

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Competencia Económica - SCE
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-029-2022
- **Expediente Apelación:** SCPM-INJ-15-2023
- **Denunciado / Apelante:** SUMESA S.A.

**SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA.-** Quito, DM, 28 de julio de 2023, a las 12h50.- Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Competencia Económica, 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 constan agregadas al expediente, en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., en contra de la Resolución de 19 de abril de 2023, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022; en uso de mis facultades legales, dispongo:

#### **PRIMERO.- AGREGACIÓN DOCUMENTAL.-**

a) Agréguese al expediente el escrito suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula, patrocinador del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. y anexos, presentados en la ventanilla virtual de la Secretaría General de la Superintendencia de Competencia Económica el 25 de julio de 2023 a las 14h18 con número de trámite ID. 202304112; b) En atención al escrito y anexos que se agregan, lo manifestado será tomado en cuenta en la presente resolución administrativa.-

#### **SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-**

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

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

El señor Jorge Manrique García Torres, en calidad de Representante Legal del operador económico SUMESA S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Competencia Económica [en adelante SCE], el 18 de mayo de 2023 con número de trámite ID. 202301522 presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 19 de abril de 2023, a las 13h59 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022; recurso del cual esta autoridad, en providencia de 30 de mayo de 2023, avocó conocimiento y, debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos

en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa -IGPA, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.

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

El acto administrativo que se impugna es la Resolución de 19 de abril de 2023, a las 13h59 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022, que resolvió:

*“[...] **DECLARAR** que el operador económico **SUMESA S.A.** cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación, de conformidad con lo establecido en literal a) del numeral 4, y numeral 5, del artículo 27 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución.*

**SEGUNDO.- IMPONER** al operador económico **SUMESA S.A.**, la multa de **CIENTO SESENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA con 15/100 (USD. \$ 167.886,15) [...]**

**TERCERO.- ORDENAR** las siguientes medidas correctivas para cumplimiento por parte del operador económico **SUMESA**:

*(i) Retirar toda la publicidad utilizada para cometer los actos desleales analizados en la presente resolución, así como aquella que tenga variaciones no sustanciales de las mismas, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente resolución.*

*(ii) Por el plazo de dos (2) años eliminar de la publicidad del operador económico **SUMESA S.A.**, cualquier referencia directa o indirecta a los siguientes elementos de los productos del operador económico **ORIENTAL**: composición (ingredientes), su color, precio, empaques, la tarrina plástica y la fragilidad de los fideos. Luego de los dos años, quedará prohibida cualquier referencia en la publicidad de **SUMESA** a productos o marcas de sus competidores.*

*(iii) En cualquier tipo de publicidad que realice el operador económico **SUMESA S.A.**, por el plazo dos (2) años, deberá indicar que el uso de colorante como aditivo no es perjudicial para la salud, siempre que se respete el porcentaje y las reglas establecidas por el **CODEX alimentarius**.*

*(iv) Implementar un Programa de Compliance de conformidad con la parte motiva de la presente Resolución, dentro de los siguientes seis meses a partir de su notificación.*

**CUARTO.- ESTABLECER** como forma de cumplimiento de las medidas correctivas lo siguiente:

*(i) **Primera medida correctiva:** Presentar a la INICPD en el plazo de un (1) mes*

*contado desde que se notifica la presente resolución, una declaración jurada donde se indique que se retiró toda la publicidad utilizada para cometer los actos desleales analizados en la presente resolución, así como aquella que tenga variaciones no sustanciales de las mismas.*

*(ii) **Segunda y tercera medida correctiva:** Presentar en el plazo de dos (2) años a la INICPD lo siguiente:*

*- Reportes semestrales donde indique toda la publicidad realizada en cualquier medio de comunicación escrito, televisivo, radial, así como en redes sociales, con la finalidad de que la INICPD los analice e informe lo pertinente a la CRPI.*

*- Una declaración juramentada semestral, donde indique que su publicidad no hace referencia de manera directa ni indirecta a los siguientes elementos de los productos del operador económico **ORIENTAL**: composición de los productos, su color, el precio, los empaques, la tarrina plástica y la fragilidad de los fideos.*

*(iii) **Cuarta medida correctiva:** Presentar reportes trimestrales sobre el avance en la elaboración de la implementación (sic) hasta el cumplimiento de la medida. Una vez elaborado el Programa de Compliance por parte del operador económico **SUMESA**, reportar su implementación, remitiendo los documentos de verificación de dicho programa, así como un medio de verificación de la incorporación del mismo en la normativa interna del operador económico, esto con la finalidad que la INICPD analice e informe a la CRPI. [...]"*

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

El operador económico SUMESA S.A., en su escrito de apelación, en el apartado 6, señala:

*"[...] La pretensión de la apelación del acto administrativo del cual recurrimos [...] es que se deje sin efecto la Resolución de fecha 19 de abril de 2023 a las 13h59; emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro Expediente No. **SCPM-CRPI-029-2022** y se declare la nulidad absoluta por las vulneraciones de las normas constituciones (sic), legales y reglamentarias [...]"*

Pretensión por medio de la cual el recurrente solicita se deje sin efecto el acto administrativo contenido en la Resolución de 19 de abril de 2023, que dispone declarar que el operador económico impugnante cometió una falta muy grave al realizar actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación, de conformidad con lo establecido en literal a) del numeral 4, y numeral 5, del artículo 27 de la LORCPM, imponerle multa y ordenar medidas correctivas; en consecuencia, se revierta la resolución emitida por la CRPI.

En la forma de exposición de los escritos que contienen los recursos de apelación que se atienden, los apelantes estructuran sus impugnaciones en la presunta nulidad del expediente administrativo:

### **1. Vicios del acto administrativo impugnado**

- De la confidencialidad de información: Partes ocultas (censura de información) en la resolución notificada.

2. Vicios de legalidad externa del acto administrativo impugnado
  - La providencia del 13 de enero de 2022 por medio de la cual la INICPD avoca conocimiento computa los 180 días de prórroga de la investigación desde la fecha de la providencia, no desde el día siguiente a la notificación como establece el artículo 77 del COGEP.
  - La prórroga fue dispuesta mediante providencia y debía ser dispuesta a través de resolución.
3. Los actos administrativos previos fueron dictados con vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
  - La providencia de 23 de noviembre de 2022 fue firmada por dos comisionados.
4. Vicios e irregularidades que hacen ineficaz de manera total y radical el acto administrativo apelado.
  - Violación al principio de imparcialidad por no aceptar las excusas presentadas por los comisionados Jaime Lara y Édison Toro.
5. Violaciones de derechos fundamentales y errática calificación jurídica de los hechos por la adopción de las medidas preventivas
  - Las medidas preventivas adoptadas no demuestran peligro grave de la demora en la toma de la resolución definitiva (*periculum in mora*) ni determina si existen elementos de juicio suficientes (*fumus boni juris*).
6. Mercado relevante
  - El mercado relevante objeto del caso es la publicidad.
7. Sobre la capacidad de falseamiento y la afectación
  - No existe un informe de daños causados al mercado.
  - Publicidad naturaleza informativa: el uso de tartazina en algunos productos es reconocido.
8. Vicios de nulidad del procedimiento administrativo con la inclusión de la publicidad Carapaz
  - La publicidad Carapaz no fue denunciada ni investigada.
  - La publicidad estuvo fuera del mercado relevante temporal y está siendo analizada en otro expediente – Litispendencia, Non bis in ídem.
9. Marco temporal - Cese de las medidas preventivas.
  - En la resolución se incluyen publicidad que no forma parte del mercado relevante temporal: la infracción se extendió hasta el 03 de diciembre de 2021. La CRPI no debió considerar publicidad durante el período de cese de medidas preventivas

29 septiembre 2021 a 12 enero 2022 porque las medidas preventivas no existieron por declaración de nulidad del expediente.

#### 10. Actos de denigración

- En la publicidad no se identifica al operador económico, marca ni producto.
- No se genera confusión al consumidor.
- No hay elementos de distintividad.
- No hay referencia inequívoca a ORIENTAL.

#### 11. Actos de comparación

- No se demostró un daño al mercado ni al consumidor.
- La publicidad es informativa: objetiva y comprobable.
- La publicidad no es denigratoria ni engañosa.
- Respecto al uso de tarrinas plásticas, no se identifica a ORIENTAL. Otros competidores no se sintieron aludidos.

#### 12. Determinación de la multa

- Omisión elementos para el cálculo:
  - Tamaño total del mercado.
  - Mala determinación del mercado relevante.
  - Cuota de participación del mercado.
  - Duración de la infracción.
  - Atenuantes y agravantes.
  - Factores para el cálculo.

Postulados que se transcriben en el siguiente texto:

#### **De los vicios del acto administrativo impugnado:**

*“[...] No puede basar su decisión en vulneraciones de la legalidad, en actos inexistentes, ineficaces o inválidos, o en conceptos numéricos imprecisos que no se correspondan con la realidad, mucho menos tachados, esto es un acto presenta existencia jurídica válida [...] **Las tachaduras afecta la motivación de los hechos [...]**”*  
(El énfasis corresponde al texto original)

#### **De los vicios de legalidad externa del acto administrativo impugnado:**

*“[...] La intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales [...] emite la providencia de fecha 13 de enero de 2022, en la que Avoca conocimiento y retoma la sustanciación del Expediente Nro. SCPM-IGT-INICPD-027-2019. La INICPD viola nuestro derecho a la defensa por el grave hecho de computarse erráticamente los 180 días de prórroga de investigación, ya que en el acto dispositivo la INICPD señala **que se computarán a partir de la notificación de la actuación administrativa, cuando deberá hacerse a partir del día siguiente de la notificación [...]**”*(El énfasis corresponde al texto original)

Sobre la alegación de que los actos administrativos previos fueron dictados con vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados:

*“Al resolverse la excusa presentada por el órgano colegiado se dispone al comisionado Pablo René Carrasco Torrontegui se inhíba del conocimiento del Expediente Nro. SCPM-CRPI-029-2022, estando la Comisión de Resolución de Primera Instancia formada en ese momento por **DOS comisionados y no por TRES Comisionados** como lo manda el artículo 1 del “Reglamento Interno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado”, esta irregularidad afecta la formación de la voluntad del órgano colegiado, que requiere de la sesión y deliberación **de los tres comisionados** [...]”* (El énfasis corresponde al texto original).

**De los vicios e irregularidades que hacen ineficaz de manera total y radical el acto administrativo apelado:**

*“[...] Al no aceptar las excusas de los señores Comisionados, se ha nulitado el proceso nuevamente, ya que se violan los principio de seguridad jurídica, debido proceso administrativa y al principio de imparcialidad [...]”*

**De las violaciones de derechos fundamentales y errática calificación jurídica de los hechos por la adopción de las medidas preventivas:**

*“[...] La medida no cumplió con el análisis ni del periculum in mora ni del fumus boni juris [...] no está verificado el peligro de daño, así ya lo resolvió usted. No existe tampoco hay informe de daños [...] en la medida decretada, la CRPI a petición de parte decretó hacerla extensiva (al derecho genérico y universal) a **“cualquier competidor”** [...] la CRPI emitió un fin distinto al que en último caso debió, porque le otorgó la calidad de legítimos solicitante a **otros competidores** que no son parte [...] La CRPI debió prever, que esa Medida Preventiva estaba destinada a causar un daño irreparable a la posición del mercado de mi representada, lesionándole sus derechos, esa medida no debió proceder; siento una medida preventiva manifiestamente infundada [...] La CRPI no se pronunció, omitió pronunciarse, prefirió no pronunciarse por las violaciones constitucionales que alegamos, las cuales no fueron tomados en cuenta en nuestro escrito de alegatos, lo que significa menoscabo a nuestro derecho a defensa [...]”* (El énfasis corresponde al texto original).

**Del mercado relevante:**

*“[...] **EL MERCADO RELEVANTE OBJETO DEL PRESENTE CASO SIEMPRE FUE Y DEBIÓ SER LA PUBLICIDAD** [...]”* (El énfasis corresponde al texto original).

Sobre la capacidad de falseamiento y la afectación:

*“[...] en nuestros alegatos la Intendencia y la CRPI tergiversan y desconocen el concepto moderno de **“Daño Concurrencial Legítimo”** que es totalmente legal. Tanto la*

*Intendencia como CRPI pretenden proteger las acciones ilegales de Oriental contra el consumidor y contra la competencia, escudándose en un inexistente falseamiento al régimen de competencia, ya que desconoce la “ASIMETRÍA DE LA INFORMACIÓN” que Oriental aplica contra los consumidores [...] No existe una encuesta hacia los consumidores en la que específicamente se indique que las publicidades analizadas permitieron afectar la voluntad del consumidos al momento del elegir un producto [...] La verdad está confirmada contundentemente cuando reconoce la presencia de colorante en unos productos [...] La verdad es que no hay afectación ni daños [...] la CRPI desnaturaliza la esencia misma del mensaje publicitario, en razón de que su naturaleza es estrictamente informativa [...]” (El énfasis corresponde al texto original).*

### **De los vicios de nulidad del procedimiento administrativo con la inclusión de la publicidad Carapaz:**

*“[...] La publicidad está fuera del mercado relevante temporal y está siendo analizada en otro expediente, por lo que existe Litis Pendencia [...] No puede ser prueba una publicidad que se emitió dos años después, es totalmente extemporánea en relación con las denuncias [...]” (El énfasis corresponde al texto original).*

### **Del marco temporal:**

*“[...] la CRPI señala que la infracción se extendió hasta el 31 de diciembre de 2021, cuando no existían estas publicidades y tampoco fueron denunciadas y se está ventilando en expedientes separados [...] es absurdo que dentro período del (sic) cesación de las medidas (3 meses y 12 días) se tomen como elementos de juicio las publicidades transmitidas en el período desde el 29 de septiembre de 2021 hasta el 12 de enero de 2022, fecha en que su autoridad rectifica y sustituye el numeral TRES de la resolución de fecha 07 de enero de 2022 en el que declara la nulidad al procedimiento administrativo [...] la temporalidad es INEXACTA, y no solo eso, sino que LAS PUBLICIDADES NO SON CONTINUADAS [...]” (El énfasis corresponde al texto original).*

### **De los actos de denigración:**

*“[...] en las publicidades no están reflejados la identidad o identificación de empresa, operador económico, ni producto, ni marca alguna [...] El mensaje solo está destinado a los productos Sumesa que no tienen colorante [...] LA CRPI AL SUMIR LA CONDICIÓN DE ALUDIDO DE ORIENTAL DESCALIFICA LA PERCEPCIÓN QUE TIENE EL CONSUMIDOR. NO EXISTE PRUEBA QUE DEMUESTRE LA PERCEPCIÓN DEL CONSUMIDOR MEDIO [...] las pautas publicitarias demuestran HECHOS VERDADEROS [...] SONEXACTAS [...] PERTINENTE [...]” (El énfasis corresponde al texto original).*

### **De los actos de comparación:**

*“[...] en el presente caso no se ha demostrado afectación sufrida por ningún el (sic) competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita [...] La comparación, es en*

*este caso totalmente **relevante y representativa** para el consumidor [...] **prima el derecho a la información que tiene el consumidor. La forma en que Sumesa ha dicho la verdad, es absolutamente lícita, la información proporcionada se beneficia al consumidor/usuario** [...] No existe afectación al operador económico Oriental, tanto es así que Oriental mantiene su porcentaje de participación [...] Sumesa en efecto hace una comparación meramente objetiva y comprobable en beneficio del consumidor [...]*” (El énfasis corresponde al texto original).

De la determinación de la multa:

*“[...] La CRPI omite los elemento más importantes para el cálculo [...] el tamaño total del mercado está **inflado** [...] **Mala determinación del mercado relevante** [...] **Cuota de participación del mercado** [...] **Duración de la infracción** [...] **Atenuantes y agravantes** [...] **Factores para el cálculo** [...]”* (El énfasis corresponde al texto original).

Con las citas de la exposición de motivos, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los vicios del acto administrativo objeto de la apelación que se atiende, planteando el porqué de la invalidez del procedimiento administrativo así como del acto impugnado, y sobre los cuales versará el análisis realizado por esta autoridad.

## **SEXTO. – PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE. -**

Conforme la exposición de motivos en el recurso de apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., se establece como problema jurídico a tratarse, el determinar la validez del procedimiento administrativo en revisión de: **a)** Vicios del acto administrativo por las partes omitidas u ocultas de la resolución notificada; **b)** Vicios de legalidad externa del acto administrativo emitido fuera del tiempo legal, en ausencia de resolución que disponga prórroga de la investigación; **c)** Vulneración de reglas para la formación de la voluntad de la CRPI; **d)** Violación al principio de imparcialidad por no aceptar las excusas de los comisionados; **e)** Violaciones de derechos fundamentales y errática calificación jurídica de los hechos por la adopción de las medidas preventivas; **f)** Yerrores en la determinación del mercado relevante; **g)** Erróneo análisis sobre la capacidad de falseamiento y la afectación de la conducta; **h)** Vicios de nulidad del procedimiento administrativo con la inclusión de la publicidad Carapaz; **i)** Error al considerar como elemento de la conducta, publicidad que no forma parte del mercado relevante temporal; **j)** Errónea determinación de actos de denigración; **k)** Errónea determinación de actos de comparación; y, **l)** Errónea determinación de la multa, con el objeto de establecer, en primer término, si existen vicios que ocasionen la nulidad del procedimiento, o en segundo, la nulidad del acto administrativo, a partir del estudio de la verdad procesal de los Expedientes Administrativos SCPM-IGT-INICPD-027-2019 y SCPM-CRPI-029-2022.

Para efectos del desarrollo de la presente resolución, se analizarán -de la verdad procesal- los argumentos impugnatorios de hecho y de derecho, comparativamente con el acto administrativo impugnado, bajo los vicios presentados por el recurrente como fundamento de la pretensión de nulidad, del procedimiento administrativo o del acto en sí mismo.

## **SÉPTIMO. - CONSTANCIA PROCESAL.-**

De la revisión de los recaudos procesales constantes en los expedientes administrativos 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 SCPM-IGT-INICPD-027-2019:**

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 presentada por el operador económico ORIENTAL S.A. el 07 de junio de 2019;
2. Providencia de 19 de junio de 2019, por medio de la cual la INICPD avocó conocimiento;
3. Providencia de 20 de julio de 2019, por medio de la cual la INICPD corrió traslado al operador económico SUMESA S.A. para que presente explicaciones;
4. Resolución de 29 de julio de 2019, por medio de la cual la INICPD ordenó el inicio de la investigación;
5. Resolución de 30 de enero de 2020, por medio de la cual la INICPD dispuso prorrogar el plazo de la investigación;
6. Boleta de notificación de la Resolución de 07 de enero de 2022 expedida dentro del Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-019-2021 por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, por medio de la cual declaró la nulidad del procedimiento administrativo;
7. Providencia de 13 de enero de 2022, por medio de la cual la INICPD avocó conocimiento y retomó la sustanciación del proceso de investigación a partir de la Resolución de 30 de enero de 2020, es decir desde el momento procesal en que la INICPD resolvió prorrogar la investigación;
8. Resolución de 29 de marzo de 2022, por medio de la cual la INICPD dispuso ampliar las conductas de investigación;
9. Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-005-2022 de 06 de julio de 2022, emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales;
10. Resolución de 08 de julio de 2022, por medio de la cual la INICPD formuló cargos en contra del operador económico SUMESA S.A. por actos de denigración y comparación desleal y archivó la investigación por conductas de confusión;
11. Providencia de 10 de noviembre de 2022, por medio de la cual la INICPD dispuso agregar el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-027-2022 y elevar, el informe y el expediente, a conocimiento de la CRPI;

### **b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022**

1. Providencia de 15 de noviembre de 2022, por medio de la cual la CRPI avocó conocimiento de la causa y suspendió el término del procedimiento hasta la resolución de las excusas presentadas por los comisionados;

2. Providencia de 23 de noviembre de 2022, por medio de la cual la CRPI dispuso tomar en cuenta lo resuelto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado, levantar la suspensión del término y trasladar a los operadores económicos ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” y SUMESA S.A. el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-027-2022 de 10 de noviembre de 2022;
3. Escrito de 06 de diciembre de 2022 por medio del cual ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” presentó alegatos al Informe Final;
4. Escrito de 07 de diciembre de 2022 por medio del cual SUMESA S.A. presentó alegatos al Informe Final;
5. Providencia de 17 de febrero de 2023 por medio de la cual la CPRI dispuso tomar en cuenta lo resuelto por el Superintendente de Control del Poder de Mercado respecto a la recusación del economista Carl Pfistermeister planteada por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.”;
6. Resolución de 19 de abril de 2023, a las 13h59, por medio de la cual la CRPI resolvió declarar que SUMESA S.A. cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal, imponerle una multa y ordenar medidas correctivas.

**c) Expediente Administrativo SCPM-INJ-15-2023:**

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. Escrito presentado por el señor Jorge Manrique García Torres, en calidad de Representante Legal del operador económico SUMESA S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Competencia Económica [en adelante SCE], el 18 de mayo de 2023 con número de trámite ID. 202301522, mediante el cual presentó recurso de apelación en contra de la Resolución de 19 de abril de 2023, emitida por la CRPI dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022;
2. Providencia de 30 de mayo de 2023, a las 11h25, por medio de la cual la autoridad avocó conocimiento del Recurso de Apelación y lo admitió a trámite;
3. Escrito presentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” el 02 de junio de 2023, a las 10h38, identificado con número de trámite 2022301907 por medio del cual presentó alegaciones;
4. Providencia de 16 de junio de 2023, a las 10h34, por medio de la cual la autoridad convocó a audiencia telemática;
5. Razón sentada por la Secretaria de Sustanciación el 06 de julio de 2023, con la que certifica la instalación de la audiencia el 06 de julio de 2023, a las 10h30 y la suspensión de la misma;

6. Providencia de 12 de julio de 2023, a las 12h00, por medio de la cual la autoridad señaló fecha y hora para la reinstalación de la audiencia;
7. Razón sentada por la Secretaria de Sustanciación el 19 de julio de 2023, con la que certifica la reinstalación de la audiencia el 19 de julio de 2023, a las 10h30;
8. Providencia de 21 de julio de 2023, a las 16h25 por medio de la cual se agregó el Informe No. SCE-DS-22-2023 de fecha 20 de julio de 2023, suscrito por el especialista técnico y se corrió traslado a las partes.

## OCTAVO. - 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. 18.- Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: [...] 2. Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información.”;*  
*“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley. 20. El derecho a la intimidad personal y familiar. 21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación [...]”;*  
*“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: [...] 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. [...] 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 la Constitución y en la existencia de*

*normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. 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”; “Art. 313.- El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine 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. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad*

*administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.”; “Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. 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.”; “Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras [...] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley [...]”; “Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y*

*resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.”; “Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, lassiguientes: [...] 4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros: Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. [...] 5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables [...]”;*

*“Art. 56.- Inicio de investigación.- (Reformado por la Disposición Reformativa Décima, num. 2 del Código Orgánico Monetario y Financiero; R.O. 332-2S, 12-IX-2014).- 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. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario. El procedimiento de investigación se regirá por las disposiciones constantes en la sección primera del presente capítulo. El proceso previo a la investigación, así como la fase investigativa serán de carácter reservado, excepto para las partes directamente involucradas. Cuando la investigación se refiere a entidades del Sistema Financiero Nacional, obligatoriamente deberá contarse con la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en sus ámbitos.”;*

*“Art. 62.- Medidas preventivas.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar. En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución. Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida*

caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación. En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días.”; **“Art. 73.- Objeto.-** Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente. Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en: a) El cese de la práctica anticompetitiva, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; b) La realización de actividades o la celebración de contratos, tendientes a restablecer el proceso competitivo, inclusive bajo determinadas condiciones o plazos; o, c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos.”; **“Art. 77.- Sujetos infractores.-** Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley. [...]”; **“Art. 78.- Infracciones.-** Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. [...] 2. Son infracciones graves: [...] El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley. [...]”; **“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: [...] 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. 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.”; “**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 de 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 [...]”*

La **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública** estipula:

*“Art. 5.- Información Pública.- Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas a las que se refiere esta Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado.”*; *“Art. 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales, especialmente aquellos señalados en los artículos 23 y 24 de la Constitución Política de la República. El uso ilegal que se haga de la información personal o su divulgación, dará lugar a las acciones legales pertinentes. No podrá invocarse reserva, cuando se trate de investigaciones que realicen las autoridades, públicas competentes, sobre violaciones a derechos de las personas que se encuentren establecidos en la Constitución Política de la República, en las declaraciones, pactos, convenios, instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico interno. Se excepciona el procedimiento establecido en las indagaciones previas.”*

El **Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** establece:

*“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”*; *“Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades: [...] k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese”*; *“Art. 62.- Resolución de inicio de investigación.- Vencido el término para que el presunto o presuntos responsables presenten explicaciones, si el órgano de investigación estimare que existen*

*presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en la Ley, emitirá, en el término de diez (10) días, una resolución debidamente motivada en la que dará por iniciada la etapa de investigación y establecerá su plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables hasta por ciento ochenta (180) días adicionales por una sola vez.”.-*

**El Instructivo para el Tratamiento de la Información** señala:

*“Art. 3.- Conceptos.- Para efectos de la aplicación del presente Instructivo, deben considerarse los siguientes conceptos: a.- Información Pública: Se considera información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre en poder de las instituciones públicas y de las personas jurídicas referidas en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se hayan producido con recursos del Estado. b.- Información Confidencial: Se considera información confidencial aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales. c.- Información Reservada: Se considera información reservada aquella calificada como tal por el Consejo de Seguridad Nacional; y, aquellas informaciones expresamente establecidas como reservadas en las leyes vigentes.”; “Art. 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella prevista en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como aquella cuya divulgación podría causar un daño o perjuicio a un operador económico, a quien la haya proporcionado, o a terceros; aquella que pudiera afectar la posición competitiva de un operador económico; aquella que de divulgarse otorgaría una ventaja significativa para un competidor; y aquella que por disposición legal expresa se prohíba su divulgación. Dicha información, sin ser la siguiente una enumeración taxativa, dependiendo del análisis de cada caso, podría consistir en: 1. Información sobre precios, que incluya descripción de la política de precios; de políticas de descuentos obtenidos u otorgados a clientes y/o proveedores; de relación o promedio de precios cobrados y/o pagados por tipo de producto respecto de clientes/proveedores/zona geográfica; 2. Información sobre ventas/compras que incluya volumen/ valor de ventas o compras, por cliente/proveedor o producto, condiciones de venta/comercialización; sistema o política de comercialización/distribución; descripción de la relación con sus puntos de venta/agentes de distribución/proveedores; 3. Información sobre el nivel de producción de bienes y/o servicios, ingresos del operador económico, estructura de costos del operador económico, descripción detallada del proceso productivo de bienes y/o servicios, información referente a I+D (cualitativa y cuantitativa), cuotas de mercado y red de comercialización, distribución, producción o importación; 4. Contratos que contengan información no divulgada o secreta; 5. Secretos empresariales, secretos y/o estrategias comerciales; 6. Planes de trabajo de los órganos de sustanciación; y, 7. Información que revele estrategias competitivas de operadores económicos.”*

**El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa –IGPA prevé:**

*“Art. 3.- LINEAMIENTOS FORMALES Y FUNDAMENTALES PARA LA GESTIÓN PROCESAL.- En la gestión procesal se deberá observar lo siguiente: [...] 6. EXPEDIENTE: Es el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedentes y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla. Los expedientes se formarán mediante la agregación sucesiva y cronológica de documentos, pruebas, autos de sustanciación, notificaciones y demás diligencias ingresados al Sistema Digital. Es la serie de actuaciones administrativas debidamente documentadas que reflejan el procedimiento del que el acto o disposición trae causa; y que, por esa razón constituye la materialización del proceso [...]”;* **“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. 9.- ETAPA DE INVESTIGACIÓN.-** La resolución de inicio de la etapa de investigación contendrá al menos los requisitos señalados en el artículo 62 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. El plazo de la etapa de investigación durará ciento ochenta (180) días, y podrá ser prorrogado por el plazo de ciento ochenta (180) días adicionales a criterio del órgano investigativo competente; dicha prórroga deberá comunicarse a la Intendencia General Técnica.” **“Art. 52.- CONTENIDO Y PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE APELACIÓN.-** El recurso de apelación será interpuesto ante el Superintendente, conforme al Art. 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, en la Secretaría General o a la que haga sus veces en las Intendencias Zonales. a. La Secretaria General o la que haga sus veces en las Intendencias Zonales, 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. El contenido del recurso de apelación deberá contener al menos lo siguiente: 1. Identificación del acto administrativo que genera la vulneración de derechos de las partes; 2. Invocación de la norma constitucional, legal o reglamentaria presuntamente inobservada; 3. La pretensión; 4. Casillero electrónico asignado por la SCPM o casillero judicial o un correo electrónico; y, 5. La firma del representante legal del operador económico y de su abogado defensor.”*

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

Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador -CRE-<sup>1</sup>, 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 [...] 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”<sup>2</sup>*

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, prohibir y sancionar prácticas desleales acorde al procedimiento previsto en la LORCPM y su reglamento para la 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:

---

<sup>1</sup> 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. [...]”

<sup>2</sup> 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”

*“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 este organismo técnico de control debe salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, como ya se ha señalado, previniendo, prohibiendo y sancionando prácticas desleales; en concordancia con la sección III 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 cometan prácticas desleales que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten 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 el recurso de apelación, el impugnante manifiesta que el procedimiento administrativo y por ende la Resolución de 19 de abril de 2023, emitida por la CRPI debe ser dejada sin efecto debido a que en ella existe vicios respecto a:

- Vicios del acto administrativo impugnado sobre la confidencialidad de la información;
- Vicios de legalidad externa del acto administrativo impugnado sobre el conteo del plazo y la orden de prórroga de la investigación;
- Vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados;
- Vicios e irregularidades que hacen ineficaz de manera total y radical el acto administrativo apelado – violación al principio de imparcialidad;
- Violaciones de derechos fundamentales y errática calificación jurídica de los hechos por la adopción de las medidas preventivas;
- Errónea determinación del mercado relevante;
- Errónea determinación de la capacidad de falseamiento y la afectación de la conducta;
- Vicios de nulidad del procedimiento administrativo con la inclusión de la publicidad Carapaz;
- Errónea determinación del marco temporal;
- Erróneo análisis sobre actos de denigración;
- Erróneo análisis sobre actos de comparación; y,
- Errónea determinación de la multa.

Determinados como han sido los presupuestos de la Resolución de 19 de abril de 2023 emitida por la CRPI dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022 y los postulados de los recursos de apelación, con el fin de desarrollar los puntos marcados como problema jurídico a resolverse, impera la necesidad de revisar el análisis contenido en el acto administrativo impugnado, que en su parte pertinente señala:

*“[981] 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 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. [...]”*

*[984] Finalmente, la INICPD señaló en su Informe Final No. SCPM-IGT-DNICPD-027-2022, que “(...) el mercado relevante como: La comercialización de pastas largas, con un alcance de nivel nacional (...)”. La CRPI determina, en línea con el criterio de la INICPD, que el mercado de producto en el presente caso corresponde a la comercialización pastas y fideos largos, entre los que se consideran aquellos producidos a partir de trigo, en presentación de varilla o madeja y sin considerar a los fideos instantáneos. [...]”*

*[988] 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 cuya comercialización se realiza en la mayoría de provincias del Ecuador.*

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

#### Sobre el programa televisivo “DE BOCA EN BOCA”:

*“[1008] Un consumidor medio, aquel normalmente informado y que adquiere productos de consumo masivo como los analizados, teniendo en cuenta el color rojo del mandil, y en la forma contorneada de amarillo con finalización en punta hacia abajo (forma y color del bordede la marca **FIDEO CHINO ORIENTAL**), las letras blancas dentro de dicho contorno, el contraste de los colores azul y rojo en la ambientación de la publicidad, la evocación a China, la expresión “otros tallarines” y la referencia a un producto de **SUMESA** en comparación de 200g, sin lugar a dudas, entenderá que el producto con el que están comparando los tallarines **CHINITO SUMESA** de 200g serían los tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL** en su presentación de 200g.*

*[1009] De conformidad con lo indicado, la CRPI, a pesar de lo argumentado por **SUMESA**, concuerda con la INICPD en que hay una identificación indirecta pero inequívoca a los tallarines identificados con la marca **FIDEO CHINO ORIENTAL** en su presentación de 200g. [...]”*

[1022] *Es evidente que la denominación específica del producto no aparece en la publicidad analizada y, por lo tanto, la referencia es en términos generales a los tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL** en su presentación de 200g. No obstante lo anterior, la CRPI tampoco encontró empaques del producto **FIDEO CHINO PRECOCIDO ORIENTAL de 200g** que indicaran que contenía colorantes. [...]*

[1029] *Si bien la CRPI ha reproducido los elementos en calidad de prueba, por considerar que aportan justamente a la determinación de los hechos relativos al mercado, se concuerda con la INICPD en que los documentos provenientes del ARCSA y que indica **SUMESA**, no son suficientes para probar la veracidad de lo indicado en la publicidad. [...]*

[1032] *Los argumentos esgrimidos por el operador económico **SUMESA** no son de recibo, ya que una cosa es la delimitación del mercado relevante donde se produce la práctica desleal y otra muy diferente pensar que la condición de veracidad se puede soportar en cualquier producto de dicho mercado relevante así no sea el directamente implicado en la publicidad analizada.*

[1033] *En el caso particular, tal y como se estableció, el mercado relevante es el de los fideos largos comercializados a nivel nacional. Sin embargo, los productos específicamente afectados por las prácticas desleales investigadas fueron los tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL** en su presentación de 200g, que pertenecen a dicho mercado relevante. En este sentido, el operador **SUMESA** debió probar la existencia de colorante en estos productos y no en cualquier otro producto aunque se encuentre en el mercado relevante. [...]*

[1054] *Como la publicidad no indica que la tartrazina está permitida bajo ciertas condiciones, pues la publicidad claramente deja un manto de dudas que evidentemente hace que no sea exacta. Por lo tanto, además de que no es verdadera, tampoco es exacta al referirse y ambientar la utilización de colorantes artificiales en los tallarines. [...]*

[1056] *De conformidad con todo lo manifestado, la publicidad analizada encaja en los actos de denigración previstos en el numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM, y específicamente al no ser verdadera en el literal a). Por la naturaleza de la publicidad comparativa denigratoria, el operador económico **SUMESA** buscó o tuvo como objeto menoscabar el crédito comercial del operador económico **ORIENTAL** mediante la alusión indirecta pero inequívoca de su producto tallarín **FIDEO CHINO ORIENTAL** en su presentación de 200g. Más adelante se hablará de los efectos potenciales en el mercado. [...]*

#### Sobre los actos de comparación:

“[1064] *Los elementos que se comparan se tratan de dos productos que tienen de manera evidente relación de semejanza por su naturaleza, finalidad y necesidades que pretenden satisfacer. Son productos del mismo tipo y características: tallarines en presentación de 200g.*

[1065] *La publicidad se refiere a extremos relevantes, ya que se basa en la composición*

*de los productos, a sus ingredientes. Estos elementos son esenciales para que el consumidor elija al momento de comprar. Es importante para el consumidor saber si los productos tienen colorante artificial o no. [...]*

*[1068] Como efecto, la publicidad comparativa realizada por **SUMESA** no cumplió con los parámetros de licitud establecidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que estaríamos en frente de un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación. [...]*”

Sobre los programas televisivos “DE CASA EN CASA” y “EN CORTO”:

*“[1073] Nuevamente, esta publicidad coincide en los mismos elementos que están presentes en las publicidades de los programas **DE CASA EN CASA** y **DE BOCA EN BOCA**, con la única diferencia en que en este caso no hay dos presentadores sino una. Lo que indica que el guion y elementos constitutivos de la publicidad son comunes.*

*[1074] En este sentido, como las publicidades son en esencia las mismas, todos los hallazgos y argumentación que se hicieron al analizar la publicidad transmitida en el programa “**DE BOCA EN BOCA**” son aplicables. En consecuencia, estas publicidades también configuran un acto de competencia desleal en las modalidades de denigración y comparación, de conformidad con lo analizado y lo previsto en el literal a. del numeral 4 y el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM. [...]*

*[1080] En las publicidades analizadas el operador económico **SUMESA** siguió el mismo patrón que en las otras tres publicidades analizadas ut supra, es decir, hace una alusión indirecta e inequívoca al producto tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL**.*

*[1081] La única diferencia que se encontraría es que las publicidades analizadas no hacen relación al peso del producto. En este sentido la referencia indirecta sería en general para los tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL**, tal y como se mostrará.*

*[1082] En la primera publicación se observa que se comparan dos productos: el del lado izquierdo sería el producto de **SUMESA** con los signos **CHINITO RENDIDOR** y **SUMESA**, y el del lado derecho hace alusión a un signo rojo con contorno amarillo de una figura terminada en punta hacia abajo, y que en letras blancas dice “Otros tallarines”.*

*[1083] Al igual que en las publicidades analizadas, es evidente que el signo de contorno amarillo terminado en punta hace referencia indirecta e inequívoca al producto tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL**, así:*

*[1084] En la segunda publicidad presentada al inicio de esta sección ocurre exactamente lo mismo. Se hace una comparación del producto de **SUMESA** con otro producto identificado con el mismo signo gráfico rojo con contorno amarillo terminado en punta y con las letras blancas que dicen “otros tallarines”.*

*[1085] Un consumidor medio, aquel normalmente informado y que adquiere productos de*

*consumo masivo como los analizados, teniendo en cuenta el color rojo del signo, la forma contorneada de amarillo con finalización en punto hacia abajo (forma y color del borde de la marca **FIDEO CHINO ORIENTAL**), las letras blancas dentro de dicho contorno, la evocación a china, la expresión “otros tallarines” y la referencia a un producto de **SUMESA** en comparación, sin lugar a dudas, entenderá que el producto con el que están comparando los tallarines **CHINITO SUMESA** serían los tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL**.*

*[1086] De conformidad con lo indicado, para la CRPI, en concordancia con lo analizado por la INICPD, es claro que las publicidades hacen referencia de manera indirecta e inequívoca al producto tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL**.*

*[1097] De conformidad con todo lo manifestado, la publicidad analizada encaja en los actos de denigración previstos en el numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM, y específicamente al no ser verdadera en el literal a). Por la naturaleza de la publicidad comparativa denigratoria, el operador económico **SUMESA** buscó o tuvo como objeto menoscabar el crédito comercial del operador económico **ORIENTAL** mediante la alusión indirecta pero inequívoca de su producto tallarín **FIDEO CHINO ORIENTAL**. Más adelante se hablará de los efectos potenciales en el mercado.”*

#### Sobre los actos de comparación respecto de las publicaciones de SUMESA:

*“[1101] Al analizar las condiciones de veracidad, exactitud y pertinencia, se mostró cómo el operador **SUMESA** al comparar los dos productos buscaba denigrar al operador **ORIENTAL**.*

*[1102] De un análisis de los signos, se mostró que el signo de contorno amarillo terminado en punta hacía referencia de manera indirecta e inequívoca al producto tallarines **FIDEO CHINO ORIENTAL**. Como muestra:*

*[1103] Por lo tanto, la comparación que se realizó a través de las publicaciones en la red social de Facebook indica que el producto de **SUMESA** no tiene colorante artificial y que el de **ORIENTAL** sí lo tiene. Además, se presentaron unas fotos donde se mostró: i) al producto de **SUMESA** como tallarines cocinados con carne molida encima, mientras que el de **ORIENTAL** como tallarines de colores con apariencia de plástico; y, ii) que el producto de **SUMESA** deja el agua blanca y el de **ORIENTAL** la deja amarilla, unido a la frase: “Así queda el agua de blanquita después de cocinar con tallarines #Chinito de Sumesa, porque no tiene colorante, así queda el agua amarilla con otros tallarines porque si tienen ¡Colorante Artificial!”*

*[1104] De conformidad con lo que ya se indicó, y partiendo de que es una publicidad comparativa, la CRPI analizará los elementos contenidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, de conformidad con los parámetros indicados en el acápite de marco teórico.”*

#### Sobre la Publicidad “CARAPAZ”:

*“[1137] En la pauta publicitaria no se hace alusión directa del producto **FIDEO CHINO ORIENTAL**. Sin embargo, se encuentra una alusión indirecta e inequívoca a dicho producto, tal y como se mostrará.*

*[1138] Lo primero que observa la CRPI, es que se busca comparar el producto **TALLARINES SUMESA** en su presentación de 400g con otro producto, indicado que el primero tiene un P.V.P. de USD \$ 1, mientras que el del segundo es de USD \$ 1.75 o más de USD \$ 1.70. Las publicidades dan a entender que el producto de la competencia cuesta casi el doble porque tiene una tarrina plástica, y que esta, además, contamina el medio ambiente.*

*[1139] 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.*

*[1140] En relación con el precio, se pasó de indicar un P.V.P. de USD \$ 1.75 a decir que es de más de USD \$ 1.70. En relación con el signo del producto a comparar, se pasó de una forma con bordeado amarillo donde se leía la expresión “otros tallarines”, complementada con otra figura de color rojo terminada en punta hacia arriba donde se decía en letras blancas rojos y con una entrante inferior en punta, “\$ 1.75 ctvs” a una única figura con bordes rojos y con una entrante inferior en punta, donde se lee en letras azules “otros tallarines blancos”. En relación con el empaque se pasó de uno con bordes de color amarillo y con base roja, a un empaque sólo con bordes amarillos. Y en relación con la referencia a la tarrina, se pasó a únicamente enunciar que contaminaba el medio ambiente, a añadir que la tarrina evita que se quiebren los tallarines. [...]*

*[1149] Los cinco elementos indicados 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.*

*[1150] De conformidad con lo manifestado, es claro que las publicidades analizadas se refieren de manera indirecta e inequívoca a los tallarines **ORIENTAL** en su presentación de 400g. [...]*

*[1161] La frase “por unos tallarines blancos nooo”, tal como se dice en el comercial, por una señora mayor y en un tono de sarcasmo y sátira, estaría dirigido a descalificar el producto de **ORIENTAL**. Ese “nooo” alargado y el “por unos tallarines blancos”, busca reducir el producto de **ORIENTAL** bajo un ambiente burlesco. En contraste, la seriedad del tendero cuando hace la pregunta sugestiva, su lenguaje no verbal afirmativo, y la cara de sorpresa cuando el niño dice que la tarrina contamina el medio ambiente y que evidentemente genera un gesto de desagrado, propone un escenario sarcástico en relación con el producto aludido de **ORIENTAL**.*

*[1162] De conformidad con todo lo manifestado, la publicidad analizada encaja en los actos*

*de denigración previstos en el numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM, y específicamente al no ser verdadera en el literal a). Por la naturaleza de la publicidad comparativa denigratoria, el operador económico **SUMESA** buscó o tuvo como objeto menoscabar el crédito comercial del operador económico **ORIENTAL** mediante la alusión indirecta pero inequívoca de su producto tallarines en presentación de 400g. Más adelante se hablará de los efectos potenciales en el mercado.”*

Sobre los actos de comparación:

*“[1166] Por lo tanto, la CRPI encuentra que el operador económico **SUMESA** realizó una campaña sistemática y reiterativamente consumada de denigración y comparación en contra del operador económico **ORIENTAL**. Comenzó con las publicaciones de Facebook el 18 de enero de 2018 y, a pesar de la vigencia de medidas preventivas, continuó de manera reiterada a lo largo de los años, como ya se dijo, diferentes plataformas y medios de comunicación para el efecto. [...]*

*[1177] De conformidad con lo dicho, las publicidades analizadas no cumplirían con los parámetros de licitud establecidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que estaríamos en frente de un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación.*

*[1178] Una vez determinado que el operador económico **SUMESA** cometió actos de competencia desleal en el marco del numeral 4, literal a), y numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, pasemos a establecer si dichas conductas afectan o pueden afectar al mercado relevante de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la LORCPM. [...]*

*[1194] Los actos de competencia desleal realizados por el operador económico **SUMESA** tuvieron un gran impacto en el mercado, por lo siguiente: (i) Falsearon y distorsionaron la competencia, ya que mediante la publicidad denigratoria afectaron la libre elección del consumidor, que es en últimas el elemento dinamizador de la competencia en cualquier mercado. En un escenario de libre y sana competencia la elección del consumidor debe darse de forma espontánea, esto es fundamental. La publicidad comparativa denigratoria tenía como objeto, al difundir aseveraciones falsas, menoscabar el crédito en el mercado del operador económico **ORIENTAL**. Se buscó fijar en el público consumidor ideas negativas acerca de los fideos comercializados por **ORIENTAL**, con el objetivo de que al elegirse decanten por los fideos de **SUMESA**. Que el competidor **ORIENTAL** sea el líder del mercado y que **SUMESA** tenga una participación menor, no significa que no pueda haber falseamiento y distorsión por conductas como las comentadas. Por el contrario, un competidor importante como **SUMESA**, que utiliza esquemas publicitarios poderosos, como se demostró, evidentemente tendría la potencialidad de falsear y distorsionar el mercado a través del consumidor. (ii) Atentaron contra el derecho de los consumidores, ya que se les proporcionó información no verdadera sobre los productos de **ORIENTAL** y que claramente afectarían su voluntad al momento de elegir un producto u otro. Al indicar que productos específicos de **ORIENTAL** tenían colorante cuando en realidad no lo tenían, o al no hacerlo de forma exacta o pertinente como quedó demostrado, se afectó de manera evidente al consumidor y con esto al mercado relevante. También ocurrió lo mismo al denigrar al operador*

***ORIENTAL** con información relacionada con el uso de una tarrina plástica en uno de sus productos, su relación con el precio y la contaminación al medio ambiente, tal y como quedó demostrado en el acápite pertinente. Al no otorgar información no verdadera, exacta y pertinente en publicidad comparativa, de forma indiscutible se afectó al consumidor.”*

## **9.1.- De los presuntos vicios del procedimiento**

### 9.1.1 Vicios del acto administrativo impugnado

- De la confidencialidad de información: Partes ocultas en la resolución notificada.

En el recurso de apelación, el operador económico SUMESA S.A. alega que la Resolución de 19 de abril de 2023 emitida por la CRPI se encuentra viciada debido a que la versión que le fue notificada oculta información imprescindible para la existencia jurídica del acto. Precisamente, el apelante menciona que el acto es inexistente para el Derecho, ineficaz e inválido por presentar tachaduras y que, en razón de ellas, éste nada demuestra, lo cual vulnera la legalidad y afecta la motivación, la seguridad jurídica y, por ende su derecho a la defensa.

Está claro que un acto administrativo debe expresar de forma adecuada y suficiente las razones y argumentos del mismo, es decir debe ser motivado. La falta de motivación acarrea su nulidad. Tal como menciona el apelante, un acto válido contiene información clara, precisa, coherente y sí, en efecto, está “despejado de dudas, errores y tachaduras”. Evidentemente, por el principio de publicidad de los procedimientos administrativos, ocultar información sin justificación ocasiona un vicio de nulidad del acto, pues, sin duda alguna, se estaría afectando el derecho al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa de las partes.

Entonces, por regla general, a la información generada por la SCE, al ser una entidad pública, todas las personas pueden acceder libremente; sin embargo es necesario tomar en cuenta que la Constitución de la República del Ecuador, en los numerales 19, 20 y 21 del artículo 66, contempla excepciones que obligan a proteger, del conocimiento público, cierta información.

En este sentido, la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece diferentes categorías a la información, dentro de la cual consta la categoría de “información confidencial” que es aquella derivada de derechos personalísimos y fundamentales y la de “información reservada” que abarca varios puntos, entre ellos, la información establecida expresamente como reservada en leyes vigentes. De este modo, se observa que puede existir una ausencia de revelación de información justificada por la Constitución y la Ley.

En el marco de las atribuciones de la SCE, con el fin ulterior de proteger el mercado, esta Superintendencia, por el tipo de información que maneja, dentro de los procesos administrativos, de oficio o a petición de parte, cumpliendo con el procedimiento determinado conforme con la normativa, puede y debe declarar la confidencialidad de cierta información que requiera de tal protección. Así, el Instructivo para el tratamiento de la información dentro de la SCE, en su artículo 6 señala:

*“Artículo 6.- Información Confidencial.- Se considera información confidencial aquella prevista en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, así como aquella cuya divulgación podría causar un daño o perjuicio a un operador económico, a quien la haya proporcionado, o a terceros; aquella que pudiera afectar la posición competitiva de un operador económico; aquella que de divulgarse otorgaría una ventaja significativa para un competidor; y aquella que por disposición legal expresa se prohíba su divulgación. Dicha información, sin ser la siguiente una enumeración taxativa, dependiendo del análisis de cada caso, podría consistir en:*

- 1. Información sobre precios, que incluya descripción de la política de precios; de políticas de descuentos obtenidos u otorgados a clientes y/o proveedores; de relación o promedio de precios cobrados y/o pagados por tipo de producto respecto de clientes/proveedores/zona geográfica;*
- 2. Información sobre ventas/compras que incluya volumen/ valor de ventas o compras, por cliente/proveedor o producto, condiciones de venta/comercialización; sistema o política de comercialización/distribución; descripción de la relación con sus puntos de venta/agentes de distribución/proveedores;*
- 3. Información sobre el nivel de producción de bienes y/o servicios, ingresos del operador económico, estructura de costos del operador económico, descripción detallada del proceso productivo de bienes y/o servicios, información referente a I+D (cualitativa y cuantitativa), cuotas de mercado y red de comercialización, distribución, producción o importación;*
- 4. Contratos que contengan información no divulgada o secreta;*
- 5. Secretos empresariales, secretos y/o estrategias comerciales;*
- 6. Planes de trabajo de los órganos de sustanciación; y,*
- 7. Información que revele estrategias competitivas de operadores económicos.”*

En el presente análisis no cabe entrar en detalle de los procesos de declaratoria de confidencialidad de la información dentro de los Expedientes Administrativos SCPM-IGT-INICPD-029-2019 y SCPM-CRPI-029-2022, pero sí es pertinente mencionar que las “tachaduras” a las que el apelante hace referencia representan la no revelación de información declarada confidencial, es decir, información considerada como sensible y estratégica en el giro de negocios de operadores económicos distintos a SUMESA S.A., lo cual no interfiere en la legalidad de la resolución impugnada. Por el contrario, refleja el cumplimiento al deber de la SCE de proteger, del conocimiento de terceros, información declarada confidencial de acuerdo con la normativa vigente.

Recordemos que la censura de información declarada con el carácter de confidencial, cumple con un mandato normativo legal y representa una orden procedimental del propio expediente

administrativo, no constituyendo una privación de conocimiento con afectación al derecho a la defensa a los administrados cuando sobre esta censura no se demarca el fondo inteligible del fondo motivacional del acto administrativo. Se podrá observar que la regla general de acceso a todos los elementos del procedimiento, tiene un límite claro: la confidencialidad. De esta institución, se puede entender que existe pertinencia de censura, cuando la información que se tacha corresponde a otros agentes económicos que compiten en el mercado con el apelante, por lo que el uso de la confidencialidad es correcta y legalmente posible, y por tanto no vicia el acto administrativo.

Teniendo claro que el ocultamiento de información en la resolución notificada a SUMESA S.A. no significa la invalidez del mismo, cabe insistir en que, tal como se expone a continuación, pese a que el acto no revela, justificadamente, cierta información, éste sí explica y fundamenta adecuadamente los motivos de la decisión.

El apelante, en su recurso, muestra capturas de pantalla de las páginas 289, 290, 359, 360, 362, 376 de la resolución notificada, es decir de la versión no confidencial del acto administrativo. Al respecto, es importante tomar que cuenta lo siguiente:

- Las páginas 289 y 290 muestran un cuadro con la composición el producto Fideo Chino Varia Formas: Spaghetti, Tallarín de Oriental en el que, tal como se explica en la resolución, no existe presencia de colorantes o tartrazina. En este sentido, el objeto de la información era demostrar que el producto no tiene tartrazina, más no revelar todos los componentes del mismo, lo cual es explicado en el párrafo siguiente al cuadro. Por tanto, dicha “tachadura” protege información sensible y no afecta en la validez del acto.
- En la página 359 consta un cuadro en el que no se revela cuotas de participación de competidores de SUMESA en determinado período de tiempo. Sí se hace, en el párrafo siguiente al cuadro, una explicación de las conclusiones de la información contenida en el mismo, con lo cual en nada se afecta el entendimiento del acto impugnado.
- En las páginas 360, 362 y 376 se oculta información relativa a cuotas de mercado y volumen de negocios lo que representa información a la que SUMESA S.A. no tendría acceso y la SCE debe proteger, pues si bien el apelante es parte directamente involucrada en el proceso, la información declarada confidencial pertenece a terceros. Así, la motivación del acto no se ve afectada.

En conclusión, la no revelación de la información que menciona el apelante se debe al cumplimiento del deber de proteger información confidencial, que como aspecto general, en lo referente al ejercicio del derecho a la defensa que, si de la actuación administrativa se logra comprender el alcance y sentido de las conclusiones a las que llega la autoridad administrativa, es decir si resulta inteligible la voluntad administrativa, entonces se ha facultado el pleno derecho de acceso al expediente y del derecho a la defensa; pues en materia de Derecho de la Competencia, ya se prevé que no existe vulneración alguna al mismo si no se evidencia la

información de otros agentes competidores, toda vez que en dicho acceso se debe respetar los intereses legítimos de confidencialidad de la información misma, sea de los partícipes en el procedimiento administrativo o de información recopilada por la administración tratada bajo la confidencialidad. De lo anterior, se puede comprender que, el administrado sólo puede tener acceso a los datos o documentos confidenciales que sean estrictamente necesarios para el ejercicio de su derecho de defensa, la cual –en la especie- se garantizó, por lo tanto, no se ve vulneración a derecho alguno de la parte ni involucra un vicio en la resolución de 19 de abril de 2023 emitida por la CRPI.

#### 9.1.2 Vicios de legalidad externa del acto administrativo impugnado

- Cómputo de ciento ochenta días (180) días de prórroga de la investigación desde la fecha de la actuación administrativa (13 de enero de 2023)

Dentro del Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-019-2021, mediante Resolución de 07 de enero de 2022, el Superintendente declaró la nulidad del procedimiento administrativo sancionador SCPM-CRPI-013-2021 a partir de la Resolución de 30 de enero de 2020, a las 14h00 por medio de la cual la INICPD dispuso la prórroga del plazo de investigación por ciento ochenta (180) días adicionales, mismos que serían contados a partir de la expedición de esa actuación administrativa.

A criterio del apelante, el plazo de prórroga debía haber sido contado a partir del día siguiente a la notificación, conforme lo establecido en el artículo 77 del COGEP, pues la disposición de la INICPD que señala que el plazo se computaría desde la fecha de la actuación administrativa (13 de enero de 2022), además de reducir el plazo de la investigación, vulnera el debido proceso y el derecho a la defensa.

Si bien es cierto que el COGEP en el artículo 77 estipula que los términos empiezan a correr desde el día siguiente a la notificación, no puede pasar desapercibido el mandado normativo de la LORCPM. Esta ley especial de la materia que por jerarquía normativa es la aplicable, otorga al órgano investigativo la facultad de, respetando los derechos y garantías constitucionales, determinar desde cuándo se computan los tiempos procedimentales determinados en la normativa vigente cuando de la prórroga de etapas se trata. Por otro lado, tampoco puede obviarse el hecho de que la orden procesal contenida en la actuación administrativa de 13 de enero de 2023 es clara, siendo su texto indicativo de la fecha de inicio de la prórroga. Así, tal orden estuvo en conocimiento de los operadores económicos y se emitió en cumplimiento a los artículos 56 de la LORCPM y 62 del Reglamento para su aplicación. Finalmente cabe señalar que desde que se retomó la investigación (13 enero de 2022) hasta la emisión de la resolución de formulación de cargos (08 de julio de 2023) transcurrieron ciento setenta y seis (176) días, lo cual evidencia un estricto cumplimiento a la orden procesal de 13 de enero de 2022 cuya parte pertinente se cita a continuación:

*“PRIMERO.- [...] ii) (...) 2. El procedimiento investigativo continúa a partir de la resolución 30 de enero de 2020, es decir, desde el momento procesal en que esta Intendencia resolvió*

*prorrogar la investigación **por hasta** 180 días adicionales, conforme lo establece el artículo 62 del RLORCPM, los cuales se computará a partir de la expedición de la presente actuación administrativa.” (El resaltado es propio).*

En vista de lo expuesto, a criterio de esta Autoridad no existe vicio ni vulneración alguna por una presunta errónea aplicación del tiempo de prórroga dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-027-2019, pues, conforme se ha expuesto, la ampliación de la etapa es discrecional de la administración, la orden procedimental es clara, y el ejercicio del derecho a la defensa y debido proceso estuvo cubierto y respetado dentro del procedimiento administrativo.

- Prórroga del plazo de investigación dispuesta mediante providencia y debía ser dispuesta a través de resolución

En el recurso de apelación, SUMESA S.A. señala que la disposición con la que se prorroga el plazo de investigación debía haber sido emitida mediante resolución, mas no por medio de providencia. En este sentido, indica que el hecho de que la actuación administrativa de 13 de enero de 2022 no sea una resolución representa una grave falta procesal que vulnera el debido proceso.

El apelante menciona como fundamento el artículo 62 del RLORCPM, mismo que expresa que el inicio de la investigación y el establecimiento del plazo de duración deben ser manifestados mediante resolución debidamente motivada y expone los requisitos mínimos que dicha resolución debe contener. Al respecto, resulta pertinente señalar que el caso que se analiza ocurrió una declaratoria de nulidad efectuada por parte de la máxima autoridad de la SCE que retrotrae el proceso a determinada etapa procesal. Así, con la actuación administrativa de 13 de enero de 2022, la INICPD no dispuso el inicio de la investigación sino que dispuso retomar la misma. Tal como menciona la orden procesal, dicha Intendencia ordenó la continuación del procedimiento investigativo desde el momento procesal en que se había resuelto prorrogar la investigación por hasta ciento ochenta (180) días adicionales. Es decir, la resolución que dispuso la mencionada prórroga sí fue emitida y a partir de ahí continuó el procedimiento, luego de haber sido declarado nulo mediante resolución de 07 de enero de 2022 emitida por esta Autoridad.

En adición, debe dejarse por sentado que la alegación del apelante carece de fundamento cuando, la actuación administrativa de 13 de enero de 2022 representa un acto que motiva la continuación del procedimiento administrativo y del cual se desprenden los fundamentos de hecho y de derecho que amparan sus órdenes procedimentales.

Por todo lo expuesto, dentro del expediente de investigación no existe vulneración alguna a derechos y garantías constitucionales en cuanto a los tiempos procedimentales; por el contrario, las órdenes procesales fueron dictadas acorde a la normativa vigente y en garantía de los derechos de las partes, plenamente notificadas y en conocimiento de ellas.

### 9.1.3 Los actos administrativos previos fueron dictados con vulneración de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados

En el punto 3.3 del recurso de apelación, SUMESA S.A. establece que dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022, la formación de la voluntad de la CRPI se vio afectada por cuanto las providencias de 23 de noviembre de 2022, 06 de diciembre de 2022, 14 de diciembre de 2022, 05 de enero de 2023, 09 de enero de 2023 y 07 de febrero de 2023 fueron firmadas por dos comisionados en lugar de tres, conforme lo estipula el artículo 1 del Reglamento Interno de la CRPI.

En lo referente a tal alegación, es suficiente con referirse a la naturaleza de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, misma que es un órgano cuya misión es conocer, sancionar o cesar en primera instancia las conductas contrarias a la competencia, como un cuerpo compuesto por un conjunto de personas que se reúnen para conocer y resolver respecto del asunto administrativo, es decir, un órgano pluripersonal encargado de cumplir con la etapa de resolución del procedimiento administrativo.

En este sentido, la CRPI actúa como órgano colegiado pluripersonal, con independencia del número de comisionados que la conformen, pues la capacidad de decidir es del órgano conjunto y no afecta que esté compuesto por dos comisionados, pues contará con dos criterios y voluntades individuales para la conformación de la conjunta del órgano.

Al respecto, recuérdese que la conformación de un cuerpo colegiado busca contar con el análisis y examen del procedimiento administrativo de etapa investigativa por criterios distintos, con lo cual, la conformación con dos personas cumple el fin de examen por sobre un solo criterio y resolución. Entonces las actuaciones administrativas emitidas por dos comisionados reflejan la voluntad del órgano, sin afectar la validez del procedimiento, con lo cual la alegación de SUMESA S.A. queda desechada.

#### 9.1.4 Vicios e irregularidades que hacen ineficaz de manera total y radical el acto administrativo apelado

Otra de las alegaciones del apelante es la supuesta violación al principio de imparcialidad dentro del expediente resolutorio, en razón de la no aceptación de las excusas presentadas por los comisionados Édison Toro Calderón y Jaime Lara Izurieta.

Con el objeto de abordar este tema, cabe retomar el tema de la declaratoria de nulidad del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021 que ocasionó la retrotracción del proceso investigativo al 30 de enero de 2020. Consecuencia de la nulidad declarada, se retomó la investigación y, posteriormente, la CRPI conoció la formulación de cargos realizada por la INICPD, frente a lo cual los comisionados Édison Toro y Jaime Lara presentaron excusas para conocer y resolver el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-027-2022 emitido por la INICPD y el comisionado Pablo Carrasco Torrontegui presentó excusa para conocer y resolver el Expediente Administrativo SCPM-CRPI-29-2022.

Mediante Resolución de 21 de noviembre de 2022, a las 11h45, dentro del expediente de recusación SCPM-IGT-EXC-001-2022, esta autoridad resolvió negar las excusas presentadas por

los comisionados Édison Toro y Jaime Lara y dispuso que el comisionado Pablo Carrasco se inhiba del conocimiento.

Al respecto, hay que señalar que el acto administrativo arriba mencionado se encuentra correctamente motivado, pues se expresan argumentos de hecho y de derecho suficientes para llegar a la conclusión de que no existe causal alguna de las establecidas en el artículo 86 del COA, ni es posible aplicar inhibición o prohibición alguna de las prescritas en el artículo 228 numeral 2 de la misma norma respecto a los comisionados Édison Toro y Jaime Lara. Asimismo, la resolución fundamenta adecuadamente que el comisionado Pablo Carrasco se encuentra inmerso en la prohibición legal tipificada en el numeral 1 del artículo 248 del mencionado Código.

Recordemos que, la excusa en doctrina se identifica como figura de abstención o inhibición, constituye un acto procedimental que la autoridad administrativa está obligada a realizar para garantizar el principio de imparcialidad en todo procedimiento administrativo, que se constituyen como causas legales de invocación específica, por las que una autoridad administrativa no puede seguir actuando con esa calidad, y sorteando el cumplimiento de su función a otra según un procedimiento previsto. Así lo reconoce la doctrina latinoamericana: *“La trascendencia de la excusa -denominada “abstención” en otros ordenamientos jurídicos, como el español- y de la recusación se justifica con mencionar su finalidad, esta es, la preservación y defensa del derecho a ser juzgado por personal imparcial”*<sup>3</sup>

Justamente, la imparcialidad garantizada en el artículo 19 del COA busca evitar que elementos subjetivos imperen en la marcha de la administración pública, y en definitiva, que las decisiones se aparten del conflicto de intereses o de la generación de actuaciones incompatibles con el interés general, es decir, evitar la expedición de actuaciones desiguales y arbitrarias.

Este conflicto de interés, en el Código Orgánico Administrativo -como todo cuerpo normativo general de orden sustantivo-, se encuentra regulado en el régimen de excusa y recusación (genéricamente llamado “de motivos de abstención”) a través de causales taxativamente establecidas. Taxatividad de seis causales estipuladas en el artículo 86, que se erige como una garantía de la seguridad jurídica y el principio de legalidad, por la cual se otorga al administrado un instrumento orientado a producir y obtener actos que expresen la voluntad administrativa del ente público y no la voluntad particular de quien actúa como resolutor. En lista podemos encontrar, los impedimentos que nacen de situaciones particulares (número 1), los lazos directos o indirectos de naturaleza vinculante con resultados comerciales o financieros (número 2), el vínculo por consanguinidad o por afinidad (número 3), el aprecio o desprecio de la autoridad (número 4), la intervención de la autoridad administrativa dentro del procedimiento en calidad de representante, perito o testigo (número 5); y, el vínculo laboral anterior a un año con respecto de la situación jurídica a resolver (número 6).

---

<sup>3</sup> GARANTIAS DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL: LAS CAUSAS DE EXCUSA Y RECUSACIÓN (EN LA LEY DEL ÓRGANO JUDICIAL DE 24 DE JUNIO DE 2010 DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA). Isabel Huertas Martin. Pág. 258. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427541560010.pdf>

El legislador establece, por consiguiente, una serie de causas que traslucen objetivamente situaciones de posible parcialidad, de forma tal que pueden hacer dudar de la posición de probidad exigible al resolutor administrativo. Entonces, conforme lo normado, el COA se corresponde con el denominado sistema cerrado, es decir aquel que establece las específicas causas de parcialidad. En tal medida, siendo que el artículo 86 no contiene una cláusula general, y no existiendo de normas de remisión intracuerpo por las que - fuera de los supuestos generales de falta de imparcialidad de dicho artículo- se admitan alegaciones de nuevos supuestos, el sistema del Código Orgánico Administrativo debe considerarse como de “numerus clausus”, es decir, que dispone de un catálogo de causas de excusa y recusación cerrado, respecto del cual no podría efectuarse interpretación extensiva.

En este sentido, la taxatividad de causales de excusa y recusación reviste especial interés, y actúa como: i) una herramienta que procura garantías que evitan que los actos administrativos sean objeto de impugnación por vicios de la voluntad administrativa; y, ii) un instrumento procedimental preventivo de vicios en la conformación de la voluntad administrativa, para al perfeccionamiento del acto jurídico. Es decir, en definitiva, una figura jurídica desarrollada a través de casuales, las cuales, administración o administrados pueden invocar expresamente y así fundamentar de manera objetiva el apartar del conocimiento y fallo del asunto de fondo, a funcionarios inmersos en los escenarios de conflicto de interés establecidos normativamente.

La identificación del sistema de excusa y recusación del Código Orgánico Administrativo es de aquellos denominados “cerrados”, por tanto, con miras a atender la excusa planteada, compete analizar el fundamento de los comisionados a la luz de la taxatividad de causas, para ver si cumple con lo permitido por la norma. Acorde se indicó anteriormente, la excusa planteada por los comisionados, Jaime Lara Izurieta y Edison Toro Calderón, no se subsume a las causales taxativas del artículo 86 de Código Orgánico Administrativo. En este punto, se debe sostener que este cuerpo legal no ha introducido una distinción entre las formas de imparcialidad subjetiva y objetiva para estipular las causales de excusa y recusación, pues -conforme lo normado- clasifica las mismas en causas subjetivas, es decir aquellas atinentes al conflicto de interés, lo dicho se comprende de la lectura de la norma, que releva que el legislador se preocupó preferentemente por el primer tipo de causas, es decir por la relación o vínculos que la autoridad resolutora pueda tener con las partes, conforme los numerales 2, 3, 4 y 6; pues solo las causales de los numerales 1 y 5 hacen referencia a la posible relación del resolutor con el objeto procedimental, en cuanto tenga un interés personal o profesional sobre este, o cuando hayan tenido una calidad de representante, perito o testigo.

Recordemos que la imparcialidad de la autoridad administrativa es una presunción legal devenida de las prerrogativas institucionales, el ataque de esta presunción solo es válido si llega a entregarse suficientes argumentos que materialicen una parcialidad originada en pasiones de las personas que ejecutan competencia administrativa de resolución o juzgamiento. Por lo tanto, en incumplimiento con la taxatividad prevista en el artículo 86 del COA, resultaba improcedente aplicar en el caso en concreto la figura de excusa.

Entonces, al haber sido resueltas las excusas de manera motivada, es evidente que, al contrario de lo que mantiene el operador económico SUMESA S.A., no existe violación alguna a norma legal, derechos y garantías constitucionales, pues las decisiones tomadas por la CRPI dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022 garantizan la legalidad, el debido proceso, la seguridad jurídica y el principio de imparcialidad.

9.1.5 Violaciones de derechos fundamentales y errática calificación jurídica de los hechos por la adopción de las medidas preventivas

- Las medidas preventivas adoptadas no demuestran peligro grave de la demora en la toma de la resolución definitiva (periculum in mora) ni se determina si existen elementos de juicio suficientes (fumus boni juris).

El operador económico apelante sostiene que la Resolución de 19 de abril de 2023 viola derechos fundamentales, debido a que la CRPI sustenta su decisión en el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-027-2022 que incluye publicidades analizadas en los informes de seguimiento de medidas preventivas. Razona que dicha Comisión no hizo una calificación jurídica autónoma de los hechos dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-29-2023 sino que acogió calificaciones falsas y erráticas de la INICPD.

En cuanto a dicha alegación, cabe precisar que dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-15-2019 (que fue declarado nulo), mediante Resolución de 12 de julio de 2019, la CRPI adoptó medidas preventivas orientadas a cesar presuntas alusiones directas e indirectas a productos de operador económico ORIENTAL S.A.

En el recurso de apelación, SUMESA S.A. hace un análisis de las condiciones que deben cumplir las medidas preventivas, indicando que la imposición de las mismas no es facultativo para la administración. Señala, además, que no existió un informe de daños ni se verificó el peligro grave en la demora en la toma de la resolución definitiva que permita determinar provisionalmente si existían elementos de juicio suficientes para la adopción de las medidas concluyendo que la forma en la que las medidas fueron adoptadas ocasiona vicios de irregularidades que vulneran normas constitucionales y legales. Por otro lado, mantiene que el haber hecho extensivas las medidas preventivas a operadores económicos no parte del proceso representa también un vicio del procedimiento puesto que el acto administrativo tiene efectos particulares. Menciona también la vulneración a su derecho a la libertad de expresión y de un daño irreparable causado a SUMESA. S. A.

Teniendo claras las consideraciones del apelante, con el fin de determinar si la imposición de las medidas preventivas se ajustó a las disposiciones legales y respetó derechos y garantías constitucionales, atañe estudiar la Resolución de 12 de julio de 2019, por medio de la cual tales medidas fueron adoptadas. Sobre esto, se observa que el acto administrativo impugnado toma como fundamento de hecho la referida resolución; de la revisión de la misma, se observa motivación suficiente para adoptar y disponer el cumplimiento de las medidas preventivas correspondientes al cese de cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. y a sus

productos y al cese de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de competidores de SUMESA S.A. contienen colorantes. Esta autoridad considera correcto el análisis de la CRPI, mismo que concluye que la adopción de las medidas cumple con los requisitos de apariencia de buen derecho, peligro, riesgo o amenaza por la demora en el tiempo y que se ajustan a la proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar, debido a que el órgano de resolución hizo un estudio respecto a si las medias preventivas podían originar daños irreparables al presunto responsable o que impida violación a derechos fundamentales que sean excesivas o desproporcionadas, conforme el artículo 73 de la LORCPM.

Además, la Comisión, analizó la concurrencia de los requisitos para que procedan las medidas: apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y el peligro de la demora o *periculum in mora*. Respecto al primero, la CRPI acogió el criterio de la INICPD en cuanto a que las medidas cumplen con el requisito de necesidad conforme el artículo 62 de la LORCPM ya que a prima facie existían indicios de una conducta que podría afectar al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. y otros competidores; además que la medida cumplía con los requisitos de proporcionalidad e intensidad ya que buscaba evitar un posible daño al mercado. En cuanto al segundo requisito, la CRPI señaló que la INICPD en su informe aclaratorio y ampliatorio demostró que este peligro en la demora se evidenció en las publicaciones realizadas en los medios de comunicación de alcance masivo que podrían haber afectado la reputación de los productos de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., lo cual requería una pronta acción para limitar el posible daño.

En razón de lo expuesto, esta autoridad considera que la Resolución de 12 de julio de 2019 dictada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia cuenta con adecuada motivación, por tanto no existe vicio alguno dentro del Expediente Administrativa SCPM-CRPI-029-2022 por haber utilizado como fundamento de hecho el acto administrativo a través del cual se adoptó medidas preventivas.

#### 9.1.6 Mercado relevante

El mercado relevante objeto del caso es la publicidad.

A criterio de SUMESA S.A. el mercado relevante establecido en el acto administrativo impugnado no se encuentra bien definido, ya que, entre otros, considerar los fideos largos a nivel nacional implica tomar en cuenta a operadores económicos que no participan en el mismo eslabón de la cadena productiva lo que devendría en que no ejerzan presión competitiva entre sí.

El apelante aborda varios temas que bajo su entender representan vicios que influyen en la determinación del mercado relevante; además, concluye indicando el mercado relevante es la publicidad.

Con el objeto de comprobar si la delimitación del mercado relevante efectuada por la CRPI es adecuada o si por el contrario, las alegaciones de SUMESA S.A. tienen fundamento técnico y jurídico, a continuación se valoran tales alegaciones a la luz de la resolución administrativa apelada.

En primer lugar, cabe anotar que de la revisión al expediente de investigación, así como al razonamiento presentado en el Informe No. SCE-DS-22-2023, por parte del especialista técnico designado dentro del presente expediente, se verifica que, debido a que las conductas denunciadas por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., se encuentran relacionadas con la forma en que el apelante comercializa sus productos, la INICPD, dentro del Informe Final SCPM-IGT-INICPD-027-2022, delimitó que el análisis de mercado relevante corresponde, únicamente, el eslabón de la comercialización de los productos objetos de las conductas desleales denunciadas. En este sentido, la definición de mercado relevante debió ser enfocada a aquellos operadores económicos encargados de abastecer el producto directamente al consumidor final. Como bien señala el especialista técnico, dicha acotación es clave para resolver el presente recurso de apelación, puesto que como se puede observar dentro del Informe Final SCPM-IGT-INICPD-027-2022, toda vez que la INICPD clarificó las ambigüedades planteadas dentro del Informe No. SCPM-DS-012-2021, identificando con claridad que el eslabón al que atiene el análisis corresponde el de comercialización de fideos y pastas largas, estableció de forma clara como ofertantes aquellos operadores que ofrecen el producto directamente al conjunto de demandantes (consumidor final), descartando de esta forma al eslabón de producción.

Por otro lado, SUMESA S.A. alega falta de motivación del acto impugnado debido a que la CRPI, sin identificar presupuestos técnicos y jurídicos, ratificó la definición del mercado relevante antes y después de la declaratoria de nulidad. Sobre este aspecto, cabe también referirse al Informe No. SCE-DS-22-2023, pues tal como allí se indica, aquello no significa que las imprecisiones contenidas dentro del análisis de la INICPD se mantengan, ya que el ejercicio planteado dentro del Informe No. SCPM-DS-012-2021 corresponde un esfuerzo aclaratorio y complementario a la definición propuesta, más no a replantear de partida un nuevo análisis de mercado relevante.

Por lo que se refiere a la determinación de que existen veinte y nueve operadores que ejercerían presión competitiva, el apelante mantiene que dichos operadores no pertenecen al mismo segmento del mercado, ni compiten entre sí. También señala la presencia de operadores duplicados y operadores inexistentes.

Al considerar dicha alegación, corresponde analizar si los veinte y nueve operadores tomados en cuenta operan en el eslabón de comercialización, por lo cual es importante tener claro el concepto de comercializador, el cual, a partir de diversa doctrina, es analizado en el Informe SCE-DS-22-2023 que expresa:

*“[...] es posible colegir tres hechos concretos en relación al espectro al que atiende un comercializador:*

- Su enfoque operativo abarca el traslado del producto o servicio al consumidor final, indistintamente del eslabón del que proviene (producción, importación, almacenamiento, etc.)*
- Bajo esta particularidad, dicho traslado plantea estrategias tales que permitan la capacitación de clientes (promociones, publicidad, entre otras).*

- *El traslado del bien o servicio responde a una demanda final efectiva, más no a un sub eslabón o nicho intermediario [...]”*

Una vez claro el concepto de “comercializador” es preciso valorar si los operadores calificados como parte del mercado corresponden efectivamente al eslabón de comercialización. Al respecto, por las líneas que se citan a continuación, se concluye que todos los operadores considerados como parte del segmento del mercado, sí corresponden al eslabón de comercialización. Aquí la explicación:

*“[...] Para fines del presente ejercicio, se tomó en cuenta la información constante en los portales web de cada operador, considerando –mínimamente-, (i) la presencia de un producto con marca establecida y plenamente reconocida en el mercado, y (ii) el enfoque publicitario del operador hacia la captación del consumidor final, es decir, la incorporación de información tal que permita reconocer dentro de cualquiera de los canales de atención (tiendas de barrio, supermercados, aplicaciones, etc.), al producto ofertado y sus características. Conforme el ejercicio señalado, se verificó que todos los operadores incluidos en el mercado, cumplen con los requisitos para ser considerados comercializadores. En todos los casos, se visualizó la presencia de productos con marcas constituidas en el mercado, directamente enfocadas al consumo final. Así mismo, la publicidad proporcionada por estos operadores se enfocaba en procesos de captación y fidelización de clientes. En este punto, también conviene señalar que en todos los casos, la información presentada respondía a los procesos de rotulado de empaques, establecido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (en adelante, ARCSA), bajo los lineamientos de la resolución INEN RTE-022-2R, norma dedicada a brindar lineamientos de envase y empaquetado para pleno conocimiento del consumidor final. Si bien se destaca el caso del operador CORPORACIÓN FAVORITA C.A. (en adelante, FAVORITA), por cuanto este opera principalmente en la comercialización de bienes de consumo masivo, es necesario destacar que también cuenta con una marca propia de pasta/fideo, que compite directamente en percha, con el resto de marcas de los operadores considerados por la INICPD. En este sentido, es posible colegir que los operadores considerados para el cálculo de las participaciones dentro de la definición de mercado provista por la Intendencia, corresponden a empresas que operan en el eslabón de comercialización. [...]”*

En otro orden de cosas, mantiene, el apelante, que existen inconsistencias en la aplicación y en la interpretación de los resultados obtenidos en encuestas a consumidores finales aplicadas por la INICPD, debido a lo siguiente: i) hay confusión del uso del término “tallarín”, ii) la información obtenida de la encuesta no obedece al comportamiento observado y, iii) la interpretación a la pregunta respecto la reacción de los consumidores ante un incremento de entre 5% y 10% del precio de los fideos tipo chino sería que más de la mitad de los consumidores son poco sensibles ante un incremento de precios (53% de consumidores seguiría comprando fideos tipo chino), por lo que ante la baja propensión de sustitución de este tipo de fideo es un indicativo de que el producto en sí, constituye un mercado relevante por separado.

Con relación a dicho planteamiento del recurso de apelación, esta autoridad acoge el juicio del especialista técnico plasmado en el Informe SCE-DS-22-2023, cuando expresa:

*“Si bien dentro de las respuestas aportadas a la pregunta siete, existe una proporción de consumidores que identifican el término “tallarín” no solo con un tipo de producto, sino también dentro de la preparación culinaria (“tallarín con pollo, carne y salteados”), la tipología de este término hace referencia directa al tipo de producto en análisis a lo largo de toda la encuesta. Principalmente, en las preguntas 1-4 que conforman los preceptos empíricos para la definición de mercado relevante. En este sentido, independientemente de que exista una proporción de consumidores que hayan contemplado el término en cuestión, desde la perspectiva culinaria, esto no exime el hecho que dicho término fue establecido de forma clara y contundente como un tipo de producto, en las preguntas claves para la definición de mercado relevante. De esta manera, es posible colegir que no existe riesgo alguno de sesgo, puesto que el ejercicio planteado en la pregunta 7, justamente responde al levantamiento de patrones culinarios, respecto el uso del fideo CHINO ORIENTAL.*

*En relación a los argumentos restantes, respecto la definición de un mercado relevante más estrecho, de fideo chino, con base en la información aportada dentro de la resolución de 19 de abril de 2023, se observó que: (i) tanto SUMESA como ORIENTAL aportaron estudios donde más del cincuenta tres por ciento (53%) de los encuestados no han identificado tallarín de tipo chino. (ii) Que existió un claro sesgo por parte del estudio aportado por SUMESA, puesto que mismo habría solicitado directamente la inclusión del término en cuestión dentro del análisis, mas no recabado información a partir de la tipología propia del consumidor. (iii) Que las respuestas aportadas por los principales supermercados, mostraron una clasificación de fideos por su tamaño y uso culinario, descartando la tipología de fideo chino. (iv) Y que los resultados de la encuesta de la INICPD señalaron una proporción de apenas el dos por ciento (2%) de consumidores que identificaron el fideo de tipo chino.”*

Finalmente, sobre la mención del apelante de que el mercado relevante objeto de la investigación debió ser la publicidad, no existe fundamento en el recurso de apelación que sustente tal aseveración, por lo que sin mayor análisis se desecha.

#### 9.1.7 Sobre la capacidad de falseamiento y la afectación

- No existe un informe de daños causados al mercado y la publicidad naturaleza informativa: el uso de tartrazina en algunos productos es reconocido.

En cuanto a la capacidad de falseamiento y la afectación producida por las conductas investigadas y posteriormente sancionadas, el apelante mantiene que la INICPD y la CRPI no valoraron sus alegatos ni investigaron adecuadamente el rendimiento de SUMESA S.A. respecto de sus competidores. Sostiene que no existe elemento fáctico ni probatorio alguno para establecer que SUMESA S.A. haya atentado contra el derecho de los consumidores proporcionándoles información no verdadera sobre productos de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA

“O.I.A.” S.A. En su recurso de apelación, establece que la voluntad de los consumidores al momento de comprar pastas y fideos largos, pese a ser, el entonces denunciante, líder en el mercado, no se vería afectada por la publicidad realizada, por tanto, no causaría falseamiento y distorsión al mercado.

Este punto del recurso de apelación se sustenta con el argumento de que la INICPD basó su análisis en un “seudo falseamiento” del régimen de competencia, desconociendo el concepto de “daño concurrencial legítimo”, fundamentando que no existe una encuesta hacia los consumidores en la que se indique que la publicidad emitida incidió en la voluntad de ellos al momento de elegir el producto, por lo que no se habría demostrado la afectación. Es decir, a criterio de SUMESA S.A., el impacto de la conducta, daño o riesgo no está demostrado y que esto ocurre debido a que no se atentó contra el consumidor sino que se le proporcionó información veraz, pues por un lado, está reconocido por ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. y por la CRPI que aquel operador económico usa colorante en algunos de sus productos y, por otro, debido a que en la publicidad no se nombró al competidor denunciante, tampoco una marca o un producto, por lo que no existió distintividad en las campañas publicitarias cuyo carácter fue meramente informativo. Finalmente, SUMESA S.A. habla de un incumplimiento de la norma NTE INEN CODEZ 192 por parte de ORIENTAL S.A. (sobre la declaración del uso de Tartrazina en el certificado sanitario) con lo cual, a su parecer, no son confiables las declaraciones que ese operador económico efectúa sobre certificados sanitarios y que la INICPD tomó como ciertas.

Frente a tales alegaciones, respecta, de manera concreta, determinar si la CRPI en su resolución de 19 de abril de 2023 realizó un correcto análisis de la existencia de posibles afectaciones al mercado consecuencia de las conductas investigadas y sancionadas. Así, del proceso de investigación se evidencia que la INICPD ejecutó un trabajo recopilatorio de información que permitió llegar a conclusiones que posteriormente, en la instancia resolutoria, la CRPI acogió.

Respecto al falseamiento de la competencia causado por las conductas tratadas, el Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-0027-2022 dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-0027-2019 consideró, en primer lugar, la naturaleza de las conductas; en segundo, el análisis del público afectado; y, en tercero, la cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas investigadas.

Desde el punto de vista de esta autoridad, sobre la cuantificación de las posibles afectaciones al régimen de competencia, tema que interesa en este punto del presente acto, el enfoque de dicho informe es acertado, puesto que se hizo una evaluación de tales afectaciones en virtud de la capacidad integral de SUMESA S.A. para modificar o distorsionar el mercado, es decir, las cuotas del mercado no fue el único elemento tomado en cuenta, sino que se consideró elementos complementarios que permitieron ver la incidencia de las conductas en el mercado. Como ejemplo de esos elementos complementarios, está el número de unidades, los clientes captados, las tasas de crecimiento, la caracterización del público y el número de competidores.

En este sentido, de la investigación se observa lo siguiente:

- Constan estudios de la participación en el mercado de los productos individualizados de SUMESA S.A., mismos que, comparando datos en los años de 2016 a 2021, permiten concluir que dicho operador económico ha mantenido una importante participación en el mercado relevante y que su posicionamiento se ha mantenido durante varios años.
- Existe un análisis del mercado relevante que indica un mercado moderadamente concentrado en el que los cuatro operadores (de veintinueve que forman parte del mercado) más importantes ostentan más del 60% de las ventas de pastas y fideos a nivel nacional. Se indica también un HHI que demuestra que es un mercado moderadamente concentrado, elemento importante para hacer un estudio estructural del mercado que permite fijar el grado de participación e influencia de un competidor.
- Se ha justificado un efecto real y potencial respecto del producto SUMESA CHINITO en el mercado relevante debido a que SUMESA S.A. vendió por año alrededor de un millón de unidades, lo que representó un 14% de los ingresos del operador. Se demostró también que las ventas se mantendrían a nivel nacional, lo que ha representado más del 22% del mercado ecuatoriano en el año 2019, año en el que comercializó el referido producto.
- Se ha evidenciado que a partir de la campaña publicitaria, que tiene relación con el producto SUMESA CHINITO, en programas televisivos como De Boca en Boca, De Casa en Casa y En Corto y del producto TALLARINES SUMESA en la publicidad CARAPAZ, desde el año 2019, se identificó un crecimiento en las ventas de dicho producto, llegando SUMESA S.A. a comercializar alrededor de un millón novecientas cincuenta unidades comercializadas en el país en 2021.
- Se identificó un análisis de la influencia en el público que permitió determinar que frases y palabras como “precio” y “contiene colorante artificial” utilizadas en las campañas publicitaria constituyen factores que afectan la decisión de compra de los consumidores.

Adicionalmente, SUMESA S.A. alega que, dada su reducida participación histórica (8,8% para el año 2021), en contraste con la posición de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” (líder del mercado relevante definido), el apelante estaría en la imposibilidad de atentar contra el operador mencionado, contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores. Este supuesto, a criterio de mismo, se complementa bajo la argumentación que el repunte en ventas registrado por SUMESA S.A., se habría explicado por una estrategia de precios y aumento de la calidad del producto, mas no por una estrategia anticompetitiva; y, por el hecho que ORIENTAL presenta una ventaja significativa, en términos de participación, dentro del mercado relevante definido.

Acerca de dichos planteamientos, para una adecuada explicación técnica, esta autoridad considera útil y necesario citar el Informe SCE-DS-22-2023 que en su parte pertinente establece:

*“[...] Como primer elemento de valoración técnica, se trae a consideración la información de participación histórica del mercado relevante definido, dentro del gráfico 20, del informe final SCPM-IGT-INICPD027-2022. Partiendo del hecho que la conducta denunciada tiene un horizonte temporal de varios años (2015- actualidad), el operador económico SUMESA muestra una participación importante en el periodo de tiempo del año 2015 al 2019, donde se ubicó en segundo lugar dentro del mercado relevante definido, llegando a registrar una cuota del veintidós por ciento (22%). Si bien en periodos posteriores, la participación de mismo se redujo (8,8% en 2021), esto no exime del hecho que SUMESA ha logrado mantenerse dentro de los líderes del mercado. En este sentido, no es posible concluir que exista una ventaja histórica significativa entre el apelante y ORIENTAL, puesto que tal como muestra la información recolectada por la INICPD, el operador SUMESA es un agente importante en el mercado definido.*

*Con relación a la estrategia de precios y calidad, mediante la cual SUMESA fundamenta el repunte de ventas registrado, ergo, la ausencia de afectación sobre ORIENTAL, es necesario traer a consideración la información gráfica contenida dentro de las páginas 269 y 270, respecto las ventas de los productos tallarín SUMESA y fideo chino ORIENTAL. Conforme se desprende de los gráficos mencionados, las ventas del apelante presentan un fuerte repunte en el 2020, escenario paralelo a la caída de ventas del operador ORIENTAL. Independientemente de la regularidad empírica mencionada, a partir de los elementos recabados por la INICPD, se concluye que la estrategia de partida del producto comercializado por SUMESA ha recaído –históricamente- en la dotación de un producto tal que, con elevados niveles de calidad, presente un precio mucho más competitivo, frente a los productos de su competencia. En este sentido, la periodicidad de la estrategia mencionada resulta clave, puesto que las variables precio y calidad, son componentes que SUMESA ha implementado de forma continua a lo largo de la comercialización de su producto, de manera que, para que tales variables generen un shock en ventas tal que potencie el flujo comercial del operador, a los niveles observados en 2020, sería necesario un shock de misma magnitud o naturaleza en las variables en cuestión. Sin embargo, y como se mencionó previamente, la estrategia de precio y calidad de SUMESA, corresponde un componente constante dentro de la estrategia comercial de su producto, mas no una estrategia temporal que permitiría explicar el shock en ventas suscitado tanto para este como para ORIENTAL (a la baja).*

*En cuanto a los argumentos subyacentes, respecto la incapacidad de distorsionar la competencia, es necesario señalar que el fideo Rapidito de ORIENTAL, tanto por su presentación, uso previsto y precio, no se enmarca de forma alguna en la definición de mercado relevante provista dentro del expediente de sustanciación. Respecto la atribución por parte de SUMESA, de divulgar el uso de colorantes artificiales dentro del mercado definido, se trae a consideración las siguientes reflexiones:*

- *La regulación y el control de la calidad, seguridad, eficacia e inocuidad de los productos de uso y consumo humano, corresponde una atribución única y directa del ARCSA, más no de la Superintendencia de Competencia Económica o el operador económico SUMESA.*
- *En esta línea de análisis, existen canales directo de denuncia, establecidos por el ARCSA, ante omisiones o faltas, dentro del proceso de empaque y comercialización de bienes de consumo humano, por lo que, ante un incumplimiento de los parámetros de uso de colorante tartrazina, acorde con la norma técnica INEN 1375-2014-12, este puede ser plenamente denunciado a través de los canales de atención ciudadana propuestos por la autoridad reguladora mencionada.*
- *El espíritu de las conductas denunciadas por ORIENTAL, se desarrolla y subyacen, justamente en la capacidad de SUMESA de, a partir de la información a bienes de su competencia, restringir o falsear la competencia en favor de su beneficio. Es decir, a pesar que la correcta divulgación del uso de tartrazina correspondía competencia del ARCSA, e incluso misma podía estar sujeta a denuncia ciudadana, SUMESA se aprovechó de tal particularidad para falsear el esquema de competencia en función de su producto.”*

*Finalmente, conforme se desprende de la teoría económica citada en el escrito de apelación, Akerloj (1970)<sup>4</sup> principal exponente del análisis económico con información asimétrica, señaló cinco supuestos de análisis de fallas de mercado con información asimétrica: (i) la oferta de una mercancía indivisible que se presente en dos bienes de alta y baja calidad, (ii) la oferta debe realizarse en proporciones fijas, (iii) los consumidores no pueden reconocer a priori las diferencias cualitativas entre los bienes, (iv) en razón de la presencia de información asimétrica, existirán dos diferentes consumidores de bienes de alta y baja calidad cuya valoración sea volátil por bien, y (v) en ausencia de regulación, el bien se comercializa en un solo mercado. Bajo este esquema, es posible concluir que el análisis de información asimétrica no es extrapolable al presente mercado, puesto que los consumidores tienen pleno conocimiento del uso o no de colorante artificial, por parte de ORIENTAL y SUMESA, respectivamente. Es decir la mercancía no es indivisible. Los consumidores también pueden reconocer otras características cualitativas como la composición, el tiempo de cocción y la valoración depende directamente de preferencias sobre el precio.*

*Bajo la valoración expuesta en relación al quinto argumento del operador SUMESA, aunado al hecho que la INICPD demostró que la publicidad de SUMESA falseo la estructura competitiva a un público afectado y generó efectos cuantificables, se puede concluir que mismo si se encontraría en la capacidad de falsear el régimen de competencia y generar afectación en el mercado relevante definido.”*

En razón de lo expuesto, esta autoridad se aparta del criterio del apelante, pues existen elementos suficientes que fueron analizados en la etapa investigativa que demuestran la afectación de la conductas en el mercado, es decir, es evidente que las campañas publicitarias no sólo tenían fin

informativo sino que generaron afectación al mercado ya que incidieron en la voluntad de los consumidores.

#### 9.1.8 Vicios de nulidad del procedimiento administrativo con la inclusión de la publicidad Carapaz

- La publicidad Carapaz no fue denunciada ni investigada.
- La publicidad estuvo fuera del mercado relevante temporal y está siendo analizada en otro expediente – Litispendencia, Non bis in ídem.

Sobre este punto impugnatorio, se pone de contexto: **i)** Mediante escrito presentado el 13 de septiembre de 2019, signado con número de trámite Id. 143987, el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., remitió la grabación de una publicidad del operador económico SUMESA S.A., transmitida el 02 de septiembre de 2019; **ii)** En el Informe Final la INICPD señala varias piezas publicitarias que componen la estrategia o campaña publicitaria CARAPAZ, y que fueron transmitidas en diferentes medios de comunicación; **iii)** La publicidad CARAPAZ hace parte de una campaña sistemática y continuada de desprestigio, que se materializa en todas las publicidades analizadas, incluyendo la de CARAPAZ. Todas tienen el mismo hilo conductor: denigrar a los tallarines comercializados por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. para posicionar los de SUMESA S.A. Esto se lo realiza bajo múltiples plataformas publicitarias y para productos en diversas presentaciones: 200g, 400g, entre otros; y, **iv)** SUMESA realizó un campaña sistemática y reiterativamente consumada de denigración y comparación en contra del operador económico ORIENTAL, desde las publicaciones de Facebook el 18 de enero de 2018 y continuaron a lo largo de los años -a pesar de la vigencia de medidas preventivas-, en diferentes plataformas y medios de comunicación. Para el efecto, haciendo que la publicidad CARAPAZ sea la misma campaña de denigración, y por tanto la conducta investigada y sancionada.

En línea de los presupuestos anteriores, estará claro que la publicidad CARAPAZ no requería de una denuncia por separado, ni de una investigación individual, pues estuvo al tanto de las partes procesales que, la campaña publicitaria de SUMESA era la que se encontraba en investigación, haciendo que toda aquella publicidad que pertenezca a la campaña y que refiera al denunciante ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., desde los tiempos marcados por la denuncia y la sustanciación del procedimiento, haga incluir el análisis relacionado a la publicidad CARAPAZ, que efectivamente se comunicó del denunciado. Su inclusión se debió a que se pudo apreciar un patrón común en las publicidades, por tanto, toda la publicidad se incluyó y fue analizadas en conjunto y bajo el mismo procedimiento.

En consecuencia, siendo que la publicidad CARAPAZ fue remitida por el operador económico ORIENTAL mediante escrito de 13 de septiembre de 2019. En el informe de resultados se analizó dicha publicidad, se reprodujo como prueba mediante la providencia de apertura del periodo probatorio, y el operador económico SUMESA pudo ejercer su derecho de defensa ante la INICPD, por lo que no existe vicio en su incorporación, análisis y sanción.

En línea de lo tratado, siendo que la CAMPAÑA PUBLICITARIA de SUMESA es el fundamento conductual que estuvo en investigación el procedimiento administrativo sancionatorio, y que, de esa campaña deviene la publicidad CARAPAZ, no existe una incorrecta incorporación para fines de sanción, toda vez que toda la publicidad incluida dentro del periodo de sustanciación del expediente administrativo presenta el mismo hilo conductor: denigrar a los

tallarines comercializados por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., para posicionar los de SUMESA S.A. Ergo, no resulta válido este fundamento impugnatorio, al deberse –como en efecto se hizo- sancionar la política de campaña publicitaria desleal, acarreado consigo la improcedencia de referirnos a litis pendencia y Non bis in ídem, por los parámetros expuestos.

#### 9.1.9 Marco temporal - Cese de las medidas preventivas.

- En la resolución se incluye publicidad que no forma parte del mercado relevante temporal: la infracción se extendió hasta el 3 de diciembre de 2021. La CRPI no debió considerar publicidad durante el período de cese de medidas preventivas 29 septiembre 2021 a 12 enero 2022 porque las medidas preventivas no existieron por declaración de nulidad del expediente.

Siguiendo la línea del apartado que antecede, se pone de relieve que, el análisis y sustanciación del procedimiento administrativo tuvo lugar por la campaña publicitaria de SUMESA S.A. en el mercado relevante determinado, siendo la temporalidad de sus conductas a partir de enero de 2018, fecha en la cual se tiene certeza de que se inició con la difusión de la publicidad relacionada con estas conductas y que más tarde sería complementada a través de los programas televisivos, medios impresos y spots publicitarios, esto, hasta diciembre de 2021 (para esto, téngase en cuenta Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-027-2022 de 10 de noviembre de 2022)

Téngase en cuenta que, la CRPI ordenó al operador económico a través de acto administrativo de 12 de julio de 2019, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-015-2019, el cese de publicidad alusiva a los productos de la competencia y, por lo cual, SUMESA S.A. debía realizar las gestiones pertinentes para cumplir con lo dispuesto. Empero, el operador económico SUMESA continuó con la campaña sistemática y reiterativamente consumada de denigración y comparación en contra del operador económico ORIENTAL, según obra de la verdad procesal de los expedientes administrativos. Estas acciones iniciaron con las publicaciones de Facebook el 18 de enero de 2018 y continuaron en su campaña publicitaria hasta diciembre de 2021, pues a pesar de la vigencia de medidas preventivas, se mantuvo de forma reiterada a lo largo de los años, como ya se ha expuesto, en diferentes plataformas y medios de comunicación.

Debe hacerse constar que, para fines de análisis del fundamento impugnatorio, el mercado temporal ha sido previsto de enero 2018 a diciembre de 2021, por lo que, conforme se desprende del acto administrativo impugnado, este marco temporal se encuentra respetado para los fines de la imposición de la sanción, pudiendo observarse el mismo en el apartado 12.3.2, que en su párrafo 1211 señala: “[...] Bajo estas consideraciones se encuentra que la infracción se extendió desde el 18 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2021, es decir, por un periodo de 3 años, 11 meses y 13 días (1,443 días) [...]”, haciendo que los alegatos del recurrente carezcan de fondo, y por ende, siguiendo la línea de tiempo marcada por la CRPI, la valoración de los elementos de la conducta investigada y sancionada de SUMESA comprenden el marco de 18 de enero de 2018 hasta 31 de diciembre de 2021.

#### 9.1.10 Actos de denigración

- En la publicidad no se identifica al operador económico, marca ni producto.
- No se genera confusión al consumidor.
- No hay elementos de distintividad.
- No hay referencia inequívoca a ORIENTAL.

Revisada que ha sido la verdad procesal de los expedientes administrativos, y la motivación del acto administrativo impugnado, se pueden extraer las siguientes conclusiones para contexto, para atender los argumentos del apelante: **i)** SUMESA S.A., habría realizado, utilizado y difundido manifestaciones respecto de otros tallarines, que no se ajustaron a los parámetros de *exception veritatis*, y perpetrada a través de la publicidad transmitida en varios medios de comunicación: “CASA EN CASA”; de “BOCA EN BOCA”; el publlirreportaje del programa N’BOGA; la publicidad “CARAPAZ”; y las identificadas en las redes sociales del operador; **ii)** El literal a) del numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM enuncia el acto de competencia desleal bajo la modalidad de denigración, a través de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones falsas o incorrectas; y, **iii)** Siendo que los actos de denigración, el agente económico desleal trasmite o difunde información sobre otro competidor en el mercado con el objetivo de menoscabarlo o desacreditarlo, se puede concluir que, las publicaciones de la campaña publicitaria de SUMESA todas tienen el mismo hilo conductor: denigrar a los tallarines comercializados por el operador económico ORIENTAL para posicionar los de SUMESA. Esto se lo realiza bajo múltiples plataformas publicitarias y para productos en diversas presentaciones: 200g, 400g, entre otros.

De la revisión del expediente administrativo, y conforme se desprende de la motivación del acto administrativo impugnado, la publicidad de SUMESA S.A. realizó una alusión al producto FIDEO CHINO ORIENTAL, en virtud de que el anunciante utilizó elementos de la presentación del producto del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., principalmente, colores; PVP; contenido; tarrina plástica. Del análisis de la publicidad transmitida en varios medios de comunicación, desde enero de 2018 hasta diciembre de 2021, estos son: “CASA EN CASA”; de “BOCA EN BOCA”; el publlirreportaje del programa N’BOGA; la publicidad “CARAPAZ”; y las identificadas en las redes sociales del operador, esta Intendencia evidenció que contendrían manifestaciones denigratorias y que por la forma en la que fueron difundidas, pudieron menoscabar el crédito en el mercado afectado. Por lo que, la publicidad de SUMESA S.A. no cumple con los parámetros de exactitud, veracidad y pertinencia.

En el recuento de la identificación de los elementos de los actos de denigración, se puede constatar de la verdad procesal de los expedientes administrativos en estudio, que existe:

La pauta publicitaria de SUMESA S.A. no hace alusión directa al producto de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., sin embargo, incluye la interacción de dos presentadoras, una que manipula el producto TALLARÍN CHINITO DE SUMESA y otra que hace lo mismo con el producto a comparar. La primera está vestida con un mandil de color azul, con un estampado en el pecho color rojo que dice en letras blancas “sumesa” (aspecto gráfico incluido en el empaque del producto de SUMESA); la segunda está vestida con un mandil de color rojo, con un estampado en el pecho con contorno amarillo de una figura terminada en punta dirigida hacia abajo, similar a un pentágono redondeado, y que en letras blancas dice: “Otros tallarines”.

De esto último, se puede evidenciar que, la presentadora de amarillo y rojo, tiene identificación de los colores de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., con el distintivo de su marca pero con la leyenda de “otros tallarines” (el de pentágono redondeado terminado en punta dirigida hacia abajo, con relleno rojo y contorno amarillo, con letras de color blanco). En adición, en el lado izquierdo del mesón se encuentra el empaque del producto CHINITO SUMESA. Al comparar el estampado del mandil y el elemento gráfico es evidente que la forma con contorno amarillo es igual a la parte gráfica de la marca FIDEO CHINO ORIENTAL.

Para fines de subsunción conductual, en línea de lo tratado, se tiene que, un consumidor medio, aquel normalmente informado y que adquiere productos de consumo masivo como los analizados en los expedientes de la INICPD y CRPI, teniendo en cuenta el color rojo del mandil, y en la forma contorneada de amarillo con finalización en punta hacia abajo (forma y color del borde de la marca FIDEO CHINO ORIENTAL), las letras blancas dentro de dicho contorno, el contraste de los colores azul y rojo en la ambientación de la publicidad, la evocación a China, la expresión “otros tallarines” y la referencia a un producto de SUMESA en comparación de 200g, sin lugar a dudas, entenderá que el producto con el que están comparando los tallarines CHINITO SUMESA de 200g serían los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200g., por lo que, hay una identificación indirecta pero inequívoca a los tallarines identificados con la marca FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200g, constatándose denigración.

En adición, respecto de los actos de denigración en el plurireportaje, se tiene en cuenta primero que, el acto de competencia desleal en la modalidad de denigración no solamente se subsume en el campo de la publicidad, por lo que dentro de esto, se ha logrado determinar que, diferencia de las publicidades arriba analizadas, en el publirreportaje no se hace referencia de manera indirecta a un producto o productos específicos de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., sino en general y de manera directa a toda la pasta producida por ORIENTAL y, en especial y por referencia circunstancial, a los spaghettis y los tallarines. Del contexto del plurireportaje, se encuentra que, la forma como el presidente de SUMESA se refiere a los productos del operador económico ORIENTAL incluye un tono de ironía. La forma y el contexto afirma que ORIENTAL usa colorante amarillo es irónico y sarcástico, ya que afirma que dicha empresa dice que usa huevo en sus preparaciones cuando lo que en realidad usa es colorante amarillo.

De lo expuesto, esta Autoridad comparte criterio con la CRPI en cuanto a la identificación de los elementos para la subsunción de actos de denigración, por lo que, la fundamentación de la impugnación carece de sustento frente a la verdad procesal de los expedientes y la motivación del acto administrativo, por lo que, dentro de lo demarcado en los apartados 10.5.6.1 y 10.5.6.2.4 de la resolución de la CRPI, está corroborado que el operador económico SUMESA realizó un campaña sistemática y reiterativamente consumada de denigración y comparación en contra del operador económico ORIENTAL. Comenzó con las publicaciones de Facebook el 18 de enero de 2018 y, a pesar de la vigencia de medidas preventivas, continuó de manera reiterada a lo largo de los años, como ya se dijo, diferentes plataformas y medios de comunicación para el efecto.

De conformidad con todo lo manifestado, la publicidad analizada encaja en los actos de denigración previstos en el numeral 4 del artículo 27 de la LORCPM, y específicamente al no ser verdadera en el literal a). Por la naturaleza de la publicidad comparativa denigratoria, el operador económico SUMESA buscó o tuvo como objeto menoscabar el crédito comercial del operador económico ORIENTAL mediante la alusión indirecta pero inequívoca de los productos objeto de análisis del expediente administrativo. En consecuencia, se desechan los fundamentos del apelante al respecto, por no corresponder con la verdad procesal del expediente administrativo.

#### 9.1.11 Actos de comparación

- No se demostró un daño al mercado ni al consumidor.
- La publicidad es informativa: objetiva y comprobable.
- La publicidad no es denigratoria ni engañosa.
- Respecto al uso de tarrinas plásticas, no se identifica a ORIENTAL. Otros competidores no se sintieron aludidos.

Dentro del presente apartado, téngase en cuenta que, según se logra determinar de los expedientes administrativos de la INICPD y CRPI, se ha encauzado a SUMESA S.A. por cometimiento de actos de comparación desleal en virtud que la publicidad, transmitida en varios medios de comunicación, desde enero de 2018 hasta diciembre de 2021, estos son: “CASA EN CASA”; de “BOCA EN BOCA”; el publibreportaje del programa N´BOGA; la publicidad “CARAPAZ”; y las identificadas en las redes sociales del operador, se enmarcarían en publicidad comparativa desleal, conforme los parámetros contenidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, dentro del mercado relevante de la comercialización de pastas y fideos largos a nivel nacional.

Del análisis de las piezas publicitarias de SUMESA S.A., se evidenció que el operador alude al producto FIDEO CHINO ORIENTAL, en tanto que los elementos utilizados en la publicidad comparativa (PVP, colores, contenido, tarrina plástica), identifican características que ORIENTAL utiliza en su producto comercializado a nivel nacional. Por otro lado, del análisis del contenido transmitido por SUMESA en varios medios de comunicación, desde enero de 2018 hasta diciembre de 2021, estos son: “CASA EN CASA”; de “BOCA EN BOCA”; el publibreportaje del programa N´BOGA; la publicidad “CARAPAZ”; y las identificadas en las redes sociales del operador, se enmarcan en publicidad comparativa desleal, en virtud de que ha sido realizada sobre extremos análogos y aspectos relevantes para el consumidor, (precio y calidad “uso colorante”), sin embargo, en cuanto al parámetro de comprobabilidad, el operador no demostró con los respaldos técnicos sus afirmaciones y manifestaciones. Por lo que, el comportamiento de SUMESA se ajusta a los parámetros contenidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, dentro del mercado relevante de la comercialización de pastas y fideos largos a nivel nacional.

Para fines de motivación, y la correcta apreciación de la subsunción conductual, téngase en cuenta el apartado 10.5.1.2.4 del acto administrativo impugnado. Empero de ello, para desacreditar este fundamento impugnatorio, se deja por sentado que, en la publicidad analizada se hacía referencia a dos productos: (i) a los tallarines CHINITO SUMESA en su presentación de 200g y (ii) de manera indirecta e inequívoca a los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200g.; y, tras el análisis de las condiciones de veracidad, exactitud y pertinencia, ha quedado demostrado cómo el operador económico SUMESA al comparar los dos productos buscaba denigrar al operador económico ORIENTAL. La comparación se la realizó indicado que el producto de SUMESA es el auténtico tallarín porque no contiene colorante. Las presentadoras que interactúan en la publicidad muestran que el producto de SUMESA al cocinarse deja el agua blanca, mientras que el de ORIENTAL deja el agua amarillenta porque tiene colorante artificial.

Téngase en cuenta que, de un análisis de los delantales y los signos que aparecían en las esquinas superiores del comercial analizado por la INICPD y la CRPI, el producto a comparar era sin lugar a dudas el de ORIENTAL, y de los que no pasó el filtro de una publicidad comparativa bajo parámetros de legalidad, irrumpiendo en práctica desleal. Se hace notar que, tal como señaló la CRPI, las publicidades de SUMESA –estudiadas bajo espectro de comparación- son en esencia las mismas, por lo que la publicidad transmitida en el programa “DE BOCA EN BOCA”. “DE CASA EN CASA” y “EN CORTO” tienen en común que: **a)** se hacía referencia a dos productos: (i) a los tallarines CHINITO SUMESA en su presentación de 200g y (ii) de manera indirecta e inequívoca a los tallarines FIDEO CHINO ORIENTAL en su presentación de 200g; **b)** Al analizar las condiciones de veracidad, exactitud y pertinencia, se mostró cómo el operador económico SUMESA al comparar los dos productos buscaba denigrar al operador económico ORIENTAL. La comparación se la realizó indicado que el producto de SUMESA es el auténtico

tallarín porque no contiene colorante. Las presentadoras que interactúan en la publicidad muestran que el producto de SUMESA al cocinarse deja el agua blanca, mientras que el de ORIENTAL deja el agua amarillenta porque tiene colorante artificial; **c)** Del análisis de los delantales y los signos que aparecían en las esquinas superiores de los comerciales, y la indicación de que el producto es de 200g, el producto a comparar era sin lugar a dudas el de ORIENTAL; **d)** Partiendo de que la publicidad fue comparativa, se analizaron los elementos contenidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, de conformidad con los parámetros indicados en el acápite denominado “marco teórico” del acto administrativo impugnado, arrojando que: **d.1.** Los elementos que se comparan se tratan de dos productos que tienen de manera evidente relación de semejanza por su naturaleza, finalidad y necesidades que pretenden satisfacer. Son productos del mismo tipo y características: tallarines en presentación de 200g; **d.2.** La publicidad se refiere a extremos relevantes, ya que se basa en la composición de los productos, a sus ingredientes. Estos elementos son esenciales para que el consumidor elija al momento de comprar. Es importante para el consumidor saber si los productos tienen colorante artificial o no; **d.3.** La expresión “porque sí tienen colorante artificial” en relación con el producto FIDEO CHINO ORIENTAL no cumplió con el requisito de veracidad. De un análisis de los empaques, los certificados e información del ARCSA, así como de las pruebas de laboratorio presentadas, se llegó a la conclusión de que el operador económico SUMESA no pudo probar la veracidad de la mencionada afirmación; **d.4.** No existiendo paso del test de veracidad en el marco del análisis de la publicidad denigratoria, en el ámbito de la publicidad comparativa tampoco se puede hablar del cumplimiento del filtro de extremos comprobables porque la base de la publicidad comparativa, es decir, indicarle al consumidor que el producto de ORIENTAL sí tenía colorante y el de SUMESA no, no pudo ser comprobada. A contrario sensu, de las pruebas que obran en el expediente se desprende que los productos de ORIENTAL que son objeto de la publicidad comparativa no contenían colorante.

En consecuencia de lo anterior, la publicidad comparativa realizada por SUMESA analizada en el acto administrativo impugnado no cumple con los parámetros de licitud establecidos en el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que existe un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación, haciendo que, en medida de lo expuesto, la fundamentación del apelante carezca de sustento frente a la verdad procesal de los expedientes administrativos.

En consecuencia, estas publicidades también configuran un acto de competencia desleal en las modalidades de denigración y comparación, de conformidad con lo analizado y lo previsto en el literal a. del numeral 4 y el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM.

#### 9.1.12 Determinación de la multa

- Omisión elementos para el cálculo:

En el recurso de apelación, SUMESA S.A. sostiene que la resolución impugnada omite elementos importantes para la determinación de la multa y establece que hay errores respecto al tamaño total del mercado, a la determinación del mercado relevante, a la cuota de participación del mercado, a la duración de la infracción, a la consideración de atenuantes y agravantes y a los factores y variables que determinan el cálculo.

Al respecto, teniendo en consideración lo señalado en los puntos que anteceden del presente acto administrativo acogiendo parcialmente el criterio del especialista técnico designado expresado

en el Informe SCE-DS-22-2023, sin necesidad de ahondar más en el tema, cabe dejar sentado que:

- El mercado relevante, la cuota de participación de SUMESA S.A. en el mismo, así como el marco temporal de la infracción han sido adecuadamente delimitados, es correcto que se haya incluido, en el conjunto de operadores económicos contemplados para el cálculo de participaciones del mercado, únicamente comercializadores de fideos y pastas largas. Así, el coeficiente de dimensión del mercado y la participación de SUMESA S.A. fueron correctamente definidos. El mercado no está “inflado” como mantiene el apelante; sobre eso esta autoridad comparte el criterio del informe SCE-DS-22-2023 que expresa:

*“[...] se verificó que todos los operadores incluidos en el mercado, cumplen con los requisitos para ser considerados comercializadores. En todos los casos, se visualizó la presencia de productos con marcas constituidas en el mercado, directamente enfocadas al consumo final. Así mismo, la publicidad proporcionada por estos operadores se enfocaba en procesos de captación y fidelización de clientes. En este punto, también conviene señalar que en todos los casos, la información presentada respondía a los procesos de rotulado de empaques, establecido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (en adelante, ARCSA), bajo los lineamientos de la resolución INEN RTE-022-2R, norma dedicada a brindar lineamientos de envase y empaquetado para pleno conocimiento del consumidor final. Si bien se destaca el caso del operador CORPORACIÓN FAVORITA C.A. (en adelante, FAVORITA), por cuanto este opera principalmente en la comercialización de bienes de consumo masivo, es necesario destacar que también cuenta con una marca propia de pasta/fideo, que compite directamente en percha, con el resto de marcas de los operadores considerados por la INICPD. En este sentido, es posible colegir que los operadores considerados para el cálculo de las participaciones dentro de la definición de mercado provista por la Intendencia, corresponden a empresas que operan en el eslabón de comercialización [...]”*

- Los atenuantes y agravantes aplicables al caso fueron estudiados por la INICPD y la CRPI; así, en razón de que ha quedado demostrado que sí existen daños al mercado, esta autoridad acoge el criterio plasmado en el acto impugnado respecto a agravantes, atenuantes y factores para el cálculo de la multa. Esta autoridad comparte el criterio del especialista técnico que en su informe menciona:

*“En cuanto a la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes, como bien señala SUMESA S.A., el carácter de la publicidad objeto de investigación no cesó, incluso posterior a la implementación de medidas preventivas; siendo la finalización de mismas el año 2022, periodo en el cual –incluso– fue abierto un expediente paralelo, por incumplimiento de medidas preventivas.”*

- En cuanto a los factores y variables, esta autoridad hace suya la siguiente conclusión del Informe SCE-DS-22-2023:

*“Respecto el nivel de concentración del mercado, la determinación del coeficiente de concentración económica debe tomar en cuenta el conjunto de valores del*

*índice HHI registrados a lo largo del marco temporal analizado. Como ya se ha revisado, la tendencia general del nivel de concentración registrado muestra la composición de un mercado moderadamente concentrado. El apelante enlista dos resultados del índice HHI sin contemplar el resto de valores de las estimaciones realizadas por la INICPD a lo largo del período durante el cual se ejerció la conducta analizada.”*

- Finalmente, en cuanto a la determinación del volumen de negocios, esta resolución se aparta del criterio del especialista técnico que indica

*“[...] como bien menciona el apelante, la publicación de los datos de declaración de impuesto a la renta del 2022 se encontró disponible trece días antes de la emisión de la Resolución de 19 de abril de 2032 (sic), por lo que es necesario la actualización del cálculo de la multa en función de los valores más actuales disponibles [...]”*

Y, concluye:

*“[...] El monto de multa contenido dentro de la Resolución de 19 de abril de 2023, se encuentra correctamente calculado y justificado, no obstante, por cuanto dentro del periodo de resolución los resultados de la declaración del impuesto a la renta 2022 fueron publicados, es necesario actualizar el monto contemplando dicha información [...]”*

Así, en relación a la conclusión cuarta dentro del informe citado, si bien previo a la emisión de la Resolución de 19 de abril de 2023, dentro del portal del Servicio de Rentas Internas, se contaba con el registro de la declaración de impuesto a la renta causado del ejercicio fiscal del año 2022 del operador económico SUMESA S.A., es necesario considerar que la metodología empleada por la CRPI para el cálculo del monto de la multa corresponde a la metodología planteada en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, publicada en Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016.

Dicha metodología toma en cuenta parámetros que permiten cuantificar, de forma técnica, un importe de sanción acorde a las especificidades de cada caso. En tal virtud, dentro de su forma funcional, contempla variables de análisis relacionadas al volumen de negocios DEL MERCADO RELEVANTE, volumen de ventas netas DEL SECTOR REAL, cuota de participación de los operadores que compiten en el mercado relevante definido, dimensión del mercado afectado, entre otras. Esos criterios, a su vez, demandan la inclusión de información pormenorizada de TODOS LOS OPERADORES ECONÓMICOS que concurren en el mercado de comercialización de pastas y fideos largos, a nivel nacional.

En este sentido, un correcto cálculo del importe de multa partiría del supuesto de poseer la información económica de todos los operadores que concurren en el sector, particular que no se cumple en el presente caso, por cuanto, como bien menciona el operador económico apelante, al momento en que se emite la Resolución de 19 de abril de 2023 se contaba con la información de la declaración impuesto a la renta del operador económico SUMESA S.A., mas no del resto de competidores que concurren en el mercado. En este punto, es imperativo señalar que la fecha tope para cargar dicha información **por parte de los operadores que generan presión**

**competitiva en el mercado definido** corresponde al 30 de abril de 2023, y del expediente administrativo no se contaba con la información de todos los agentes, requisito necesario para cumplir con los parámetros de cálculo previstos para la metodología de la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016.

El uso de la información del 2021 concuerda con lo señalado dentro de referida y el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, demarcan que en ausencia de información actualizada, debe obligatoriamente aplicarse la mejor información disponible. De esta manera, cualquier estimación del importe de multa que considerada únicamente la información del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa de tan solo un operador, corresponde un ejercicio anti-técnico, puesto que se estaría extrapolando un escenario económico pasado de los demás agentes, a los resultados fiscales del apelante en el presente. En esta línea de análisis, resulta adecuado diferenciar que el volumen de negocios total del operador apelante es un dato cuya utilidad es exclusiva del cálculo del importe de multa establecido en el artículo 78 de la LORCPM, que señala en su parte pertinente:

*“[...] 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 [...]”*

No obstante, y como bien fue señalado al inicio del presente análisis, la metodología seleccionada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia fue la contenida en la Resolución No. 012 de 23 de septiembre de 2016, normativa de aplicación taxativa que contempla como variable del volumen de negocios únicamente el monto que registra el infractor en el mercado relevante definido; es decir, se reitera, debió considerarse la información de 2022 solo si a la fecha de emisión del acto administrativo todos los agentes hubiesen cargado la información de su ejercicio 2021, lo cual no se desprende del acto administrativo impugnado, siendo correcto el uso de la mejor información disponible, ergo, la del periodo 2021.

#### **DÉCIMO.- RESOLUCIÓN.-**

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador y el artículo 44, numerales 1 y 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- RECHAZAR** el recurso de apelación planteado por el operador económico SUMESA S.A., en contra de la Resolución de 19 de abril de 2023, a las 13h59 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022; **DOS.- RATIFICAR** Resolución de 19 de abril de 2023, a las 13h59 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-029-2022; **TRES.-** Se deja a salvo el derecho de los administrados de interponer las acciones legales que consideren pertinentes, en defensa de sus intereses y ante las autoridades competentes que creyeren oportuno.-

### **DÉCIMO PRIMERO.- NOTIFICACIONES.-**

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; notifíquese con el presente auto a: **i)** Al operador económico **SUMESA S.A.**, en los correos electrónicos: [ecarrera@sumesa.com.ec](mailto:ecarrera@sumesa.com.ec); y, [crivadeneira@sumesa.com.ec](mailto:crivadeneira@sumesa.com.ec); **ii)** Al operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “OIA” S.A.**, en los correos electrónicos: [eesparza@pazhorowitz.com](mailto:eesparza@pazhorowitz.com); [brobayo@pazhorowitz.com](mailto:brobayo@pazhorowitz.com); [jpaz@pazhorowitz.com](mailto:jpaz@pazhorowitz.com); [legal@gruporiental.com](mailto:legal@gruporiental.com); [eduardo.esparza@dentons.com](mailto:eduardo.esparza@dentons.com); [byron.robayo@dentons.com](mailto:byron.robayo@dentons.com); [jorge.paz@dentons.com](mailto:jorge.paz@dentons.com); **iii)** Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

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

Dr. Danilo Sylva Pazmiño  
**SUPERINTENDENTE DE COMPETENCIA ECONÓMICA**

Abg. Claudia Pontón Caamaño  
**SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN**