- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** INICPD
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-0016-2018
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-0016-2018-A-0007-2018-DS
- **Denunciante:** LABORATORIOS WINDSOR S.A
- **Denunciado:** IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA Y OTROS

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 26 de diciembre de 2018, a las 16h00.- **VISTOS**.- Doctor, Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se agrega al expediente, en uso de mis facultades legales y estando el proceso para resolver, **AVOCO** conocimiento del presente expediente SCPM-IIPD-0016-2018-A-0007-2018-DS, considero y dispongo: **PRIMERO.- COMPETENCIA**.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65 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 ésta Autoridad declara la validez del mismo. **TERCERO.- LEGALIDAD DEL RECURSO**.- El señor CORSINO EDUARDO PALACIOS NARANJO, en su calidad de Representante legal de la Compañía IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA, mediante escrito de 14 de agosto de 2018, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 06 de agosto de 2018, las 15h50, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante la cual se dispone el inicio de la Investigación en contra del apelante y otros; cumpliendo así con el principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en (LORCPM), que en el artículo 67 dispone: *"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 término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. Contra el acto o resolución que concede o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa"*. **CUARTO.- ACTO IMPUGNADO**.- El acto impugnado por el operador económico IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA., es la Resolución de 06 de agosto de 2018, las 15h50, emitida por la

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante la cual se dispone el inicio de la Investigación en contra del apelante y otros. **QUINTO.- ARGUMENTACIONES Y SOLICITUD DEL RECURRENTE.-** El señor CORSINO EDUARDO PALACIOS NARANJO, en su calidad de Representante legal de la Compañía IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA, mediante escrito de 14 de agosto de 2018, interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 06 de agosto de 2018, las 15h50, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante la cual se dispone el inicio de la Investigación en contra del apelante y otros, argumentando principalmente lo siguiente: *"(...)* INEXISTENCIA DE CONDUCTA: MI REPRESENTADA NO TUVO ACTIVIDAD EN EL PERÍODO TEMPORAL OBJETO DE LA DENUNCIA ESTO NO HA SIDO CONSIDERADO AL MOMENTO DE RESOLVER. La Resolución de inicio de investigación ha analizado algunas de las explicaciones presentadas por mi empresa, sin embargo ha omitido analizar la que es quizá más importante y evidente, y que distingue nuestro caso del de otros denunciados. *Pero, nuestra empresa no comercializó KATUNGA en los períodos 2016 y 2017 objeto de la denuncia, por cuanto IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA., aún no existía en las temporadas de carnaval 2016, y, respecto de la temporada de carnaval 2017 aún no importaba estos productos, pues nuestras primeras importaciones de este producto se realizaron en enero de 2018, por lo que evidentemente IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA. no pudo haber vendido el mismo en las temporadas de carnaval de años anteriores. (...) NO EXISTE PRÁCTICA DESLEAL, MÁS ALLÁ DE SI EXISTE O NO UNA NORMA QUE REGULE EL ETIQUETADO DE CONTENIDO NETO. (...) Lo que se ha afirmado es que la norma aplicable a los productos de fiesta (RTE INEN 135 referente a "Rotulado de los artículos para fiestas de navidad, carnaval y otras diversiones"), es distinta a la que argumentó el denunciante como presuntamente infringida (...) Es indispensable cumplir con estos preceptos mínimos pues de lo contrario* ***no se establece nexo causal entre los presuntos indicios y el operador económico*** *a quien se dirige la resolución, lo que conlleva a que, de iniciarse el procedimiento, se haría violando las garantías del debido proceso, pues el investigado mal podría defenderse si no conoce –por medio del contenido de la resolución- cuál es el nexo que tendría con lo acusado. Por tanto, en lo atinente a mi representada, el acto administrativo de resolución de inicio de investigación adolece de falta de motivación respecto a la existencia de indicios válidos y suficientes que relacionen a IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA. con la conducta acusada, por lo que debe ser dejado sin efecto. (...) ACERCA DE LA DEFINICIÓN DE MERCADOS RELEVANTES Y LA NORMATIVA APLICABLE.- (...) Al incluirse estos productos como sustitutos, mal podría entonces hablarse de cuotas de participación solamente de "espumas de carnaval", tendría que incluirse las cuotas de los sustitutos. Y si son éstos sustitutos a los que el consumidor migraría en caso del incremento de precio de la espuma de carnaval, es imposible la existencia de afectación al mercado, por lo que debe archivarse el caso. Asimismo, se reconoce la existencia de oferta y competencia potencial tanto por la facilidad de importar estos*

productos como por la posible entrada de operadores que ya tienen maquinaria similar. Sin embargo no se incluye a estos operadores dentro del cálculo de cuotas de participación, ni en el análisis de posible afectación al mercado. Si existe sustituibilidad del lado de la oferta y competencia potencial con suficiente facilidad, es imposible el daño al mercado. Se incumple con la Resolución de la Junta de Regulación que indica que el mercado relevante es la combinación del mercado de producto con el mercado geográfico, debido a que al definir el mercado de producto se considera la existencia de sustitutos, peor al momento de indicar la definición del mercado relevante se los omite. Esto lleva a un error en el punto "Conclusiones económicas", pues no se corresponde la conclusión a sus premisas, lo que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional implica falta de motivación. INCONGRUENCIA ENTRE EL INFORME ACEPTADO Y LA RESOLUCIÓN. En adición a lo expuesto, existe vicio de incongruencia en la Resolución de inicio de investigación, por cuanto ésta acepta sin reparos el informe jurídico económico emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, pero no se resuelve acorde al mismo, así: El informe menciona que -bajo la interpretación que hemos expuesto como errada- "incluso el denunciante" estaría inmerso en las presuntas conductas desleales. Esta dirección recomienda abrir una investigación de oficio a LABORATORIOS WINDSOR y a los demás operadores económicos"), sin embargo no resuelve iniciar la investigación en su contra (...) CONFUSIÓN DE NATURALEZA DE ETAPAS PROCESALES QUE CAUSA NULIDAD. Finalmente, existe un error en la resolución de inicio de investigación por cuanto se da por sentado que se han comprobado hechos y conductas desleales en la breve etapa de explicaciones, dando a entender que en la fase de investigación bastaría determinar si existe o no afectación al bienestar general, al derecho de los consumidores y usuarios y al mercado general. Se aprecia entonces que la Intendencia de Investigación de Prácticas desleales habría valorado pruebas en una etapa en la que no corresponde hacerlo, pues ello procede únicamente en el "Informe Final" de investigación, que procede emitir luego de realizada la misma, y no al momento de recabar explicaciones. ***PETICION CONCRETA****. En virtud de lo expuesto a lo largo de este Recurso de Apelación, solicito comedidamente se sirva aceptar íntegramente este recurso y en consecuencia: a) Deje sin efecto la Resolución de inicio de investigación por haber incurrido en falta de motivación, haber omitido analizar debidamente las explicaciones presentadas, y finalmente, haber incurrido en vicio de nulidad b) acepte por suficientes las explicaciones presentadas por IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA. y se disponga la exclusión de esta empresa del procedimiento de investigación SCPM-IIPD-2018-00016, sin perjuicio de la facultad que posee su Autoridad para continuar con el mismo respecto de otros operadores, e incluso, de vincular a otros posteriormente en caso de recabar nuevos elementos.(...)".*

SEXTO.-CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- Una vez analizado el expediente SCPM-IIPD-0016-2018, se verifican las siguientes constancias procesales relevantes: 6.1. Denuncia presentada el 15 de junio de 2018 por el señor Vinicio Pinto Espinoza en representación de Laboratorios Windsor S.A, en contra de Importadora Eduardo Palacios Naranjo EPN CIA. LTDA y otros operadores económicos, por el

cometimiento de actos de engaño a los consumidores. 6.2. Providencia de 22 de junio de 2018, emitida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en la cual dispone al denunciante, aclare y precise su denuncia. 6.3. Escrito de 26 de junio de 2018, presentado por el Abg. Carlos Trujillo Viteri, patrocinador de Laboratorios Windsor S.A, mediante el cual aclara la denuncia presentada. 6.4. Providencia de 28 de junio de 2018, emitida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en el cual solicita a los operadores económicos denunciados, presenten sus explicaciones. 6.5. Escrito de 19 de julio de 2018, presentado por el operador económico Importadora Eduardo Palacios Naranjo EPN CIA. LTDA, mediante el cual presenta sus explicaciones. 6.6. Informe Jurídico de Investigación Nro. SCPM-IIPD-DNIPD-007-2018, de 03 de agosto de 2018, emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en el cual concluye y recomienda, *"(...) Por lo expuesto y del análisis jurídico realizado, se puede presumir preliminarmente que existiría una vulneración al derecho de los consumidores al momento de adquirir el producto espuma de carnaval ya que, de las reuniones de trabajo, del análisis del peso de los envases, del análisis ocular de las latas, y, de las capacidad de las mismas, se ha podido presumir que la información referente al contenido neto no estaría de acorde a la capacidad máxima de dichos envases de espuma de carnaval. Que presuntamente el derecho de los consumidores se estaría afectando por que la información plasmada en la etiqueta presuntamente no sería veraz ni completa sobre el contenido del producto. Que del examen realizado de forma conjunta con el operador económico denunciante LABORATORIOS WINDSOR, sobre una de sus latas de 1000 ml, de espuma de carnaval, la misma no tendría la capacidad de contener el peso neto de 850 ml, por lo que se presumiría que inclusive el operador denunciante también estaría inmerso en el presunto cometimiento de prácticas determinadas en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM. Por lo que esta Dirección recomienda abrir una investigación de oficio a los LABORATORIOS WINDSOR y a los demás operadores económicos que concurren en este mercado a excepción de los que se encuentran investigados en el presente proceso, o, en su defecto de manera motivada aplicar el artículo 66 inciso 2 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, que hace relación a la ampliación de la resolución de inicio de investigación en el momento oportuno"*. 6.7. Resolución de 06 de agosto de 2018, las 15h50, emitida por el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales mediante la cual entre otros, dispone, *"(...) Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente en consideración a lo siguiente: (...) se considera como presuntos responsables los operadores económicos COMERCIALIZADORA HAL ROB HALROB-HERRERA CIA. LTDA., GOLDERIE TRADING CIA. LTDA., CONFITECA C.A., IMPORTADORA EDUARDO PALACIOS NARANJO EPN CIA. LTDA., CALBAQ S.A., COMBLANC DEL ECUADOR S.A., ORGANIZACIÓN COMERCIAL E INDUSTRIAL NÚÑEZ SÁNCHEZ CIA. LTDA.; y, IMPORTADORA MANRIQUE CADENA JUAN ALEX, con sus productos de espumas de carnaval señalados en la denuncia y expediente. (ii) Las conductas objeto de investigación son las presuntas prácticas desleales contempladas en el artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, siendo las características de los bienes y servicios las determinadas en el análisis económico preliminar de la presente resolución. (iii) Se motiva el inicio de la investigación en el*

presente caso, puesto que de los hechos denunciados, existen presunciones del cometimiento de actos de engaño por parte de los denunciados, conforme lo expuesto en la parte considerativa. Durante el presente procedimiento se determinará si existe una afectación al bienestar general, al derecho de los consumidores y usuarios, y al mercado en general (...)". **SEPTIMO.- NORMATIVA APLICABLE.-** Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: *"**Art. 76** (...) **2.** Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)* **c)** *Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. **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....";* *"**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. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.";* **"***Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.";* *"**Art. 425.-** (...) La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, (...)".* En concordancia la **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado** 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. 2.-** Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos*

*produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. (...)"; "**Art. 3.-** Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico". "**Art. 25.-** Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. (...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino |que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. (...)"; **Art. 26.-** Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia."; "**Art. 27.-** Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, 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. 38.-** Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: 1. Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades públicas la documentación y colaboración*

*que considere necesarias. 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley. (...)"; "**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. 53**.- Inicio.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo (...)"; "**Art. 56**.- Inicio de investigación.- Vencido el término señalado en el artículo anterior, el órgano de sustanciación deberá pronunciarse sobre el inicio de la investigación en el término de diez días. Si estimare que existen presunciones de la existencia de alguna de las infracciones previstas en esta ley, mediante resolución motivada ordenará el inicio de la investigación, señalando el plazo de duración de la misma, plazo que podrá ser ampliado si fuere necesario (...)"; "**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.(...)"; "**DISPOSICIONES GENERALES.-** Primera.- Jerarquía.- (...) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables.".* El **Código Orgánico Administrativo –COA-** establece, *"(...) **Art. 3**.- Principio de eficacia. Las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias."; "**Art. 42**.- Ámbito material. El presente Código se aplicará en: (...)3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo (...)"; "**Art. 43**.- Ámbito subjetivo. El presente Código es de aplicación a los órganos y entidades que integran el sector público, de conformidad con la Constitución. (...)"; "**Art. 65**.- Competencia. La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado (...)"; "**Art. 67**.- Alcance de las competencias atribuidas. El ejercicio de las competencias asignadas a los órganos o entidades administrativos incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones (...)"; "**Art. 98**.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo."; "**Art. 120**.- Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de*

la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta." El **Código Civil** especifica, *"**Art. 32**.- Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. (...) Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias (...)".* **OCTAVO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-** En primer término la Resolución impugnada es la emitida con fecha 06 de agosto de 2018, las 15h50, por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, en la que resolvió el inicio de la investigación dentro del expediente SCPM-IIPD-0016-2018, en contra de varios operadores económicos, dentro de ellos, se encuentra Importadora Eduardo Palacios Naranjo EPN CIA. LTDA.; en el escrito de Apelación presentado por el recurrente, sustancialmente se refiere a: **8.1**. Se torna importante referir que, de conformidad a lo establecido en el Art. 67 de la LORCPM, las actuaciones procesales que pueden ser elevadas a conocimiento de la máxima autoridad son aquellas que configuran un acto administrativo, esto en concordancia con el Art. 98 Código Orgánico Administrativo (norma supletoria), es decir, las que manifiestan la voluntad de la administración, cuyo factor determinante es que cause efectos jurídicos directos sobre el administrado, cosa que no se evidencia en la especie, ya que la resolución de inicio de investigación de 06 de agosto de 2018 a las 15h50, es el acto de sustanciación mediante el cual se prosigue con la fase de investigación, establecida en la norma. **8.2.** Se ha presentado como excepción que el operador económico apelante, no ha participado en el mercado de espuma de carnaval, sino a partir del año 2018, por lo que no estaría inmerso en el marco de temporalidad establecido por el denunciante. Elemento que deberá ser comprobado o contradicho por el órgano técnico, en base a la información que se genere en la fase de investigación, cuya naturaleza es desvirtuar o reafirmar los indicios determinados. **8.3.** Plantea que la norma de aplicación INEN, no es la alegada por el denunciante, y que la normativa correcta es la RTE INEN 135, referente al "Rotulado de los artículos para fiestas de navidad, carnaval y otras diversiones"; en este sentido, será la Intendencia de Investigación quien deberá establecer la normativa aplicable para la conducta que se investiga, en este caso lo determinado en el Art. 27 numeral 2, sin perjuicio que en el trascurso de la fase de investigación pueda ampliar la misma si encontrare indicios de otras infracciones, con la finalidad de corroborar o desvanecer las presunciones a las que a la fecha ha arribado, considerando que será en esta fase en la que se actúe las diligencias facultadas por la LORCPM. **8.4.** Aduce además el apelante que la INICPD ha cometido un error en la determinación del mercado relevante, en este punto es de aclarar que, para realizar tal determinación es necesario que el órgano de investigación realice un análisis más profundo respecto de todos los elementos que debe atender en fundamento a lo expuesto en el Art. 5 de la Ley que rige la materia, a más de lo dispuesto en la Resolución 11 de la Junta de Regulación, por lo que se vuelve a verificar que el proceso de investigación necesita un estudio más detallado para determinar el cometimiento o no de la conducta anticompetitiva denunciada y sus presuntos responsables. En este orden de ideas es necesario entender cuál es la naturaleza de la fase de investigación, la cual no es establecer una sanción o generar efectos jurídicos, perjudiciales al o los investigados,

lo que busca esta fase, es precisamente establecer si existen indicios de responsabilidad del o los operadores económicos participantes en un mercado determinado, frente al cometimiento de una infracción a la competencia que afecte o sea apta para afectar su normal desarrollo; en este sentido, lo dispuesto por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales constituye el ejercicio de la facultad investigativa atribuida en la Ley que rige la materia, en consecuencia constituye un acto de simple administración; la doctrina a este respecto, subdivide a las actuaciones de la administración, entre otros, en actos de simple administración o de mero trámite, que son aquellos que se ejecutan a fin de proseguir con la tramitación, es decir, los que no generan efecto directo sobre el administrado; y, los actos administrativos propiamente dichos, que constituyen la expresión jurídica de la voluntad de la administración, resuelven el tema principal, o incidental, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándole de este; al respecto el tratadista Patricio Secaira Durango en su obra "Curso Breve de Derecho Administrativo" dice, *"(...) Es entonces siempre una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos a terceros (...)"*: de igual forma el tratadista Andrés Serra Rojas, en su obra "Derecho Administrativo, T.I. 9ª Ed.", manifiesta; *"(...), una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto; La Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva (...)*; con lo que se ratifica lo argumentado por esta autoridad. Bajo estas consideraciones, es necesario puntualizar que, si bien la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 173 posibilita a las personas para impugnar actos administrativos, no es menos cierto que una resolución que apertura una investigación no causa daño irreparable, no resuelve el fondo de la investigación, no decide sobre un hecho que verse sobre la afectación de los derechos del investigado, pues, la Superintendencia a través de sus órganos técnicos realiza las actividades que la Ley determina para el cumplimiento de su objeto, consecuentemente, dentro de ellas se encuentra la de investigar a operadores económicos que podrían estar incurriendo en alguna infracción establecida en la norma. El Código Orgánico Administrativo (norma supletoria), respecto de las Actividades de las Administraciones Publicas, establece textualmente en el Art. 89.- *"(...) Las actuaciones administrativas son: 1.- Acto Administrativo, 2.- Acto de Simple Administración, 3.- Contrato Administrativo, 4.- Hecho Administrativo, 5.- Acto Normativo de Carácter Administrativo. Las administraciones públicas pueden, excepcionalmente, emplear instrumentos de derecho privado, para el ejercicio de sus competencias"*. Y referente al Acto de Simple Administración determina en el Art. 120.- *"(...) Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta"*. El acto que ahora se impugna, da inicio al proceso de investigación "formal", no es más que la apertura de un procedimiento de investigación, el cual cumple tiempos procesales dentro de su desarrollo, inclusive, en la sustanciación del mismo, se contempla una etapa de prueba con el objeto de tutelar el derecho a la defensa de los investigados. La forma en que los actos señalados se acreditarán, dependerá del principio formativo que inspira al procedimiento; si en el procedimiento prima el

principio investigativo, la determinación de los hechos se realiza a través de una actividad de investigación; cuya particularidad recae en la comprobación de la conducta en la sustanciación del proceso investigativo, es decir, probar es investigar. Adicional a ello, el órgano de investigación ha considerado que las explicaciones dadas por el operador económico dentro de la fase de actuaciones previas, no fueron consideradas satisfactorias, y en estricto apego al Art. 57 de la LORCPM no se archivó el proceso, sino viabilizó el inicio de la investigación, lo cual no implica falta de motivación, menos aún que no se haya considerado dichas explicaciones, pues, tanto en el informe técnico como en la resolución se evidencia un adecuado análisis; se observa que en la Resolución de inicio de investigación, el órgano técnico genera un examen técnico, suficiente para la etapa en la que se encuentra, en la que se identifican los elementos de lógica, razonabilidad, y comprensibilidad que forman parte de una resolución motivada. La falta de motivación aludida por el recurrente, al parecer, se centra en una convicción propia que nace de la pretensión no ser parte de la investigación; sin embargo, esta institución está obligada a alcanzar pleno convencimiento de que los operadores económicos no se encuentran inmersos en la conducta que se investiga, razón por la cual, debe realizar lo preceptuado en la norma y verificar los hechos y términos que acaecerán en el contexto del procedimiento que inicia, por tal motivo, no se ha violentado el derecho del recurrente, quién en la etapa de investigación y de ser el caso en la etapa de prueba ejercerá su derecho, el que será tutelado en cada fase. Empero de lo manifestado, hay que clarificar que el inicio de un proceso de investigación no es imputar una infracción, sino investigarla, es obligación estatal confirmar si las explicaciones dadas en su momento por Importadora Eduardo Palacios Naranjo EPN CIA. LTDA., y otros, son veraces, sin que de ninguna manera esta autoridad pretenda entender como falsa la explicación, sino como sujeta a comprobación. La Intendencia técnica ha considerado aperturar una investigación por no considerar suficientes las explicaciones, ergo, con el fin de comprobar la veracidad de sus dichos, así como prevenir el posible mal funcionamiento del mercado que se investiga, se apertura el procedimiento. **NOVENO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES.-** Del análisis de la resolución de inicio de investigación 06 de agosto de 2018, las 15h50, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se determina que el órgano de investigación dispuso, *"(...) PRIMERO.- Agregar al expediente el informe jurídico económico elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, y acoger su recomendación, (...)"*; sin embargo en la disposición constante en el numeral segundo, se determina que no se ha dispuesto la apertura de la investigación al operador económico LABORATORIOS WINDSOR S.A, denunciante en la presente causa, empero que, ha sido la propia intendencia quien ha determinado indicios del cometimiento de la conducta por parte del referido operador, en virtud de lo cual, esta autoridad considera que, en base a lo determinado en el Art. 66 tercer considerando del Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se torna imprescindible la ampliación de la resolución de investigación a LABORATORIOS WINDSOR S.A, en base a las conclusiones constantes en el Informe Jurídico de Investigación Nro. SCPM-IIPD-DNIPD-007-2018, de 03 de agosto de 2018, emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de

Prácticas Desleales. **DECIMO.-** Por todo lo expuesto, y existiendo méritos suficientes para resolver, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 44, numeral 2 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad. **RESUELVE: PRIMERO.-** NEGAR el Recurso de Apelación, presentado por Importadora Eduardo Palacios Naranjo EPN CIA. LTDA., mediante escrito de 14 de agosto de 2018, en contra de la Resolución de 06 de agosto de 2018, las 15h50, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante la cual se dispone el inicio de la Investigación en contra del apelante y otros. **SEGUNDO.-** Se dispone al órgano de investigación ampliar la resolución de inicio de investigación al operador económico LABORATORIOS WINDSOR S.A, y continuar con el trámite de ley. En consecuencia y con esta adición, se ratifica lo actuado por la Intendencia Nacional de Investigación de Prácticas Desleales en resolución de 06 de agosto de 2018, las 15h50, cuyos tiempos procesales se contarán a partir del acto impugnado, esto es el 06 de agosto de 2018, en virtud de la naturaleza de la fase investigativa, tanto más que el operador económico denunciante ha sido notificado en la presente causa por la INICPD. **TERCERO.-** Notifíquese al órgano de investigación, como a las partes procesales.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Dra. Nafaya Tobar Mier
SECRETARIA AD-HOC