



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-010-2019-R1

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 22 de
noviembre de 2019, 16h45.-

Comisionado sustanciador: Mgs. José Cartagena Pozo.

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 22 de noviembre de 2019 a las 16h30, por inasistencia de la secretaria Ad-hoc de la CRPI se designó al abogado Arody Perdomo secretario Ad-hoc de la CRPI.

1. COMPETENCIA

- [4] A la CRPI le compete conocer y resolver, conforme a lo señalado en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), en concordancia con lo dispuesto en el artículo 50 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM").

2. DESTINATARIO DE LA RESOLUCIÓN

- [5] Esta resolución va dirigida al operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, persona jurídica de derecho privado, identificada con el RUC No. 1791903633001, y representada legalmente por el señor José Mauricio Mejía Zarrate, portador de la cédula de ciudadanía No. 175856065-8, quien para efectos de notificación del Compromiso de Cese, ha señalado el Casillero Judicial No. 2297 y los siguientes correos electrónicos: eesparza@pazhorowitz.com, brobayo@pazhorowitz.com y jpaz@pazhorowitz.com.

3. ORIGEN DE LA PETICIÓN



- [6] El operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, a través del señor José Mauricio Mejía Zarrate, portador de la cédula de ciudadanía No. 175856065-8, en su calidad de gerente general y representante legal, presentó Recurso de Reposición ingresado por Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 20 de septiembre de 2019 a las 15h02.

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- [7] La propuesta de Compromiso de Cese de 21 de marzo de 2019, a las 15h42 presentada el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, persona jurídica de derecho privado, identificada con el RUC No. 1791903633001, y representada legalmente por el señor José Mauricio Mejía Zarrate, presentó en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- [8] La resolución emitida el 28 de mayo del 2019 a las 12h48, la CRPI que en la parte pertinente dispuso:

*“2.- **CONCEDER** al operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, el término de diez (10) días para que presente ante esta Comisión su propuesta de Compromiso de Cese Modificado, sobre la base de lo acordado en la reunión de trabajo efectuada el día jueves 16 de mayo de 2019, a las 15:30.”*

- [9] El escrito ingresado en la Secretaría General de la SCPM de 13 de junio de 2019 a las 12h35, por el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, mediante el cual presentó el Compromiso de Cese Modificado e información de ventas de los años 2016, 2017 y 2018.
- [10] La resolución de 27 de agosto de 2019 la CRPI resuelve la solicitud de compromiso de cese planteada por el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**
- [11] El escrito ingresado por Secretaria General de la SCPM el 02 de septiembre de 2019, por el cual el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, solicita acuerdo de pago.
- [12] La diligencia de publicidad del compromiso de cese de 10 de septiembre de 2019 a las 10h00, la cual se realizó con el representante legal del operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**
- [13] La resolución de 10 de septiembre de 2019 mediante la cual la CRPI acepta la solicitud de acuerdo de pago planteada por el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**



- [14] El recurso de Reposición del operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.** ingresado por Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 20 de septiembre de 2019 a las 15h02.
- [15] La providencia de 25 de septiembre de 2019 mediante la cual la CRPI, solicita que se aclare y complete el escrito de Recurso de Reposición de 20 de septiembre de 2019, presentado por el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**
- [16] El escrito aclarando y completando el Recurso de Reposición presentado por el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, ingresado por Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 30 de septiembre de 2019 a las 15h20.
- [17] La providencia de 03 de octubre de 2019, a las 14h30 mediante la cual la CRPI admite a trámite el Recurso de Reposición en efecto devolutivo, presentado por el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.** y se dispone la apertura de un nuevo expediente.
- [18] El 20 de noviembre 2019 se abre el expediente electrónico No. SCPM-CRPI-010-2019-R1.
- [19] La providencia de 20 de noviembre de 2019 emitida por la CRPI mediante la cual se avoca conocimiento del expediente No. SCPM-CRPI-010-2019-R1 y se solicita a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante "INICPD") informe sobre las fechas de presentación de evidencias dentro del expediente principal.
- [20] Mediante informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-056-I de 21 de noviembre de 2019 la INICPD atiende lo requerido por la CRPI por medio de providencia de 20 de octubre de 2019.

5. FUNDAMENTOS TÉCNICOS Y LEGALES

5.1. REVOCATORIA DEL ORDINAL SEGUNDO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN DE 27 DE AGOSTO DE 2019

- [21] La Resolución de 27 de agosto de 2019 emitida por la CRPI establece que:

***"SEGUNDO.- RECHAZAR** la solicitud del 40% descuento sobre la cuantía del importe de subsanación, de conformidad con la parte considerativa de esta resolución."*

- [22] El operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, solicita que se revoque el numeral segundo de la Resolución de 27 de agosto de 2019, tomando en cuenta las siguientes consideraciones:



5.1.1 Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-038-I

- [23] El operador económico al respecto del Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-038-I emitido por la INICPD menciona:

“(...) Sobre esto último, se resaltó que la Intendencia considera que las evidencias presentadas son relevantes para el proceso de investigación y se expuso las razones por las que no se podía entregar información de nuestros competidores.”

- [24] Para sustento de lo manifestado el agente económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, sostiene que las evidencias son relevantes por cuanto la INIPD en su Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-038-I, establece que:

“Al respecto, esta Intendencia considera que las evidencias presentadas son relevantes para el proceso de investigación sustanciado por la INICPD. Sin embargo, (...)”

- [25] **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, sustenta la relevancia de las evidencias presentadas con el análisis que ha realizado la INICPD en su Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-038-I, el mismo que ha sido revisado por la CRPI y no contiene más sobre el tema.

- [26] Los informes de las Intendencias de la SCPM no son vinculantes para la decisión de la CRPI, pues acertadamente consta en el mismo informe que: *“(...) queda a criterio de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, evaluar si el aporte de información del operador económico, puede ser considerado como evidencia fidedigna y cumple los requisitos para la aplicación del artículo 2 de la Resolución SCPM-DS-041-2016. (...)”*

- [27] La CRPI no encuentra elementos suficientes que brinde el Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-038-I para considerar que las evidencias presentadas por el operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, son relevantes.

5.1.2 Requisitos para beneficiarse de los descuentos determinados en el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016

- [28] El operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, alude acerca de la motivación de la CRPI respecto del descuento sobre la cuantía del importe de subsanación que:

“Al respecto, en el párrafo [61] de la Resolución recurrida, la Comisión infiere que para la aplicación del 40% de descuento se deben considerar tres aspectos: 1) que las evidencias ayuden a identificar la existencia de una práctica que vulnere la libre competencia y determinante para sancionar a los otros presuntos responsables; 2) los datos aportados deben tratarse de información que permita



concluir que existe una infracción producida por determinados agentes económicos; y, 3) que se aporte información o elementos nuevos que no conocía el órgano de investigación.

Al respecto, debemos indicar que ese órgano de resolución establece parámetros que están por fuera de lo dispuesto en el Instructivo. En este sentido, la Comisión vulnera el principio de legalidad, al ejercer (SIC) facultades de regulación con las que no cuenta y el derecho a la seguridad jurídica, al no ceñirse a lo dispuesto en el Instructivo.” (las negritas y subrayado es propio)

- [29] El operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, afirma que la CRPI ha impuesto requisitos distintos a los determinados en el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016 para acogerse al descuento del 40%.
- [30] Al respecto la CRPI ha revisado la Resolución recurrida y encuentra que la defensa técnica del operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, saca de contexto la motivación de la CRPI. Es claro que el órgano de resolución mencionó que los requisitos para acogerse al descuento del 40% son los determinados en el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016, y que para esto es necesario saber qué se considera como “evidencias relevantes”, que con soporte en la doctrina y la jurisprudencia se concluye en 3 elementos.
- [31] La CRPI para analizar qué información puede ser considerada como evidencias relevantes, en su Resolución de 27 de agosto de 2019 ha manifestado:

“(…) también deben gozar de un carácter de relevante, es decir, que sean elementos importantes o significativos dentro del proceso de investigación, pues así, estas evidencias deben ayudar a identificar la existencia de una práctica que vulnere la libre competencia y sea determinante para sancionar a los otros presuntos responsables.

Existe un elemento que se considera relevante al momento de analizar los descuentos; este es el aspecto de novedad de las evidencias, que permiten generar un efecto real que ayuda a resolver la investigación, es decir, que la “Información que ya se tenía no genera efecto positivo alguno, esto es, no tiene valor agregado de cara a la investigación que se viene realizando.”¹ (negritas y subrayado por fuera del texto).

Que, en virtud de lo expuesto, se infiere que para la aplicación del 40% de descuento se considerará los siguientes aspectos:

¹ Rodríguez García, G.: “LA REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ” https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_28_extra_4_es.pdf BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. N° 28. p. 8.



1. *Las evidencias aportadas deben ayudar a identificar la existencia de una práctica que vulnere la libre competencia y determinante para sancionar a los otros presuntos responsables.*
2. *No es suficiente con el aporte de meros indicios, ya que estos requieren una evaluación con otros elementos de juicio que han sido agregados por el mismo órgano de investigación. En consecuencia, los datos aportados deben “tratarse de información que permita concluir que existe una infracción producida por determinados agentes económicos”².*
3. *Es necesario nuevas evidencias dentro de la investigación, es decir, que se aporte información o elementos nuevos que no conocía el órgano de investigación.”*

[32] Se infiere de lo expuesto, que es necesario que se lea y analice la resolución en contexto, y no sustrayendo ciertas partes para no caer en este tipo de confusiones.

[33] El operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, para sustentar su posición y explicar los criterios para evaluar los descuentos del 40%, lo hace mencionando que existen supuestos precedentes y que cambiar los criterios de estos precedentes sería vulnerar el principio de seguridad jurídica y confianza legítima; sin embargo, aún cuando el operador económico no ha manifestado qué partes de las resoluciones sustentan sus afirmaciones, esta CRPI ha analizado dichas resoluciones encontrando que estas sobre este tema manifiestan lo siguiente:

[34] Resolución SCPM-CRPI-0043-2018 manifiesta:

“El Instructivo para la Gestión y Ejecución de los Compromisos de Cese en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado Expedido mediante Resolución No. SCPM-DS-078-2015 (Resolución No. SCPM-DS-041-2016), en el artículo 2, sobre de los mecanismos de cálculo de descuento, determina:

“(...) El descuento sobre la cuantía del importe de subsanación se calculará en función del orden de presentación de los compromisos de cese según la siguiente tabla (...) Primero (...) hasta 40% (...)”.

*Por lo que esta Comisión en observancia a la norma antes citada y al ser el operador económico **Comercializadora HAL ROB HALROB HERRERA CIA. LTDA.**, el primero en presentar la Propuesta de Compromiso de Cese,*

² Rodríguez García, G.: “LA REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ” https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_28_extra_4_es.pdf BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. N° 28. p. 7.



considera que debe aplicarse el descuento del 40% del valor del importe de subsanación.”

[35] Resolución SCPM-CRPI-0040-2018 manifiesta:

*“(…) 006-2013, **SIE-GADML M-015-2013** y **SIE-GADMEC-008-2014**, se constituye en el primer operador económico en presentar su Compromiso de Cese, al tiempo de manifestar su voluntad de acoger a este mecanismo para corregir su comportamiento a la brevedad posible, evitando sanciones más drásticas, razón por la cual, corresponde aplicar la formula prevista en el artículo 15 de la Resolución No. **SCPM-DS-041** del 13 de julio de 2016, se le reconoce un descuento del 40% del importe de subsanación, es decir **USD. 4.826, 26 (CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTE Y SEIS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 26/100)**. Por consiguiente, el valor a pagar por concepto de importe de subsanación asciende a la suma de **USD 7.239, 38 (SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y NUEVE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON 38/100)**.”*

[36] La CRPI considera que el sustento presentado conforme las resoluciones expresadas carecen de asidero sobre el tema, pues, estas únicamente hablan sobre el porcentaje de descuento según el orden en el que se presente el compromiso de cese, mas no de los elementos de evidencias fidedignas y relevantes.

[37] Una vez revisadas las citas sobre las cuales el agente económico realiza la fundamentación de sus afirmaciones, la CRPI no solo no concuerda con ellas, sino que no encuentra relación con el tema que la propia actora de este Recurso de Reposición sostiene, puesto que, afirma la existencia de precedentes que se deben tomar en cuenta para la aplicación de los requisitos para acogerse al descuento, que a saber son los determinados en el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016, que prescriben la necesidad de presentar evidencias fidedignas y relevantes.

[38] Que, la CRPI mediante resolución ha determinado aspectos fundamentales a tomarse en consideración en materia de competencia, pues resulta fundamental que la CRPI motive sus resoluciones con jurisprudencia y doctrina especializada en el tema sin que estos sean contrarios a lo que determina el ordenamiento jurídico interno. La Resolución de 27 de agosto de 2019 de la CRPI es clara al mencionar:

“Que el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016 menciona en su parte pertinente:

“(…) El descuento sobre la cuantía del importe de subsanación se calculará en función del orden de presentación de los compromisos de cese según la siguiente tabla:



TABLA DE DESCUENTOS

ORDEN PRESENTACIÓN	DE	% DE DESCUENTO
Primero		hasta 40%
Segundo		hasta 10%
Tercero		hasta 3%

(...)

Para que el operador económico pueda beneficiarse de los descuentos deberá presentar a la Superintendencia evidencias fidedignas y relevantes sobre las mismas prácticas cometidas por sí mismo y por otros operadores, a fin de transparentar los mercados.

(...)” (negritas y subrayado por fuera del texto).

La norma ut supra menciona claramente que aquel operador que presente un compromiso de cese gozará de un descuento sobre la cuantía del importe de subsanación, con la condición sine qua non que el agente económico presente a la Superintendencia evidencias fidedignas y relevantes sobre las practicas que versa la investigación del expediente principal cometidas por sí mismo y por otros operadores.”

- [39] De esta manera se muestra que la CRPI, no ha basado su resolución en nuevos parámetros o requisitos fuera de los establecidos en el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016 como lo menciona el recurrente, incluso enfatiza como condición sine qua non que el agente económico solicitante presente a la Superintendencia evidencias fidedignas y relevantes sobre las prácticas objeto de la investigación del expediente principal, cometidas por sí mismo y por otros operadores.

5.1.3 El operador económico MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A. afirma el cumplimiento de información fidedigna y relevante sobre las mismas prácticas cometidas por sí mismo y por otros operadores

- [40] El operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, en su Recurso de Reposición establece que cumple con los parámetros determinados en el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016.

- [41] Para verificar su cumplimiento se observará:

- i. Análisis de las evidencias fidedignas sobre las prácticas cometidas por sí mismo.



- ii. Análisis de las evidencias relevantes sobre las prácticas cometidas por sí mismo.
- iii. Análisis de las evidencias fidedignas sobre las prácticas cometidas por otros operadores.
- iv. Análisis de las evidencias relevantes sobre las prácticas cometidas por otros operadores.

5.1.3.1 Evidencias fidedignas y relevantes sobre las prácticas que versa la investigación del expediente principal cometidas por sí mismo

5.1.3.1.1 Evidencias fidedignas

[42] Cabe acotar que para el efecto el concepto de fidedigno es “Digno de fe y crédito”³, es decir, que aquellas evidencias, sean estas de cualquier tipo, deben ser veraces.

[43] Al respecto la CRPI se reafirma en la resolución de 27 de agosto de 2019 en cuanto las evidencias que presentó el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A.**, adjunto a su compromiso son veraces, especialmente cuando consta lo mismo en el expediente principal y que ha recabado la INICPD las evidencias por otros medios.

5.1.3.1.2 Evidencias relevantes

[44] Cabe acotar que, para el efecto, el concepto de relevante es “Importante, significativo”⁴, es decir, que aquellas evidencias, sean estas de cualquier tipo, deben ser elementos importantes o significativos dentro del proceso de investigación, pues así, estas evidencias deben ayudar a identificar la existencia de una práctica que vulnere la libre competencia y sea determinante para sancionar a los otros presuntos responsables.

[45] La CRPI para analizar qué información puede ser considerada como evidencias relevantes en su resolución de 27 de agosto de 2019 ha manifestado:

“(...) también deben gozar de un carácter de relevante, es decir, que sean elementos importantes o significativos dentro del proceso de investigación, pues así, estas evidencias deben ayudar a identificar la existencia de una práctica que vulnere la libre competencia y sea determinante para sancionar a los otros presuntos responsables.

³ <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=fidedigno> último acceso el 19 de agosto de 2019.

⁴ <https://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=relevante>. último acceso el 19 de agosto de 2019.



*Existe un elemento que se considera relevante al momento de analizar los descuentos; este es el aspecto de novedad de las evidencias, que permiten generar un efecto real que ayuda a resolver la investigación, es decir, que la **“Información que ya se tenía no genera efecto positivo alguno, esto es, no tiene valor agregado de cara a la investigación que se viene realizando.”**⁵ (negritas y subrayado por fuera del texto).*

[46] Así se infiere de la Resolución de 27 de agosto de 2019, que para la aplicación del descuento hay que verificar que las evidencias sean relevantes, para lo cual se considerará los siguientes aspectos:

- i. Las evidencias aportadas deben ayudar a identificar la existencia de una práctica que vulnere la libre competencia.

[47] El operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, menciona que:

“Respecto del primer parámetro, en el párrafo [68] la CRPI señala que los Spots publicitarios presentados por MWW, “sí sirven para identificar la existencia de las practicas investigadas y que la información si permite concluir que existe una infracción”. En este sentido se cumple con la primera parte de este parámetro.”

[48] Al respecto la CRPI se reafirma en la Resolución de 27 de agosto de 2019, en cuanto:

*“Que, esta CRPI concluye que los Spots publicitarios de los productos COLAGETERNA y HELIX ORIGINAL presentados por el operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, adjunto a su compromiso de cese, aun cuando no son determinantes para sancionar a los otros presuntos responsables, sí sirven para identificar la existencia de las practicas investigadas y que la información si permite concluir que existe una infracción; (...)”*

- ii. No es suficiente con el aporte de meros indicios, ya que estos requieren una evaluación con otros elementos de juicio que han sido agregados por el mismo órgano de investigación. En consecuencia, los datos aportados deben “tratarse de información que permita concluir que existe una infracción producida por determinados agentes económicos”⁶.

⁵ Rodríguez García, G.: “LA REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ” https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_28_extra_4_es.pdf BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. N° 28. p. 8.

⁶ Rodríguez García, G.: “LA REGULACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ” https://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_28_extra_4_es.pdf BOLETÍN LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA. N° 28. p. 7.



[49] El operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, menciona que:

“Respecto del segundo parámetro, en el párrafo [68] la CRPI señala que los Spots publicitarios presentados por MWW, “sí sirven para identificar la existencia de las practicas investigadas y que la información si permite concluir que existe una infracción”. Por lo anterior, se cumple con este parámetro.”

[50] Al respecto la CRPI en su resolución ha manifestado que las evidencias presentadas sí sirven para identificar la existencia de las prácticas investigadas al operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**

iii. Es necesario nuevas evidencias dentro de la investigación, es decir, que se aporte información o elementos nuevos que no conocía el órgano de investigación.

[51] El operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, al respecto menciona:

“A la fecha de presentación de nuestro compromiso de cese inicial (21 de marzo de 2019) la Intendencia no contaba con las grabaciones entregadas; (...)

Sin embargo de los informes presentados por la Intendencia, la Comisión considera que las evidencias entregadas no son relevantes, porque a su criterio estas ya constaban en el expediente principal. Esta conclusión es equivocada. Creemos que el error se origina en la fecha que se considera respecto de la presentación del compromiso de cese inicial (la CRPI considera erróneamente que el Compromiso de Cese inicial fue presentado el 13 de junio de 2019, cuando lo correcto es el 21 de marzo de 2019).

De lo anterior se concluye que al momento de presentación de nuestro compromiso de cese inicial (21 de marzo de 2019), la información aportada era nueva y no la conocía el órgano de investigación, esto se observa de los Informes antes mencionados.”

[52] En conclusión el operador económico afirma que las evidencias que aportó con su compromiso de cese de 21 de marzo de 2019, no eran conocidas por la administración en cuanto no constaban en el expediente principal.

[53] Al respecto la CRPI mediante providencia solicitó a la INICPD que verifique y emita informe sobre las fechas de presentación de la información a la que hace referencia el operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**

[54] Mediante informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-056-I de 21 de noviembre de 2019 la INICPD atiende lo requerido por la CRPI por medio de providencia de 20 de octubre de 2019. El informe menciona que las evidencias presentadas por el operador económico



MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A. en su compromiso de cese de 21 de marzo de 2019 ya eran conocidas por la administración en cuanto constaban en el expediente principal conforme se desprende del siguiente detalle:

PUBLICIDAD COLAGETERNA		
ARCHIVO	OPERADOR ECONÓMICO QUE PROPORCIONÓ LA INFORMACIÓN	FECHA Y NÚMERO DE TRAMITE
Dvts_03_1	GAMA	07 DE JUNIO DE 2018, TRAMITE NO. 91900
12COLAGETERNACOLOM BIA30M002	TELEAMAZONAS	15 DE OCTUBRE DE 2018, TRAMITE NO. 116400
MWW 22 DE NOVIEMRBE 2017;MWW1 DICIEMBRE 2017;MWW 2 DICIEMBRE 2017;MWW 8 DICIEMBRE 2017; MWW 10 DICIEMBRE 2017 2 PROGRAMAS; MWW 16 DICIEMBRE 2017; MWW 21 DIECIEMBRE 2017; MWW 26 DICIEMBRE 2017; MWW 13 DE ENERO 2018 2 PROGRAMAS; MWW 24 DE ENERO 2018; MWW 25 DE ENERO 2018; MWW 31 DE ENERO 2018; MWW 08 DE MAYO 2018; MWW 12 DE MAYO 2018;	CANAL UNO	26 DE JUNIO DE 2018, TRAMITE NO. 98434
08COLAGETERNACOLOM BIA2M001;	OROMARTV	18 DE OCTUBRE DE 2018, TRAMITE NO. 116738
08COLAGETERNACOLOM BIA3M001;08COLAGETER NACOLOMBIAWP2M003. COLAGETERNA 30 MINUTOS	MARKETING WORDWIDE ECUADOR S.A.	01 DE FEBRERO DE 2019, TRAMITE NO. 124219

PUBLICIDAD HELIX		
ARCHIVO	OPERADOR ECONÓMICO QUE	FECHA Y NÚMERO DE TRAMITE



	PROPORCIONÓ LA INFORMACIÓN	
MWW 16 NOVIEMBRE 2017; MWW 18 NOVIEMBRE 2017; MWW 18 NOVIEMBRE 2 2017; MWW 19 NOVIEMBRE 2 2017; MWW 22 NOVIEMBRE 2017; MWW 25 NOVIEMBRE 2017; MWW 26 NOVIEMBRE 2 2017; MWW 29 NOVIOEMBRE 2017; MWW 3 DIEMBRE 1 2017; MWW 5 DICIEMBRE 2017; MWW 09 DICIEMBRE 2017; MWW 10 DICIEMBRE 2017 2 PROGRAMAS; MWW 11 DIDIEMBRE 2017; MWW 12 DIEMBRE 2017; MWW 14 DICIEMBRE 2017; MWW 15 DICIEMBRE 2017; MWW 17 DICIEMBRE 2017 2 PROGRAMAS; MWW 18 DICIEMBRE 2017; MWW 19 DIEMBRE 2017; MWW 20 DIDEMBRE 2017; MWW 22 DICIEMEBRE 2017; MWW 23 DICIEMBRE 2017; MWW 24 DE DIEMRBE 1 2017; MWW 25 DICIEMBRE 2017; MWW 28 DIDMEBRE 2017; MWW 29 DIDIEMBRE 2017; MWW 30 DIDEMBRE 2017; MWW 31 DIDEMBRE 1 2017; MWW 1 DE ENERO 2018; MWW 02 DE ENERO 2018; MWW 03 DE ENERO DE 2018; MWW 4 DE ENERO 2018; MWW 5 DE ENERO 2018; MWW 06 DE ENERO 2018 2	CANAL UNO	26 DE JUNIO DE 2018, TRAMITE NO. 98434



PROGRAMAS; MWW 9 DE
ENERO 2018; MWW 13 DE
ENERO 2018 2
PROGRAMAS; MWW 14
DE ENERO 2018 2
PROGRAMAS; MWW 18
DE ENERO 2018; MWW 19
DE ENERO 2018; MWW 20
DE ENERO 2018; MWW 23
DE ENERO 2018; MWW 27
DE ENERO 2018; MWW 30
DE ENERO 2018; MWW 1
FEBRERO 2017; MWW 2
FEBRERO 2017; MWW 3
FEBRERO 2017; MWW 06
FEBRERO 2017; MWW 08
FEBRERO 2017; MWW 10
FEBRERO 2017 3
PROGRAMAS; MWW 12
FEBRERO 2018; MWW 15
FEBRERO 2018; MWW 16
FEBRERO 2018; MWW 18
FEBRERO 2018 2
PROGRAMAS; MWW 20
FEBRERO 2018; MWW 24
FEBRERO 2018; MWW 1
DE MARZO 2018; MWW 2
DE MARZO 2018; MWW 3
DE MARZO 2018 2
PROGRAMAS ; MWW 4
DE MARZO 2018 2
PROGRAMAS; MWW 5 DE
MARZO 2018; MWW 09 DE
MARZO 2018; MWW 10 DE
MARZO 2018 2
PROGRAMAS; MWW 4
ABRIL 2018; MWW 6 DE
ABRIL 2018; MWW 8
ABRIL 2018; MWW 9
ABRIL 2018; MWW 11
ABRIL 2018;

[55] Es evidente que el operador económico ha incurrido en error respecto de sus afirmaciones, por cuanto ha omitido el hecho de que la información que adjuntó a su compromiso de cese ya constaba previamente en el expediente.



[56] La INICPD ha verificado que los siguientes archivos o información relacionada no era nueva al 21 de marzo de 2019.

- Spots publicitarios del producto COLAGETERNA:

- i. 02COLAGETERNACOLOMBIA15M003.mp4
- ii. 02COLAGETERNACOLOMBIA30M003.mp4
- iii. 08COLAGETERNACOLOMBIA2M003.mp4
- iv. 12COLAGETERNARETAIL1M002.mp4
- v. 32COLAGETERNARETAIL30S004.mp4
- vi. 40COLAGETERNACOLOMBIA2-30M001.mp4

- Spots publicitarios del producto HELIX ORIGINAL:

- i. 12HELIXORIGINAL1M002.mp4
- ii. 26HELIXORIGINAL2M001.mp4
- iii. 32HELIX(2x3)FINALRETAIL30S003.mp4

Sin perjuicio de lo expuesto, tanto la CRPI como el mismo operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, conocían dicha información por cuanto consta en el expediente principal de investigación, al cual el agente económico tiene acceso y por lo tanto la CRPI con la solicitud del informe únicamente corroboró lo ya analizado para la Resolución de 27 de agosto de 2019.

