado”.

Por cumplirse los presupuestos del artículo 78 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, el señor Superintendente en su Resolución de fecha 17 de Noviembre de 2021, a las 17h00 dentro del Expediente SCPM-DS-INJ-RA-016-2021, señala que:

*“**DECISIÓN.-** Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y el artículo 78 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM esta Autoridad, se **INHIBE** del conocimiento y resolución del Recurso de Apelación presentado por el operador económico SUMESA S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 14 de septiembre de 2021 a las 15h49 con número de trámite ID. 207323, por cuanto “ipso jure”, las medidas preventivas han cesado. En consecuencia se dispone el archivo del presente expediente, por cuanto el objeto de la impugnación no se encuentra en vigencia.-*

En sentido, es absurdo que dentro período del cesación de las medidas preventivas (3 meses, y 12 días) se tomen como elementos de juicio las publicidades transmitidas para el supuesto incumplimiento de las medidas preventivas desde el 29 de septiembre de 2021 hasta el 12 de enero de 2022, fecha en que el Superintendente rectifica y sustituye el numeral TRES de la resolución de fecha 07 de enero de 2022, por el siguiente texto:

“En mérito de la nulidad declarada en el numeral DOS, al no encontrarse materializados los presupuestos previstos en el artículo 78 del RLORCPM, las medidas preventivas solicitadas por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., se encuentran vigentes”.

Como queda visto, entre el 29 de septiembre de 2021 y el 12 de Enero de 2022, cesaron las medidas preventivas.

En el período de cese de las medidas preventivas, no puede haber seguimiento de las mismas, ya que ellas no existieron, en virtud de que existió una resolución que pone fin al procedimiento, por lo que al cumplirse con el artículo 78 del RLORPM

las medidas preventivas habían dejado de existir en el mundo jurídico, en tal sentido, la CRPI no debe considerar las publicidades analizadas por la INICPD en el Informe de Seguimiento de Resultado Nro. SCPM-INICPD-DNICPD-007-2022 de fecha 21 de Julio de 2022 ni en la Formulación de Cargos de fecha 22 de Julio de 2022 durante el período de cese de las medidas preventivas (desde el 29 de septiembre de 2021 hasta el 12 de enero de 2022, siendo esto, 3 meses 12 días).

(...)

4.7. Sobre los elementos utilizados en las publicidades

Señores Comisionados, la INICPD realiza un análisis de las publicidades y determina los elementos utilizados en la publicidad que podría entenderse como una forma de aludir al product de Orienta, los cuales son:

- *El precio – PVP*
- *El Gramaje*
- *La tarrina plástica*
- *Los colores*

Como, sea señalado en el expediente.

Los colores del empaque, la tarrina plástica no determina la identidad de un producto o de un operador económico.

***Existe otra marca** que también comercializa este **exacto mismo tipo de tallarines en el mercado ecuatoriano y con exactamente los mismos colores en sus empaques y con la tarrina plástica**, esa marca es Supermaxi y Aki, y evidentemente mi representada no está haciendo alusión ni directa ni indirecta tampoco a la Marca Supermaxi y Aki.*

Resulta extraño que oriental no denuncie a Supermaxi por usar la combinación de los mismos tipo de colores en su empaque.

*Existen **dos productos adicionales** al de oriental, en el mismo mercado, con los mismos colores y con la tarrina plástica igual al producto de oriental, conforme consta en el expediente, estos son:*

- *Fideo Chino Grueso Supermaxi y,*
- *Fideo Chino Fino Supermaxi.*

*Se puede constatar en los supermercados que existen en el mismo mercado relevante, otras marcas **con los mismos colores que los productos “FIDEO CHINO ORIENTAL”**, por tanto, nadie ha hecho alusión indirecta al producto de oriental.*

De lo anterior se desprende que mi representada no ha efectuado alusión directa ni indirecta a los productos de oriental ni a los de Supermaxi. El uso de los colores y tarrina, como sus Excelencias conocen, es libre, de ahí que Supermaxi puede usar ese tipo de coloren sus productos sin tener que pasar por autorizaciones del Senadi, ni de la SCPM, ni de Oriental.

Como queda evidenciado, no hemos hecho alusión indirecta ni a oriental ni a Supermaxi.

*Reiteramos, que la marca Supermaxi que vende el mismo tipo de tallarín largo tipo chino, **también usa los colores y el uso de la tarrina plástica**, y evidentemente, nosotros tampoco hemos hecho alusión a la marca Supermaxi.*

*Es como decir que otros tipos de envases comunes, fundas o tarrinas de queso crema, determinan **de manera exclusiva** la identidad de un operador económico, ello es absurdo.*

Vale preguntarse, ¿Acaso no puede ningún otro operador económico comercializar este tipo de tallarín con la utilización de la tarrina y/o bandeja plástica en su producto debido a que estaría haciendo alusión indirecta a oriental?

¿A qué se debe que oriental no solicite medidas preventivas contra Supermaxi y Aki por usar exactamente la misma tarrina plástica?

Estamos en presencia de un acto discriminatorio en contra de SUMESA, por cuanto en el mercado ecuatoriano se comercializa este tipo de fideos, con las mismas características del producto de oriental, en tal sentido, oriental no podía sentirse aludida con esta publicidad, por cuanto existe incluso otro operador económico que también usa ese tipo de tarrinas en dos productos.

En cuanto al precio, más allá de que el valor que oriental tiene fijado en su página WEB difiere del valor que se vende en realidad este producto, lo importante es que son precios distintos comprobados y por lo tanto no se ha hecho alusión ni directa ni indirecta.

La estrategia de estos comerciales y su único objetivo, es incentivar a que el consumidor final compare precios. Eso es todo señores Comisionados.

Por los motivos anteriormente señalados, hemos comprobado que oriental no vende sus productos a USD 1,75 ni a 1,70 como lo indica su página web, siendo que, lo vende al consumidor a mayor y a menor precio (USD 1,85 y; USD 1,69), consecuentemente oriental tergiversa sus alegatos con el ánimo de engañar con elementos de juicio traídos de manera subjetiva sin sustentos válidos para seguir contumazmente causando daño a Sumesa y al consumidor final, con la intención de engañar a su Autoridad.

En conclusión, oriental no vende su producto al consumidor final a USD 1.75 y 1.70, entonces mi representada no ha hecho alusión directa ni indirecta a oriental. Como se manifestó con anterioridad, el fin perseguido en la publicidad es una manera legítima de informar a los consumidores sobre las ventajas que pueden obtener.

Lo mismo ocurre con el gramaje se demostró en el presente expediente que existen otros operadores económicos con el mismo gramaje utilizado en la publicidad, el gramaje no determina la identidad de un producto o de un operador económico.

Sumesa no ha hecho alusión directa ni indirecta a ningún operador económico.

10.4.4 Análisis de la CRPI

- [343] De la revisión de la pauta publicitaria analizada de SUMESA, esta Comisión puede observar de forma inequívoca que, lo que busca el operador económico es hacer una comparación directa de sus productos “TALLARINES SUMESA” con otros productos de su competencia, a los cuales denomina “OTROS TALLARINES BLANCOS”.
- [344] Todas las publicidades señaladas por la INICPD y analizadas en el presente apartado, apuntan al mismo fin, representando de forma escénica una compra de tallarines en una tienda, y en la interacción entre comprador y vendedor, en la que resaltan las características y precios de los productos de SUMESA y los de la competencia, resaltando de forma verbal (o escrita) características como el precio y la presentación y de forma gráfica elementos como colores y gramaje.



Fuente: Spot publicitario remitido por Canal TELEAMAZONAS, duración 27 segundos.

- [345] Ahora bien, es necesario determinar si la referencia gráfica que SUMESA denomina “OTROS TALLARINES BLANCOS” hace referencia a productos de su competidor ORIENTAL.
- [346] Conforme lo ya señalado por esta Comisión, mediante Resolución de 28 de diciembre de 2022, dentro del expediente No. SCPM-CRPI-015-2019, elementos como los colores, empaque, precio, y gramaje de la presentación, pueden ser elementos que puedan utilizarse de forma clara para identificar al producto de la competencia al cual se quiera hacer alusión, a pesar de no nombrarlo directamente.
- [347] En este caso, la CRPI observa que en las publicidades se busca comparar el producto “TALLARINES SUMESA” en su presentación de 400g con otro producto, indicado que el primero tiene un P.V.P. de USD 1, mientras que el del segundo es de USD 1.75 o más de USD

1.70. Las publicidades dan a entender que el producto de la competencia cuesta casi el doble porque tiene una tarrina plástica, y que esta, además, contamina el medio ambiente.

- [348] Las publicidades analizadas contienen los mismos elementos, salvo algunos aspectos que han cambiado a lo largo de sus emisiones, concretamente la referencia al precio, el aspecto de los signos que utilizan para referirse al producto de la competencia, el empaque del producto a compararse y la referencia a la tarrina que evita que se quiebren los tallarines.
- [349] En este sentido, y para ilustrar los argumentos, a continuación se observa algunas características básicas del producto de la competencia expuesto en la publicidad de SUMESA.

CARACTERÍSTICAS DE “OTROS TALLARINES BLANCOS” EN PUBLICIDAD DE SUMESA

<p>TARRINA PLÁSTICA</p> 	<p>PVP</p> 
<p>COLORES</p> 	<p>GRAMAJE</p> 

Fuente: Informe Final INICPD

- [350] La CRPI concuerda con la INICPD en que si bien la publicidad de SUMESA no se refiere directamente a los productos del operador económico ORIENTAL, el uso de los elementos, esto es, 1.- tarrina plástica; 2.- PVP (1.75 – 1.70); 3.- colores; y, 4.- gramaje 400g, conllevaría asociar de manera indirecta la publicidad con el producto del operador ORIENTAL, en específico con el producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”.

“OTROS TALLARINES BLANCOS” vs “FIDEO CHINO ORIENTAL”



- [351] SUMESA argumenta que “el consumidor promedio no percibe el uso de la palabra “otros tallarines” como una referencia a oriental.”, sin embargo, es necesario precisar que el consumidor no solo asocia los productos a un nombre comercial, sino también, a una imagen y a

las características particulares de cada uno, por tanto, cuando los productos son claramente distinguibles a los de su competencia, el consumidor promedio es capaz de reconocer o inferir el producto solo observando su etiqueta, empaque o forma.

[352] La CRPI observa que las publicidades en general se refieren indirectamente al producto tallarines de ORIENTAL en su presentación de 400g, por lo siguiente:

- i. La publicidad se refiere a tallarines en presentación de 400g. al igual que el operador ORIENTAL quien comercializa tallarines en presentación de 400g.
- ii. La publicidad se refiere a tallarines blancos y el color de los tallarines de ORIENTAL son blancos.
- iii. La publicidad se refiere a tallarines protegidos mediante una tarrina plástica. El operador ORIENTAL es el único en el mercado que comercializa tallarines de 400g con una tarrina de plástico.

En este punto, sin bien SUMESA en sus escritos y en la audiencia pública indicó que el operador Corporación Favorita también comercializa tallarines con una tarrina plástica, sin embargo de la información que obra en el expediente, la CRPI encontró que el mencionado operador comercializa productos denominados tallarines (SUPERMAXI y AKI) en presentaciones de 500g y 380g. En consecuencia, la publicidad analizada no se puede referir a los tallarines del operador económico Corporación Favorita.

- iv. El precio de venta al público de los tallarines ORIENTAL en su presentación de 400g es exactamente de USD 1.75., tal y como se señala en sus empaques:

Si bien el operador SUMESA posteriormente cambió el precio diciendo “MÁS DE 1.70”, la referencia claramente es al producto que tiene tarrina y un precio cercano, sobre todo después de haber visto u oído la publicidad antecedente que claramente se refería a USD 1.75. En cambio, los productos de marca blanca, SUPERMAXI y AKI, no comparten similitudes significativas respecto del precio, pues estos serían USD 1.90 y USD 2.10.

- v. Los empaques que se usaron para referirse a “OTROS TALLARINES BLANCOS”, utilizan los colores que oriental usa en los tallarines de 400 g. Utilizan el marco amarillo en el empaque y el color rojo, lo que para un consumidor medio sería una evocación al producto de ORIENTAL.

En contraste, las características de los empaques de los productos SUPERMAXI y AKI no comparten similitudes significativas con el producto comparado, las fundas de los productos presentan distintos elementos, como los colores (blanco, rojo, anaranjado y

amarillo respectivamente) en distinta posición y proporción, o el uso de figuras como un drágon.

- [353] El empaque utilizado en la publicidad CARAPAZ se refiere a “OTROS TALLARINES BLANCOS”. En el empaque de ORIENTAL se indica específicamente la palabra “Tallarín” en su anverso, mientras que el empaque de LA FAVORITA no exhibe la palabra “Tallarín”. Esto haría que el consumidor medio relacione la publicidad con el producto que directa e inmediatamente le indique que se trata de tallarines.
- [354] Los cinco elementos indicados previamente en conjunto, a los ojos de un consumidor medio, es decir, aquel normalmente informado y que adquiere productos de consumo masivo como los analizados, sería una referencia inequívoca a los tallarines de ORIENTAL en su presentación de 400 g.
- [355] Por tanto, del análisis se desprende que la publicidad pautaada por SUMESA y analizada en el presente caso, alude indirectamente al operador económico ORIENTAL y sus productos y fue difundida a través de diversos medios de comunicación y redes sociales.

11 DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE INFRACCIÓN. LA IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS. RESPONSABLES

- [356] Teniendo en cuenta el análisis realizado en la presente resolución y atendiendo al acervo probatorio que obra en el presente expediente, la CRPI declara que el operador económico **SUMESA** incumplió lo dispuesto en la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019, emitida dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, infringiendo, en consecuencia, el artículo 78, numeral 1, letra d) de la LORCPM.

12 DETERMINACIÓN DE LA MULTA

- [357] Una vez que se ha demostrado la responsabilidad del operador económico **SUMESA**, la determinación de la multa correspondiente se basará en lo dispuesto en la LORCPM y la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación de la LORCPM.

12.1 Metodología de cálculo para la determinación de la multa de conformidad con la Resolución No. 012

- [358] El 15 de Septiembre de 2016, la Secretaría Permanente de la Junta de Regulación elaboró el Informe No. SP-2016-009, estableciendo una propuesta metodológica para el cálculo del importe de sanciones a las infracciones de la LORCPM.
- [359] Mediante Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, la Junta de Regulación resuelve: “*Expedir la Metodología para*

la *Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*". Esta metodología se encontraba vigente al momento del inicio del procedimiento de investigación.

- [360] El Informe No. SP-2016-009, se considera como un elemento interpretativo esencial⁵⁰ de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, pues define la metodología y establece un procedimiento de cálculo en concordancia con lo determinado en la LORCPM como en el RLORCPM.
- [361] Dicha metodología considera parámetros que permiten cuantificar, de la manera más aproximada, un importe de sanción que se encuentre acorde a las especificidades de cada caso.

12.2 Fases de cuantificación de la multa y fórmulas de cálculo

- [362] La metodología de cálculo para la determinación de la multa se fija siguiendo las siguientes fases:

<i>Fase 1. Determinar la base para el cálculo del importe de la multa</i>	
$IMBi = VNMRi * \beta i$	$IMBi =$ <i>Importe base del operador i</i>
	$VNMRi =$ <i>Volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción</i>
$\beta i = f(\text{gravedad}(\alpha), \text{afectación}(\theta))$	$\beta i =$ <i>Ponderador del tipo sancionador</i>

⁵⁰ Resolución emitida por el Superintendente de Competencia Económica en el expediente No. SCPMCRPI-2015-019-RA de 05 de julio de 2019.

<i>Fase 2. Multiplicar el importe de base en función de la duración de la conducta</i>	
$IMBTi = IMBi * di$	$IMBTi =$ Importe base total del operador i
	$IMBi =$ Importe base del operador i
$di = f$ (número de años de duración de la infracción)	$di =$ duración de la infracción
<i>Fase 3. Ajustar el importe base total en base a evaluación global de las circunstancias pertinentes</i>	
$IMTi = IMBTi * Yi$	$IMTi =$ Importe total de la multa para el operador i
	$IMBTi =$ Importe base total del operador i
$Yi = f$ (número de circunstancias agravantes y atenuantes)	$Yi =$ factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes

Fuente: LORCPM – Secretaría Permanente de la Junta de Regulación.

12.3 Variables a considerar para establecer factores de ponderación

- [363] Previo al cálculo del importe total de la multa, es necesario considerar los criterios prescritos en el artículo 80 de la LORCPM, según las variables que indicaremos a continuación:

12.3.1 Naturaleza de la Infracción

- [364] En este punto es importante señalar la caracterización que establece la LORCPM en el artículo 78, numeral 1, letra d) respecto incumplir o contravenir lo estableció en una resolución de la SCE, tal como se muestra a continuación:

Art. 78.- Infracciones.- Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves.

(...)

2. Son infracciones graves:

(...)

c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley.

(...).

- [365] La CRPI, en concordancia al criterio de la INICPD, encuentra que las infracciones cometidas por el operador económico SUMESA son de naturaleza leve, de conformidad con lo previsto en la letra d, numeral 1 del artículo 78 de la LORCPM.

12.3.2 Duración de la infracción

- [366] El tiempo de duración de la conducta, deberá ser cuantificado desde el incumplimiento de la medida preventiva dispuesta en la letra a) de la resolución de 12 de julio de 2019 dictada por la CRPI.
- [367] A través de la información que reposa en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020 y con base en los hallazgos de la INICPD en el Informe Final SCPM-IGT-INICPD-030-2022 se identificó que SUMESA realizó publicidad posterior a la resolución de 12 de junio de 2019 dictada por la CRPI, el 17 de septiembre de 2020, en el marco de la campaña denominada “CARAPAZ”, transmitida en los canales Teleamazonas, Televisión y Ecuavisa (esto aportado en el informe aportado por NURA S.A., el 23 de abril de 2021 con Id. 192490).
- [368] Con respecto a la fecha sobre la cual SUMESA dejaría de realizar publicidad, de acuerdo a la información remitida por el propio operador económico, con número de trámite ID. 230251, que fue detallado por la INICPD en Informe de seguimiento N°. SCPM-IGT-INICPD-2022-007-I, queda constancia que se realizó publicidad en los términos analizados hasta diciembre de 2021.
- [369] Bajo este análisis se encuentra que la infracción se extendió desde septiembre de 2020 hasta diciembre de 2021, es decir, por un periodo de 1 año y 3 meses. Por lo tanto, el factor de duración de la infracción para la cuantificación de la multa sería igual a 1,5.

12.3.3 Volumen de negocios en el mercado relevante

- [370] El factor de volumen de negocios en el mercado relevante ha sido calculado por parte de la INICPD, de acuerdo a la información de ventas de pastas y fideos largos a nivel nacional remitida por el operador SUMESA. El monto al año 2021⁵¹ asciende a un total de USD. 3.645.267,25.
- [371] En el Informe Final la INICPD referente a la cuota de participación de los operadores económicos señaló:

⁵¹ Cabe señalar que si bien la presente resolución se emite en el año 2023, por lo cual la información considerada para el cálculo de la multa sería de 2022, al momento no se consta con información respecto a los volúmenes de ventas de dicho periodo o estados de resultados de los operadores económicos, así como tampoco el detalle en el SRI de o declaraciones de impuesto a la renta, por lo cual, la mejor información disponible corresponde a 2021.

En este contexto, se identificaron las siguientes cuotas de participación en el mercado relevante, para el año 2021: ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., con un participación del ██████%, ALICORP ECUADOR S.A. con una participación de ██████%, seguido del operador económico SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A. con ██████%, el operador SUMESA S.A., con una participación del ██████%, seguido en un quinto lugar de MODERNA ALIMENTOS S.A. con un participación del ██████%, entre otros.

- [372] Esta información ha sido validada por la CRPI con base en la información constante en el expediente SCPM-IGT-INICPD-022-2020, y será considerado en el cálculo de la multa.

12.3.4 Cálculo de la dimensión del mercado afectado

- [373] Para el cálculo del indicador de dimensión del mercado (η_i) se categoriza el tamaño total del mercado en el que ocurre la infracción, atendiendo a los percentiles calculados a partir de los volúmenes de ventas netas del sector real de la economía ecuatoriana para el año correspondiente, de acuerdo a los siguientes rangos:

$$\eta_i = \begin{cases} 0.10 & \text{si } \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{10} \\ 0.20 & \text{si } P^{10} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{35} \\ 0.40 & \text{si } P^{35} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{55} \\ 0.60 & \text{si } P^{55} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{75} \\ 0.80 & \text{si } P^{75} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N < P^{95} \\ 1.00 & \text{si } P^{95} \leq \sum_{i=1}^N \text{Ventas}_N \end{cases}$$

Fuente: Informe No. SP-2016-009

- [374] El mercado afectado corresponde a la sumatoria del volumen de negocios del mercado relevante de todos los operadores económicos que participan en dicho mercado. En el presente caso se ha determinado, a partir de la información aportada por la INICPD, que este valor al 2021 ascendería a USD. \$ 41.427.575,01.
- [375] Para determinar el rango en el que se encuentra el mercado afectado, tomamos la información remitida por el Servicio de Rentas Internas a la SCPM respecto a las ventas netas del sector real de la economía para el año 2021⁵², y así calcular los percentiles correspondientes, obteniendo:

⁵² Información suministrada a la SCPM por parte del Servicio de Rentas Internas mediante oficio ingresado el 20 de julio de 2022, trámite con Id 245170.

Límite Inferior		Límite Superior	Factor η_i
\$ -	$\sum_{i=1}^N Ventas_N <$	\$ -	0,1
\$ -	$\leq \sum_{i=1}^N Ventas_N <$	\$ -	0,2
\$ -	$\leq \sum_{i=1}^N Ventas_N <$	\$ 5.400,00	0,4
\$ 5.400,00	$\leq \sum_{i=1}^N Ventas_N <$	\$ 106.031,00	0,6
\$ 106.031,00	$\leq \sum_{i=1}^N Ventas_N <$	\$ 2.002.153,80	0,8
\$ 2.002.153,80	$\leq \sum_{i=1}^N Ventas_N <$	\$ 12.521.041.367,32	1

[376] Luego de la comparación pertinente se pudo determinar que el volumen de negocios del mercado relevante superó el valor del percentil 95 de ventas de la economía, es decir, el factor de dimensión (η_i) es de 1 para el presente caso.

12.3.5 Participantes del mercado y cuotas de mercado

[377] Tal y como ya se indicó, la cuota de mercado del operador SUMESA para el periodo 2021 se estimó en ██████ %.

[378] Con base en el Informe Final de la INICPD, el factor de HHI Normalizado corresponde a 0,120, mismo que es acogido por esta autoridad.

[379] SUMESA en su escrito de alegatos manifiesta que HHI mide la concentración económica de un sector y este no mide el presunto cometimiento de una infracción, adicional a esto, alega que no tiene relación con prácticas desleales y por ende se comete un error técnico que nulita el proceso.

[380] Al respecto esta CRPI, reconoce que los índices de concentración estructural tienen como propósito evaluar la asimetría que existe sobre un mercado, que pudiera dar indicios de posición de dominio, o establecer de manera aproximada la distribución de competencia (cercana a monopolio o competencia perfecta, por ejemplo).

[381] Para efectos de la cuantificación de la multa, la Resolución 012 incorpora parámetros de regulación de la sanción, establecimiento al HHI como variable de la afectación y gravedad que pueda generar o bien una conducta anticompetitiva, como una infracción por el incumplimiento de la resolución. En este sentido, resulta proporcional establecer una graduación menor a la multa en aquellos mercados donde existe mayor competencia, mientras que lo contrario cuando existe una única alternativa para el mercado (caso de monopolio).

[382] Es por ello que esta dependencia no concuerda con el alegato de SUMESA, por lo cual, este parámetro debe ser incorporado a la cuantificación de la sanción.

12.3.6 Atenuantes y Agravantes

- [383] La CRPI conforme el artículo 81 de la LORCPM, para calcular el importe total de las sanciones deberá tener en cuenta circunstancias atenuantes y agravantes si las hubiere.
- [384] Al respecto, la INICPD considera, en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-030-2022 de 21 de noviembre de 2022, lo siguiente:
- (...) esta Intendencia, consideró que SUMESA ha realizado las siguientes circunstancias agravantes:
- (1) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas
- (1) La posición de responsable o instigador de la infracción
- En particular por la insistencia de la publicidad transmitida hasta diciembre de 2021. En tal sentido, correspondería el factor de (2) con el coeficiente de 1,15, sin identificar circunstancias atenuantes
- [385] Si bien la INICPD considera que la emisión de publicidad resultaría como una medida para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas, la CRPI no está de acuerdo con tal criterio, ya que, como se establece en el artículo 81, literal c) de la LORCPM: “*La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas*” (énfasis agregado), este agravante está direccionado a la ejecución de prácticas anticompetitivas, distinto al incumplimiento analizado en este proceso de sanción y en consecuencia no puede ser tomado en cuenta como un agravante.
- [386] Por su parte, la INICPD también señaló que el operador económico mantenía una posición de responsable de la infracción, lo cual a criterio de esta Comisión debe ser motivado y sustentado por el órgano de investigación a fin de entender por qué dicha circunstancia debería agravar la valoración de los hechos investigados, la mera enunciación de que un operador económico sea encontrado como responsable del cometimiento de una infracción no es sustento suficiente para considerar este argumento como agravante. En este sentido, de la revisión del Informe Final la CRPI no ha encontrado que la INICPD haya argumentado o justificado los hechos sobre los cuales se realiza esta afirmación. En este sentido, la CRPI se aparta del criterio emitido por la Intendencia.
- [387] Por su parte, la INICPD indica en el Informe Final que no ha identificado circunstancias atenuantes. En contraste de aquello, en el escrito de alegatos presentado por SUMESA, el operador manifestó que cumple con los criterios de atenuantes establecidos en los literales a, b, c y d del artículo 82 de la LORCPM, al haber puesto fin a la supuesta infracción, al no aplicar ninguna conducta prohibida, que no existe daño a reparar, y que ha existido colaboración con todos los requerimiento de la Intendencia y CRPI.

- [388] Con respecto a las acciones alegadas por el operador para poner fin a la infracción, esta Comisión considera que la misma no se cumple con este precepto puesto que, por mandato de esta Autoridad, SUMESA debía abstenerse de realizar cualquier publicidad. No obstante, transcurrieron 1 año y 3 meses desde el inicio de la infracción, por lo cual, no se verifica una intención de cese temprana.
- [389] Adicional a esto, alegar que no es una conducta prohibida o que la inexistencia de daño al mercado son causales para determinarlos como atenuantes a la sanción, carece de sentido lógico, ya que este procedimiento resulta por el incumplimiento a una resolución y no sobre el cometimiento de una conducta anticompetitiva como tal. Por ello, al tenor de la propia normativa, no se cumple con lo determinado en las letras b y c del artículo 82 de la LORCPM, esto es, “la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas” y “realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado”. Ya que el incumplimiento a la resolución es independiente de si realizaron o no una conducta prohibida y no existe reparación de daño alguno para efectos de este procedimiento.
- [390] En cuanto a la colaboración a los requerimientos de la Intendencia y la CRPI, esta autoridad no encontró acciones que evidencien tal atenuante. La colaboración de SUMESA, se generó en el marco de la obligación de colaboración que tienen todos los operadores económicos ante los requerimientos de la SCE, tal como se establece en el Art. 48 de la LORCPM. No se ha demostrado evidencia de la cooperación más allá del curso normal de las peticiones realizadas por la administración.
- [391] Por lo expuesto, no se encuentran circunstancias atenuantes ni agravantes dentro del procedimiento de investigación. En este caso, el factor γ_i se gradúa, para efectos de la multa en un valor de 1.

12.4 Factores para el cálculo de la multa

- [392] Los factores considerador para el cálculo de la multa son:

Variable	Indicador	Valor
$VNMR_i$	Volumen de negocio en el mercado relevante	USD 3.645.267,25
λ_i	Cuota de mercado	█ %
ϕ_i	Alcance de la infracción	Nacional = 1
η_i	Dimensión del mercado afectado	1
HN_i	Características del mercado afectado	0.121062
n	Número de firmas	31
d_i	Duración de la infracción	1,5

γ_i	Circunstancias agravantes y atenuantes	1
S_i	Naturaleza de la infracción	Leve
τ_i	Tipo de infracción	Leve
ω_i	Coefficiente de ponderación	0,00348583877995643

- [393] Una vez aplicada la metodología con los parámetros establecidos anteriormente, la multa asciende a **CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 79/100 (USD. 43.609,79)**.
- [394] Se ha comprobado que el valor de multa no excede el límite establecido en la LORCPM para las infracciones de este tipo, esto es, 8% del volumen de negocios total del operador económico infractor en el año inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (letra a, del artículo 79 de la LORCPM), por lo cual el valor de multa es adecuado y proporcional.

13 MEDIDAS CORRECTIVAS

- [395] De conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la LORCPM, en caso que se requiera restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta anticompetitiva y evitar que la misma se produzca nuevamente, la CRPI tiene la facultad de establecer medidas correctivas además de la sanción.
- [396] La INICPD a través de su Informe Final No. SCPMIGT-INICPD-030-2022 de 21 de noviembre de 2022 señaló:

Es importante señalar que en el presente caso, la presunta infracción devendría del incumplimiento de una resolución de la SCPM, en específico, la resolución de medidas preventivas de 12 de julio de 2019 emitida por la solución de Primera Instancia, en tal sentido, al no tratarse del cometimiento de conductas anticompetitivas, no resulta procedente proponer medidas correctivas.

- [397] La CRPI comparte el criterio de la INICPD y considera que no es necesario, tomando en cuenta la infracción analizada en el presente caso, la imposición de medida correctiva alguna.

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

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR que el operador económico **SUMESA S.A.** cometió una falta leve al haber incumplido lo dispuesto por esta Comisión, dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019, en resolución de 12 de julio de 2019, de conformidad con lo establecido en la letra d), del numeral 1, del artículo 78 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- IMPONER al operador económico **SUMESA S.A**, la multa de **CUARENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 79/100 (USD. \$ 43.609,79)**, en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

TERCERO.- DECLARAR la presente resolución como confidencial.

CUARTO.- EMITIR una versión no confidencial y pública de la presente resolución.

QUINTO.- AGREGAR la presente resolución al expediente en su parte confidencial:

SEXTO.- AGREGAR al expediente la versión no confidencial y pública.

SÉPTIMO.- NOTIFICAR la presente resolución al operador económico SUMESA S.A

OCTAVO.- NOTIFICAR la presente resolución al operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A” S.A.**, en su calidad de tercero interesado.

NOVENO.- NOTIFICAR la presente resolución a la Intendencia General Técnica, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, a la Dirección Nacional Financiera y al Tesorero de la SCPM.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Daniel Granja Matovelle
COMISIONADO SUSTITUTO

Francisco Dávila Herrera
COMISIONADO SUSTITUTO

Édison Toro Calderón
PRESIDENTE