



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de Sustanciación:** INICPD
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICPD-0023-2018
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-001-2020
- **Denunciante:** SUMESA S.A.
- **Denunciados:** QUALA ECUADOR S.A.
- **Apelante:** SUMESA S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 11 de agosto de 2020, a las 15h15.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, en conocimiento del presente Recurso de Apelación, en uso de mis facultades legales y, al amparo de lo resuelto en el artículo 4 de la Resolución No. SCPM-DS-2020-26 de 03 de julio de 2020, mediante la cual se dispuso *“Levantar, a partir del lunes 06 de julio de 2020, la suspensión de los términos y plazos dispuesta en la Resolución No. SCPM-DS-2020-14 de 16 de marzo de 2020, de los procedimientos respecto de los recursos administrativos cuya atribución corresponde al Superintendente de Control del Poder de Mercado.”*; por ser el momento procesal oportuno, para resolver se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 44 y 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo.-

TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.- El señor José Urizar Espinosa, en su calidad abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A., mediante escrito de 13 de febrero de 2019 a las 16h43, signado con el número de trámite ID 156985, interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 16 de enero de 2020 a las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICP-0023-2018; mediante providencia de 26 de febrero de 2020 a las 16h50, se dispuso al recurrente complete su Recurso de Apelación; cumplida dicha disposición y luego del análisis correspondiente fue admitido a trámite en providencia de 04 de marzo de 2020, actuación administrativa en la cual se verificó que la impugnación cumpla los requisitos formales y de fundamentación, como el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos.-

CUARTO.- ACTO IMPUGNADO.- El acto administrativo impugnado por el operador económico SUMESA S.A., es la Resolución de 16 de enero de 2020 a las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICP-0023-2018, mediante la cual el órgano de investigación resuelve:



“[...] SEGUNDO.- Ordena el archivo del presente expediente en contra QUALA ECUADOR S.A. [...]”

QUINTO.- DE LA PETICIÓN Y ARGUMENTACIÓN DEL RECURRENTE.- El operador económico SUMESA S.A., a través de su escrito de apelación pretende que esta autoridad resuelva:

“[...] declarar la nulidad de la Resolución impugnada y ordenar que se corra traslado a las partes con el Informe de Resultados [...]”

Pretensiones que el operador económico las fundamenta en los siguientes argumentos:

“[...] IV. VIOLACIÓN AL DERECHO A LA DEFENSA Y EL DEBIDO PROCESO DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA. (...)”

Es un hecho no controvertido que el Informe de Resultados de la Investigación es un elemento fundamental motivador de la Resolución impugnada. Por tal motivo, no solo es esencial que dicho elemento procesal sea remitido a las partes del proceso, y que estas cuenten con la debida oportunidad para rebatirlo o impugnarlo en caso de encontrar errores, imprecisiones, omisiones, etc., en su contenido y conclusiones. No solo que dicho elemento procesal esencial en ningún momento fue trasladado a mi representa, sino que en la misma fecha en que el documento fue incluido en el expediente, la Resolución impugnada, que basa su decisión en las conclusiones del Informe de Resultados, fue emitida, afectando directamente el derecho a la defensa y al debido proceso de mi representada, impidiendo a mi representada pronunciarse [...]

IV. INDEBIDA ERRÓNEA E INSUFICIENTE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.

Entendiendo que la motivación que requiere un acto administrativo se refiere a la explicación que debe hacer la Autoridad respecto de la pertinencia de las normas invocadas respecto de los hechos invocados, argumentamos a continuación que la Resolución impugnada es carente de debida y legal motivación (...)

A. CONFUNDE ABUSO DE PODER DE MERCADO CON PRÁCTICAS DESLEALES.

A lo largo de la resolución se hace referencia a la reducida cuota de mercado del denunciado en el mercado relevante, y así mismo, la autoridad utiliza este hecho para de cierta manera confundir lo que constituye una conducta de abuso de poder de mercado con prácticas anticompetitivas. Si bien la Ley manda que se defina el mercado relevante para toda investigación, las normas relativas a las prácticas denunciadas no establecen ninguna cuota o participación en el mercado mínima para ser objeto de su aplicación. La autoridad confunde una reducida participación en el mercado con una falta de afectación al entorno competitivo o a los intereses de los consumidores. La Autoridad no toma en cuenta ningún otro elemento que podría influir en análisis de la potencialidad



del daño sin perjuicio de la reducida participación del denunciado en ese mercado puntual (...)

B. CONFUNDE PUBLICIDAD ENGAÑOSA CON ACTOS DE ENGAÑO.

Se evidencia a lo largo de la Resolución que uno de los criterios fundamentales que motiva la decisión de la Autoridad es el considerar que los “materiales publicitarios” objeto de la denuncia no constituyen publicidad, al no haber sido utilizados frente al consumidor sino al tendero. Para este efecto toma la definición de publicidad engañosa que consta en la Ley de Defensa del Consumidor. Este análisis y su consecuente motivación es erróneo por dos razones: i) la LORCPM no regula la publicidad engañosa sino actos de engaño, el segundo siendo un concepto mucho más amplio que el primero, y que, por tal, no se limita a “publicidad engañosa”; y, ii) la Ley de Defensa del Consumidor establece las normas que se aplican únicamente frente al consumidor final, mientras que la LORCPM regula un ámbito más amplio, el cual incluye también, los actos de un productor, frente a un intermediario, más aún en los actos denunciados, en los que se presume que el engaño del productor al intermedio se filtrará también hacia el consumidor final. El criterio de la autoridad, cabe decirlo, contradice precedentes ecuatorianos.

C. VALORA DE MANERA INCORRECTA LAS PRUEBAS PRESENTADAS POR EL DENUNCIADO. (...)

En general la valoración de la prueba realizada por la autoridad es en nuestro criterio deficiente, pues no se muestra realmente la verificación que debió ser realizada por la Autoridad respecto de las afirmaciones del denunciado [...]

SEXTO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.- Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico; así, la **Constitución de la República del Ecuador - CRE-** prevé: “**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 [...] **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] **1)** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]”; “**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. 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 [...]”; “**Art. 304.-** La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] **6.** Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”; “**Art. 334.-** El Estado promoverá el acceso equitativo a los



factores de producción, para lo cual le corresponderá: 1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.[...]”; **La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado -LORCPM-** establece: “**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. 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 otra [...] 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, las siguientes: [...] 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje [...]”; “**Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.-** Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley [...] 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. 57.- Archivo de la denuncia.-** Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia”; “**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 [...]”; **El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** dispone; “**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 (...)”; “**Art. 63.- Resolución de archivo de la denuncia.-** Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciados, ordenará el archivo de la denuncia”; “**Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.-** Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer”.

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- a) Dentro del expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICPD-0023-2018, se resaltan las siguientes actuaciones administrativas:

i. Denuncia y anexos presentados por el operador económico SUMESA S.A., el 14 de noviembre de 2019, en la que se puso en conocimiento de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el presunto cometimiento de Prácticas Desleales, por actos de engaño, actos de denigración, actos de comparación, aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, por parte del operador económico QUALA ECUADOR S.A. **ii.** Providencia, de 23 de noviembre de 2018, de las 12h30, en la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales –INICPD-, en su parte pertinente, dispuso: “[...] Abrir el presente expediente y correr traslado con la denuncia propuesta y anexos a la misma, al operador económico denunciado [...] se le concede el término de quince (15) días contados a partir de la notificación con la presente providencia para que presente sus explicaciones [...]”. **iii.** Escrito ingresado en la Secretaría General de la SCPM, el 14 de diciembre de 2018 a las 13h26, con número de trámite ID 120540, mediante el cual, el operador económico QUALA S.A., presentó sus explicaciones, respecto de la denuncia presentada por el operador económico SUMESA S.A. **iv.** Resolución, de 04 de enero de 2019, de las 16h00, en la que el Intendente resolvió: “[...] **PRIMERO.-** Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-INICPD-0023-2018, por motivo del cometimiento de supuestos actos de engaño, actos de comparación y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor. **SEGUNDO.-** Se ordena el archivo de la investigación referente a la conducta denunciada referente a actos de comparación tipificada en el artículo 27 numeral 4 literal a) y c), por no encontrarse dentro del presente expediente de investigación elementos suficientes para proseguir la investigación por esta conducta [...]”. **v.** Providencia de 03 de julio de 2019, de las 15h00, mediante el cual el órgano de investigación dispone: “[...] prorrogúese el plazo de duración de esta investigación [...]”. **vi.** Informe de Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-001-2020, de 04 de enero de 2020, expedido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, en el que recomienda: “[...] archivar la presente investigación en razón a la falta de mérito en contra del operador económico QUALA ECUADOR S.A. [...]”. **vii.** Providencia de 15 de enero de 2020 de las 14h00, en la cual el órgano de investigación dispone: “[...] agréguese al expediente y téngase en cuenta el Informe de

Resultados de la Investigación No. SCPM-INICPD-DNICPD-001-2020, de 04 de enero de 2020 [...]". **viii.** Resolución de 16 de enero de 2020, de las 16h00, en la cual el órgano de investigación dispone: “[...] *Ordena el archivo del presente expediente en contra de QUALA ECUADOR S.A. [...]”*; **b)** Las constancias que reposan dentro del expediente que sustancia el Recurso de Apelación No. SCPM-DS-INJ-RA-001-2020 son: **i.** Memorando No. SCPM-IGT-INICPD-22-2020-M de 18 de febrero de 2020, suscrito por el abogado Franklin Arévalo Vásquez, Secretario de Sustanciación de la Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante el cual remite copia certificada del Recurso de Apelación presentado por el operador económico SUMESA S.A., mediante escrito de 13 de febrero de 2019 de las 16h43, signado con el número de trámite ID 156985. **ii.** Providencia de 26 de febrero de 2020 de las 16h50, mediante la cual esta autoridad avoca conocimiento del Recurso de Apelación, presentado por el operador económico SUMESA S.A., y en la cual se dispone que se complete acorde lo establecido en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM. **iii.** Providencia de 04 de marzo de 2020 de las 13h15, mediante la cual esta autoridad admite a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico SUMESA S.A., y se ordena poner en conocimiento de la contra parte a fin de que se pronuncie en derecho. **iv.** Escrito presentado por Luis Marín Tobar Subía, en calidad de abogado patrocinador del operador económico QUALA DEL ECUADOR S.A., ingresado en la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 10 de marzo de 2020 a las 15h19 signado con el número de trámite ID. 159142, mediante el cual el operador económico presenta sus alegaciones respecto del Recurso de Apelación y solicita negar la apelación formulada por SUMESA S.A.

OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- Por medio del Recurso de Apelación interpuesto, el recurrente pretende que esta Autoridad declare la nulidad de la Resolución de 16 de enero de 2020, a las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, basando su pretensión en los siguientes argumentos:

- Violación al derecho a la defensa y debido proceso, por la falta de traslado del informe de resultados.
- Indebida, errónea e insuficiente motivación de la resolución impugnada, señalando que el error radica en la confusión entre:
 - i. Prácticas de abuso de poder de mercado y prácticas desleales;
 - ii. Publicidad engañosa y actos de engaño;
- Valoración incorrecta de las pruebas presentadas por el denunciado;

De la revisión de la Resolución de 16 de enero de 2020 de las 16h00, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se observa que la misma contempla, en lo formal, la siguiente estructura:

- a) Antecedentes;
- b) Competencia;
- c) Validez Procesal;
- d) Características de los bienes y servicios investigados;
- e) Análisis Jurídico;
- f) Resolución

De lo expuesto, el acto administrativo impugnado contiene los elementos formales que presumen su legitimidad. Sin embargo, en consideración a los argumentos del recurso de apelación, se analiza:

Las conductas materia del proceso de investigación son: actos de engaño, actos de comparación y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, contenidos en el artículo 27, numerales 2, 5 y 10 letra a) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, los cuales establecen:

“Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

[...] 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.- Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje [...]

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 [...]

10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se consideran prácticas desleales, entre otras: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor [...]”

De la revisión del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICP-0023-2018, se puede observar que, el hecho conductual de la denuncia, lo constituye el instrumento denominado “Ayuda-ventas” que fuera utilizado por el operador económico QUALA ECUADOR S.A., con el fin de promocionar su producto caldo en polvo “Doña Gallina”, material utilizado de manera principal en tiendas de barrio y pequeños comercios a nivel nacional, por el periodo comprendido desde el 09 hasta el 23 de agosto de 2018, hecho que no ha sido punto controvertido en la presente causa, así como no ha sido fundamento del recurso que se resuelve, por lo que se lo presume cierto.

De la denuncia, y de lo recogido en el acto administrativo impugnado, se observa que el recurrente, actuando como denunciante, indicó: **i.** Que el “material publicitario” del denunciado contenía afirmaciones que podrían constituir prácticas desleales sancionables de conformidad



con la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; configurándose en acto de engaño, cuando en la parte frontal del “material ayuda-ventas”, señala: “(...) *En pruebas en consumidor: POLVO 7 de cada 10 personas prefieren Doña Gallina polvo vs Caldo instantáneo de Gallina en polvo Ranchero. CUBO Doña Gallina en cubo tiene igual preferencia que Caldo de Gallina en cubo Maggi (...)*” y “(...) *Con el mejor Precio del Mercado***”: **ii.** Que las afirmaciones serían falsas incluso tomando en cuenta el descargo que realiza el operador económico QUALA al referirse que el comparativo de precio es realizado con el líder del mercado en caldo de gallina en polvo y el líder en cubo, el cual, conforme lo señalado y no controvertido por las partes, es el operador económico Nestlé con su producto MAGGI.; **iii.** Que existirían actos de comparación, los cuales representan un alto riesgo de que se confunda al producto Ranchero, con un cubo que no se encuentra identificado en el material y que proyecta un aspecto negativo; y, **iv.** Que existen elementos que determinan el aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, en virtud de la desinformación respecto del producto, agregando que su competidor, QUALA ECUADOR S.A., habría enfocado su campaña en comercios populares y zonas rurales que podrían convertirse en consumidores vulnerables.

Por su parte, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en el acto administrativo impugnado, ha señalado:

*“[...] En virtud del artículo 26 de la LORCPM, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal **que afecten real o potencialmente el régimen de competencia** [...] Esta autoridad, considera que para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho, sino además, **resulta indispensable determinar si la conducta impide, restringe o distorsiona el orden público en el mercado relevante** [...]”* Énfasis fuera de texto.

A fin de tratar los puntos recurridos, e ilustrar la presente resolución que desarrolla el recurso de apelación, es útil citar el contenido de la Resolución de 16 de enero de 2020 de las 16h00, que constituye el acto administrativo impugnado, a fin de dilucidar si se configura o no la “indebida, errónea e insuficiente motivación”.

Respecto del acto de engaño, se analizó:

*“[...]1. **La Calidad de publicidad del material de “ayuda ventas del operador Quala S.A. (...)** el material “ayuda ventas” constituye publicidad en tanto mediante esta herramienta el operador económico emitió una comunicación comercial al eslabón clave de la cadena de comercialización [...]”*

Si bien a criterio de la Dirección, y de esta Intendencia en la resolución de inicio de investigación, los dos primeros estudios no fueron realizados en forma técnica y objetiva, [...] en virtud de incluir a encuestados como trabajadores de la compañía y de una muestra no significativa: el tercer estudio, denominado “Test de productos caldos en polvo de noviembre 2018” fue realizado por una campaña independiente, y con una muestra tomada a nivel nacional que redujo el margen de error respecto de los dos primeros.

De acuerdo con esta prueba, el 70% de los encuestados habría preferido Doña Gallina, respecto de Ranchero, en la prueba a ciegas. En tal virtud, esta autoridad confirma la conclusión a la que llegó la DNICPD, respecto de que dicha afirmación habría sido demostrada por parte de QUALA ECUADOR S.A.

2. Respetto de la afirmación: “3 Con el mejor Precio del mercado ++/POLVO o CUBO por solo P.V.P por solo P.VP. \$ 0.15 [...]

Al respecto esta Intendencia considera que la aseveración de QUALA ECUADOR S.A., en referencia al producto “Doña Gallina”, durante la difusión del material “ayuda ventas”, fue verdadera y no indujo a error al público en la temporalidad que fue utilizado dicho material. Finalmente, de conformidad con los documentos constantes en el expediente, una vez que el producto “Doña Gallina entró al mercado los productos de la competencia bajaron de precio [...]

3. En referencia a la afirmación supuestamente engañosa “Tiene menos grasa” [...]

Al respecto, a criterio de esta Intendencia, la información de aclaración del mensaje (sic) contenida en el asterisco, resulta claramente insuficiente, ya que el operador económico presumiría que el público objetivo de su mensaje conoce cuál es el líder del mercado de caldo de gallina en cubo.

En tal sentido, si bien, conforme lo señalado por la Dirección en su informe de resultados, el público objetivo del mensaje son los “tenderos” que revenden el producto a los consumidores finales, esta Intendencia considera que los mensajes de los operadores económicos deben ser claros y completo a fin de que no induzcan a error por omisión de información relevante para el posible adquirente del producto ofertado.

En el caso concreto, del análisis de la herramienta “ayuda ventas” esta Intendencia no evidencia mensaje alguno respecto de que el líder del mercado sería “Nestle”, con sus “Maggi” [...]

En este sentido, esta Intendencia difiere del criterio de la Dirección, y considera que Quala S.A. no brindó información completa a los consumidores, a través de su material publicitario denominado “ayuda ventas”, por lo que se configura la conducta de engaño [...]

En tal virtud, en vista de que el operador económico QUALA ECUADOR S.A., no tiene capacidad suficiente en el mercado relevante para falsear la competencia económica no se configura el segundo requisito necesario para su sanción a la luz de la LORCPM [...]

Respetto a los actos de comparación, desarrolla:

[...] Como un primer elemento de análisis, debe tenerse en cuenta que la LORCPM no sanciona la publicidad comparativa, por el contrario únicamente es objeto de sanción aquella comparación que sea realizada a extremos que no sean análogos, relevantes ni comparables [...]



En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico no exige que la comparación sea sobre hechos comprobados, sino “comprobables”, es decir, que trate de una característica o atributo susceptible de ser medidos o cuantificados, de tal suerte sería ilícita una comparación referente a características subjetivas de los productos, como olor, sabor, apariencia, entre otros [...]

En referencia a la comparación de extremos análogos, esta Intendencia considera que en virtud de que los productos analizados y en particular de las características particulares señaladas por el Quala S.A., en su publicidad, esto es cantidad de grasa y en particular precio, los extremos resultan comunes en los productos y pueden ser objeto de comparación.

En relación al extremo de relevancia, en el caso concreto, esta Intendencia considera que tanto la cantidad de grasa y el precio que pueden tener los productos comparados resultan relevante o importante de cara posibles consumidores, razón por la que esta Intendencia no considera que la comparación realizada por Quala S.A., resulte desleal, a la luz de la LORCPM.

Finalmente, en relación al extremo comprobabilidad, en el presente caso, la cantidad de grasa que tiene un producto es un atributo medible y cuantificable objetivamente, sin que pueda quedar a la subjetivamente de los operadores económicos. Adicionalmente, en relación al precio los consumidores con un simple cálculo podrán determinar que producto del mercado puede llegar a ser más costoso o económico en relación a la cantidad y precio.

En razón de las consideraciones expuestas, esta Intendencia considera que no se han configurado los elementos de la conducta desleal de Actos de comparación [...]

Al tratar el aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, el órgano de investigación expone:

[...] Es importante anotar que en la denuncia planteada por el operador económico SUMESA S.A., no identificó que el operador Quala S.A., hubiera realizado actos de acoso, coacción e influencia indebida en los consumidores, simplemente identifico (sic) un supuesto aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento de los consumidores engañados [...]

Además el operador económico denunciante no justificó porque los tenderos y consumidores rurales tendrían un mayor grado de vulnerabilidad.

[...] para que tenga lugar la calificación de deslealtad de la conducta investigada el operador económico oferente de los bienes o servicios deberá además obtener un aprovechamiento evidente del desconocimiento de los consumidores [...] la conducta desleal contenida en el numeral 10 del artículo 27 de la LORCPM exige necesariamente un aprovechamiento de los consumidores [...]

En el caso concreto esta Intendencia considera que el mensaje realizado por Quala S.A., mediante su herramienta “ayuda ventas” no fue dirigido a los consumidores, por el

contrario su público objetivo fueron los tenderos. En tal sentido, si bien existe la posibilidad de que los tenderos puedan repetir un mensaje potencialmente engañoso a sus consumidores, no existe evidencia dentro del expediente que tal situación hubiera tenido lugar.

[...] si bien existe un mensaje que puede inducir a error a la cadena de comercialización de “caldos de gallina”, no identifica que exista nexo causal que implique un aprovechamiento directo de Quala S.A., del desconocimiento del consumidor, teniendo en cuenta que los consumidores no fueron receptores de la publicidad realizada por el operador económico.

[...] para que un acto de competencia desleal sea considerado ilícito, en el marco de la LORCPM, este acto debe falsear real o potencialmente la competencia en el mercado relevante. Situación que no ocurre en el presente expediente [...]

De lo transcrito, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales arriba a las siguientes conclusiones:

- El material denominado “ayuda ventas” constituye publicidad.
- El anunciante está obligado a comprobar sus afirmaciones.
- El operador económico QUALA ECUADOR S.A., ha demostrado su afirmación, respecto de “7 de cada 10 personas prefieren Doña Gallina polvo vs Caldo instantáneo de Gallina en polvo Ranchero”.
- La información respecto al precio durante la difusión del material fue verdadera y no indujo a error al público.
- La expresión de los mensajes puede inducir a error, pues se podría dar a entender que el producto con el cual se compara sería el producto Ranchero del operador económico SUMESA S.A.
- La comparación es sancionable cuando es realizada a extremos que no sean análogos, relevantes no comparables; y, que este acto ilícito debe falsear real o potencialmente la competencia en el mercado relevante delimitado.
- En aprovechamiento de la debilidad del consumidor, demanda que exista una ventaja con esta situación para el ofertante; sin embargo no existe evidencia de influencia desde el tendero hacia el consumidor.

Como se manifestó, el Recurso de Apelación ha fijado tres puntos a ser analizados y resueltos, los que se desarrollan en el siguiente sentido:

- **Violación al derecho a la defensa y debido proceso, por la falta de traslado del Informe de Resultados.**

Debido Proceso.-

Previo a atender el caso puntual, referiremos que, conforme la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76¹, el debido proceso incluye como garantías básicas las enunciadas en

¹ CRE.- “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:

sus siete (7) numerales; y, específicamente el derecho a la defensa tiene sus pilares en los trece (13) literales que contienen.

La Corte Constitucional en la sentencia No. 092-13-SEP-CC, caso No. 0538-11-EP, explica:

“[...] El debido proceso es sin duda un pilar fundamental para la defensa de los derechos de las personas que intervienen dentro de un juicio, permitiendo la articulación de varios principios y garantías básicas que permiten una correcta administración de justicia [...]”

De igual manera, el máximo órgano Constitucional, en su sentencia No. 079-13-SEP-CC, caso No. 0605-11-EP, de 25 de septiembre de 2013, expresó:

“[...] En todo proceso que se llegue a una decisión, es necesario que se siga el trámite previsto para cada proceso [...]”

Ahora bien, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de manera general, en cuanto al procedimiento en el artículo 48 dispone:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
 - d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
 - e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
 - f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
 - g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
 - h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
 - i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
 - j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
 - k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
 - l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
 - m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.



“[...] Término de excepciones.- Concluida la investigación, de haber mérito para proseguir el procedimiento, el órgano de sustanciación ordenará se notifique con la denuncia y formulación de cargos al denunciado, a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince días [...]”

Por su parte, el Reglamento para la aplicación a la LORCPM dispone:

“Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.- Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer.”

“Art. 68.- Término de excepciones.- El órgano de investigación notificará al denunciante y al presunto responsable o responsables con el informe de resultados de la investigación. El órgano de investigación notificará con una copia de la denuncia y formulación de cargos a fin de que la conteste y deduzca excepciones en el término de quince (15) días [...]”

De las normas transcritas, resulta evidente que no existe mandato al órgano de investigación para que –en un momento previo a la emisión de su resolución- corra traslado a los operadores económicos que son partes procesales del expediente administrativo.

De la constancia procesal analizada en el expediente No. SCPM-IGT-INICPD-0023-2018, se determina que:

- Con fecha 14 de noviembre de 2018, el operador económico SUMESA ha presentado una denuncia en contra del operador económico QUALA.
- Mediante providencia de 23 de noviembre de 2018, la INICPD calificó la denuncia y dispuso correr traslado al denunciado para que presente sus explicaciones en el término de quince (15) días.
- El 14 de diciembre de 2018, le operador económico QUALA, presentó sus explicaciones.
- Mediante Resolución de 04 de enero de 2019, el órgano de investigación resolvió ordenar el inicio de la investigación.
- El 03 de julio de 2019 la INICPD resolvió prorrogar la investigación por un plazo de ciento ochenta (180) días adicionales.
- Con fecha 04 de enero de 2020 se emite el informe de resultados de la investigación.
- Finalmente el 16 de enero de 2020 el Intendente de Investigación resuelve el archivo de la causa.

De lo detallado, es evidente para esta autoridad que el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales ha notificado y puesto en conocimiento de las partes involucradas las actuaciones administrativas y piezas procesales conforme lo establece la LORCPM y su Reglamento para la aplicación; por otra parte es importante indicar que si bien el informe de resultados contiene el análisis técnico de la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el mismo no es de carácter vinculante para el Intendente, tanto es así que le corresponde a dicha autoridad el realizar un análisis propio de los elementos, criterios técnicos,

valoración de los elementos recabados y las alegaciones constantes en el expediente, para la formación de su voluntad administrativa.

En esta línea de ideas, partiendo del entendido que el debido proceso responde al cumplimiento de los lineamientos previamente establecidos en la norma, lo que va íntimamente ligado con la garantía constitucional de la seguridad jurídica, esta autoridad no observa que se haya violentado el debido proceso en desmedro de los derechos del hoy apelante.

Ratificando lo expuesto por esta autoridad, se señala lo manifestado por la Corte Constitucional, en la sentencia T-061 de 2.002, donde fija los siguientes criterios con relación a este derecho fundamental:

“[...] La Constitución Política, en su artículo 29, prescribe que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. En virtud de tal disposición, se reconoce el principio de legalidad como pilar fundamental en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades judiciales y administrativas, razón por la cual están obligadas a respetar las formas propias de cada juicio y a asegurar la efectividad de todas aquellas normas que permitan a los administrados presentar, solicitar y controvertir pruebas, y que en últimas, garanticen el ejercicio efectivo del derecho de defensa [...]”.

Derecho a la Defensa.-

Remitiéndonos nuevamente a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, el derecho a la defensa radica en que se haya contado con el tiempo suficiente para ejercerla, se haya escuchado a las partes procesales en igualdad de condiciones y que estas hayan podido presentar sus argumentos de manera válida; circunstancias que de verificarse afectarían la decisión final.

Al respecto, Ramón García ha señalado que el derecho a la defensa *“[...] Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo [...]”*²

Por su parte el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, expone:

*“[...] Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona, en juicio y ante las autoridades, de manera que asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y contradicción [...]”*³

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece:

“[...] toda persona tiene derechos, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella [...]”

² García Odgers, Ramón, “El Ejercicio del Derecho a La Defensa Técnica en la Etapa Preliminar del Proceso Penal”, Revista de Derecho, Concepción-Chile.

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, 2015.-

De lo expuesto, se denota indudablemente un nexo entre el debido proceso y el respeto del derecho de defensa, en cualquier tipo de procedimiento. Inicialmente debe apuntarse que dicha conexión inmediatamente remite a la consideración de que se configura como una de las garantías del debido proceso. Lo anterior pues no podría concebirse debido proceso sin el cumplimiento de las mismas y consecuentemente tampoco respeto al derecho de defensa.

Cuando se habla de las garantías, encontraremos que en el procedimiento administrativo se deben observar todas las formalidades que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho; esto implica –y significa- que la garantía del derecho a la defensa, entre otras, conlleva que deben cumplirse todas las condiciones para asegurar la adecuada defensa del sujeto cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración de autoridad.

Por lo manifestado, y en atención a la calidad en la que el recurrente compareció dentro del Expediente Administrativo No. SCPM-IGT-INICP-0023-2018, debe entenderse que el derecho a la defensa tiene oportunidad cuando el sujeto procesal tiene elementos de cargo o cargas procesales de las cuales deba pronunciarse y desvanecer. De esa manera, la garantía del derecho a la defensa se acciona, para ejemplificar, cuando una persona es acusada de un delito o una infracción, en cuyo caso debe actuar dentro del procedimiento y aportar elementos que desacrediten el cargo procesal que se le investiga, como aquellos casos en los que la contraparte –actuando como una suerte de reconvencción - hace alegaciones en su contra.

En el presente caso, el hoy apelante, en la calidad que compareció al expediente administrativo, y de las actuaciones administrativas de la contraparte y la autoridad, no tuvo cargas procesales en su contra, y por tanto sus obligaciones no están bajo consideración investigativa de la autoridad, pues las conductas anticompetitivas no responden a los intereses particulares de determinado operador económico o individuo, sino a la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general.

En suma, habiéndose respetado el debido proceso, y dado que el recurrente actuó dentro del procedimiento en los momentos oportunos conforme la calidad en la que comparece en el expediente administrativo, no se ha afectado el principio de contradicción del operador económico SUMESA S.A., recordemos lo analizado en el apartado que antecede: el informe de resultados no constituye un elemento de cargo que deba ser rebatido por el operador económico, en cuanto no solo no constituye un acto administrativo, sino que tampoco es un elemento vinculante para la formación de la voluntad administrativa.

Por lo expuesto, conforme a la normativa confrontada con la realidad procesal, esta autoridad no evidencia que se haya violentado el debido proceso o el derecho a la defensa del operador económico SUMESA S.A.

- **Indebida, errónea e insuficiente motivación de la resolución impugnada:**

En el libelo del recurso que se resuelve, el accionante únicamente refiere una definición propia de la motivación, señalando que la motivación radica en la explicación de pertinencia de las normas con los hechos realizados por la autoridad; por su parte esta autoridad referirá a lo manifestado por la Corte Constitucional en su sentencia No. 312-16SEP-CC:

“[...] la motivación se deriva en el derecho de las personas a recibir resoluciones debidamente fundamentadas por parte de los poderes públicos (...) por ende debe responder a la debida y lógica coherencia de razonabilidad que debe existir entre la pretensión, los elementos fácticos, las consideraciones y vinculación de la norma jurídica y la resolución tomada [...]”⁴.

Atendiendo los parámetros señalados tanto en la CRE como por la Corte Constitucional, se procede al análisis de los subtemas en los cuales el apelante sustenta el recurso que se atiende:

i. Presunta confusión entre prácticas de abuso de poder de mercado y prácticas desleales;

Para atender este punto, es necesario referir a lo señalado en la LORCPM respecto de las definiciones de este tipo de prácticas anticompetitivas.

Respecto a las conductas de abuso de poder de mercado, la LORCPM señala:

“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general [...]”

De las prácticas desleales, enuncia:

“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 [...]”

⁴ Corte Constitucional, sentencia No. 312-16-SEP-CC, Caso No. 0133-15-EP de 21 de septiembre de 2016.

Citas que, permitiéndonos diferenciar entre la naturaleza de ambas conductas, logra enmarcar el problema que el recurrente alega. En el literal A. del apartado IV del recurso, el operador económico SUMESA S.A., sostiene que:

“[...] A lo largo de la Resolución se hace referencia a la reducida cuota de mercado del denunciado en el mercado relevante; y, así mismo, la autoridad utiliza este hecho para de cierta manera confundir lo que constituye una cuota de abuso de poder de mercado con prácticas anticompetitivas [...] las normas relativas a las prácticas denunciadas no establecen ninguna cuota o participación en el mercado mínima para ser objeto de su aplicación. La autoridad confunde una reducida participación en el mercado con una falta de afectación al entorno competitivo o a los intereses de los consumidores [...]”

Las normas transcritas no solo marcan la diferencia entre conductas, también permiten observar la naturaleza de ilegalidad para constituirse en anticompetitivas. Si se atiende al objeto de la LORCPM y la naturaleza de las prácticas desleales tipificadas en ella, resulta determinante, en términos generales, que los operadores económicos que actúan en el mercado y que podrían tener responsabilidad por la ejecución de las prácticas tipificadas a lo largo de la LORCPM, que puedan influir real o potencialmente en el mercado relevante en el que actúan.

De lo mencionado, la Resolución de 16 de enero de 2020 a las 16h00, que constituye el acto administrativo impugnado, es enfática y clara en señalar: *“[...] En virtud del artículo 26 de la LORCPM, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal **que afecten real o potencialmente el régimen de competencia** [...] Esta autoridad, considera que para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, **no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho, sino además, resulta indispensable determinar si la conducta impide, restringe o distorsiona el orden público en el mercado relevante** [...]”* (Negrillas fuera de texto) lo cual esclarece la razón para tomar en cuenta “la cuota de participación” del denunciado en el mercado relevante delimitado.

Recordemos que el artículo 5 de la LORCPM manda que, para cada caso, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá determinar el mercado relevante. De esta manera, el análisis de las conductas contenidas en los artículos 25 y 27 de la LORCPM, debe ser necesariamente concatenado con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el artículo 5 de la LORCPM. Por lo tanto, para que una posible conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, resulta indispensable que pueda determinar si la conducta investigada impide, restringe, falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante que para cada caso sea definido. Situación que si bien, parece evidente para esta autoridad, se explica en cuanto a que toda la LORCPM tiene por objeto, conforme al artículo 1, *“[...] la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios [...]”*. En consecuencia, no toda incorrección en el mercado puede considerarse una práctica anticompetitiva sancionable o de forma particular una práctica desleal, ya que, para la configuración de una conducta anticompetitiva, se requiere de la existencia de los presupuestos previstos en los artículos 25 y 27 de la referida ley; y, que como resultado de esta práctica se impida, restrinja, falsee, distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

En suma, es importante resaltar que la conducta será sancionable no solo con la simple existencia de una conducta desleal, sino que ésta deber ser cualificada, es decir, que tenga por efecto real o

potencial una afectación al mercado, bienestar general o consumidores, elemento de la conducta, que generalmente, no lo alcanza un operador económico que cuya cuota de participación no tenga incidencia en el mercado relevante en el que actúa; la fundamentación del apelante sobre este punto no se sostiene frente a la naturaleza de las conductas desleales y el objeto de la LORCPM, pues pretende atribuir el análisis de las cuotas de participación para la determinación del mercado relevante y los efectos reales o potenciales, a la tipificación de las conductas de abuso de poder de mercado.

Diferenciados los conceptos, esta autoridad no encuentra la confusión alegada.

iii. Confusión entre publicidad engañosa y actos de engaño;

Ha argumentado el apelante que, uno de los criterios fundamentales para arribar a la decisión es que los materiales publicitarios no constituyen publicidad al no haber sido utilizados frente al consumidor sino al tendero. Para atender este punto es necesario referir la Resolución de 16 de enero de 2020 de las 16h00, en la cual, a este respecto, el Intendente concluyó que:

“[...] esta Intendencia comparte el criterio de la Dirección, respecto de que el material “ayuda ventas” constituye publicidad en tanto que mediante esta herramienta el operador económico emitió una comunicación comercial al eslabón clave de la cadena de comercialización [...].”

Así mismo, del contenido de la resolución impugnada se observa que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, realiza un análisis detallado de las conductas previstas en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, partiendo de las concepciones de actos de engaño hasta aterrizar al encasillamiento de dicha práctica a través de la publicidad engañosa.

Por lo tanto, no es acertado el argumento del operador económico SUMESA S.A., en su Recurso de Apelación, en virtud de lo cual no se requiere de un mayor análisis.

- **Respecto a la valoración de las pruebas presentadas por el denunciado, que a decir de Sumesa ha sido incorrecta;**

El argumento base en el presente punto es, que en el acto impugnado se ha tomado como ciertas las afirmaciones del operador económico QUALA ECUADOR S.A, en cuanto a la temporalidad del material publicitario y a la validez de la prueba ciega.

De la revisión del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-0023-2018, se evidencia que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, realizó actuaciones adicionales propias para llegar a la conclusión arribada, tales como solicitud de información vía cuestionarios y reuniones de trabajo, analizando cada uno de los documentos constantes en el proceso, como se puede constatar a lo largo de toda la resolución en cada uno de los puntos particulares de análisis, a más de las referencias o citas del informe de resultados.

Ahora bien, la Intendencia de Investigación, en la resolución de 16 de enero de 2020, de las 16h00, señala que:

“[...] al ser la herramienta “ayuda ventas” material publicitario, le correspondió a Quala S.A., la carga de la prueba, y demostrar las aseveraciones realizadas en su calidad de anunciante [...]

*Al respecto, para demostrar la afirmación “**¿Con un producto Ganador! / En pruebas en consumidor: POLVO 7 de cada 10 personas prefieren Doña Gallina polvo vs Caldo instantáneo de Gallina en polvo Ranchero**” [...]*

Si bien, a criterio de la Dirección, y de esta Intendencia en la resolución de inicio de investigación, los dos primeros estudios no fueron realizados en forma técnica y objetiva, ... en virtud de incluir a encuestados como trabajadores de la compañía y de una muestra no significativa; el tercer estudio, denominado “Test de producto caldos en polvo de noviembre 2018” fue realizado por una compañía independiente, y con una muestra tomada a nivel nacional que redujo el margen de error respecto de los dos primeros.

De acuerdo con esta prueba, el 70% de los encuestados habría preferido Doña Gallina, respecto de Ranchero, en la prueba a ciego. En tal virtud, esta autoridad confirma la conclusión a la que llegó la DNICPD, respecto de que dicha afirmación habría sido demostrada por parte de QUALA ECUADOR S.A. [...]”

En lo que respecta a la valoración de la prueba, es preciso indicar que esta debe generarse a partir de la totalidad de las actuaciones constantes en el expediente analizado, pues la valoración de los elementos de convicción se la realiza de manera integral y relacionados entre sí, entre los elementos se incluye la denuncia, anexos, reuniones, etc., llegando a determinar qué elementos serán trascendentales para formar la convicción de la autoridad; dando relevancia a aquellos elementos que sirven para demostrar lo que se asegura; criterio que concuerda con lo dicho por el tratadista Nores Cafferata, quien sostiene que: “ [...] prueba es lo que confirma o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente”⁵

En tal virtud, de la revisión realizada por esta autoridad al acto administrativo impugnado, se observa que el análisis, argumentaciones, proyecciones, estimaciones, consideraciones y conclusiones arribadas por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales son acertadas y guardan relación y armonía con la verdad procesal y los elementos constantes en el expediente de investigación; reflejando en el análisis que tiene su sustento en los elementos recabados y no en las alegaciones de los operadores económicos involucrados, conforme se alega. Evidenciándose finalmente que el acto administrativo impugnado no posee elemento alguno que pudiese causar la nulidad alegada, así mismo su motivación es la adecuada y suficiente.

NOVENO.- Por todo lo expuesto, existiendo mérito suficiente para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación planteado por el señor José Urízar Espinosa, en su calidad abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A., el 13 de febrero de 2020, a las 16h43, posteriormente ratificado por

⁵ Conf. Cafferata Nores, José I. “La Prueba en el Proceso Penal”, pag. 3. Ed. Depalma, 4ª. Edición.

el representante del operador económico apelante; en consecuencia ratificar lo dispuesto por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, dentro del Expediente No. SCPM-IGT-INICP-0023-2018, mediante acto administrativo de 16 de enero de 2020 de las 16h00, por cuanto se observa que la resolución se encuentra enmarcada dentro de los presupuestos legales y contiene una correcta motivación y fundamentación, así como la debida congruencia y coherencia entre lo resuelto y el objeto sobre el cual se delimitó la investigación.-

DÉCIMO.- De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo, el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020 suscrita por esta autoridad administrativa, 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*”, y con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo por el estado de emergencia declarado a causa de la actual pandemia, tómesese en cuenta y notifíquese con la presente a: **i.** Operador económico SUMESA S.A., en los correos electrónicos jurizar@usb-law.com, agonzalezgaravito@hotmail.com y jurizar@lexadvisorecuador.com, y por última ocasión en el casillero judicial No. 4292 del Palacio de Justicia de Pichincha; **ii.** Operador económico QUALA ECUADOR S.A., en los correos electrónicos lmartin@lexvalor.com, rpenaherrera@lexvalor.com y ateran@lexvalor.com, y por última ocasión en el casillero judicial No. 1082 del Palacio de Justicia de Pichincha; y, **iii.** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.-

DÉCIMO PRIMERO.- Siga actuando en calidad de Secretaria de Sustanciación la doctora Naraya Tobar.- **CÚMPLASE y NOTIFÍQUESE.-**



Firmado electrónicamente por:
**DANILO IVANOB
SYLVA PAZMINO**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Firmado electrónicamente por:
**ELSA NARAYA
TOBAR MIER**

Dra. Naraya Tobar

SECRETARIA DE SUSTANCIACIÓN