

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica.
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas-INICAPMAPR
- **Expediente de origen:** SCE-IGT-INICAPMAPR-06-2024
- **Expediente Apelación:** SCE-INJ-06-2024
- **Apelante/ Denunciante:** SERCOV S.A.
- **Denunciados:** NESTLÉ ECUADOR S.A.

SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA¹. Quito, DM, 22 de agosto de 2024, a las 08h45.- **VISTOS.**- Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de máxima autoridad de esta Superintendencia de Competencia Económica –SCE-, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, modificada mediante acción de personal No. SCE-INAF-DNATH-2023-074-A de 30 de junio de 2023, cuyas copias certificadas se agregan al expediente, y, de conformidad con lo establecido en el artículo 105 numeral 4.1, del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público², en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SERCOV S.A., en contra de la Resolución de 30 de mayo de 2024, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-06-2024, en uso de mis facultades legales, dispongo:

¹ Mediante “Ley Orgánica Reformatoria de diversos cuerpos legales, para el fortalecimiento, protección, impulso y promoción de las organizaciones de la economía popular y solidaria, artesanos, pequeños productores, microempresas y emprendimientos”, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 311, en su Disposición Reformatoria Segunda, se substituyó en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la denominación: “Superintendencia de Control del Poder de Mercado” por: “Superintendencia de Competencia Económica”, sin que se altere la validez y vigencia del nombramiento de la máxima autoridad, su estructura o competencia, particular que sin embargo constituirse de conocimiento público por su publicación en el registro oficial, se deja expuesto.

² RLOSEP.- “Art. 105.- Cesación de funciones por remoción.- En los casos de cesación de funciones por remoción previstos en el artículo 47, letra e) de la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma no implica sanción disciplinaria de ninguna naturaleza y se observará lo siguiente: [...] 4.- Cesación de funciones por remoción de funcionarios de período fijo.- La o el servidor que hubiere sido designado para ejercer un puesto por período fijo, cesará en sus funciones en los siguientes casos: 4.1.- De manera inmediata el día en que concluya el período para el cual fue designado, sin que se requiera para tal efecto, la formalización de acto administrativo alguno. Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, a fin de garantizar la continuidad de la prestación de los servicios y actividades institucionales, los funcionarios de período fijo que formen parte del nivel jerárquico superior no podrán separarse del desempeño de su puesto, en la misma calidad que ostenten, hasta que sean legalmente reemplazados, conforme a lo siguiente: a.- Cuando la ley no haya previsto la existencia de un servidor que pueda asumir el puesto como suplente o encargado o a pesar de estar previsto el puesto de dicho servidor se encontrare vacante o ya no existiere otro suplente, se procederá de manera inmediata a iniciar el proceso respectivo para la designación del funcionario de período fijo y el que debiere haber sido removido continuará en ejercicio de sus funciones hasta que se posesione el servidor que resultare electo; y, b.- En caso de que el procedimiento de selección para la designación de los funcionarios públicos reemplazantes no hubiere concluido oportunamente, debiendo el servidor que debió ser removido continuar en ejercicio de sus funciones hasta que concluya el proceso de selección y se posesione el servidor que resultare electo. En estos casos se mantendrá la representación institucional que se hubiere establecido hasta que se produzca el reemplazo. [...]” (Énfasis fuera de texto)

PRIMERO.- COMPETENCIA.-

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece que las personas que actúan en virtud de la potestad estatal sólo ejercerán las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley; en este sentido, conforme lo previsto en el artículo 213 de la Norma Constitucional, la Superintendencia de Competencia Económica es un organismo técnico de control que pertenece a la Administración Pública, encargado de hacer cumplir los lineamientos y disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) a través de la ejecución de los procedimientos especiales previstos en la ley, en razón de la especialidad de la materia del Derecho de Competencia. En el presente caso se observa que el objeto de la impugnación corresponde a temas propios de las facultades de control de la SCE, razón por lo cual, la normativa aplicable es la establecida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; por lo tanto, conforme el numeral 2 del artículo 42 y artículo 67 de la LORCPM, le corresponde al Superintendente de Competencia Económica, en calidad de máxima autoridad de la institución, conocer y resolver el presente Recurso de Apelación.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO. -

El señor Ramiro David Guaricela Campoverde, en calidad de Gerente General y representante legal del operador económico SERCOV S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE), el 27 de junio de 2024 con número de trámite ID.202412436, presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 30 de mayo de 2024, a las 08h52, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024 y escrito de complementación de 10 de julio de 2024 con ID. 202413203; verificado que la impugnación en conjunto con su complementación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 43 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica -IGPA, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, en providencia de 11 de julio de 2024 dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 30 de mayo 2024, a las 08h52, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024, que resolvió:

*“[...] **SEGUNDO.-** Conforme lo argumentado y analizado en la presente Resolución, se determina que de la denuncia y elementos presentados por SERCOV S.A., **NO EXISTE MÉRITO** para la prosecución de la instrucción del procedimiento administrativo.*

***TERCERO.-** Conforme el análisis realizado en la presente Resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 de la LORCPM; artículo 63 del RALORCPM; y, artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica, se ordena el ARCHIVO de la investigación dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024.[...]”*

QUINTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico SERCOV S.A, en su escrito de apelación, en el numeral 8, señala:

*[...] **8. Petición***

Solicito a su autoridad:

- a. Que se declare la nulidad e ilegalidad del acto administrativo emitido y notificado por la INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE ABUSO DE PODER DE MERCADO, ACUERDOS Y PRÁCTICAS RESTRICTIVAS, el 30 de mayo de 2024, dentro del expediente SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024.*
- b. Que, en su reemplazo, se ordene el inicio de la etapa de investigación, sobre la base de los elementos indiciarios y elementos que constan en el expediente principal y en la apelación [...].”*

Pretensiones por medio de las cuales el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 30 de mayo de 2024, a las 08h52, que dispone el archivo de la denuncia presentada por el operador económico SERCOV S.A., por presuntas conductas tipificadas en los numerales 1, 5, 6, 7 y 13 del artículo 9 de la LORCPM, presuntamente cometidas por el operadores económicos NESTLE ECUADOR S.A.

En la forma de exposición del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, el apelante estructura su impugnación en la revocación de la totalidad de la resolución emitida el 30 de mayo de 2024, desde:

- La nulidad del acto administrativo por imponer la carga de la prueba sobre el denunciante en contra de norma expresa;
- Errónea ampliación del mercado geográfico provincial a nacional; y,
- Existencia de indicios del poder de mercado de Nestlé.

Postulados que se transcriben en su parte pertinente a continuación:

“3.1 La nulidad del acto administrativo por imponer la carga de la prueba sobre el denunciante en contra de norma expresa; [...]

“[...] El órgano de investigación atribuyó erróneamente la carga probatoria a mi representada para acreditar la cuota de mercado de NESTLÉ, aun cuando es la Autoridad quien tiene las herramientas jurídicas para requerir información a los concurrentes y determinar con palmaria precisión las cuotas de mercado, barreras de entrada, y demás factores que se analizan propiamente al delimitar participaciones [...]

Sin embargo, INICAPMAPR no realizó ninguna diligencia de investigación previa resolviendo el procedimiento en mérito del expediente, y depositando ilegalmente la carga de la prueba en manos del denunciante [...]

La flagrante infracción de este precepto normativo, es decir, la inacción de la INICAPMAPR para recopilar elementos o indicios sobre el poder de mercado de NESTLÉ torna en nulo el acto administrativo impugnado, al contravenir las normas expresas detalladas, incurriendo así en la causal de nulidad 1 del Art 105 del Código Orgánico Administrativo, lo que deberá ser observado por su Autoridad [...]

3. 2 Errónea aplicación del mercado geográfico provincial a nacional

“[...] La INICAPMAPR se basó en un ejemplo que cité en la denuncia respecto de la cuota de mercado nacional de NESTLÉ en el año 2022, para deslindarse de analizar el mercado provincial de Santo Domingo De Los Tsáchilas, y el resto de los años en lo que encasille la duración de la conducta, esto es, desde el año 2019 hasta 2023, que se materializó la terminación de la relación comercial con el denunciado, sin ofrecer razones para excluir el análisis de otros años [...]

La INICAPMAPR consideró que el contrato de distribución, al no ser exclusivo, permitiría al distribuidor comercializar los productos de consumo masivo a nivel nacional. Sin embargo el propio contrato de distribución, cláusula 1 OBJETO, literal a) estipula [...]

Si bien el contrato señala que no es de exclusividad, NESTLÉ no pagará las contraprestaciones por productos comercializados fuera del “AREA DE ATENCIÓN”, por lo que los distribuidores no tendrían incentivos para comercializar fuera de la provincia asignada, en tanto que NESTLÉ nos penalizaría dejando de pagar prestaciones por los productos vendidos fuera del territorio asignado en el anexo del contrato.

Por este motivo, mi representada no ha podido expandirse a otras provincias, pues la relación comercial diseñada por NESTLÉ lo impide y es por eso además que mi representada ha estado subordinada a la corporación denunciada.

En resumidas cuentas, la ampliación del mercado por parte de la INICAPMAPR, en esta etapa preliminar carece de motivación por las siguientes razones:

(i)(in procedendo) bajo el principio de congruencia procesal debió pronunciarse con relación al mercado geográfico provincial denunciado, y en una etapa de investigación de considerarlo oportuno, ampliar los hechos investigados al espectro nacional.

(ii) (in iudicando) el contrato de distribución citado por el órgano de investigación, en apariencia no sería exclusivo, pero en el mismo párrafo castiga al distribuidor si vende en otra AREA DE ATENCIÓN, con el no pago de contraprestaciones por los productos

vendidos en otras áreas, por lo cual, el contrato de prueba que mi representada no podía extender sus ventas a otras provincias, al igual que el resto de los distribuidores.

Tampoco la INICAPMAPR ha señalado las razones por las que no analizó indicios sobre las cuotas de mercado de NESTLÉ en los años 2019, 2020, 2021 y 2023[...]

3.3 La existencia de indicios del poder de mercado de NESTLÉ

[...] la INICAPMAPR delimitó el mercado de NESTLÉ al de la elaboración de productos de consumo masivo. Luego, amplió el mercado provincial a nivel nacional, y concluyó que a nivel nacional NESTLÉ no llegaría al umbral del 40% de cuota de participación definido pretorianamente.

[...] esta conclusión es errónea porque la Autoridad no dispuso actuaciones previas para formar su criterio al momento de resolver. Tampoco despachó ninguna de las diligencias de investigaciones que solicitó mi representada en su denuncia.

En una investigación paralela llevada a cabo por la SCE, por intermedio de la INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACION Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES los indicios que resultaron de la investigación, la INICPD identificó 279 producto de “ELABORACION DE OTROS ALIMENTOS ESPECIALES: CONCENTRADOS DE PROTEINAS ALIMENTOS PREPARADOS CON FINES DIETETICOS, ALIMENTOS SIN GLUTEN ALIMENTOS PARA COMBATIR EL DESGASTE CAUSADO POR EL ESFUERZO MUSCULAR, ETCETERA”, con un 97,8% de participación, lo cual le bastó para iniciar la investigación.

En este caso en cambio, la INICAPMAPR rechazó la información que proporcione sobre las cuotas de mercado de NESTLÉ en distintos productos de consumo masivo como argumentando lo siguiente:

i) la denuncia se realiza en torno al mercado de productos de consumo masivo en donde se describen 9 categorías de productos elaborados por NESTLÉ entre las cuales no se encuentra la categoría de “confitería”; ii) de acuerdo al CODEX ALIMENTARIUS, los productos de confitería incluyen: **a) productos de cacao y chocolate**, incluidos los productos de imitación y sucedáneos del chocolate; y b) productos que contienen principalmente azúcar incluidos los caramelos duros y blandos, los turrone, etc. En este sentido, **si bien los productos de confitería pueden ser considerados como parte de los productos alimenticios de consumo masivo, estos no incluyen todas las categorías señaladas en el escrito de denuncia [...]**”

Esta aseveración es contradictoria, puesto que mi representada había proporcionado a la INICAPMAPR notas de prensa en donde consta que NESTLÉ tiene el 72,6% de participación en confitería, lo cual de acuerdo con el CODEX ALIMENTARIUS citado por el órgano de investigación incluye chocolate, el cual **SI** está incluido en la denuncia de SERCOV, como lo reconoce la propia intendencia en la página 9 del acto impugnado. Tanto más cuando mi representada distribuyó todos los productos de NESTLÉ incluyendo toda la confitería [...]

Mi representada no pretende en modo alguno que estos elementos indiciarios sean definitivos para determinar el mercado relevante y la cuota de participación definitiva de NESTLÉ en el mercado. Por el contrario considera que las cuotas de mercado reconocidas por el propio NESTLÉ en medios de comunicación, y por la INICPD en su investigación, deberían ser suficientes para que la INICAPMAPR haya iniciado la etapa de investigación, en donde, después de una investigación, y empleando las herramientas jurídicas que la LORCPM en su Art.50 le otorga, determine si NESTLÉ tiene o no poder de mercado, en Santo Domingo de los Tsáchilas, o a nivel nacional, y si abusó de este poder en desmedro de sus distribuidores[...]"

SEXTO.- PROBLEMA JURIDICO A TRATARSE.-

Conforme la exposición del operador económico SERCOV S.A., en el recurso de apelación interpuesto, se establece como problema jurídico a tratarse, la revisión de validez del acto administrativo de 30 de mayo de 2024 y del procedimiento administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024, por los vicios que el recurrente fundamenta la nulidad, en virtud de eso, establecer si la administración cumplió con los parámetros normativos en la sustanciación del expediente administrativo.

Para efectos de desarrollo, se analizarán -de la verdad procesal- los argumentos de hecho y de derecho del acto administrativo impugnado, bajo los vicios presentados por el recurrente como fundamento de la pretensión de nulidad y subsidiaria revocatoria.

SÉPTIMO. - CONSTANCIA PROCESAL.-

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

a.- Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024:

Las constancias procesales que se anotan son las que se consideran relevantes para el presente análisis, lo que no quiere decir que no se haya revisado el expediente administrativo en su integridad:

1. Denuncia y anexo de 01 de abril de 2024 a las 12h27, signado con ID trámite 202405477, presentado por el operador económico SERCOV S.A. (**SERCOV**) en contra de NESTLÉ ECUADOR S.A. (**NESTLÉ**) por presuntas conductas tipificadas en los numerales 1, 5, 6, 7 y 13 del artículo 9 de la LORCPM.
2. Providencia de 11 de abril de 2024 a las 11h11, en la cual la INICAPMAPR, dispuso la compleción de la denuncia.
3. Escrito de 16 de abril de 2024 a las 15h55, signado con ID trámite 202406655, con el cual SERCOV S.A. presentó su escrito de compleción, atendiendo lo requerido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (**INICAPMAPR**).

4. Providencia de 23 de abril de 2024 a las 09h20, con la cual la INICAPMAPR calificó la denuncia presentada por SERCOV S.A. y dispuso correr traslado al operador económico denunciado.
5. Escrito de 15 de mayo de 2024 a las 14h45, signado con ID trámite 202409152, con el cual el operador económico NESTLÉ presentó sus explicaciones.
6. Resolución de 30 de mayo de 2024, a las 08h52, emitida por la INICAPMAPR, en la que se RESUELVE:

*“[...] **DÉCIMA SEGUNDA.- RESOLUCIÓN:** Por los fundamentos de hecho, de derecho y el análisis realizado por esta Autoridad, **RESUELVE:***

***PRIMERO.-** Con base en el análisis realizado en el ordinal DÉCIMA PRIMERA, de la presente Resolución, se consideran como **NO SATISFACTORIAS** las explicaciones presentadas por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A.*

***SEGUNDO.-** Conforme lo argumentado y analizado en la presente Resolución, se determina que de la denuncia y elementos presentados por SERCOV S.A., **NO EXISTE MÉRITO** para la prosecución de la instrucción del procedimiento administrativo.*

***TERCERO.-** Conforme el análisis realizado en la presente Resolución, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 de la LORCPM; artículo 63 del RALORCPM; y, artículo 8 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Competencia Económica, se ordena el **ARCHIVO** de la investigación dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024. [...]”*

b.- Expediente Administrativo SCE-INJ-6-2024

En la sustanciación del recurso de apelación se hacen constar las actuaciones relevantes sin que esto implique que no se estudió el expediente en su integridad:

1. Memorando SCE-INICAPMAPR-DNICAPM-2024-086 de 28 de junio de 2024 y sus anexos, suscrito electrónicamente por la abogada Cristina Alexandra Tamayo Jaramillo, Analista de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas, de la INICAPMAPR, con el cual pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 28 de junio de 2024 a las 11h02, emitida por el abogado Carlos Alfredo Trujillo Viteri, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024, siendo los anexos; 1) Reproducción de la providencia de 28 de junio de 2024 a las 11h02, suscrita por el abogado Carlos Alfredo Trujillo Viteri, Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-2) Copia certificada del escrito que contiene el Recurso de Apelación y anexo de 27 de junio de 2024 a las 15h39, signado con número de trámite ID. 202412436.-3) Reproducción de la Resolución de 30 de mayo de 2024 a las 08h52, signada con número de trámite ID. 202410329, suscrita electrónicamente por el Intendente Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas, Carlos Alfredo Trujillo Viteri, con su correspondiente certificación.-

2. Providencia de 03 de julio de 2024, a las 10h30, con la que, esta autoridad dispuso al operador económico SERCOV S.A., que complete el recurso de apelación en el término de cinco (5) días.
3. Providencia de 11 de julio de 2024, a las 15h45, con la que, esta autoridad admite a trámite el recurso de apelación por parte del operador económico SERCOV S.A., otorgando tres (3) días al operador económico denunciado NESTLÉ ECUADOR S.A., para que presente sus alegaciones.
4. Escrito presentado por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., el 16 de julio de 2024, con ID. 202413698, con el cual se presentan las alegaciones al recurso de apelación.

OCTAVO: ALEGACIONES DEL AGENTE ECONÓMICO DENUNCIADO.-

8.1.- Alegaciones de NESTLÉ ECUADOR S.A., al recurso de apelación interpuesto:

Mediante escrito del 16 de julio de 2024 a las 16h34, con número de trámite ID 202413698, el operador económico, en calidad de denunciado, se pronunció en relación con el recurso de apelación presentado por el denunciante en los siguientes términos:

“[...]

(1) Sobre la acusada nulidad derivada de una supuesta imposición de la carga de la prueba sobre el denunciante

[...]la argumentación de una supuesta nulidad de la Resolución impugnada derivada de una supuesta imposición de la carga de la prueba en cabeza del denunciante no tiene sustento, pues la INICAPMAPR legítimamente dispuso el archivo de la denuncia en función de la información obrante del expediente, conforme lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 5 de la LORCPM, que dispone que “En etapas previas o preliminares, el órgano de investigación únicamente realizara la descripción de las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta o conductas, y la identificación de los bienes o servicios similares presuntamente afectados”

(2) Sobre la supuesta errónea estimación de la dimensión geográfica del mercado

12. En la Apelación el Denunciante sustenta esta alegación en una supuesta nulidad derivada de la errónea determinación de una dimensión geográfica nacional del mercado. A este respecto, en la Resolución Impugnada la INICAPMAPR, analizó la dimensión del mercado y determinó preliminarmente una dimensión geográfica nacional del mercado relevante, tras considerar que nada en el contrato de distribución suscrito entre SERCOV y Nestlé, le impedía al distribuidor efectuar ventas fuera del área de atención acordada [...]”

13. El Contrato de Distribución en su cláusula primera estipula:

“Las partes aceptan y reconocen que, tanto el Distribuidor directamente o Nestlé por sí o través de cualquier tercero, podrán comercializar los productos fuera del Área de Atención ya que no existe ningún tipo de exclusividad o limitación”.

14. Con estos antecedentes, la argumentación de una supuesta errónea determinación de la dimensión geográfica del mercado relevante carece de sustento y debe ser desechada; pues, en efecto, el Contrato de Distribución expresamente permitía a SERCOV desarrollar ventas de los productos de Nestlé por fuera del área de atención acordada.[...]

(3) Sobre la supuesta existencia de indicios de poder de mercado de Nestlé

15. SERCOV señala en la Apelación que, derivado de las argumentaciones referidas en las secciones (1) sobre la supuesta imposición ilegítima de la carga de la prueba y (2) relacionada con supuestos yerros en la determinación preliminar de la dimensión geográfica del mercado, la INICAPMAPR concluyó erróneamente que no existe dominancia de Nestlé en el mercado de producción de elaboración de productos de consumo masivo “porque la Autoridad no dispuso actuaciones previas para formar su criterio al momento de resolver”

16. Como se ha explicado, conforme a la LORCPM y el RLORCPM, en la etapa preliminar la INICAPMAPR no está obligada a realizar actuaciones previas y los mercados afectados por la infracción acusada pueden determinarse con la información que obra del expediente- en este caso, la información sobre participación aportada por el propio Denunciante-; criterios que han sido reiteradamente definidos por la SCE en sus resoluciones de recursos de apelación, de donde se desprende que la disposición de archivo fue legítimamente aprobada por la INICAPMAPR y en consecuencia, la SCE debe desechar la Apelación.

(4) Sobre las infracciones acusadas en la Denuncia

18. La determinación de metas de venta no puede considerarse como condiciones injustificadas que hayan afectado la participación de SERCOV y su capacidad de entrada o expansión, pues están condiciones de venta fueron determinadas con base a criterios objetivos que atienden a la competitividad y eficiencia del distribuidor y se establecen al amparo de lo determinado en el artículo 525 del Código de Comercio. De tal forma, lo señalado por SERCOV en la Denuncia no es indicativo de una conducta que amerite la prosecución de un procedimiento de investigación, por este hecho en específico, por parte de su autoridad, al no configurarse la conducta establecida en el artículo 9, numerales 1 y 5 de la LORCPM.

- **Sobre la discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios (Artículo 9, numeral 6 de la LORCPM) y la alegada aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación de desventaja frente a otros (Artículo 9, numeral 7 de la LORCPM).**

[...] Nestlé no ha incurrido en discriminación de condiciones que pueda constituir abuso, con lo cual, lo argumentado por SERCOV sobre la aplicación de condiciones discriminatorias carece de sustento y no existe mérito para proseguir una

investigación derivado de esta investigación, al no configurarse la conducta establecida en el artículo 9, numerales 6 y 7 de la LORCPM.

- **En relación a la supuesta subordinación de actos, acuerdos o contratos a la aceptación de obligaciones, prestaciones suplementarias o condicionadas que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de los mismos (Artículo 9, numeral 13 de la LORCPM)**

“[...] La exigencia de contratar un seguro de cartera como garantía para proteger el cobro del producto que entrega a crédito a sus distribuidores no se puede considerar como abusiva o injustificada pues guarda relación con el objeto del Contrato de Distribución [...]”

- **Sobre el supuesto abuso derivado de la exigencia de contratar un sistema comercial y la falta insinuación sobre una supuesta definición de precios de reventa**

“[...] La exigencia de contar con un sistema de gestión comercial es un requisito exigido a todos los distribuidores de Nestlé, que fue conocido y aceptado por SERCOV, al momento de la celebración del Contrato de Distribución [...]” no pueden considerarse como indicios [...]”

NOVENO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

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

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; **“Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] **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. [...] **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] **l)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. [...] **m)** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; **“Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a 1865 la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, 1866 públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; **“Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; **“Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o

por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; **“Art. 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”.

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

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; **“Art. 2.-** Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional [...]”; **“Art. 9.-** Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general. En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son: 1.- Las conductas de uno o varios operadores económicos que les permitan afectar, efectiva o potencialmente, la participación de otros competidores y la capacidad de entrada o expansión de estos últimos en un mercado relevante, a través de cualquier medio ajeno a su propia competitividad o eficiencia. [...] 5.- La alteración injustificada de los niveles de producción, del mercado o del desarrollo técnico o tecnológico que afecten negativamente a los operadores económicos o a los consumidores. 6.- La discriminación injustificada de precios, condiciones o modalidades de fijación de precios. 7.- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales competidores en situación de desventaja frente a otros. [...] 9.- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios [...]”; **“Art. 41.-** Resoluciones.- Las resoluciones que emita la Superintendencia de Control del Poder de Mercado a través de sus órganos serán motivadas y de cumplimiento obligatorio para las entidades públicas y los operadores económicos.”; **“Art. 44.-** Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley: 1. Conocer y resolver de forma motivada en última instancia sobre las infracciones establecidas en la ley y aplicar las sanciones pertinentes. 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento. [...]”; **“Art. 67.-** Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; **“DISPOSICIONES GENERALES. Primera. - Jerarquía. - [...]** En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de

Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.”

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, RLORCPM, señala:

“Art. 57.- Inicio del procedimiento por denuncia.- La denuncia podrá ser formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo.”; “Art. 58.- Sustanciación.- En todos los casos, el procedimiento de investigación y sanción será sustanciado por el órgano de investigación hasta la emisión del informe final; y, por el órgano de sustanciación y resolución, desde que recibe el informe final y expediente remitidos por el órgano de investigación hasta la resolución del procedimiento. Para los efectos de los artículos 55 al 63 de la Ley, se entenderá por órgano de sustanciación a aquél que conduce el procedimiento en cada una de dichas etapas de conformidad con este Reglamento.”; Art. 63.- Resolución de archivo de la denuncia.- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia.

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado –IGPA prevé:

“Art. 8.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO POR DENUNCIA.- La denuncia será ingresada en la Secretaría General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quién mediante el Sistema de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remitirá a la Intendencia General Técnica para que esta a su vez, direcciona al órgano de investigación competente a fin de que en el término de diez (10) días abra un expediente, avoque conocimiento y califique la denuncia. Realizada la calificación pueden presentarse los siguientes casos: a) Si la denuncia cumple con los requisitos previstos en el artículo 54 de la Ley, el órgano de investigación competente procederá a correr traslado al presunto o presuntos responsables con la denuncia para que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación, presenten las explicaciones que consideren necesarias, las mismas que serán ingresadas en la Secretaria General o ante su delegado en la Intendencia Regional, quien remitirá a la Intendencia respectiva. Fenecido el término para la presentación de explicaciones, el órgano de investigación competente, en el término de diez (10) días, procederá a pronunciarse mediante resolución motivada respecto del inicio del procedimiento de investigación o del archivo de la denuncia”; “Art. 43.- CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN - El recurso de apelación será interpuesto ante el Superintendente, de conformidad con el artículo 67 de la LORCPM, por el operador económico, dentro del término de veinte (20) días contados desde su notificación con la expedición del acto administrativo, a través de los canales de recepción de documentos determinados por la Superintendencia de Competencia Económica. a. La Secretaria General enviará el recurso de apelación al Intendente o Presidente de la CRPI, según corresponda, quien incorporará al expediente el escrito del recurso en el término de tres (3) días y lo remitirá mediante providencia al Superintendente. b. El Superintendente en el término de cinco (5) días de recibido el expediente del inferior, avocará conocimiento del recurso y verificará si este ha sido presentado dentro del término legal; en caso de ser extemporánea su presentación, en la primera providencia lo negará sin análisis alguno; caso contrario, el Superintendente correrá traslado a las partes para que en el término de tres (3) días presenten alegaciones motivadas; c. Este recurso será resuelto y notificado en el plazo de

sesenta (60) días, contados desde el día que el Superintendente avoque conocimiento del mismo. Esta resolución podrá ser objeto de aclaración o ampliación, sea de oficio o a petición de parte; y, d. El recurso de apelación será con efecto devolutivo y resuelto por el Superintendente de conformidad con la LORCPM. De lo resuelto por el Superintendente no habrá recurso alguno salvo el de aclaración o ampliación.[...]”

NOVENO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN. -

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE-³, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

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

*“El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado [...] 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.”*⁴

Es así como, por mandato expreso de la LORCPM, se crea la Superintendencia de Competencia Económica, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos -entre otros- para prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento de aplicación. Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador impone que cada entidad estatal debe actuar conforme a las atribuciones que le otorga el marco normativo, pues la carta constitucional reza:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Atendiendo al objeto y ámbito de aplicación de la LORCPM por los cuales la SCE debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, evitando,

³ CRE. - “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

⁴ LORCPM.- “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”

previniendo, corrigiendo, eliminando y sancionando el abuso de operadores económicos con poder de mercado; en concordancia con la sección I del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM–, en la que consta el presupuesto de que cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general recaerán en infracción a la Ley no siendo las conductas susceptibles de exoneración alguna.

Una vez realizadas la citadas precisiones, cabe señalar que, de la revisión del escrito que contiene el recurso de apelación que se atiende, y en cuidado al problema jurídico a tratarse, la impugnación será atendida con base en los presupuestos planteados por el apelante observando el cumplimiento de parámetros técnicos y legales a fin de atender respecto de la validez del procedimiento administrativo y la del acto administrativo recurrido.

En mérito a las argumentaciones del apelante al objetar la Resolución de 30 de mayo de 2024, desarrollan los siguientes puntos;

9.1 Del Poder de Mercado.-

Conforme lo determinado en el artículo 7 de la LORCPM, el poder de mercado consiste en, *“la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.”*

Por otra parte, el Centro de Competencia del poder de mercado ha señalado:

“[...] El poder de mercado es una medida de la fortaleza de una empresa en el mercado y se define como la capacidad que tiene para subir los precios por encima de sus costos marginales de manera rentable [...]”⁵

Esta entidad sintetizando el tema tratado ha expuesto:

“Existen mercados en los cuales ciertos operadores económicos pueden fijar condiciones de transacción, prescindiendo de su competencia o consumidores, debido, entre otras circunstancias, a la elevada cuota de participación que tienen en dichos mercados; esto se podría considerar muy sucintamente como ostentar poder de mercado. [...]”⁶

En este sentido, podemos establecer que, el poder de mercado se refiere a la capacidad de una empresa o un grupo de empresas para influir de manera significativa en las condiciones del mercado, especialmente en lo que respecta a los precios, la producción y otras variables relevantes.

⁵ Centro de Competencia, <https://centrocompetencia.com/poder-de-mercado/>

⁶ Guía para la investigación de conductas de abuso de poder de mercado, <https://www.sce.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2023/09/Gui%C3%A1-para-la-investigaci%C3%B3n-de-conductas-de-abuso-del-poder-de-mercado-2021.pdf>

Esta capacidad puede derivar de varios factores, como la cuota de mercado, la ausencia de competidores cercanos, el control sobre recursos esenciales, y barreras a la entrada y salida del mercado.

El poder de mercado consiste en la capacidad de un operador económico para actuar independientemente de sus competidores y consumidores. Un operador económico con poder de mercado puede:

1. **Establecer precios por encima del nivel competitivo:** Sin perder una cantidad significativa de clientes.
2. **Reducir la producción:** Para influir en los precios del mercado.
3. **Excluir competidores:** Mediante prácticas como la fijación de precios predatorios, acuerdos exclusivos, o la creación de barreras a la entrada.

9.2 De las Conductas de Abuso de Poder de Mercado.-

Entendido lo que implica el poder de mercado y que la LORCPM bajo ningún concepto sanciona el poder de mercado en sí mismo, sino se sanciona el abuso del mismo; se debe señalar entonces que, el artículo 9 de la LORCPM determina que se considera abuso de poder de mercado en el ordenamiento jurídico nacional, integración dada en la cláusula general prohibitiva y veintitrés modalidades de abuso de poder de mercado, no taxativas, que no limitan las facultades investigativas y de imputación de la Autoridad de Competencia, en tanto y en cuanto se ajuste a la disposición inserta en la cláusula general del artículo 9 de la norma antes indicada.

Dicha cláusula general expresa que *“Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.”* (El resaltado me corresponde).

En línea de lo expresado, podemos determinar al menos dos elementos de estructura para la configuración de la conducta, el poder de mercado de un operador económico dentro de un sector y el abuso de este poder respecto de los demás actores del sector.

9.3 Del Mercado Relevante

La LORCPM al referirse a la determinación del mercado relevante impone:

“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.

Para la investigación de conductas anticompetitivas contempladas en esta Ley, el mercado relevante será determinado durante la etapa de investigación. En etapas previas o preliminares, el órgano de investigación únicamente realizará la descripción de las características de los bienes o servicios que estarían siendo objeto de la conducta o conductas, y la identificación los bienes o servicios similares presuntamente afectados. [...]”

La doctrina respecto al entendimiento del mercado relevante señala: “La etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación de supuestos abusos de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado. La posición de dominio de un agente económico se define con relación a un determinado mercado geográfico en el cual interactúan la oferta y la demanda de un producto o servicio específico y de sus sustitutos cercanos. La definición de mercado relevante para los casos de libre competencia está referida a la definición de (i) el mercado de producto relevante y (ii) el mercado geográfico relevante, ambas dimensiones determinan el mercado relevante sobre el cuál se estimará la tenencia o no de posición de dominio por parte de la empresa investigada”⁷

En línea de lo expuesto el mercado relevante constituye el medio técnico por el cual se pretende determinar el campo de actuación de uno o varios actores económicos, considerando el producto o servicio ofertado y la circunscripción territorial de operaciones, cada uno con sus particularidades y características.

9.4 Análisis de la decisión de archivo, frente al caso en estudio.-

9.4.1. La nulidad del acto administrativo por imponer la carga de la prueba sobre el denunciante en contra de norma expresa.-

⁷ Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual.-

<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/144/159/329>

La argumentación del apelante, radica en señalar que la Intendencia de Investigación le impuso la carga de la prueba al no realizar diligencias que tiendan a determinar el poder de mercado que ostenta Nestle dentro del mercado relevante determinado por el denunciante al interponer su denuncia, lo que se revisa a continuación.

Bajo el punto que, la LORCPM no obliga al órgano de investigación la necesidad de definir mercado relevante, sino más bien realizar una aproximación debido al estado de la causa, se verifica que SERCOV sugiere como bienes y servicios afectados:

“[...] los bienes y servicios objeto de la denuncia, y a la vez afectados por el accionar de NESTLÉ, se refieren a la distribución de productos alimenticios de consumo masivo, mercado dentro del cual NESTLÉ contaba con una participación del 18% en el año 2022”

El órgano de investigación frente a la categorización de las conductas realizadas por el denunciante, en el cual el elemento de configuración primordial es que, el operador económico denunciado ostente poder de mercado con el cual sea capaz de influenciar de forma perjudicial el sector en el que ejerza su actividad de manera independiente, estudia la presencia de Nestle en el mercado relevante sugerido y expone:

“Al respecto, es necesario tomar en cuenta que las cuotas mencionadas no son un indicador representativo del mercado propuesto por el denunciante dado lo siguiente: i) la denuncia se realiza en torno al mercado de productos de consumo masivo en donde se describen 9 categorías de productos elaborados por NESTLÉ entre las cuales no se encuentra la categoría de “confitería”; ii) de acuerdo el CODEX ALIMENTARIUS, los productos de confitería incluyen: a) productos de cacao y chocolate, incluidos los productos de imitación y sucedáneos del chocolate; y, b) productos que contienen principalmente azúcar incluidos los caramelos duros y blandos, los turrone, etc. En este sentido, si bien los productos de confitería pueden ser considerados como parte de los productos alimenticios de consumo masivo, éstos no incluyen todas las categorías señaladas en el escrito de denuncia, e incluso incluyen otros tipos de productos no mencionados en el escrito de denuncia como son los caramelos, por lo que las cuotas propuestas estarían sobrevaloradas.”

Es preciso señalar que, en la fase del proceso en la cual se dispuso el archivo, no corresponde a la INICAPMAR gestionar diligencias con el fin de definir de forma específica lo que no ha sido denunciado por el proponente y en la denuncia y su complementación, los sectores de estudio fueron nueve (9), en los cuales no consta el sector de confitería que en el cual el denunciado podría influir el mercado, sin que, en el mercado de productos alimenticios de consumo masivo se puede establecer un indicio de poder de mercado.

Conforme lo detallado en líneas anteriores, para que se configuren las conductas de abuso de poder de mercado es preciso que el presunto infractor tenga predominancia en el mercado aparentemente afectado, lo que en el presente caso, conforme ha analizado la Intendencia de Investigación no se presenta y las aseveraciones del denunciante no alcanzan para crear un presupuesto que permita a la entidad avanzar a la siguiente fase.

La Intendencia, propone un análisis de cuotas de mercado, consistente a la fase procesal, además que, a pesar de no ser propuesto por el denunciante realiza un estudio de las barreras de entrada,

pues este es otro de los criterios que conforme el artículo 8 de la LORCPM debe ser valorado para determinar el poder de mercado de los operadores económicos, presupuestos con los cuales se desvirtúan los argumentos formulados en la denuncia, por tanto, no se podría considerar que haya existido la necesidad de realizar actuaciones adicionales por parte del órgano de investigación lo cual no implica imponer una carga probatoria a SERCOV, la Intendencia trabajó con la información constante en el proceso, lo que no es reñido con la normativa aplicable.

9.4.2. Errónea ampliación del mercado geográfico provincial a nacional.-

Otro de los parámetros que establece la LORPCM para la determinación del mercado relevante, es la definición del mercado geográfico, es decir el espacio territorial en que opera tal o cual operador; la doctrina al respecto considera:

“Existen dos dimensiones en la definición del mercado relevante. La primera considera qué productos compiten (mercado relevante del producto) y la segunda, dónde compiten estos productos (mercado relevante geográfico) [...] Al definir el mercado relevante también se debe tener en cuenta la dimensión geográfica, puesto que puede limitar la voluntad o la capacidad de los consumidores para sustituir productos, o bien, la voluntad o la capacidad de un proveedor para servir a los consumidores. Una misma empresa puede operar en varios mercados geográficos diferentes.”⁸

El mercado geográfico implica la delimitación del área en la que las empresas compiten y las condiciones de competencia que prevalecen. En el contexto de la competencia económica, el mercado geográfico puede variar desde local, provincial, nacional, hasta internacional, dependiendo de varios factores como la distribución de consumidores, el alcance de las actividades de la empresa, y las barreras a la entrada.

- De la ampliación del Mercado Geográfico.

En la especie, la ampliación del mercado geográfico de provincial a nacional por parte de la Intendencia se basa en la evidencia de que las prácticas comerciales de Nestlé tienen un impacto significativo en todo el país. La presencia de productos de Nestlé en diversas provincias, la homogeneidad de sus condiciones de venta y la estrategia de marketing nacional demuestran que Nestlé opera en un mercado que no se limita a una sola provincia.

- Del contrato de distribución entre SERCOV y NESTLE.

El contrato de distribución entre SERCOV y Nestlé, establece la libre comercialización fuera del área de atención, indica que las actividades de Nestlé no están restringidas a la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas. Este contrato permite que los productos de Nestlé se distribuyan y comercialicen en otras áreas sin que se visualice una limitación contractual en contrario, lo que refuerza la justificación de considerar un mercado geográfico nacional.

El contrato de distribución citado por SERCOV indica que la relación no es exclusiva, permitiendo a los distribuidores operar a nivel nacional. La cláusula referente al "AREA DE ATENCIÓN" no

⁸ Centro de Competencia, [https://centrocompetencia.com/mercado-relevante/#:~:text=Existen%20dos%20dimensiones%20en%20la,productos%20\(mercado%20relevante%20geogr%C3%A1fico\).](https://centrocompetencia.com/mercado-relevante/#:~:text=Existen%20dos%20dimensiones%20en%20la,productos%20(mercado%20relevante%20geogr%C3%A1fico).)

impide la comercialización en otras áreas, sino que establece las condiciones de pago de contraprestaciones. Esta disposición es común en contratos de distribución para incentivar el enfoque en áreas específicas, sin prohibir la venta en otras regiones. Por lo tanto, la afirmación de que el contrato impide la expansión a otras provincias no es del todo precisa.

- **Condiciones de Competencia y Movilidad de Productos.**

Conforme la información constante en el proceso, las condiciones de competencia en el mercado de productos de Nestlé son similares a nivel nacional, lo que justifica la ampliación del mercado geográfico. La movilidad de productos entre provincias y la falta de barreras significativas para la entrada o distribución en diferentes áreas respaldan la consideración de un mercado nacional.

- **Relevancia del Rol de Distribución de Nestlé.**

Nestlé no opera como distribuidor principal, sino que se centra en la producción y comercialización de sus productos. La función de distribución se delega a distribuidores autorizados como SERCOV. Esta estructura refuerza la idea de que el mercado geográfico relevante para Nestlé es nacional, ya que la empresa no limita sus operaciones ni su influencia a una sola provincia.

1. **Estructura de Distribución:** La estructura de distribución utilizada por Nestlé, que incluye acuerdos con distribuidores como SERCOV para la libre comercialización fuera del área de atención específica, demuestra que el alcance de sus actividades comerciales son a nivel nacional. Este modelo de distribución permite que los productos de Nestlé lleguen a diversos mercados provinciales, consolidando su presencia a nivel nacional.
2. **Accesibilidad y Disponibilidad de Productos:** La accesibilidad y disponibilidad de los productos de Nestlé en diferentes regiones del país son indicadores clave de un mercado geográfico nacional. Si los consumidores en varias provincias pueden adquirir los productos de Nestlé con la misma facilidad, el mercado geográfico no podría limitarse a una sola provincia.
3. **Impacto en la Competencia:** El impacto de Nestlé en la competencia debe evaluarse en un contexto nacional, dado que sus estrategias de precios, promociones y distribución afectan a los competidores en todo el país. Considerar un mercado geográfico provincial no reflejaría adecuadamente la realidad competitiva y podría llevar a conclusiones erróneas sobre la participación en el mercado por parte de Nestlé.

La ampliación del mercado geográfico de provincial a nacional por parte de la Intendencia es adecuada y justificada, dada la evidencia de las prácticas comerciales de Nestlé a nivel nacional y el contrato de distribución con SERCOV que permite la libre comercialización fuera del área de atención. Nestlé no opera principalmente como distribuidor, lo que refuerza la idea de que su influencia y poder de mercado deben evaluarse en un contexto nacional. Limitar el mercado geográfico a la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas no reflejaría adecuadamente la estructura de competencia ni el alcance real de las actividades comerciales de Nestlé.

Conforme la información constante en el expediente administrativo y el análisis de la Intendencia de Investigación, en este punto, esta autoridad concuerda con el criterio del emisor de la resolución impugnada.

9.4.3. De los indicios de Poder de Mercado de Nestlé.

En la denuncia que se atendió, el argumento principal es el presunto abuso de Nestlé, frente al hoy apelante por la imposición de condiciones comerciales inequitativas y abusivas afectándolo gravemente, en torno al “Contrato de distribución no exclusiva de productos alimenticios” dentro de su relación contractual.

Nuevamente es necesario analizar la presencia de Nestlé en el mercado relevante sugerido por el denunciante lo cual afecta a los productos señalados como afectados por el operador, para lo cual se debe realizar el estudio desde las cuotas de participación.

La LORCPM en el artículo 7 establece lo que se considera poder de mercado;

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

En concordancia con el artículo transcrito, para poder determinar que un operador económico posee poder de mercado, debe considerarse ciertos criterios:

1. **Cuota de Mercado:** La cuota de mercado de una empresa se refiere al porcentaje del mercado total que está controlado por la empresa. Una alta cuota de mercado puede indicar un poder de mercado significativo, pero no es el único factor determinante. En el caso de Nestlé, aunque la empresa puede tener una participación considerable en el mercado de ciertos productos alimenticios, esto no es necesariamente indicativo de un poder de mercado de manera general en cada uno de los eslabones en los que participa el denunciado.
2. **Competencia en el Mercado:** La presencia de múltiples competidores en el mercado que ofrecen productos similares a los de Nestlé puede diluir su capacidad de influencia, frente al acceso a alternativas de calidad comparable y a precios competitivos de los usuarios.
3. **Elasticidad de la Demanda:** La elasticidad de la demanda de los productos de Nestlé es un factor crucial en la evaluación de su poder de mercado. Si los consumidores son sensibles a los cambios de precio y pueden cambiar fácilmente a productos de la competencia, el poder de mercado de Nestlé es limitado. Una demanda altamente elástica indica que Nestlé no puede imponer precios significativamente más altos sin perder una porción sustancial de su clientela.

Conforme lo dicho, se deja expuesto que, aunque Nestlé pueda tener una participación significativa en algunos segmentos, esto no es suficiente para establecer que posee un poder de mercado en todos los sectores de su participación, o al menos en los señalados por el denunciante en su acto de proposición y la complementación del mismo.

Ahora bien, es preciso marcar el contexto de aplicación de la LORCPM y el campo de acción de la SCE, pues apegados al mandato del artículo 1⁹, esta entidad debe procurar *“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 [...] 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”*.

En este sentido, para que una conducta sea sancionable o incluso materia de investigación por parte de esta Superintendencia debe propender y tener la capacidad de afectar la generalidad de uno o varios sectores; sin este elemento las actuaciones de los operadores en el mercado no son observables por esta entidad. En el caso puntual no se logra obtener elementos que dejen prever la capacidad de Nestlé para influir o modificar el mercado, en los sectores sugeridos por el denunciante.

Aunque el operador económico Nestlé tiene una participación importante en ciertos segmentos del mercado, esto no es suficiente para afirmar que tiene la capacidad de influir en el precio o las condiciones del mercado de manera significativa, sostenida y generalizada. La presencia de competidores fuertes y la capacidad de los consumidores para cambiar a productos alternativos limitan el poder de mercado de Nestlé, concluyendo que no existen indicios suficientes para afirmar que Nestlé posee un poder de mercado en los eslabones y sectores referidos en la complementación de la denuncia.

En este sentido, esta autoridad nuevamente concuerda con el criterio de la INICAPMAR, frente a la ausencia de uno de los elementos estructurales de la conducta.

DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-

Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes, amparado en lo dispuesto en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y los artículos 44 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: UNO.- RECHAZAR** el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SERCOV S.A., en contra de la Resolución de 30 de mayo de 2024 a las 08h52, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024.- **DOS.- RATIFICAR** la Resolución de 30 de mayo de 2024, a las 08h52, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, dentro del Expediente Administrativo SCE-IGT-INICAPMAPR-6-2024.- **TRES.-** Se deja a salvo el derecho a las partes para que puedan presentar los recursos contemplados en la Ley.- **CUATRO.-** Se dispone al órgano de investigación analizar la procedencia de iniciar investigaciones de oficio dentro de los sectores que podrían ser objeto de conductas de abuso de poder de mercado, por parte de Nestlé o en su defecto analizar la necesidad de realizar la coordinación correspondiente con la

⁹ LORCPM.- *“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”*.

Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia, para realizar estudios de mercado con el fin de procurar el bienestar general, cumpliendo el objeto de la LORCPM artículo 1.

DÉCIMO PRIMERO.- De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; notifíquese con el presente auto:

i) Al operador económico **SERCOV S.A.**, en los correos electrónicos: orlandnu@hotmail.com
ii) Al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, en los correos electrónicos eclegal@ec.nestle.com; xrosales@corralrosales.com; asamudio@corralrosales.com y crazza@corralrosales.com; iii) A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivas.-

DÉCIMO SEGUNDO.- Continúe actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación en el presente expediente, la abogada Andrea Cherrez.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Abg. Andrea Cherrez
SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN