



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIPD
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-2016-038
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-2016-038-A-0017-2017-DS
- **Operador económico:** QUIFATEX S.A., ALICORP ECUADOR S.A., LA INDUSTRIA HARINERA

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 05 de agosto de 2017, a las 14h20.- **VISTOS.-** Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado subrogante, conforme se desprende de la Resolución No. SCPM-DS-051-2017 de 01 de septiembre de 2017, cuya copia certificada se agrega dentro del presente expediente administrativo No.SCPM-IIPD-2016-038-A-0017-2017-DS, en uso de mis facultades legales y estando el proceso en estado de resolver **DISPONGO: PRIMERO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el Art. 44 numeral 2 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 interpuesto. **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 recurrente, Dr. Xavier Andrade Cadena, a nombre de la compañía QUIFATEX S.A., con fecha el 06 de junio de 2017, presenta Recurso de Apelación en contra de la resolución de 5 de mayo de 2017, expedida por el Intendente de investigación de Prácticas Desleales, mediante la cual se niega el Recurso de Reposición interpuesto, en contra de la Resolución de inicio de investigación de 07 de febrero de 2017; y, en cumpliendo al principio de oportunidad establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en el "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 del 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 conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa". **CUARTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto administrativo



impugnado es la Resolución de 5 de mayo de 2017, expedida por el Intendente de investigación de Prácticas Desleales, mediante la cual se niega el Recurso de Reposición interpuesto en contra de la Resolución de inicio de investigación de 07 de febrero de 2017. **QUINTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.-** Dr. Xavier Andrade Cadena, a nombre de la compañía QUIFATEX S.A., en su escrito de 6 de junio de 2017, mediante el cual interpone Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 05 de mayo de 2017, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, principalmente argumenta y solicita, ““(…) *Los errores incurridos en el Informe Preliminar fueron, especialmente: (i) confundir al producto investigado con un producto totalmente distinto; (ii) afirmar que el producto investigado es comercializado en Ecuador, cuando nunca lo ha sido; y, (iii) lo que es más grave, confundir el término "light" con el término "delights" contenido en la marca del Producto Investigado. (...) 9. Sin embargo, la Intendencia omitió mencionar que es la labor de la Dirección (no de los administrados) realizar todas las investigaciones y constataciones necesarias para elaborar un Informe Preliminar que se ajuste a la verdad. Debería ser innecesario recalcar que conforme el artículo 48 de la LORCPM, la carga de la prueba recae sobre la Autoridad, no sobre el administrado. La Intendencia no puede excusar los errores del Informe Preliminar en la información proporcionada por un operador económico o una institución del Estado. (...) 12. En las Explicaciones se dejó en evidencia de que las conclusiones del Informe Preliminar responden a varios errores incurridos en la Investigación Preliminar, dentro de los que se incluyen: (i) confundir al producto investigado con un producto totalmente distinto; (ii) afirmar que el producto investigado es comercializado en Ecuador, pese a que jamás ha sido siquiera importado al país; y, (iii) lo que es más grave, asumir que el producto en cuestión es comercializado como "light" cuando en realidad su marca contiene el término "delights" (no "light"), que traducido al castellano significa "delicias"; vocablo que no tienen nada que ver con el término "light". (...) V. SOLICITUD. 48. Por todo lo expuesto, al amparo de lo establecido en el Art. 67 de la LORCPM, se solicita respetuosamente al Superintendencia de Control del Poder de Mercado que: a. Acepte el presente recurso de apelación y, por tanto, revoque y deje sin efecto la Resolución Impugnada en lo referente a las acusaciones realizadas en contra de QUIFATEX; b. Ordene el archivo de la investigación en lo referente a las acusaciones realizadas en contra de QUIFATEX. (...)”.* **SEXTO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSION.**- Atendiendo el Recurso de Apelación interpuesto por la recurrente, se analizan las siguientes actuaciones procesales; **a)** Memorando SCPM-IIPD-11-2016-M, 02 de marzo de 2016, suscrito por Ab. Marlon Roberto Vinueza Armijos, Intendente De Investigación de Prácticas Desleales, en el cual informa, “*conforme establece el artículo 53 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, de oficio iniciará la etapa de barrido toda vez que he tenido conocimiento del presunto cometimiento de prácticas desleales, mismo que me permito fundamentar a continuación: Mediante oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O, de 3 de enero de 2014, la Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (en adelante ARCSA) remitió al titular de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales a esa fecha, un dictamen técnico sobre “... la composición de los productos (reducción de calorías o nutrientes)”, y “Sobre la idoneidad de los productos para cumplir con el objetivo que se anuncia en su publicidad (alimento en referencia*



en el mercado y efecto light" Esta Intendencia ha podido evidenciar de la matriz en Excel denominada "PARÁMETRO LIGHT" si "Cumple" o "No cumple", que varias empresas, que expenden diversos productos en diferentes marcas, con la característica "light", en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca, no cumplen el mismo; sin embargo, consta dentro de los archivos de la Intendencia, que únicamente a la fecha se han iniciado procedimientos administrativos contra algunos. (...). **b)** Memorando No. SCPM-DNIPD-2016-018, de 19 de abril de 2016, mediante el cual se remite el Informe de Barrido del Expediente No. SCPM-IIPD-006-2016, en el cual concluye y recomienda, "(...) a) Considerar la información que ha llegado a conocimiento de esta Superintendencia constituye un elemento trascendental del cual se podrían presumir la configuración del cometimiento de actos de competencia desleal, los cuales se encontrarían afectando el normal desempeño del mercado y perjudicando al bienestar y derechos de los consumidores. b) Recomendar a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales avoque conocimiento y disponga el inicio de la investigación preliminar (...). c) Resolución de inicio de investigación preliminar de 19 de abril de 2016, mediante la cual el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales dispone, "**PRIMERO.-** Abrir seis investigaciones preliminares de oficio, cuyos informes no podrán ser expedidos en más de 180 días término de conformidad con el artículo 56 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya materia u objeto de investigación corresponderá a los mercados relevantes que a la fecha se han detectado por parte de la Intendencia, a saber: galletas, lácteos, mermeladas, bebidas, embutidos, productos de confitería.(...)". **d)** Providencia de 28 de julio de 2016, mediante el cual la IIPD dispone, "(...) **PRIMERO.-** El desglose del presente expediente SCPM-IIPD-2016-006, en 12 expedientes de investigación preliminar adicionales para cada uno de los mercados relevantes determinados (galletas, lácteos, mermeladas, bebidas, embutidos, caramelos, caninos, endulzantes, mariscos enlatados y congelados, postes, salsas, suplementos alimentarios), manteniéndose para el expediente se contabilizará desde el 19 de abril de 2016 a las 14h30.(...)". **e)** Informe de Investigación de la Etapa De Investigación Preliminar, de 30 de diciembre de 2016, en el cual concluye, "(...) De la acuerdo con las entrevistas realizadas a varios operadores económicos; y, de conformidad con los oficios dirigidos por ARCSA e INEN que hacen saber que la utilización del término "light" en la presentación de sus productos, varios de ellos presumiblemente estarían siendo comercializados con información que no ha sido comprobada, por lo que podría representar una ventaja competitiva frente a los productos de la misma categoría que no tienen la denominación "light". Se han trazado líneas de investigación referentes a: (i) la definición o regulación del término "light" en el etiquetado o promoción de productos alimenticios; (ii) la utilización de términos distintos al castellano; y (iii) la significación del vocablo light para el consumidor común y su concepción errónea. ARCSA remitió a esta Intendencia información referente a la composición de los productos (reducción de calorías o nutrientes) y a la idoneidad para cumplir con el objetivo que se anuncia en su publicidad (alimento en referencia en el mercado y efecto light). (...) Mezcla para preparar brownie con salsa de chocolate caliente/hot fudge brownie mix de marca "BETTY CROCKER WARM DELIGHTS", perteneciente al operador económico "QUIFATEX S.A."; (...). Dentro del análisis de sustitución del producto se logró determinar que el mercado del producto se determinó en base a la

67

2



elasticidad de la demanda propia y cruzada del producto, del cual se puede concluir que el mercado relevante está conformado por las pre mezclas para preparar tortas light. El mercado geográfico de las pre mezclas regulares comercializadas es a nivel nacional. (...) **f)** Providencia de 05 de enero de 2017, mediante la cual se ordena, “(...) Ordenar la notificación de la presente providencia junto con el referido informe, a los presuntos responsables, los operadores económicos (...) QUIFATEX S.A. (...), por presuntamente haber incurrido en actos de engaño, violación de norma, aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales (...), deberán presentar explicaciones en el término de (15 días) (...)”. **g)** Escrito presentado por el operador económico QUIFATEX, de 26 de enero de 2017, mediante el cual presenta sus explicaciones, principalmente argumentando, “(...) a) El Informe Preliminar confunde dos productos distintos del mismo fabricante. b) El producto investigado no ha sido comercializado en el Ecuador, por lo que no tiene consumidores ni pertenece al mercado relevante delimitado por la Dirección. c) Los términos "delights" y "lights" son radicalmente distintos. d) El producto investigado no es un producto "light" ni pretende serlo. e) El Informe Preliminar es resultado de una serie de presunciones falsas que han llevado a la Dirección a acusar a QUIFATEX sin ningún sustento fáctico o legal. (...)” **h)** Resolución de inicio de investigación de 01 de febrero de 2017, en la cual la IIPD dispone, “(...) TERCERO.- Iniciar la investigación formal del expediente No. SCPM-IIPD- EXP-038-201 6, por cuanto se presume la existencia de prácticas de engaño; violación de norma; y, aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor de acuerdo a lo dispuesto (sic) en el artículo 27 numeral 2, 9, y numeral (sic) 10, literal a, respectivamente de la LORCPM por parte del operador económico QUIFATEX S.A.; a fin de determinar al amparo de las facultades investigativas señaladas en la (sic) LORCPM, la existencia o no de dichas (sic) infracciones; y, de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de esta autoridad.(...)” **i)** Escrito presentado por el operador económico QUIFATEX de 02 de marzo de 2017, mediante el cual se interpone Recurso de Reposición en contra de la Resolución de Inicio de Investigación, en el que principalmente alega, “(...) a) QUIFATEX informó correctamente sobre los productos, demostrando que el Producto Investigado no es comercializado en Ecuador. b) El Informe Preliminar confunde dos productos distintos del mismo fabricante. c) El producto investigado no ha sido comercializado en el Ecuador, por lo que no tiene consumidores ni pertenece al mercado relevante delimitado por la Dirección. d) Los términos "delights" y "lights" tienen conceptos radicalmente distintos. e) El producto investigado no es un producto "light", ni pretende serlo. f) El Informe Preliminar es resultado de una serie de presunciones falsas que han llevado a la Intendencia a acusar a QUIFATEX sin ningún sustento fáctico o legal. g) La carga de la prueba corresponde a la Intendencia y no puede ser revertida en contra de QUIFATEX. h) La ilegalidad de la Resolución Impugnada es palpable, por lo que deberá ser revocada. (...)” **j)** Resolución de 5 de mayo de 2017, mediante la cual al IIPD resuelve, “(...) PRIMERO.- Negar el recurso de reposición interpuesto por la abogada Estefanía Fierro Valle, como abogada patrocinadora de la compañía QUIFATEX S.A., el 02 de marzo de 2017 y ratificar la resolución de inicio de investigación 01 de febrero de 2017, en lo referente al operador económico QUIFATEX S.A. (...). En el presente caso es necesario analizar la normativa aplicable,



- 19 -
obtusos

así; la **Constitución de la República del Ecuador** 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: (...) 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 (...)"; "**Art. 169.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"; "**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial"; "**Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. (...)"; "**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. 284.-** La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. (...) 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes."; "**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. 335.-** El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos. El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal."; "**Art. 336.-** El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad. El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y

4

l



fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.”; “**Art. 424.-** La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”; “**Art. 425.-** El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.(...)”. 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. (...)”; “**Art. 4.-** Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley: (...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso.”; “**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 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.- 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. (...) 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. 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. b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor. c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos. d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas. e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.”; “**Art. 48.- Normas generales.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate.(...) La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos

2

6



y prácticas prohibidas de conformidad con el artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.(...); “**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.(...)”; “**DISPOSICIONES GENERALES, Primera.- Jerarquía.-** La presente Ley tiene el carácter de orgánica y prevalecerá sobre las normas de inferior jerarquía. De conformidad con la Constitución de la República, se aplicará sistemáticamente con las demás normas del ordenamiento jurídico, en el orden jerárquico previsto en su artículo 425. (...) 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.”. De la normativa aplicable y de los elementos fácticos analizados en el expediente, es imperante considerar que, dentro del marco de derecho administrativo se debe establecer que las manifestaciones de Autoridad Pública, se realizan mediante actos emitidos dentro de sus competencias; la doctrina clasifica a los actos de la administración pública de diversas formas; así tenemos, actos administrativos, reglamentos administrativos, contratos administrativos, finalmente actos y resoluciones administrativas; respecto del acto administrativo, este se subdivide en actos de simple administración o de mero trámite, que son aquellos los 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 liberándolo de éste; 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 (...)”; en este punto se debe aclarar al recurrente, que tanto la providencia que dispone el inicio de la Investigación preliminar como la que dispone el inicio de la investigación (formal) no son actos administrativos en fondo y forma, cuya naturaleza, en el primer caso (investigación preliminar) es recabar información a fin de establecer indicios de la existencia o no de presuntas infracciones, que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de la SCPM, por intermedio de su órgano de investigación. Es decir, la resolución de inicio



de investigación preliminar, por sí misma no genera un efecto legal negativo sobre los operadores a quien se les requiere información, cuya obligatoriedad se encuentra establecida en el Art. 50 de la LORCPM, puesto que esta actuación no resuelve el tema principal, no establece responsabilidades, ni impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, ni dispone se realice un acto o se abstenga de hacerlo, pues constituye el inicio de la fase de investigación; de igual forma, en la fase de investigación (formal) el operador económico podrá ejercer su derecho a la defensa y presentar la documentación que considere pertinente para que sea valorada conforme los procedimientos establecidos en la Ley. En el expediente que nos ocupa, la Resolución de inicio de la investigación (formal), se expidió en apego al debido proceso establecido en la norma que rige a la materia de competencia a fin de sustanciar el proceso de investigación en curso; consecuentemente, no puede causar perjuicio o gravamen al operador económico investigado pues no implica restricción alguna a sus actividades económicas. En el campo del derecho administrativo la resolución de inicio de investigación, es un acto de simple administración, ya que no decide el fondo de la Litis, en el presente caso, lo que sucede es, que el ente de control ejercita plenamente las facultades investigativas conferidas en el artículo 49 de la LORCPM. Sin embargo de lo manifestado, no hay que olvidar que el objeto de la investigación es precisamente establecer la veracidad de los indicios con los que cuenta al avance del proceso, es decir, realizar un estudio completo y diligente de las presuntas conductas anticompetitivas y sus presuntos responsables, siendo obligación del organismo de autoridad de competencia, por intermedio de su órgano de investigación establecer elementos reales, comprobables y verificables, a fin de instruir procedimientos que podrían ser objeto de una etapa de resolución y sanción, si se determina la culpabilidad. Es menester recordar que la carga de la prueba se encuentra en el ámbito de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, con la excepción prevista en el Art. 48, quinto inciso de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por lo que la inducción a error en un proceso de investigación en el cual la carga de la prueba corresponde a esta Institución, será responsabilidad exclusiva del órgano investigativo, quién conoce el proceso y es el encargado de solicitar la información referente a la conducta que se investiga, analizar la pertinencia y observar que los elementos aportados por los operadores económicos, se ciñan al objeto que se investiga; sin que sea atribuible al operador económico una omisión que le corresponde asumir al órgano técnico, es decir, que para invertir la carga de la prueba o evidenciar un error en la entrega de información que sea atribuible al operador económico, debe mediar un análisis pormenorizado de los elementos aportados por el investigado, una confrontación de los indicios con los hechos y a su vez con la práctica que se investiga y la valoración correspondiente a cada aspecto que es el elemento de soporte para determinar si existe o no una acción anticompetitiva.

SEPTIMO.- RESOLUCIÓN.- Por todas las consideraciones fácticas y legales, amparado en las disposiciones del Art. 44, numeral 2, Art. 65, 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: Primero.-** NEGAR el Recurso de Apelación interpuesto por el Dr. Xavier Andrade Cadena, a nombre de la compañía QUIFATEX S.A., con fecha el 06 de junio de 2017, en contra de la Resolución de 5 de mayo de 2017, expedida por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, mediante la cual se niega el Recurso de Reposición interpuesto, impugnando la Resolución de inicio de investigación, por cuanto la resolución de inicio

67

2



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

de investigación de 07 de febrero de 2017, y la resolución mediante la cual se niega el Recurso de Reposición de 05 de mayo de 2017, no constituyen actos administrativos, en consecuencia se ratifica lo actuado por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales. **Segundo.**- Póngase en conocimiento de lo actuado a las partes procesales, así como al órgano de sustanciación e investigación.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**

Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (S)

Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC