

Expediente 021-SCPM-CRPI-2014

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 28 de noviembre de 2014, las 14h00.-

VISTOS: El señor Superintendente de Control del Poder de Mercado designo al Dr. Fernando Benítez Zapata, Comisionado Titular y Presidente (e) de la Comisión, al Dr. Bernardo Jaramillo como Comisionado Titular y al Abg. Doubosky Márquez Mantilla como Comisionado (e), mediante los actos administrativos correspondientes. Por ausencia temporal del Abg. Doubosky Márquez Mantilla, de conformidad con la facultad establecida en el Reglamento Interno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, se constituye legalmente la Comisión con los dos Comisionados ya nombrados y en uso de sus atribuciones asumen la resolución del presente expediente. A continuación se dispone se incorpore al expediente el Memorando N° SCPM-IIPD-2014-317-M de 23 de octubre de 2014, recibido en esta Comisión el 24 de octubre de 2014, a las 10h11, suscrito por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, que contiene el Informe Técnico de Compromiso de Cese referido al Expediente 021-SCPM-CRPI-2014, que responde al memorando SCPM-CRPI-541-2014 de 21 de octubre de 2014. Al efecto para resolver se considera:

PRIMERO: COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia es competente para conocer, aprobar, modificar o desestimar la propuesta de compromiso de cese, conforme lo señalado en los artículos 89, 90 y 91 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, en concordancia con lo dispuesto por el Art. 117 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, la Resolución SCPM-DS-062-2014 que contienen el Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese; y, en aplicación de la letra j) del numeral 2.1. del Capítulo II, del Título IV del Estatuto Orgánico de Gestión Organizaciones por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado, aprobado mediante Resolución N° SCPM-DS-2012-001.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- La presente propuesta de compromiso de cese, ha sido tramitada de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado y el Reglamento para su aplicación, observando las garantías básicas del derecho al debido proceso, contenidas en el Art. 76 de la Constitución de la República, no existiendo por lo tanto error, vicio o nulidad que declarar que hubiere influido en el presente expediente, por lo que expresamente se declara su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.- 1) Con fecha 13 de septiembre de 2013, El operador económico KRAFT FOODS ECUADOR CÍA. LTDA., empresa que con posterioridad y dentro del Expediente cambia su denominación por MONDELEZ ECUADOR CÍA. LTDA., presentó denuncia por presuntas prácticas desleales contra la Compañía QUALA ECUADOR S.A., habiéndose asignado el número de expediente SCPM-IIPD-2013-025. Con fecha 4 de noviembre de 2013 la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales emitió la resolución de inicio de investigación dentro del Expediente N° SCPM-IIPD-2013-025. 2) El 3 de junio de 2014 el Dr. Alfredo Corral Ponce en calidad de Procurador Judicial de QUALA ECUADOR S.A.A presenta una petición de Compromiso de Cese respecto de la "conducta investigada" y manifiesta su



voluntad y compromiso de “cesar las conductas de engaño y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, cometidas mediante la pauta de dos comerciales de televisión promocionales de los productos de la línea Jugos Ya (a.- Jugos Ya y b.- Jugos Ya Frut)”, Agrega que en conocimiento de la denuncia ha cesado la referida publicidad el 25 de octubre de 2013. Dice que la intención del compromiso de cese es cesar toda “conducta que pueda ser calificada como desleal”, garantizando la no reincidencia. Acepta que la información publicitaria cuestionada no fue precisa así, al no diferenciar las dos líneas de productos: Jugos Ya y Jugos Ya Frut y que no debió haber utilizado el aval de la Federación Médica Ecuatoriana en la forma que lo hizo. En tal sentido manifiesta que está dispuesto a tomar medidas correctivas que consisten en: No pautar por ningún medio los avisos publicitarios controvertidos, lo que por lo demás ya lo ha hecho desde el 25 de octubre de 2013; ofrece pautar en lo venidero en forma independiente cada una de las marcas que conforman la línea de productos YA; diferenciando así JUGOS YA y por otra parte, JUGOS YA FRUT, evitando la confusión para el consumidor como que los dos productos YA contienen las mismas propiedades. Además como medida correctiva ofrece no usar la expresión “Aprobado” por la Federación Médica Ecuatoriana. Ni ninguna otra expresión que haga referencia a la Federación Médica del Ecuador. Luego, como medida subsanatoria ofrece pautar a nivel nacional, por los mismos canales de la publicidad motivo de la controversia, publicidad clara y precisa mediante la cual “la línea de productos YA se conforma de dos productos diferentes que son JUGOS YA y JUGOS YA FRUT, los cuales responden a propiedades y características diferentes: Por un lado, JUGOS YA es un producto fortificado con vitaminas y sin conservantes artificiales; por el otro, JUGOS YA FRUT es un producto fortificado, sin colorantes y sin conservantes artificiales. En el comercial no se hará ninguna mención al aval otorgado por la Federación Médica Ecuatoriana.”

CUARTO: ANALISIS.- 1) De conformidad con el artículo 115 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, se corrió traslado a la parte denunciante, que de fs. 49 a 57 vta. presenta sus alegaciones, entre las cuales asegura que el dióxido de titanio sigue siendo un colorante artificial. Luego la denunciante se refiere a la ausencia de conservantes, ya que el informe inicial y el de 9 de abril de 2014 llegan a lo mismo, esto es que el ácido cítrico, bien tenga función acidulante o reguladora de la acidez, es antioxidante y en consecuencia un conservante y añade: “Un antioxidante de uso alimentario busca prevenir la oxidación de los alimentos, es decir, conservarlo.” No queda tampoco claro del expediente de investigación que el ácido fumarico y el ácido málico sean reguladores de la acidez. En fin considera la denunciante que las medidas correctivas ofrecidas por Quala no constituyen un remedio apropiado en relación con los daños provocados por la publicidad engañosa. Sobre la presencia en los productos de vitaminas A, B5, C, B3, B9 ha sido probada, pero no se ha demostrado que se hallen en cantidad suficiente para llegar a tener las propiedades nutritivas que se publicita, por lo tanto se debe prohibir que se publicite a los productos Ya como nutritivos ni beneficiosos para la salud. Además la publicidad engañosa se refiere a “jugo” cuando son bebidas artificiales en polvo, llevando a pensar al consumidor que se trata de una bebida a base de frutas naturales. Quala en su compromiso ofrecido no hace referencia alguna a esta última situación. La publicidad realiza por QUALA atenta el Reglamento de Publicidad y Promoción de Alimentos Procesados y a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, siendo necesario que en las medidas correctivas se suprima la denominación de jugos, para los productos YA, por ser una forma engañosa de publicitar. Los

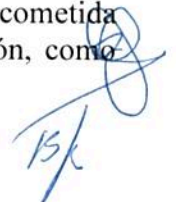
13/

comerciales de QUALA fueron difundidos por más de un año y no se allana esta operadora al pago del Importe de subsanación por los daños causados con esa publicidad. 2) La Intendencia de Investigación mediante memorando SCPM-IIPD-2014-196-M de 9 de julio de 2014, presenta el Informe sobre el Compromiso de Cese formulada, dentro del cual en lo principal, expresa: si bien existe un reconocimiento por parte de la empresa de algunos de los hechos investigados, consistentes en haber realizado actos de engaño y de aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, al no haber precisado las dos líneas de los juegos Ya, la empresa no reconoce que los productos Jugos YA no estén libres de colorantes artificiales, ni libres de conservantes o que no tengan determinadas vitaminas, y/o que no sean nutritivos o beneficiosos para la salud de las personas: La operadora manifiesta su reconocimiento de algunos de los hechos investigados, por lo cual la investigación debe continuar, en lo relativo a que los productos que se comercializan como Jugos YA no tienen conservantes y tienen determinadas vitaminas y que uno de ellos tampoco tiene colorantes artificiales, que son nutritivos o beneficiosos para la salud de las personas, además de la pertinencia de que se utilice el término jugo en sus distintas denominaciones. 3) La Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante resolución de 14 de agosto de 2014, dispone que QUALA ECUADOR precise las medidas correctivas propuestas, así como la forma en que influirán en el resarcimiento de las infracciones aceptadas, así como determine con claridad las normas legales que el operador considera han sido infringidas. 4) En respuesta a lo anterior QUALA ECUADOR S.A. el 4 de septiembre de 2014, presenta un compromiso de cese parcial, en virtud de lo cual únicamente acepta la publicidad inexacta realizada, que no fue precisa, afirma, al no diferenciar las dos líneas del producto que se promocionan como Jugos YA y Jugos YA Frut. Y en segundo lugar, acepta la publicidad engañosa en cuanto al referirse a que el producto fue aprobado por la Federación Médica Ecuatoriana, cuando debió decir, con el aval de la Federación Médica Ecuatoriana. En consecuencia de este compromiso parcial de cese que solicita, queda fuera de tal compromiso lo referente a colorantes, preservantes, conservantes, vitaminas, uso de la marca Jugos YA, que son aspectos que solicita siga la investigación. Considera el operador económico que estos últimos aspectos no han sido resueltos por la Intendencia de Prácticas Desleales que es la autoridad competente y que en consecuencia no forman parte del compromiso parcial de cese que solicita en esta oportunidad. En consecuencia en esta segunda oportunidad modifica su propuesta de compromiso de cese y presenta un Compromiso Parcial de Cese, en el mismo que ofrece como medidas correctivas: No pautar los comerciales publicitarios anteriores, que por lo demás fueron dejados de pautar el 25 de octubre de 2013; pautar la publicidad en forma independiente cada una de las marcas, esto es Jugos YA y Jugos YA Frut, por separado; no usar la expresión de "aprobado" por la Federación Médica. Luego como medida de subsanación, proponen pautar por el tiempo de dos meses en los mismos canales que difundió antes la publicidad, un comercial que corrija los errores cometidos de su primera publicidad. Además pide se exonere a QUALA ECUADOR de pago de posibles daños y perjuicios en razón dice, que dichos comerciales no han causado daño, ya que si los comerciales causaban confusión, los empaques y rotulados de cada producto se encuentran debidamente marcados, cada uno de ellos cuenta con la información exacta de sus componentes. Finalmente acepta y reconoce que ha infringido los actos previstos en el inciso tercero del numeral 2 del Art. 27 y el literal a) del numeral 10 del Art. 27 de la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado. Con la propuesta modificatoria de Compromiso Parcial de Cese, se solicita a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, se pronuncie

y presente informe sobre técnico al respecto; además se corre traslado a la parte, en cumplimiento de lo que dispone expresamente el Art. 115 del Reglamento de Aplicación de la LORPCM. 5) La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales presenta el Informe lo solicitado, mediante memorando número SCPM-IIPD-2014-317-M de 23 de octubre de 2014, que en lo fundamental se refiere a un nuevo Compromiso de Cese Parcial que presenta la Empresa. Al respecto la Intendencia manifiesta que existe un reconocimiento expreso de QUALA ECUADOR S.A. mediante actos de engaño y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor al difundir comerciales en televisión, sin precisar líneas diferentes que comercializa que son Jugos YA y Jugos Ya Frut. Sin embargo, la empresa denunciada no ha reconocido en su propuesta que los productos Jugos YA no sean libres de colorantes artificiales, ni libres de conservantes o que no tengan determinadas vitaminas, y/o que no sean nutritivos o beneficiosos para la salud. El Informe manifiesta que al verificar las piezas procesales que se encuentran dentro del expediente, se desprende que se trata de un mismo hecho o de un mismo acto, “por lo tanto y al haber verificado esta IIPD que no se modificó ni aclaró el mencionado compromiso de cese, la CRPI no debería aceptar el compromiso de cese presentado.

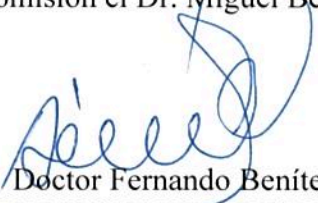
QUINTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO.- 1) De conformidad con el Art. 89 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, hasta antes de expedirse una resolución, los operadores económicos investigados, relacionados o denunciados podrán presentar una propuesta de compromiso, por medio de la cual se comprometan a cesar la conducta objeto de la investigación. Del texto legal, se desprende que el operador debe comprometerse a cesar la conducta objeto de la investigación. En el presente caso no existen dos conductas o dos objetos de investigación, la conducta es una sola por lo que no se puede subdividir este comportamiento presuntamente ilegal. En este caso la conducta materia de la investigación consiste en la presunta realización de actos de engaño. El acto de engaño nace el momento en que hay un propósito destinado a inducir, en el caso, al consumidor sobre un producto diferente al que está adquiriendo. No se trata solamente de que Jugos YA y Jugos Ya Frut sean dos productos diferentes, ya que dicha publicidad bien sea unidos los dos “jugos” o separados está enmascarando, el hecho fundamental, que consiste en que dichos productos estén libres de colorantes o libres de conservantes, como igualmente está encubriendo esta publicidad engañosa, que tales líquidos sean jugos verdaderos de frutas o simples bebidas instantáneas. Por ello la medida correctiva ofrecida en nada corrige el daño causado, ya que no dice absolutamente nada sobre la no presencia de colorantes o conservantes, como nada dice sobre la verdadera naturaleza de los jugos que se ofrecen, que presuntamente no son jugos naturales, sino bebidas instantáneas. La medida correctiva debe corregir la naturaleza y fondo del engaño no únicamente dar una apariencia. 2) Se entiende por actos de engaño, todas las conductas insertas en el numeral 2 del Art. 27 de la LORCPM y no únicamente un inciso. Es preciso comprender que este numeral tiene dos incisos y, en el primer inciso establece el objeto del engaño que es inducir, incluso por omisión, a error sobre los productos, servicios, establecimientos o transacciones que desarrolla el operador económico y luego en el segundo inciso, se dice que el engaño puede configurarse a través de la publicidad. La publicidad por sí sola no es ni buena ni mala, para que constituya un acto de engaño, debe inducir a engaño como lo dice el inciso primero, de tal manera que hacer del inciso segundo una causal aparte y diferente, dejaría a la norma inconexa y de difícil comprensión, por esta razón el legislador incluye los dos incisos

porque aluden los dos a una causal de práctica desleal, que constituye el acto de engaño. Toda la conducta de engaño en el presente caso es inducir a error al consumidor sobre la calidad del producto y no se remedia con tan solo pautar dos anuncios por separado, sin que nada se diga sobre el fondo del engaño, que lo referente a que los productos estén libres de conservantes o colorantes o que los jugos sean verdaderamente naturales o bebidas instantáneas. En concordancia con lo anterior el Art. 3 de la Resolución SPCM-DS-062-2014 que contiene el Instructivo para Gestión y Ejecución de Compromisos de Cese puntualiza que “La propuesta de cese debe manifestar explícitamente la voluntad del operador de cesar las conductas que violan la LORCPM y su Reglamento, precisando claramente la acción el artículo al que se refiere...” La norma puntualiza la oferta de cesar la conducta materia de la investigación y no solo una parte de esa conducta y alude expresamente, en plural, a las conductas y no en singular, a una sola conducta, peor a una parte de la conducta, como se pretende en este caso. Adicionalmente el Art 7 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, considera como una infracción publicitaria en el numeral 3: “Las características básicas del bien o servicio ofrecido, tales como componentes, ingredientes, dimensión, cantidad, calidad, utilidad, durabilidad, garantías, contraindicaciones, eficiencia, idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y otras;”, con todo lo cual queda más claro aún la relación entre la publicidad y los componentes e ingredientes del producto. 3) El mismo instructivo que antes señalamos, en concordancia con la norma legal puntualiza que el operador económico tiene que comprometerse a subsanar los daños y perjuicios, para lo que debe aceptar la determinación de la subsanación económica, cuya fórmula y parámetros constan en el mismo Instructivo. En el presente caso el operador económico únicamente ofrece en calidad de medida complementaria la publicación de un aviso durante dos meses, que alude a la división de los productos en Jugos YA y Jugos YA Frut situación que no remedia en modo alguno los eventuales daños y perjuicios a los consumidores. 4) El argumento de QUALA ECUADOR que primero debe concluir la investigación para que se suscriba el Compromiso de Cese, contradice la norma del Art. 91 de la Ley que establece precisamente lo contrario, es decir que con el Compromiso de Cesa, da por terminada la investigación. El objeto del Compromiso de Cese es justamente evitar la Resolución y dar una oportunidad al operador para ofrecer medidas correctivas y complementarias que eviten una eventual sanción y por ello procede su presentación sin que todavía exista una resolución. 5) De conformidad con el Art. 90 de la LORCPM, la Superintendencia del Poder de Mercado al evaluar la solicitud de compromiso de cese tomará en cuenta que el operador económico investigado efectué un reconocimiento de todos o algunos de los hechos materia de la denuncia o de los cargos imputados. Dicho reconocimiento debe ser verosímil a la luz de los medios aportados en la prueba y además debe ser expreso y claro citando la o las normas legales infringidas. En segundo término el operador investigado debe ofrecer medidas correctivas que garanticen que no se presentaran reincidencias y adicionalmente ofrecerse medidas complementarias que evidencien el propósito de enmienda del infractor, lo cual implica el ofrecimiento del operador económico de ofrecer medidas correctivas que permitan verificar el cese de la práctica anticompetitiva y que garanticen la no reincidencia de las respectivas prácticas. En este caso las medidas correctivas no resultan verosímiles a la luz de los medios de pruebas que obran del Expediente, pues solo corrige un error de forma en la presentación de los avisos, pero que deja intocado el fondo real de la conducta de engaño, presuntamente cometida por el operador. Adicionalmente deberá allanarse al pago del importe por subsanación, como



medida complementaria que se refiere esta disposición. 6) El Art. 91 de la LORCPM, establece que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su Resolución podrá aceptar, modificar o desestimar la propuesta. De no aceptarse se continuará con la investigación o denuncia, según corresponda. La oferta de pautar un comercial por el lapso de un mes en los mismos medios de comunicación social que “precise que la línea de productos YA, se conforma de dos productos diferentes, que son JUGOS YA y JUGOS YA FRUT” no alcanza a remediar el efecto de la publicidad aparentemente engañosa y no evidencia de manera positiva el propósito de enmienda de los infractores.

SEXTO: RESOLUCION.- Por lo expuesto en atención a lo dispuesto en el Art. 91 de la LORCPM la Comisión de Resolución de Primera Instancia, **RESUELVE: 1) DESESTIMAR** el compromiso de cese parcial planteado por el Operador QUALA ECUADOR S.A. **2) En** consecuencia de acuerdo con la norma invocada continúe el trámite de investigación en la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. **3) Actué** en calidad de Secretario Ad-hoc de la Comisión el Dr. Miguel Beltrán Veloz.- **NOTIFIQUESE, CÚMPLASE y PUBLIQUESE.**



Doctor Fernando Benítez Zapata
COMISIONADO PRESIDENTE (E)



Doctor Bernardo Jaramillo Sáenz
COMISIONADO TITULAR