5.1.3.2 Evidencias fidedignas y relevantes sobre las practicas que versa la investigación del expediente principal cometidas por otros operadores

[57] El operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.** afirma no haber cumplido con este requisito de la siguiente manera:

“Ahora bien, respecto a la segunda condición, la CRPI señala que no son determinantes para sancionar a los otros presuntos responsables. Al respecto coincidimos con lo señalado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, no obstante, hemos dicho que por la naturaleza de las conductas que se investigan, es imposible que MWW pueda entregar evidencias relevantes y fidedignas sobre la prácticas cometidas por otros operadores.”

[58] Además el operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, al respecto menciona:

Primero porque la conducta investigada no se relaciona con acuerdos anticompetitivos, en este sentido, mal podría mi representada contar con información de nuestra competencia.



- [59] El artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016, no distingue que este requisito sea solo para acuerdos anticompetitivos, pues esta es una interpretación extensiva de la norma que la realiza el operador **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.** Por lo tanto, el argumento planteado carece de sustento fáctico y es contrario al ordenamiento jurídico.
- [60] Asimismo, el operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, al respecto menciona:

“En segundo lugar, porque se nos estaría empujando a cometer un ilícito que es la violación de secretos empresariales. Para conocer si los productos de la competencia infringen la ley, en este caso particular deberíamos tener acceso a la información sensible sobre la composición de sus productos.”

- [61] El artículo 82⁷ de la Constitución de la República del Ecuador establece que la seguridad jurídica se basa en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, y por ende consiste en:

*“(…) una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con procedimientos establecidos; es decir, el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia, efectiva, imparcial y expedita(…)”*⁸

- [62] El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece el principio de legalidad prescribiendo que:

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 ejercerá 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.

⁷ Constitución de la República del Ecuador “**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.”

⁸ Corte Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No. 109-12-SEP-CC. Caso No. 0246-10 EP de 8 de marzo de 2012.



- [63] En este sentido la Administración pública⁹ por principio de legalidad esta obligada a adecuar sus actuaciones conforme lo establece el ordenamiento jurídico vigente¹⁰ y no en miras de satisfacer la voluntad de los administrados en inobservancia de la misma. Por lo que la CRPI en su Resolución de 27 de agosto de 2019 aplicó el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016.

5.2. DE LO RESUELTO EN EL ORDINAL QUINTO DE LA RESOLUCIÓN DE 27 DE AGOSTO DE 2019

- [64] El operador económico **MARKETING WORLWIDE ECUADOR S.A.**, sobre las medidas complementarias menciona que:

"2. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS:

- a. *Pago de un experto en Derecho de competencia o Propiedad Intelectual, para que **brinde una capacitación** en temas de actos de engaños y aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor, aplicables a publicidad engañosa. Para la realización del evento se coordinará con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia."*

- [65] El informe de compromiso de cese No. SCPM-IGT-INICPD-2019-38-I emitido por la INICPD menciona que:

"En relación a esta medida complementaria, esta intendencia considera que la misma resulta adecuada, sin embargo, de ser aprobada por la CRPI, su implementación deberá estar subordinada a la expedición de la normativa interna que viabilice la ejecución la capacitaciones en materia de derecho de competencia o propiedad intelectual."

⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás -Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo I. Civitas, Madrid, 2006, p. 449. "(...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración, no puede actuar simplemente."

¹⁰ Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo. Caso No. 150-2001-RA, Primera Sala, R.O. 346-S, 13-VI-2001. "Que el principio de legalidad de la Administración se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente;"



- [66] Los compromisos de cese suponen “(...) *la suspensión del procedimiento administrativo sancionador a cambio del reconocimiento de los hechos imputados y de la adopción de conductas que garanticen la competencia en el mercado pertinente.*”¹¹”
- [67] Pues, en este sentido la concepción de los compromisos de cese se basan en la necesidad de no desgastar la administración pública y declarar el cometimiento de actos a cambio de ciertos beneficios. Sin embargo, es necesario que el operador económico supuestamente infractor no solo declare su actuación, sino que también este dispuesto a restablecer el proceso competitivo que ha ocasionado producto de su actuar.
- [68] De acuerdo a la doctrina, la aceptación de los compromisos de cese constituye una facultad discrecional de la administración. En este sentido se manifiesta que:

*“La entidad posee una facultad discrecional para aprobar o desaprobar los compromisos de cese propuestos por los infractores, para negociar su alcance, hacer contrapropuestas o pedir cambios a la propuesta. Para decidirlo, solo se sujeta a la ley y a su criterio ponderado. No necesita la conformidad o aceptación de terceros que pudieran haber sido afectados por la acción del instruido, aunque el compromiso de cese puede contener beneficios para ellos. Pero, como sabemos, la discrecionalidad no da cobertura a una decisión arbitraria, sino que la propuesta de compromiso puede ser denegada con motivación suficiente. Por ejemplo, si el compromiso de cese no es capaz de solucionar los problemas identificados, no es medible o no soluciona los efectos ocasionados.”*¹²

- [69] El artículo 91 de la LORCPM determina que resolución motivada de los compromisos de cese serán únicamente aceptando, modificando o desestimando la propuesta de compromiso.

“Art. 91.- Resolución sobre compromisos.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado se pronunciará mediante resolución motivada, aceptando, modificando o desestimando la propuesta de compromiso, considerando para ello si la misma cumple debidamente con los alcances previstos en el artículo anterior. En caso de aceptarse el compromiso se tendrá por concluida la investigación o denuncia.

(...)”

¹¹ Comisión de Libre Competencia del Perú. INFORME N° 005-2005-INDECOPI/ST-CLC, 31 de enero de 2005, p 9. Extraído desde: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Inf005-2005.pdf>

¹² Morón Urbina, Juan Carlos. *La terminación convencional del procedimiento sancionador: la administración concertada en materia sancionadora.* THÉMIS-Revista de Derecho. Extraído desde: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16309>, p 60.



- [70] El artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador establece que la seguridad jurídica se basa en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

“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.”

- [71] El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece el principio de legalidad prescribiendo que:

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 ejercerá 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.

- [72] Una vez que se ha verificada propuesta de compromiso de cese modificada presentada por el operador económico **MARKETING WORLDWIDE ECUADOR S.A**, la CRPI considera que dicha propuesta no puede sufrir cambios adicionales; que si bien se lo hizo al momento de la resolución para que la medida complementaria pueda ser cumplida, la resolución de la CRPI debe sujetarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, y por lo tanto no alterar el compromiso de cese, sino solo aceptarlo o rechazarlo si este previamente ya fue modificado.

En mérito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR el informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-056-I de 21 de noviembre de 2019.

SEGUNDO.- NEGAR la solicitud de revocatoria del numeral segundo de la parte resolutive de la Resolución de 27 de agosto de 2019, por contravenir lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución No. SCPM-DS-041-2016.

TERCERO.- ACEPTAR la solicitud de revocatoria del numeral quinto de la parte resolutive de la Resolución de 27 de agosto de 2019, y por lo tanto acéptese la medida complementaria de la siguiente manera:

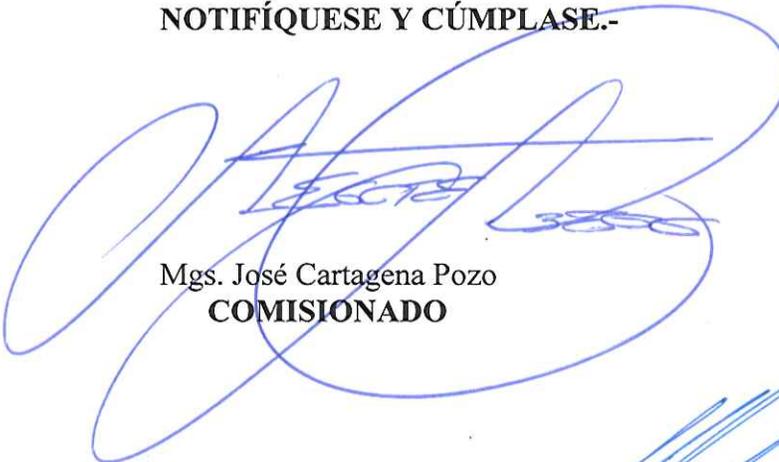
Pago de un experto en Derecho de competencia o Propiedad Intelectual, para que brinde una capacitación en temas de actos de engaños y aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor, aplicables a publicidad engañosa. Para la realización del evento se coordinará con la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia.



CUARTO.- TRASLADAR a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia la Resolución de 27 de agosto de 2019.

NOTIFÍQUESE a la Intendencia Nacional de Abogacía de la Competencia para el cumplimiento de la medida complementaria, a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, y para los fines legales pertinentes, a Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-


Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO


Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO


Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE

