

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.-

Expediente N.º SCPM-IGT-INICPD-018-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., 24 de septiembre de 2020.-

VISTOS.- En calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-0110-2019-A, de 22 de marzo de 2019, en uso de mis facultades legales administrativas, dentro del presente proceso de investigación en lo principal indico lo siguiente:

PRIMERO.-ANTECEDENTES

- (i) El procedimiento de investigación inició el 20 de febrero de 2018, conforme dispone el artículo 21 literal b) del Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM, que manifiesta: “...*La fase de barrido se iniciará cuando ingrese la solicitud a Secretaría General o ante quien haga sus veces en las Intendencias Zonales...*”.
- (ii) El oficio N.º MAG-SG-2018-0023-OF, de 20 de febrero de 2018, las 11h06, con número de ID 80739, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, puso en conocimiento de la SCPM, el contenido del INFORME SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE ENVÍO DE INFORMACIÓN DE PRECIO PAGADO AL PRODUCTOR, sobre presuntos actos contrarios a la LORCPM.
- (iii) El oficio N.º MAG-SG-2018-0025-OF de 20 de febrero de 2018, las 11h10, con número de ID 80740, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, puso en conocimiento de la SCPM, el contenido del INFORME DE ETIQUETADO DE BEBIDAS LÁCTEAS Y BEBIDAS DE YOGURT, así como las quejas ingresadas a su cartera de estado, sobre presuntos actos contrarios a la LORCPM.
- (iv) El informe de barrido de 04 de abril de 2018, por medio del cual la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, recomendó a la Intendencia abrir el expediente para conducir una investigación por el cometimiento de posibles prácticas desleales en contra de varios operadores económicos de la cadena de la venta de leche, bebidas lácteas, bebidas de yogurt; y, yogurt.
- (v) La providencia de 05 de abril de 2018, las 11h00, el Intendente agregó y acogió el informe de barrido emitido por la Dirección. Además, dispuso la apertura de investigación preliminar por el término de 180 días.
- (vi) El cuestionario N.º 1, la Intendencia solicitó información a varios operadores económicos que intervienen en el mercado lácteo.

- (vii)** La providencia de 17 de mayo de 2018, las 11h00, la Intendencia solicitó información a varias entidades públicas y operadores económicos del mercado investigado; así también, dispuso se realice inspecciones a varios operadores económicos los días 4; 5; 6; y, 11 de junio de 2018.
- (viii)** La reunión de trabajo de 23 de mayo de 2018, con delegados de AGROCALIDAD y funcionarios de la Intendencia.
- (ix)** La providencia de 28 de mayo de 2018, las 10h00, la Intendencia solicitó la colaboración de AGROCALIDAD y agrego el acta de la reunión de trabajo.
- (x)** El informe de inspección N.º SCPM-IIPD-02-2018, de 30 de mayo de 2018, la Dirección remitió a la Intendencia, el informe concerniente a las diligencias de inspección realizadas a las cadenas de supermercados.
- (xi)** El oficio N.º ARCSA-ARCSA-DTVYCPEYP-2018-0279-O, de 22 de mayo de 2018, la ARCSA pone en conocimiento de la Intendencia que, se ejecutan los controles en el ámbito de su competencia realizan los controles conforme a su planificación del año 2018.
- (xii)** El escrito de 07 de junio de 2018, las 16h33, con número de ID 91928, el operador económico LECHERA ANDINA S.A., LEANSA, solicitó acceso al expediente y copias de la grabación de la diligencia de inspección.
- (xiii)** El informe de inspección N.º SCPM-IIPD-03-2018, de 12 de junio de 2018, la Dirección remitió a la Intendencia, el informe concerniente a las diligencias de inspección realizada a varios operadores económicos del sector de las bebidas lácteas.
- (xiv)** El escrito de 13 de junio de 2018, las 17h03, con número de ID 93764, el operador económico MARCO´S, remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xv)** El escrito de 15 de junio de 2018, las 12h04, con número de ID 93924, las 12h04, el operador económico ABELLITO S.A., remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xvi)** El escrito de 20 de junio de 2018, las 16h22, con número de ID 95640, el operador económico LECHERA ANDINA S.A., remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xvii)** El escrito de 05 de julio de 2018, las 12h05, con número de ID 99058, el operador económico EL RANCHITO CIA. LTDA., remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xviii)** El escrito de 05 de julio de 2018, las 13h21, con número de ID 99063, el operador económico PROCESADORA DE ALIMENTOS ECUALAC, remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xix)** El escrito de 09 de julio de 2018, las 10h08, con número de ID 99195, el operador económico ALPIECUADOR S.A., remitió la información solicitada por la Intendencia.

- (xx)** La providencia de 17 de agosto de 2018, la Intendencia agrego la información remitida por los operadores económicos y la información recabada en las diligencias de inspección.
- (xxi)** El cuestionario N.º II y 2, la Intendencia solicitó información a la ARCSA y a varios operadores económicos de las cadenas de supermercados.
- (xxii)** La providencia de 17 de agosto de 2018, las 09h30, la Intendencia solicitó información a varios operadores económicos del sector lácteo y las cadenas de supermercados.
- (xxiii)** La providencia de 17 de septiembre de 2018, las 16h00, la Intendencia dispuso se remita la evidencia recabada en las inspecciones a la ARCSA, a fin de que realice el análisis correspondiente a sus competencias.
- (xxiv)** El acta de entrega recepción de 18 de septiembre de 2018, la Intendencia entregó a la ARCSA la información obtenida en las diligencias de inspección, a fin de que realice los análisis pertinentes.
- (xxv)** El oficio N.º ARCSA-ARCSA-CZ8-2018-1271-O, de 25 de septiembre de 2018, las 16h28, la ARCSA solicitó a la Intendencia los lineamientos de las inspecciones realizadas.
- (xxvi)** El oficio N.º ARCSA-ARCSA-CGTC-2018-0458-O, de 28 de septiembre de 2018, las 16h23, la ARCSA remitió la información solicitada por la Intendencia mediante cuestionario.
- (xxvii)** El escrito de 02 de octubre de 2018, las 15h32, con número de ID 114598, el operador económico LA FAVORITA C.A., remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xxviii)** La providencia de 04 de octubre de 2018, las 17h15, la Intendencia solicitó la colaboración de los órganos de control y agrego la información remitida por los operadores económicos.
- (xxix)** El escrito de 09 de octubre de 2018, las 16h30, con número de ID 116138, el operador económico TIA S.A., remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xxx)** El escrito de 16 de octubre de 2018, las 11h21, con número de ID 116494, el operador económico SANTAMARIA, remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xxxi)** El escrito de 23 de octubre de 2018, las 10h49, con número de ID 117063, el operador económico EL ROSADO S.A., remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xxxii)** El escrito de 23 de octubre de 2018, con número de ID 117150, el operador económico LECHE GLORIA S.A., remitió la información solicitada por la Intendencia.
- (xxxiii)** El escrito de 24 de octubre de 2018, con número de ID 117217, el operador económico EL RANCHITO CIA. LTDA., remitió la información solicitada por la Intendencia.

(xxxiv) La providencia de 10 de diciembre de 2018, las 14h45, la Intendencia dispuso se realice una inspección al operador económico MI COMISARIATO.

(xxxv) El Informe de investigación Preliminar Nro. SCPM-INICPD-DNICPD-02-2018 – I, del 20 de diciembre de 2018, elaborado por la DNICPD, mismo que en su parte pertinente señaló:

(...) En virtud de la documentación e información que consta en el expediente, se ha evidenciado presunciones sobre el cometimiento de actos de confusión, actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado lácteo, a la eficiencia económica y al bienestar general de los consumidores, por lo que se recomienda acoger el presente informe y correr traslado a fin de que presenten sus explicaciones, los siguientes operadores económicos, por las presuntas prácticas individualizadas a continuación: (...)

(...) Este organismo de control, una vez analizado de forma técnica y dentro del marco de prácticas anticompetitivas el informe realizado por el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la información que reposa en el expediente, encontró indicios de presuntas prácticas contrarias a una sana competencia, que versan sobre la similitud de los empaques entre las bebidas lácteas, bebidas de yogurt frente a la leche pura, estos hechos podrían dilucidar la existencia de posibles prácticas desleales por parte de los operadores económicos del sector lácteo y al supermercado, dado que es obligación de los mismos perchar los productos hacer comercializados en su establecimiento.”

“Dentro del término fijado en la Resolución de Inicio de la Investigación Preliminar, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, analizado técnica y legalmente la información recabada dentro del caso signado con el N° SCPM-IIPD-011-2018, en la que los operadores económicos: (...)

(...) PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS.;...

(xxxvi) La providencia de 21 de diciembre de 2018, las 10h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, corrió traslado el informe de investigación preliminar a los operadores económicos, para que en el término de 15 días presenten sus explicaciones.

(xxxvii) El escrito de 03 de enero de 2019, las 13h16, con número de ID 121645, el operador económico GRUPO ROSSI, remitió la información solicitada por la Intendencia.

(xxxviii) El escrito de 03 de enero de 2019, las 16h27, con número de ID 121689, el operador económico UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.

(xxxix) El escrito de 04 de enero de 2019, con número de ID 121786, el operador económico CORPABE S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.

(xl) El escrito de 04 de enero de 2019, las 16h40, con número de ID 121827, el operador económico LECHE GLORIA S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.

- (xli)** El escrito de 04 de enero de 2019, las 16h45, con número de ID 121828, el operador económico TIA S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (xlii)** El escrito de 04 de enero de 2019, las 16h50, con número de ID 121829, el operador económico RELI S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (xliii)** El escrito de 07 de enero de 2019, las 13h01, con número de ID 121964, el operador económico CORPABE S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (xliv)** El escrito de 07 de enero de 2019, las 13h14, con número de ID 121966, el operador económico TONI S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (xlv)** El escrito de 07 de enero de 2019, las 14h48, con número de ID 121979, el operador económico INPROLAC S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (xlvi)** El escrito de 07 de enero de 2019, las 15h20, con número de ID 121989, el operador económico QSI ECUADOR S.A., remite lo dispuesto por la Intendencia.
- (xlvii)** El escrito de 08 de enero de 2019, las 13h58, con número de ID 122145, el operador económico PRODUCTOS LÁCTEOS PERSAS, remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (xlviii)** El escrito de 08 de enero de 2019, las 16h06, con número de ID 122181, el operador económico REYBANPAC C.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (xlix)** El escrito de 09 de enero de 2019, las 11h12, con número de ID 122265, el operador económico DEGEREMCIA S.A., remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (l)** El escrito de 10 de enero de 2019, las 10h38, con número de ID 122388, el operador económico PROLANDIA, remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (li)** El escrito de 10 de enero de 2019, las 15h16, con número de ID 122429, el operador económico EL SALINERITO, remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lii)** El escrito de 10 de enero de 2019, las 16h24, con número de ID 122463, el operador económico LECHE GLORIA S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (liii)** El escrito de 11 de enero de 2019, las 12h53, con número de ID 122531, el operador económico HELADOS LA TIENDA, remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (liv)** El escrito de 11 de enero de 2019, las 15h23, con número de ID 122552, el operador económico CHOCONO S.A., remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lv)** El escrito de 11 de enero de 2019, las 17h13, con número de ID 122576, el operador económico HALADOS LA TIENDA, remitió lo dispuesto por la Intendencia.

- (lvi)** El escrito de 14 de enero de 2019, las 15h28, con número de ID 122664, el operador económico RELI S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (lvii)** El escrito de 14 de enero de 2019, las 17h00, con número de ID 122693, el operador económico TIA S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (lviii)** El escrito de 15 de enero de 2019, las 10h18, con número de ID 122710, el operador económico LACTJUBONES, remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lix)** El escrito de 15 de enero de 2019, con número de ID 122720, el operador económico INPROLAC S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (lx)** El escrito de 15 de enero de 2019, con número de ID 122735, el operador económico INDUSTRIAS LÁCTEAS CHIMBORAZO CIA. LTDA, remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lxi)** El escrito de 15 de enero de 2019, las 13h01, con número de ID 122748, el operador económico DLIPINDUSTRIAL S.A., realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (lxii)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 09h01, con número de ID 122804, el operador económico INDULAC, remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lxiii)** El escrito de 16 de enero de 2019, con número de ID 122812, el operador económico PRODUCTOS LÁCTEOS GUERRERO CIA. LTDA., remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lxiv)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 10h16, con número de ID 122820, el operador económico HELADRIA COFRUNAT C.L., remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lxv)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 11h25, con número de ID 122837, el operador económico QUALA ECUADOR S.A., remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lxvi)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 13h14, con número de ID 122854, el operador económico SANTAMARIA S.A., remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lxvii)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 15h10, con número de ID 122865, el operador económico DUMILESA S.A., remitió lo dispuesto por la Intendencia.
- (lxviii)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 15h24, con número de ID 122871, el operador económico FABRILACTEOS CIA. LTDA, realizó varias solicitudes a la Intendencia.
- (lxix)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 15h34, con número de ID 122872, el operador económico EQF S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.

- (lxx)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 15h40, con número de ID 122874, el operador económico NONOLACTEOS CIA. LTDA., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxi)** El escrito de 16 de enero de 2019, las 16h02, con número de ID 122878, el operador económico PARMALAT DEL ECUADOR S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxii)** El escrito de 17 de enero de 2019, las 11h29, con número de ID 122935, el operador económico RELI S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxiii)** El escrito de 17 de enero de 2019, las 11h37, con número de ID 122936, el operador económico INPROLAC S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxiv)** El escrito de 17 de enero de 2019, las 12h05, con número de ID 122944, el operador económico HANSEL Y GRETEL CIA. LTDA., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxv)** El oficio N.º 28-DGSG de 17 de enero de 2019, las 12h11, con número de ID 122948, la Secretaria General del Gobierno de Pichincha, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxvi)** El escrito de 17 de enero de 2019, las 12h44, con número de ID 122968, el operador económico TONI, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxvii)** El escrito de 17 de enero de 2019, las 13h01, con número de ID 122970, el operador económico PRODUCTOS EL TAMBO, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxviii)** El escrito de 17 de enero de 2019, las 13h08, con número de ID 122971, el operador económico PRODUCTOS LÁCTEOS YAZNAN, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxix)** El escrito de 17 de enero de 2019, las 16h26, con número de ID 123008, el operador económico LA FINCA CIA. LTDA., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxx)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 10h30, con número de ID 123067, el operador económico FÁBRICA DE QUESOS FLORELLA, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.

- (lxxxix)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 11h08, con número de ID 123077, el operador económico FABRILÁCTEOS CIA. LTDA., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxii)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 11h17, con número de ID 123080, el operador económico PRODUCTOS LÁCTEOS LUCILITA, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxiii)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 14h43, con número de ID 123101, el operador económico DEL CAMPO CIA. LTDA., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxiv)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 16h08, con número de ID 123113, el operador económico LECHE GLORIA S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxv)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 16h15, con número de ID 123116, el operador económico TIA S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxvi)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 16h25, con número de ID 123124, el operador económico ECUALAC, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxvii)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 17h13, con número de ID 123133, el operador económico CORPABE S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxviii)** El escrito de 18 de enero de 2019, las 17h03, con número de ID 123138, el operador económico HELADERIA TUTTO FREDDO S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (lxxxix)** El escrito de 21 de enero de 2019, las 09h06, con número de ID 123155, el operador económico GUERRERO PEÑA Y COMPAÑIA, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xc)** El escrito de 21 de enero de 2019, las 13h39, con número de ID 123212, el operador económico LÁCTEOS BONANZA SUPERIOR, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xci)** El escrito de 21 de enero de 2019, las 16h12, con número de ID 123238, el operador económico DLIPINDUSTRIAL S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.

- (xcii)** El escrito de 22 de enero de 2019, las 11h15, con número de ID 123255, el operador económico EL ROSADO S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xciii)** El escrito de 22 de enero de 2019, las 12h25, con número de ID 123281, el operador económico PASTEURIZADORA TANILACT, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xciv)** El escrito de 23 de enero de 2019, las 13h46, con número de ID 123420, el operador económico CHIVERIA S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xcv)** El escrito de 23 de enero de 2019, las 16h06, con número de ID 123441, el operador económico UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xcvi)** El escrito de 23 de enero de 2019, las 16h33, con número de ID 123450, el operador económico REYBANPAC C.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xcvii)** El escrito de 23 de enero de 2019, las 16h47, con número de ID 123459, el operador económico TIA S.A., solicitó a la Intendencia, informe cual sería el término para el inicio de la investigación formal o el archivo del expediente.
- (xcviii)** El escrito de 24 de enero de 2019, las 15h27, con número de ID 123635, el operador económico PRODALECC, remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (xcix)** El escrito de 24 de enero de 2019, las 15h33, con número de ID 123638, el operador económico PRODALECC, remitió un alcance a sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (c)** El escrito de 28 de enero de 2019, las 16h05, con número de ID 123860, el operador económico RELI S.A., solicitó a la Intendencia mantener una reunión de trabajo.
- (ci)** El escrito de 29 de enero de 2019, las 08h49, con número de ID 123892, el operador económico LA POLACA S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (cii)** El escrito de 29 de enero de 2019, 12h57, con número de ID 123923, el operador económico PROVEAGRO S.A., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (ciii)** Los cuestionarios N.º IV y V, por medio de los cuales la Intendencia solicitó información a los órganos de control.

- (civ)** La providencia de 30 de enero de 2019, las 11h00, la Intendencia solicitó información a los diferentes órganos de control y señaló día y hora para mantener una reunión de trabajo.
- (cv)** El escrito de 31 de enero de 2019, las 15h58, con número de ID 124130, el operador económico EL RANCHITO CIA. LTDA., remitió sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar.
- (cvi)** El oficio N.º MAG-SPP-2019-0038-O, suscrito por el Ing. Eddie Pesántez Benítez Subsecretario de Producción Pecuaria del MAG, ingresado el 08 de febrero de 2019, las 10h18, con número de ID 124807, medio el cual, se adjuntó información actualizada respecto del detalle de operadores económicos que reportan el precio del pago justo por el litro de leche, conforme disponen los artículos 1, 2, 3, 4 y 11 del Acuerdo Ministerial 394.
- (cvii)** La providencia de 19 de febrero de 2019, las 17h10, la Intendencia volvió a correr traslado el Informe de Investigación Preliminar a los operadores económicos que, de conformidad con las razones de no notificación sentadas por la Secretaría General de la SCPM, no habrían sido notificados.
- (cviii)** La providencia de 20 de marzo de 2019, las 15h30, la Intendencia volvió a correr traslado el informe de investigación preliminar a los operadores económicos que, de conformidad con las razones de no notificación sentadas por la Secretaría General de la SCPM, no habrían sido notificados.
- (cix)** La resolución de 30 de abril de 2019, 16h50, la Intendencia ordenó el inicio de la investigación, considerando como presuntos responsables, entre otros, al operador económico PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS., por las conductas contenidas en los numerales 2; 9; y, 10 letra a) del artículo 27 de la LORCPM, cuyo plazo de duración no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables por una sola vez hasta por ciento ochenta días (180).
- (cx)** El escrito de 07 de mayo del 2019, las 13h17, con número de ID 131883, el operador económico PASTEURIZADORA EL RANCHITO CÍA. LTDA., solicitó se aclare la Resolución de 30 de abril del 2019.
- (cxi)** El escrito de 07 de mayo del 2019, las 15h09 con número de ID 131900, el operador económico INDUSTRIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS INPROLAC S.A., solicitó se aclare y amplíe la Resolución de 30 de abril del 2019.
- (cxii)** El escrito de 08 de mayo del 2019, las 15h25, con número de ID 131990, el operador económico FABRILÁCTEOS CIA. LTDA., solicitó aclarar y ampliar la Resolución de 30 de abril del 2019.
- (cxiii)** El escrito de 09 de mayo del 2019, las 11h53, con número de ID 132057, el operador económico FABRILÁCTEOS CIA. LTDA., solicitó un alcance al Recurso de aclaración.

- (cxiv)** La providencia de 9 de mayo del 2019, las 17h45, la Intendencia agregó los documentos presentados por los operadores económicos: MEGA SANTAMARÍA; INPROLAC S.A.; PASTEURIZADORA EL RANCHITO CÍA.LTDA., INDUSTRIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS INPROLAC S.A., FABRILÁCTEOS CIA. LTDA.
- (cxv)** La providencia de 10 de mayo del 2019, 10h00, la Intendencia proveyó las solicitudes de aclaración.
- (cxvi)** La providencia de 13 de mayo del 2019, las 14h00, la Intendencia proveyó el recurso de aclaración presentado por los operadores económicos: PASTEURIZADORA EL RANCHITO CÍA.LTDA., INDUSTRIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS INPROLAC S.A., FABRILÁCTEOS CIA. LTDA.
- (cxvii)** El escrito de 03 de junio del 2019, las 12h39, con número de ID 133967, el operador económico FABRILÁCTEOS CIA. LTDA., solicitó se declare la nulidad de la Resolución de 30 de abril del 2019; y/o, se analice la información agregada en el expediente mediante escritos presentados el 8 y 9 de mayo del 2019.
- (cxviii)** El escrito de 03 de junio del 2019, las 12h43, con número de ID 133969, el operador económico INDUSTRIA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS INPROLAC S.A., solicitó se declare la nulidad de la Resolución de 30 de abril del 2019.
- (cxix)** La providencia de 05 de junio de 2019, la Intendencia dispuso el desglose del expediente N.º SCPM-IIPD-011-2018 en 14 investigaciones adicionales al principal; correspondiéndole al operador PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS, el número del expediente SCPM-IGT-INICPD-0018-2019.
- (cxx)** Cuestionario I realizado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, para el operador económico PRODALECC.
- (cxxi)** Providencia de 3 de julio de 2019, las 12h00, la Intendencia, agregó y remitió el cuestionario I, al operador económico PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS PRODALECC CÍA. LTDA.; y, dispuso al ARCSA realice el análisis químico y físico de la composición de la leche modificada LA QUERENCIA.
- (cxxii)** El oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DAJ-2019-0096-O, de 16 de julio del 2019, las 11h28, con número de ID 137542, el ARCSA, indicó que *“[...] posterior al análisis realizado, se ha determinado la necesidad de disponer de mayor información, con el fin de contribuir con la salud de la población y atender al requerimiento, motivo por el cual se requiere lo siguiente: Notificación Sanitaria del producto; Nombre del fabricante o titular [...] una vez que se disponga de la información antes mencionada, se procederá con el análisis correspondiente por parte de esta Agencia [...]”*
- (cxxiii)** El escrito de 17 de julio del 2019, las 10h47, con número de ID 137663, el operador económico PRODALECC., remitió información del Cuestionario I.

- (cxxiv)** Cuestionario II realizado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, para el operador económico PRODALECC.
- (cxxv)** Providencia de 12 de agosto de 2019, las 13h20, la Intendencia, agregó los documentos referido ut supra; y, remitió el cuestionario II, al operador económico PRODALECC.; y, dispuso que remita la notificación sanitaria y el nombre del fabricante o el titular su bebida láctea.
- (cxxvi)** El escrito de 15 de agosto del 2019, las 11h34, con número de ID 140549, el operador económico PRODALECC., remitió el certificado de notificación sanitaria No. 18942-ALN-0618 emitida por el ARCSA; e, indicó que el nombre del fabricante es Neptalí Eduardo Cobo Cruz
- (cxxvii)** El escrito de 28 de agosto del 2019, las 11h36, con número de ID 142161, el operador económico PRODALECC., remitió información que hacía referencia al Cuestionario II.
- (cxxviii)** La Resolución N.º SCPM-DS-2019-52, de 10 de octubre de 2019, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado en lo principal resolvió:
- ... Artículo 1.- Suspender el cómputo de los plazos y términos, tanto para los ciudadanos como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos e investigativos que se sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el jueves 10 de octubre del año en curso, hasta el lunes 14 de octubre de 2019, inclusive ...
- (cxxix)** Providencia de 17 de octubre de 2019, las 14h00, la Intendencia, agregó los documentos referido ut supra; y, dispuso al ARCSA que realice el análisis químico y el físico de la leche modificada de la QUERENCIA.
- (cxxx)** El escrito de 25 de octubre del 2019, las 12h25, con número de ID 148240, el operador económico PRODALECC., remitió el extracto no confidencial del Cuestionario II.
- (cxxxix)** El oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTVYCP-2019-0360-O, de 25 de octubre del 2019, las 14h07, con número de ID 148263, el ARCSA, remitió información dispuesta en providencia de 17 de octubre de 2019.
- (cxxxii)** Providencia de 30 de octubre de 2019, las 15h40, la Intendencia, agregó los documentos referido ut supra y declaró confidencial la pregunta 2 contenida del Cuestionario II.
- (cxxxiii)** La resolución de 31 de octubre de 2019, mediante la cual la Intendencia en su parte pertinente resolvió prorrogar el plazo de investigación, por un máximo de ciento (180) días adicionales.
- (cxxxiv)** Cuestionario VII realizado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, para el operador económico PRODALEC.

- (cxxxv)** Providencia de 27 de diciembre del 2019, las 10h15, la Intendencia, agregó y remitió el Cuestionario VII al operador económico PRODALEC.
- (cxxxvi)** El escrito de 09 de enero del 2020, las 15h06, con número de ID 153731, el operador económico PRODALECC., remitió información que hacía referencia al Cuestionario VII.
- (cxxxvii)** Cuestionario VIII realizado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, para el operador económico PRODALEC.
- (cxxxviii)** Providencia de 13 de febrero del 2020, las 10h15, la Intendencia, agregó y remitió el Cuestionario VIII al operador económico PRODALEC.
- (cxxxix)** El escrito de 20 de febrero del 2020, las 12h52, con número de ID 157564, el operador económico PRODALECC., remitió información que hacía referencia al Cuestionario VIII.
- (cxl)** Cuestionario IX realizado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, para el operador económico Operadores económicos.
- (cxli)** Providencia de 27 de febrero del 2020, las 15h15, la Intendencia, agregó y remitió el Cuestionario IX a los operadores económicos.
- (cxlii)** El escrito de 5 de marzo del 2020, las 11h51, con número de ID 158491, el operador económico LECHE GLORIA- ECUADOR S.A., remitió información que hacía referencia al Cuestionario IX.
- (cxliii)** El escrito de 9 de marzo del 2020, las 10h39, con número de ID 158871, el operador económico INDUSTRIAS LÁCTEAS CHIMBORAZO CÍA. LTDA INLECHE., remitió información que hacía referencia al Cuestionario IX.
- (cxliv)** El escrito de 9 de marzo del 2020, las 12h45, con número de ID 158944, el operador económico PRODALECC., remitió información que hacía referencia al Cuestionario IX y el extracto no confidencial de las unidades y volumen de ventas contenidas en el Cuestionario VIII.
- (cxlv)** Las copias certificadas de los documentos constantes en el expediente SCPM-IIPD-011-2018.
- (cxlvi)** El escrito de 12 de marzo del 2020, las 11h42, con número de ID 159452, el operador económico PRODALECC., remitió información que hacía referencia al Cuestionario IX y el extracto no confidencial de las unidades y volumen de ventas contenidas en el Cuestionario VIII.
- (cxlvii)** La Resolución No. SCPM-DS-2020-14 emitida por el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, la cual en su parte pertinente resolvió:



(...) Artículo 1.- Suspender el cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos e investigativos que inicien o que se encuentren en trámite en los distintos órganos de investigación, sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, desde el lunes 16 de marzo 2020, inclusive, por el tiempo que dure la declaratoria de emergencia sanitaria o, se resuelva la derogatoria de la presente Resolución. (...)

(cxlvi) La providencia de 16 de marzo de 2020, las 13h40, por la cual, la Intendencia puso en conocimiento del operador económico la resolución referida ut supra.

(cxlix) La resolución N.º SCPM-DS-2020-26, de 03 de julio de 2020, en su parte pertinente el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió:

Artículo 5.- Levantar 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 administrativos sancionadores relacionados con el régimen de conductas anticompetitivas tipificadas en los artículos 9, 10, 11, 25, 26 y 27 de la LORCPM, sustanciados por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; la Intendencia Regional; y, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, conforme la siguiente planificación(...)" "b) A partir del lunes 20 de julio de 2020, los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en las fases de Investigación, Sustanciación y Resolución. (...). (Énfasis añadido)

(cl) La providencia de 20 de julio de 2020, mediante la cual, la Intendencia puso en conocimiento de los operadores económicos la resolución referida ut supra, agregó las copias certificadas referidos ut supra, documentos constantes en el expediente SCPM-IIPD-011-2018; la Intendencia proveyó los escritos de los operadores económicos LECHE GLORIA; INDUSTRIA LACTEAS CHIMBORAZO CÍA. LTDA.; PRODALECC; y, remitió el Cuestionario IX a los operadores económicos: PROLACBEN; PRODUCTOS LÁCTEOS TANICUCHI; agregó y remitió el Cuestionario X a los operadores económicos descrito en el ANEXO III.

(cli) El escrito de 22 de julio del 2020, las 17h13, con número de ID 165283, el operador económico LECHE-GLORIA-ECUADOR S.A., remitió información que hacía referencia al Cuestionario IX.

(clii) El escrito de 28 de julio del 2020, las 10h30, con número de ID 165685, el operador económico PRODALECC, remitió información que hacía referencia al Cuestionario X.

(cliii) El escrito de 31 de julio del 2020, las 10h31, con número de ID 166057, el operador económico PAUSTERIZADORA TANILACT, remitió información que hacía referencia al Cuestionario X.

(cliv) El escrito de 31 de julio del 2020, las 11h04, con número de ID 166062, el operador económico INDUSTRIA LACTEAS CHIMBORAZO CÍA. LTDA, remitió información que hacía referencia al Cuestionario X.

(clv) El escrito de 3 de agosto del 2020, las 12h24, con número de ID 166220, el operador económico LECHE-GLORIA-ECUADOR S.A., remitió información que hacía referencia al Cuestionario X.

(clvi) La resolución N.º SCPM-DS-2020-31, de 12 de agosto de 2020, en su parte pertinente el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió:

“(…) Artículo 1.- Suspender el cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos sancionadores que son sustanciados en la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; Comisión de Resolución de Primera Instancia; y, los recursos administrativos que son sustanciados por la Intendencia Nacional Jurídica, desde el jueves 13 de agosto de 2020, inclusive, hasta que se superen las circunstancias que motivan esta suspensión y se resuelva la derogatoria de la presente Resolución.. (...)”

(clvii) La providencia de 17 de agosto de 2020, a través de la cual, la Intendencia puso en conocimiento del operador económico la resolución referida ut supra.

(clviii) El escrito de 14 de agosto del 2020, las 10h59, con número de ID 167187, el operador económico PAUSTERIZADORA TANILACT., remitió información que hacía referencia al Cuestionario X.

(clix) El oficio CRDPIC-DTEC-2020-0001-O, de 19 de agosto del 2020, con número de ID 167692, el DIRECTOR TÉCNICO DE EVALUACIÓN DE CONTENIDOS, remitió el informe CRDPIC-CGD-DTEC-2020-004-AS- ANÁLISIS SEMIÓTICO DEL EMPAQUE DEL PRODUCTO Leche modificada LA QUERENCIA, del operador económico PRODALEC.

(clx) El escrito de 19 de agosto del 2020, las 13h22, con número de ID 167702, el operador económico LECHE-GLORIA-ECUADOR S.A., remitió información que hacía referencia al Cuestionario IX.

(clxi) La resolución N.º SCPM-DS-2020-32, de 26 de agosto de 2020, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado en su parte pertinente dispuso:

“Artículo 1.- Levantar desde el jueves 27 de agosto de 2020, la suspensión del cómputo de los plazos y términos de los procedimientos administrativos sancionadores que se sustancian en la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales; Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas; Comisión de Resolución de Primera Instancia; y, los recursos administrativos que son sustanciados por la Intendencia Nacional Jurídica.”

(clxii) La providencia de 27 de agosto de 2020, mediante la cual, la Intendencia puso en conocimiento del operador económico la resolución referida ut supra, agregó los escritos presentados por el operador económico, despacho la información y dispuso la aclaración

del informe de la CORDICOM, finalmente dispuso a la DNICPD suspender las diligencias pertinentes dispuesta en el numeral SEGUNDO de la providencia de 22 de julio de 2020.

- (clxiii)** Las copias certificadas del escrito y anexo signado presentado por LECHE-GLORIA-ECUADOR S.A., con el ID 163686, ingresadas por la Secretaría General de la SCPM, con el ID 168682.
- (clxiv)** Agréguese al expediente el oficio N.º CRDPIC-DTEC-2020-0013-O y anexo presentado por el Lcdo. Jorge Sánchez Cazar Director Técnico de Evaluación de Contenidos del Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, el 04 de septiembre de 2020, las 12h27, signado con el ID 169403.
- (clxv)** La providencia de 08 de septiembre de 2020, mediante la cual, la Intendencia agregó los escritos presentados por el operador económico y atendió su solicitud.
- (clxvi)** Copias certificadas del oficio N.º 917012020OSTN001537 y anexo, remitidos por el SRI signado con el número de ID 169237.
- (clxvii)** La providencia de 14 de septiembre de 2020, mediante la cual, la Intendencia agregó el oficio referido *ut supra*, y el acta de entrega recepción de información.
- (clxviii)** El Informe de Resultados de la Investigación, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, de 14 de septiembre de 2020.
- (clxix)** La providencia de 24 de septiembre de 2020, mediante la cual, la Intendencia agregó el informe de resultados de la investigación.

SEGUNDO.- COMPETENCIA

2.1. Constitución de la República del Ecuador

El artículo 226 de la norma constitucional determina:

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.

En armonía con el artículo 213, sección cuarta, de la norma (*ibidem*), establece:

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...

2.2. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM)

El artículo 1 de la LORCPM dispone:

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.

En concordancia el artículo 2 de la LORCPM ordena:

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.

Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo.

La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.

El artículo 3 de la LORCPM estatuye:

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.

Así también, lo dispuesto en el artículo 4 de la LORCPM determina:

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:

1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.
2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.
5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.
6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.

10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. (...)

Por su parte, el artículo 25 de la LORCPM establece:

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.

Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.

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.

Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.

Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.

La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot.

En concordancia, el artículo 26 de la LORCPM determina:

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.

Los numerales 2; 9; y, 10 literal a) del 27 artículo de la LORCPM, en su parte pertinente, consideran actos de competencia desleal:

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

“... 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”

“...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.”

“...Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se consideran prácticas desleales, entre otras...”

“...El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor...”

El artículo 67 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM (en adelante RLORCPM), que establece:

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.

En este orden de ideas, el artículo 11 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, prescribe:

Art. 11.- ARCHIVO POR FALTA DE CARGOS.- Recibido el informe de resultados **el Intendente en el término de diez (10) días**, lo analizará y en caso que dicho informe de resultados concluya que no se ha determinado infracciones anticompetitivas, mediante resolución motivada dispondrá el archivo del caso. (Énfasis añadido)

Con base en las normas señaladas, esta Intendencia tiene la competencia para emitir la presente resolución.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL

En la tramitación del presente expediente, esta Autoridad no ha omitido solemnidad sustancial alguna que pueda viciar la causa, por lo que se declara su validez.

CUARTO.- DETERMINACIÓN PRECISA DE LOS INVESTIGADOS

PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS, con RUC 1391719167001, (en adelante también PRODALEC) en calidad de representante legal el señor MONCAYO REYNA ROBERTO CARLOS. El operador económico, conforme la información del SRI, habría iniciado sus actividades el 13 de junio de 2002 y habría actualizado su actividad el 20 de julio de 2020.

QUINTO.- LA CONDUCTA OBJETO DE INVESTIGACIÓN, LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES O SERVICIOS QUE ESTARÍAN SIENDO OBJETO DE LA CONDUCTA, LOS BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS, LA DURACIÓN DE LA CONDUCTA. MERCADO RELEVANTE

5.1 Las conductas objeto de investigación

En la presente investigación, el operador económico PRODALEC CIA. LTDA., habría cometido actos de engaño; violación de normas; y, aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento de los consumidores, tipificado en los numerales 2; 9; y, 10 letra a) del artículo 27 de la LORCPM.

5.2 Características de los bienes o servicios que serían objeto de la conducta, los bienes o servicios similares presuntamente afectados

De conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), a efectos de aplicar esta Ley, el órgano de investigación determinará para cada caso el mercado relevante; por lo que, para la presente investigación esta Autoridad procede a realizar el siguiente análisis:

La Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, de conformidad con el artículo 67 del RLORCPM, elaboró el Informe de Resultados de la Investigación, con fecha de 14 de septiembre de 2020, que en su parte pertinente señaló:

Del análisis económico, la DNICPD explicó:

En el presente caso, las presuntas prácticas desleales investigadas habrían acontecido en la comercialización de leche modificada, en la que presentaba un etiquetado que posiblemente podía inducir al error al consumidor. En este sentido, la DNICPD identificó a éste como el bien objeto de la presente investigación.

La leche modificada pasteurizada, según la norma NTE INEN 10:20121, se encuentra definida de la siguiente manera:

¹ INEN. «NTE-INEN 10:2012.» *Leche Pasteurizada. Requisitos*. Quito: INEN, 03 de 04 de 2012.

Leche modificada pasteurizada. Es la leche que ha sido reducida total o parcialmente de alguno de sus componentes naturales o modificada en cualquiera de sus elementos constitutivos, sometida posteriormente a un proceso de pasteurización.

En tal virtud, para la determinación del presente mercado relevante se identificará los productos que puedan ser considerados como sustitutos desde el punto de vista de la demanda y de la oferta de las leches modificadas pasteurizadas.

Así también, en las generalidades del producto objeto de investigación, la DNICPD identificó que:

Al respecto esta Dirección solicitó, mediante cuestionario VII, al operador económico que remita las etiquetas de los productos de leche modificada “LA QUERENCIA”. El operador económico mediante escrito de 09 de enero de 2020, con Id. 153731, remitió las siguientes:

LA QUERENCIA Leche modificada²



Fuente: Operador económico

En tal sentido, esta Dirección identifica que el operador económico investigado comercializa una leche modificada, por lo que le corresponden analizar, en el presente caso, este mercado, además identificar la sustitución de la demanda y oferta, conforme las herramientas contempladas en la resolución N°. 11, análisis realizado a continuación.

En este orden de ideas, esta Intendencia coincide con el criterio de la Dirección, en tanto que, para la delimitación realizada en el informe de resultados, se utilizaron los criterios contenidos en la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 10:2012, respecto de leche modificada pasteurizada, en tal virtud, resulta preciso comprender que los empaques de las bebidas modificadas no deben mantener connotaciones y/o características que sean propias de la leche pura de vaca.

En este sentido, una vez identificadas las características del mercado y obligaciones contenidas en la norma, esta Intendencia concuerda que el mercado relevante señalado por la DNICPD; es decir, el mercado de leche modificada pasteurizada, serían los productos objeto de la presente investigación.

² Es importante señalar que el operador remitió otra etiqueta, sin embargo, la etiqueta que tiene el nombre horizontal La Querencia no es objeto de la investigación.

5.2.2. Sustitución de la demanda

Para el análisis de sustitución de la demanda, esta Intendencia considera lo referido en el artículo 6 de la Resolución N° 11, esto es: “... el análisis de sustitución de la demanda implica determinar todos aquellos bienes que el consumidor o usuario considere como sustitutos del producto o servicio materia de análisis. Se deberá utilizar criterios, tantos cuantitativos como cualitativos (...)”.

Al respecto, el análisis de sustitución cualitativa por parte de la demanda, la Dirección en el informe de resultados, manifestó que:

“...Las leches modificadas pasteurizadas, según la norma NTE INEN 10:2012³: “es la leche que ha sido reducida total o parcialmente de alguno de sus componentes naturales o modificada en cualquiera de sus elementos constitutivos, sometida posteriormente a un proceso de pasteurización”.

En el caso específico del producto objeto de la presente investigación, la leche ha sido modificada en sus componentes de proteína y grasa, y sometida a un proceso de pasteurización. En este sentido, por su proceso de producción, la leche modificada pasteurizada se diferencia de la leche UHT, sobre todo en relación al tiempo de vida útil, en el primer caso, la leche dura máximo 4 días y debe ser mantenida en refrigeración, mientras que en el segundo, la leche se puede conservar durante meses a temperatura ambiente, en envase cerrado.

En este punto, es preciso mencionar que en el caso N° COMP/M.6611 – ARLA FOODS/MILK LINK⁴, la Comisión Europea consideró a la leche UHT como un mercado distinto de la leche pasteurizada, debido a la diferencia entre estos productos. Por lo que, dadas las diferentes características en relación al tiempo de vida útil, así como, con base en referencias internacionales, esta Dirección considera, a *priori*, la no sustitución entre la leche modificadas pasteurizada y la leche modificada UHT.
(...)

Con relación al canal de distribución y precio de las “leches modificadas”, esta Dirección pudo determinar que el producto no estaría disponible en canales modernos (supermercados), en su lugar se comercializarían en mayor medida en tiendas o ferias⁵, a un precio de 0,55 centavos de dólar⁶.

En este orden de ideas, a partir de las generalidades del producto “leches modificadas pasteurizadas”, esta Dirección consideró como un posible producto sustituto a las leches pasteurizadas sin modificar. En primer lugar, debido a las semejanzas en las características de los productos, como: el proceso productivo (pasteurización), tiempo de vida útil, sabores semejantes; en segundo lugar, al ser los dos productos lácteos, compartirían la misma finalidad de uso a nivel nutricional, y por último, la leche modificada pasteurizada y la leche entera pasteurizada (sin modificar) presentan precios similares, por lo cual, sería plausible considerar que ante una sustitución el consumidor no se enfrentaría a altos costos.
(...)

... En este sentido, con base en las características, usos y precios, esta Dirección considera que desde el

³ INEN. «NTE-INEN 10:2012.» *Leche Pasteurizada. Requisitos*. Quito: INEN, 03 de 04 de 2012.

⁴ European Commission. «Regulation (EC) No. 139/2004.» *Case No. COMP/M.6611 - ARLA FOODS/MILK LINK*. Bruselas: European Commission, 27 de 09 de 2012.

⁵ Cuestionario II, solicitado dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-0018-2019; Cuestionario V, solicitado dentro del expediente SCPM-IIPD-011-2018.

⁶ Cuestionario X, solicitado dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-0018-2019.

punto de vista de la demanda, la leche pasteurizada sin modificar podría ser considerada sustituta de la leche modificada pasteurizada, objeto de la presente investigación.”

Ahora bien, del análisis cualitativo de la demanda realizado por la DNICPD, esta Intendencia considera que el mismo cumple con los parámetros contenidos en la resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM. En este sentido, esta Intendencia coincide con el análisis de la Dirección, es decir, que, desde un punto de vista cualitativo, la leche pasteurizada sin modificar podría ser considerada sustituta de la leche modificada pasteurizada.

Por otra parte, respecto al análisis de sustitución cuantitativa de la demanda, la Dirección manifestó que:

“...Es importante mencionar que, la leche modificada, no estaría disponible en canales modernos (supermercados), en su lugar se comercializarían en mayor medida en tiendas o ferias, al respecto al existir una cantidad significativa de tiendas a nivel nacional y que en su mayoría no manejan un sistema de información, no fue posible obtener dicha datos directamente de este canal. No obstante, a fin de cumplir con las herramientas contempladas en la Resolución N°. 11, esta Dirección utilizó la información remitida por los operadores económicos, a fin de tener una aproximación de la información del sector, en atención a lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 27 y 28 de la Resolución N° 11 , esto es:

“... En los casos en los que no sea posible determinar esta información, a partir de fuentes oficiales, se puede también tomar en cuenta fuentes secundarias tales como estimaciones de los operadores económicos o estudios encargados a consultores especializados (...)

(...) Otras que se consideren pertinentes y sean justificadas, atendiendo a la realizada del mercado relevante objeto de análisis...”

En este sentido, con la finalidad de fortalecer o precisar el análisis cualitativo de la demanda, esta Dirección realiza la Prueba de Correlación de Precios, contemplada en el artículo 10, de la resolución N° 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado como una herramienta para la determinación de la sustitución de la demanda, esto es:

Artículo 10. Prueba de correlación de precios.- Esta prueba se fundamenta en el hecho de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado, sus precios tienden a variar en el mismo sentido a través del tiempo.

Para una adecuada implementación de esta prueba se sugiere la utilización de medidas tales como la correlación de precios, la correlación de logaritmos de precios y/o la correlación de primeras diferencias de logaritmo de precios. Si el valor de estas medidas es estadísticamente igual o superior a 0,8, se tiene evidencia a favor de un grado de sustitución entre los bienes; en sentido opuesto, si el valor de estas medidas es inferior estadísticamente a 0,8, se tiene evidencia en contra de dicha hipótesis.

Los resultados de la prueba de sustitución, reflejan una correlación entre los precios de la leche pasteurizada sin modificar y la leche modificada, con un valor de 0,83. En este sentido, con base en lo establecido en la resolución antes referida, estos productos podrían ser considerados como sustitutos.

Resultados de la Prueba de Correlación de Precios

	(1)	(2)
<i>Leche pasteurizada sin modificar</i>	1.00	
<i>Leche modificada</i>	0.83	1.00

Nota: (1) Leche pasteurizada sin modificar; (2) Leche modificada

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

En adición, respecto del análisis cuantitativo la DNICPD, concluyó que:

“...Por lo tanto, con base en el análisis cualitativo y cuantitativo de la sustitución de la demanda, esta Dirección considera que el presente mercado, al ser sustitutos leche modificada pasteurizada y leche pasteurizada sin modificar. ...”

Con estos lineamientos, la Dirección respecto de la sustitución cuantitativa de la demanda, concluyó que por el lado cuantitativo de la demanda, la leche pasteurizada sin modificar y la leche modificada, en virtud de que el coeficiente de estimación podrían ser considerados sustitutos entre sí, análisis con el que esta Intendencia concuerda.

5.2.3. Sustitución de la oferta y competencia potencial

A fin de referirse al análisis de sustitución de la oferta y competencia potencial, esta Intendencia considera el artículo 11 de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, que establece:

“... El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicios materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un periodo de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos (...)”

Una vez que se ha delimitado lo dispuesto por la norma, la DNICPD respecto a este punto aplicó la Prueba de Sustitución de la Oferta SSS, herramienta contemplada en el artículo 12 de la Resolución No. 11, y concluyó lo siguiente:

En este orden de ideas, con base en los parámetros de la Prueba de Sustitución de la Oferta, esta Dirección considera que en el mercado de leches modificadas, la sustitución de la oferta por parte de operadores en la actividad de elaboración de productos lácteos es posible, debido a que la misma podría realizarse de manera rápida, efectiva y rentable, lo cual a la vez, permitiría la ampliación del mercado relevante de la presente investigación.

Por lo mencionado, esta Intendencia considera que la Dirección al aplicar el artículo 12 de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, consideró los siguientes elementos:

- Los potenciales competidores deben poseer los activos tantos materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro; en caso de no poseer

- alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irre recuperables;
- b. Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis;
 - c. Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios;
 - d. Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un periodo razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales;
 - e. Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis;
 - f. Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos, y;
 - g. Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio materia de análisis.

Respecto al análisis realizado por la DNICPD, esta Autoridad concluye que, en consideración a la información remitida por los operadores del mercado lácteo en atención a la información dispuesta mediante cuestionarios, al identificar la existencia de barreras de entrada, los canales de distribución, y los pocos incentivos económicos, debido a los altos costos de posicionamiento que requiere este tipo de productos, y en consecuencia de la temporalidad se encuentra delimitada hasta la emisión del Acuerdo del Interministerial N°. 177 (2019), no correspondería la ampliación del mercado relevante con base en el análisis de sustitución de la oferta.

5.3 Mercado Geográfico

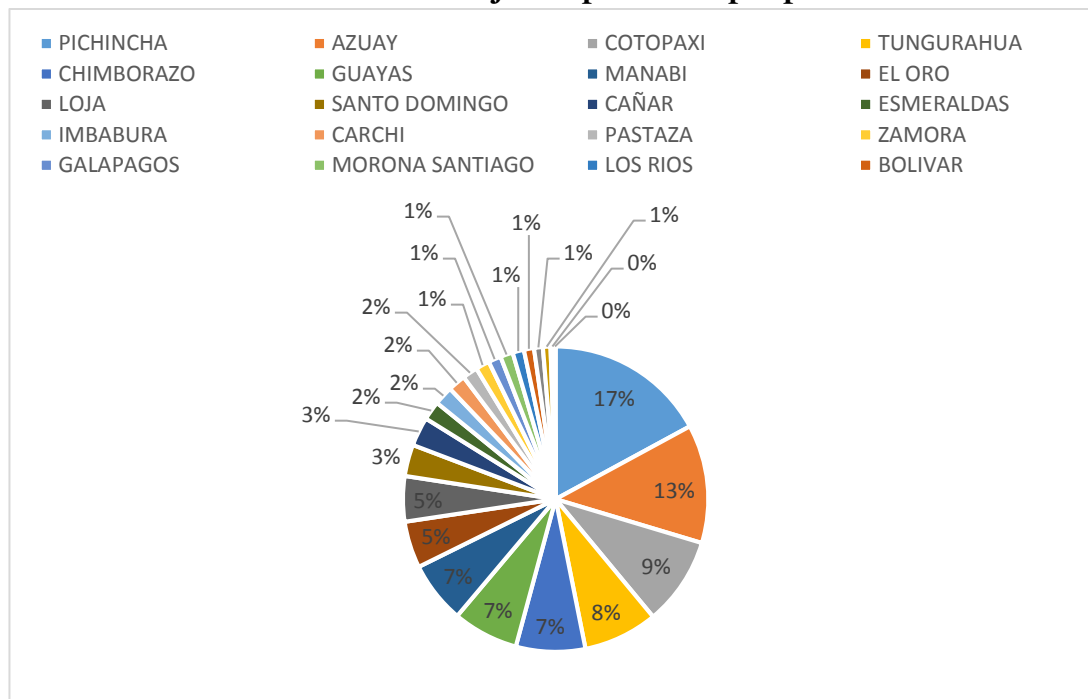
El artículo 5 de la LORCPM, en relación al mercado geográfico establece:

“El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante (...) la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes”.

Respecto a la definición de mercado geográfico, la DNICPD explicó que:

Además, de conformidad con la Resolución N°. 11, a partir del artículo 20, constan los criterios generales que deben ser considerados para la determinación del mercado geográfico, sin embargo, como fue anteriormente explicado, por la disponibilidad de la información, esta Dirección utilizó la información remitida por los operadores económicos, y el Servicio de Rentas, elementos contenidos en los artículos 24 y 25 de la referida resolución.

Gráfico 1. Porcentaje de operadores por provincia-2018



Fuente: SRI

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Ahora bien, para el caso particular de leche modificada, esta Dirección identifica que conforme la información remitida por el operador económico PRODALEC CIA. LTDA., la leche modificada La Querencia, únicamente la comercializa en la provincia del Guayas.

En este sentido, con base en el ámbito geográfico en el que se comercializa el producto objeto de investigación, se determina que la influencia del investigado estaría delimitada la provincia del Guayas, por lo que se establece la existencia de un mercado geográfico local.

En este orden de ideas, en apego al análisis realizado por la DNICPD respecto del mercado geográfico, esta Intendencia concuerda con que el alcance definido por la Dirección, esto es, en virtud de que los el producto leche modificada La Querencia se comercializa en la provincia del Guayas por lo que el mercado de influencia es local.

5.4 Marco Temporal

Respecto a la temporalidad de la conducta y la estacionalidad, el artículo 14 de la Resolución N°. 11 de la LORCPM, determina: “*Marco Temporal y marco estacional.- Al momento de delimitar el mercado de producto o servicio, se debe considerar, además de la sustitución de la demanda y de la oferta, otros aspectos como la temporalidad y la estacionalidad bajo los cuales funciona el mercado*”.

En este sentido, la DNICPD explicó:

En el marco de las prácticas desleales investigadas, esta Dirección solicitó al operador económico indique la fecha de comercialización de la leche modificada LA QUERENCIA, al respecto el operador, mediante escrito de 28 de agosto de 2019, con Id. 142161, señaló lo siguiente: “... *La leche modificada*

La Querencia ingresa al mercado a partir del año 2013”.

Por otro lado, mediante escrito de 09 de enero de 2020, con Id. 153731, el operador económico PRODALECC, explicó que:

“... Con relación a las variaciones de las etiquetas, debo manifestar que si ha mantenido variaciones la etiqueta, para lo cual me permito remitirle la etiqueta original y la que posteriormente fue modificada y es la actual...”

Además, del cuestionario VII, el operador informó que para el año 2019 del producto Leche modificada “La Querencia” no reportó ni unidades vendidas ni volumen de ventas. En tal sentido la temporalidad de las presuntas conductas devendría desde la fecha de comercialización del producto investigado, esto es, el desde el año 2013 hasta el 2018.

Ahora bien, respecto de la estacionalidad, al ser un producto de consumo masivo la producción y comercialización de leche modificada es realizada durante todo el año.

Por lo que, esta Intendencia concuerda en que la temporalidad sería desde que el producto leche modificada LA QUERENCIA se encuentra en el mercado, esto es desde el año 2013 hasta el año 2018, de conformidad con el Acuerdo 177.

5.5 Mercado Relevante

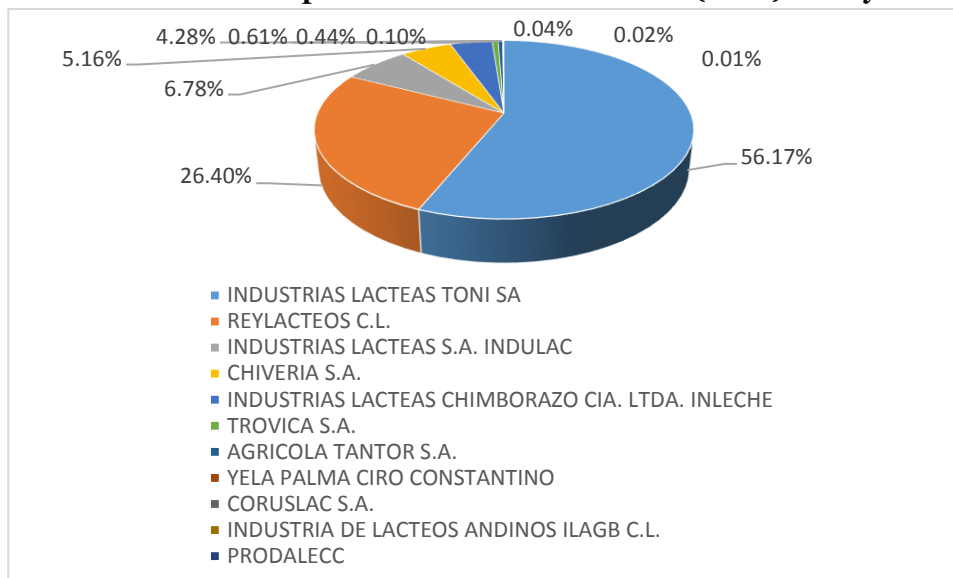
La DNICPD, respecto de la información obtenida para la definición del mercado relevante, resaltó lo siguiente:

“Conforme lo explicado anteriormente, las cuotas de participación fueron calculadas por esta Dirección conforme la información disponible para este sector, se utilizó los ingresos por ventas remitidos por los operadores económicos, y la información del Servicio de Rentas Internas, de conformidad con los artículos 27 y 28 la Resolución N°. 11.

Ahora bien, para el presente caso, con base en la determinación del mercado del producto y el mercado geográfico, la DNICPD determinó al mercado relevante a las leches modificadas y sus sustitutos, comercializadas en la provincia del Guayas, y dada las posibilidades de sustitución de la oferta, esta Dirección ha considerado pertinente la ampliación del mercado relevante a los operadores económicos en la actividades de procesamiento de lácteos en general.

De los operadores económicos que reportaron ingresos en la provincia de Guayas por leche modificada y sus sustitutos, existen operadores que dejaron de producir, otros que a pensar que tienen el registro sanitario por la situación actual que atraviesa el país, no han comercializado este tipo de bebidas. En tal sentido, esta Dirección para el año 2018, identificó la siguiente participación:

Gráfico 2. Participaciones mercado relevante (2018) - Guayas



Fuente: Operadores económicos y Servicio de Rentas Internas (2018)

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Respecto a los operadores económicos que reportaron ingresos por la comercialización de las bebidas lácteas con suero de leche, para el año 2018, la Dirección identificó lo siguiente:

“Los operadores con mayor participación fueron INDUSTRIAS LÁCTEAS TONI S.A. con el 56,17%, seguido por REYLÁCTEOS, con el 26,40%, en tercero y cuarto lugar se ubica, INDUSTRIAS LÁCTEAS S.A. INDULAC y CHIVERIA S.A., con el 7% y 5,16% respectivamente. El resto de operadores económicos, tienen el 6% de participación del mercado con ventas individuales menores al 5%.

Por su parte, el operador económico PRODALEC tuvo una participación del 0,01% en el mercado de leches modificadas y sus sustitutos, en la provincia de Guayas, para el año 2018.”

Esta Intendencia, concuerda con la DNICPD, respecto de la definición del mercado relevante, en tal sentido identifica que el operador económico PRODALEC CIA.LTDA., representaría el 0,01% del mercado de leches modificadas y sus sustitutos, en la provincia de Guayas, en el año 2018.

5.6 Falseamiento a la libre competencia

Al respecto, resulta importa anotar lo dispuesto en el artículo 5 de la LORCPM, esto es:

Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará **para cada caso el mercado relevante**. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado... (Énfasis añadido)

En otras palabras, la Intendencia en todos los casos, necesariamente debe determinar un mercado relevante. Por tal razón, para que la autoridad de competencia pueda conocer y eventualmente sancionar una conducta anticompetitiva, ésta deberá ocasionar un efecto real o potencial, en el mercado relevante determinado dentro de la investigación.

Por lo indicado, tanto la cláusula general y las conductas de competencia desleal se encuentran necesariamente concatenadas con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el ya referido artículo 5 del mismo cuerpo legal.

En particular, el artículo 26 de la LORCPM, prohíbe y sanciona aquellas conductas desleales que afecten el orden público económico. Por lo que, 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, es decir, 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 dentro del mercado relevante determinado.

Con estos lineamientos, esta Intendencia considera que el artículo 26 de la LORCPM, restringe la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico.

En tal sentido, 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 que, además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada impide, restringe falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante.

Ahora bien, respecto del análisis del falseamiento de la libre competencia, la Dirección utilizó el siguiente esquema:

- Naturaleza de la conducta investigada
- Actuación en el mercado relevante del o los operadores infractores: caracterización del operador y su función dentro del mercado
- Público afectado
- Cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas

Al respecto, la Dirección explicó que:

- **Naturaleza de la conducta investigada**

... Con relación al análisis de la naturaleza de las conductas investigadas para determinar el posible falseamiento al régimen de competencia, a manera de experiencia internacional, la agencia de competencia española, ha considerado analizar si las prácticas desleales tienen la capacidad de atentar contra la apertura de mercados, la igualdad de condiciones de los operadores, y al principio de libre elección de los consumidores. En este sentido, la DNICPD debe identificar si como consecuencia de la conducta desleal se ha impedido, restringido, falseado o distorsionado la competencia, atentó contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Por lo que, resulta relevante analizar la estructura de mercado de leches modificadas y sus sustitutos, así como las características del operador económico investigado, con la finalidad de determinar, por un lado, las probabilidades que tendría éste mercado de ser afectado, y por otro, la capacidad del operador económico para influir en el régimen de competencia.

En este orden de ideas, con base en la determinación del mercado relevante, esta Dirección puede

concluir que, en el ámbito global de la comercialización de lácteos, el sector presenta una concentración alta con un HHI⁷ de 3.943,96.
(...)

En este sentido, para la determinación de posición en el mercado relevante es importante identificar la existencia de una posición estratégica y significativa en comparación del resto de operadores económicos que interviene en este mercado. Para lo cual, conceptualmente, de acuerdo con la Comisión Europea,⁸ se define que un operador económico ostenta una posición de dominio en un mercado relevante es necesario que tenga una cuota superior al 40% en un periodo continuo no menor a tres años; y, que las barreras de entrada sean altas que signifique costos hundidos y que no puedan ser superadas en el corto plazo.

En este sentido, respecto a la participación del operador PRODALECC con su producto “LA QUERENCIA”, conforme el análisis económico, se identificó que en mercado relevante; en el año 2018, tuvo una participación de 0.01%. Situación que permite identificar a esta Dirección que el operador tiene una participación mínima en el en este mercado.
(...)

• Público Objetivo

(...)Al respecto, conforme el perfil del consumidor, esta Dirección considera que se está hablando de una generalidad de consumidor, en tanto el consumidor medio, conforme la definición contemplada por el diccionario de la Real Academia Española, es el: “... [C]onsumidor normalmente informada y razonablemente atento y perspicaz.” Sin embargo, incluso al existir normas técnicas, que regulan el uso de imágenes, texto o descripción del producto bebidas lácteas con suero de leche, a fin de no “inducir al error o confusión al consumidor”, evidencia que por la especialidad técnica de las principales diferencias entre la leche UHT, de cierta manera, podría existir este direccionamiento en virtud del desconocimiento general de los consumidores.

A manera de referencia, esta Dirección identificó, este desconocimiento generalizado de las diferencias entre leche y bebida láctea, en artículos de prensa:

El Universo: ¿Bebida láctea o leche pura?, dilema del sector productivo en Ecuador, artículo publicado el 08 de septiembre de 2019:

“...La leche no puede faltar en su mesa. Va a una panadería cercana y pide un litro en funda, pero de la “más barata” porque el sueldo no alcanza.

⁷ Al respecto, el índice de Herfindahl- Hirschman, varía entre 0 y 10.000, valores menores reflejan una distribución de las participaciones más equitativa, mientras que valores más altos reflejan que pocas empresas concentran mayores porcentajes de la industria, la autoridad de competencia de Estados Unidos clasifica las concentraciones de mercado de acuerdo al nivel del HHI, de la siguiente manera :

- HHI < 1.000, Mercado no concentrado.
- 1.000 < HHI < 1800, Mercado moderadamente concentrado.
- 1800 < HHI, Mercado altamente concentrado.

Fuente: Indicadores de Concentración: Una revisión del marco conceptual y la experiencia internacional, (Lima: Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, 2007), 17

⁸ Office of Fair Trading (2004) Assessment of market power. Understanding of competition law. European Commission (2015) Assessing dominance. En: Antitrust procedures in abuse of dominance. Recuperado de: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html [Recuperado el: 30/01/2018].

Le dan una funda que tiene la frase “**Bebida láctea con suero de leche ultrapasteurizada**”.

¿Sabe lo que está comprando?, preguntamos. “Leche”, responde. Al explicarle que lo adquirido es una mezcla entre suero líquido que proviene de la elaboración de quesos y leche pura, ella dice: “**No sabía, pero imagino que es alimento (...)**”

Comercio: Conozca los tipos de productos que contienen suero de leche, artículo publicado el 25 de septiembre de 2019.

“... El sector ganadero ha cuestionado que las etiquetas no son suficientemente claras para que ayuden al comprador a diferenciar con claridad los productos elaborados con leche pura de aquellos que tienen suero lácteo como parte de su fórmula...”

En este punto, esta Dirección, si identificaría un desconocimiento generalizado de las diferencias de una bebida láctea, bebida de suero y leche UHT, en tal sentido, estarían directamente direccionados por la información que entregue el operador económico en sus productos.

- **Cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas**

En el caso del operador económico PRODALEC, durante el período 2016 -2018, vendió únicamente 23 mil unidades en el primer año, 34 mil en el segundo y 38 en el tercero, significando menos de 17 mil dólares, que en comparación con sus competidores, este volumen significó menos del 0,01% del mercado relevante.

En consideración del análisis referido, la Dirección concluyó:

“Por lo tanto, con relación al análisis del falseamiento de la competencia basado en el estudio de la naturaleza de la conducta, público afectado, así como a la cuantificación de la afectación generada por la práctica desleal, la DNICPD concluye que, debido a que el operador económico tuvo una participación mínima en el mercado relevante, representando menos del 0,01%, difícilmente por sus características, podría falsear el régimen de competencia de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.” (Énfasis añadido)

Con base en los lineamientos desarrollados por la Dirección, esta Intendencia, en virtud del mercado relevante determinado, considera que el operador económico investigado, al tener el 0,01% de participación en el mercado, no tendría la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia dentro de este mercado, lo indicado con sustento en lo dispuesto en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO

Previo a esbozar las consideraciones que en derecho correspondan, para la Intendencia resulta importante resaltar los hechos que motivaron la apertura del presente expediente, en este sentido, se puntualiza que:

El MAG a través del INFORME DE ETIQUETADO DE BEBIDAS LÁCTEAS Y BEBIDAS DE YOGURT⁹, puso en conocimiento de la SCPM, lo siguiente:

⁹ Informe adjunto al oficio N.º MAG-SG-2018-0025-OF, de 20 de febrero de 2018, con número de ID 80740.

“Se han efectuado visitas a centros de comercialización de bebidas lácteas y bebidas de yogurt con la finalidad de revisar sus empaques y publicidad y contrastarlos con los empaques de la leche UHT y bebidas de yogurt a fin de determinar si existe similitud entre ellos” (Énfasis añadido)

Con estos lineamientos, el MAG concluyó que:

“Se considera que los envases de las bebidas lácteas y bebidas de yogurt **tienen similitud** con los de la leche UHT y yogurt respectivamente”

“En lo relacionado a la ubicación se observó que tanto bebidas lácteas y bebidas de yogurt comparten el mismo espacio en percha con leche UHT y el yogurt respectivamente” (Énfasis añadido)

En este orden de ideas, el organismo de control, en su informe recomendó:

Realizar controles a bebidas lácteas y bebidas de yogurt a fin de determinar la existencia o no de inducción al engaño o confusión al consumidor, basados en la similitud que tienen con la leche UHT y yogurt respectivamente en lo relacionado a su empaque y publicidad” (Énfasis añadido)

Ahora bien, esta Intendencia tiene en consideración el informe de investigación preliminar, la argumentación del operador económico, la resolución de inicio de investigación, y el informe de resultados de la investigación, con la finalidad de examinar los elementos constantes dentro del expediente, a fin de realizar la argumentación para resolver conforme a derecho.

6.1 Informe de investigación preliminar

La Dirección mediante informe de investigación preliminar N.º SCPM-INICPD-DNIPD-02-2018-I, en sus partes pertinentes manifestó:

Respecto a los presuntos actos engaño la Dirección señaló:

“...Actos de confusión

“Para el presente análisis, el hito referente en esta investigación versa:

1.- sobre la utilización de imágenes que podrían inducir al error al consumidor en las fundas de las bebidas lácteas, haciéndolas parecer leche;

2.- El mal ordenamiento y la falta de información que podría conllevar a la confusión a los consumidores de las bebidas de yogurt y bebidas lácteas en las perchas de los supermercados (...)

... Las imágenes que se vienen utilizando en las fundas de las bebidas lácteas, podrían confundir a los consumidores frente al producto “leche”, el riesgo de la confusión al que se encuentran expuestos los consumidores respecto del producto, generan indicios suficiente para sobre la deslealtad de una práctica, el fin de utilizar de forma adecuada los distintivos y un adecuado ordenamiento en las perchas, es generar seguridad y certeza para los consumidores al momento de generar su compra

... De las inspecciones realizadas los días 4, 5, 6 y 11 de junio de 2018, como resultado arrojó el posible incumplimiento del art. 8.4 de la norma NTE INEN 2564, por los siguientes operadores económicos...”

- **Actos de engaño**

“... El rotulado engañoso de los operadores económicos, conlleva mayor atención de esta Autoridad, dada las características y su utilización por los operadores económicos, al momento de ofertar sus productos o servicios en el mercado, el engaño se puede dar por acción u omisión de los operadores económicos al momento de proyectar el mensaje expresado en los empaques de las bebidas lácteas. Nuestra ley ha realizado ciertas consideraciones sobre el alcance de las prácticas desleales como, por ejemplo, el hecho de que no se requiere para calificar una práctica como desleal, acreditar que ésta genere un daño efectivo en perjuicio de un competidor o de los consumidores o del orden público económico, bastando constatar que dicho daño sea potencial.

El engaño podría configurarse, con la utilización de símbolos, diseños, colores y vasos con líquido blanco, en la presentación del mensaje utilizado en los empaques de las bebidas lácteas, esto podría inducir al error a los consumidores sobre las bebidas lácteas frente a la leche. El engaño se configura al distorsionar el mensaje expuesto por los operadores económicos en los empaques de las bebidas lácteas, de esta manera induciría a error a los consumidores y su comportamiento mercantil...”

- **Violación de normas**

“La posible violación de norma, podría configurarse al no respetar los artículos 46 del REGLAMENTO DE CONTROL Y REGULACION DE CADENA DE PRODUCCION DE LECHE y 8.2 y 8.4 de la norma NTE INEN 2564(...)

La referida norma podría estar siendo violentada dado que de forma explícita menciona que está prohibida la comercialización de productos con imágenes o signos que hagan alusión a leche pura. Las infracciones a estas normas podrían afectar el mercado de la leche, dado que este posible incumplimiento afecta a los consumidores al no tener plena certeza sobre el producto que compra (...)

La posible violación a la norma NTE INEN 2564, está en función de los signos y colores distintivos utilizados en las fundas de las bebidas lácteas, cuando de forma expresa el art. 8.4 manifiesta: “... no debe contener ningún texto, imagen o descripción que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor...”.

- **Aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento de los consumidores**

“... El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento de los consumidores, se podría entender que persigue como finalidad, realizar actos en beneficio del operador económico que proporciona el bien o brinda el servicio al destinatario, causando una afectación al interés general. Al mantener el color blanco o signos distintivos que asimilen que las bebidas lácteas podrían ser leche pura, estarían aprovechándose del desconocimiento de los consumidores, que frente a estos aspectos peculiares utilizados en las fundas de las bebidas lácteas, los clientes podrían erróneamente pensar que el producto adquirido se trata de leche. Del análisis económico expresado en el presente informe, se puede observar que en el año 2017, el precio de las bebidas lácteas con suero de leche en la presentación de funda fue de \$0,71, mientras que la de la leche UHT en la misma presentación fue de \$0,78, conforme menciona el análisis económico, los costos de las bebidas lácteas frente a la leche son más económicos, este particular incrementa el aprovechamiento del desconocimiento de los consumidores, dado que al utilizar en los empaques de las bebidas lácteas información que transmite al consumidor un mensaje erróneo y a eso sumado un costo más accesible, daría como resultado consumidores afectados y transgresión de la ley (...)

Del análisis a los signos distintivos y colores utilizados en las fundas de las bebidas lácteas inspeccionadas, se presume que existe el aprovechamiento del desconocimiento del consumidor debido a que el mensaje gráfico o visual plasmado en las fundas induce a error a los consumidores...”

Con base en estas consideraciones, la Dirección recomendó:

“12.2.- Actos de engaño, actos de confusión, violación de norma y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor prácticas tipificadas en el artículo 27 numerales 1,2,9, 10 literal a) , debido a la utilización de diseños, colores y vasos con líquido blanco en el rotulado de los empaques de las bebidas lácteas:”

6.2 Explicaciones del operador económico PRODALEC CIA. LTDA.

De conformidad con la resolución de inicio de la investigación, el operador económico presentó sus explicaciones mediante escrito de 24 de enero de 2019, con número de ID 123635, y en lo principal expresó:

- 1.- Toda vez que para que el producto sea considerado como leche entera, en sus componentes debe de contener grasa y proteína animal, sin embargo, en nuestro caso agregamos grasa vegetal y proteína vegetal; en virtud de que le estamos reduciendo la grasa animal y la proteína animal, por la grasa vegetal y proteína vegetal, manteniendo en su fórmula de composición del producto, la leche entera como su mayor componente;
- 2.- Debo manifestar que la etiqueta y el diseño con la cual comercializo mis productos, no utiliza una vaca o diseño de vaca; toda vez que para que una vaca pueda ser considerada como tal, requiere tener sus órganos reproductores, esto es las ubres por donde se ordeñan a las vacas para sacar la leche.

6.3 Resolución de inicio de la investigación

La Intendencia mediante resolución de 30 de abril de 2019, en su parte pertinente respecto de las explicaciones y las conductas investigadas manifestó:

- **Actos de confusión**

“En el presente caso, esta Intendencia considera que no existen los elementos necesarios para que se configure la práctica desleal por confusión, a la luz de la LORCPM, en tanto no se evidencia que el etiquetado utilizado, por el operador económico, resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos o pueda generar el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia del producto.”

Actos de engaño

“La práctica de engaño podría darse debida a que la norme NET INEN 10:2012 define a la leche pasteurizada como un producto puro y sin sufrir alteraciones, así el artículo 2.1.2 manifiesta: “...sin alterar sensiblemente las características fisicoquímicas, nutricionales y organolépticas de la misma”; esta conducta se califica como un acto que contradice la participación honesta de los operadores económicos en el mercado y es capaz de falsear o distorsionar la competencia.

En el empaque del operador económico, se evidencia letras blancas con bordes rojos que dicen la palabra “leche” en un fondo azul, y en la parte inferior de la presentación consta en letras azules en fondo blanco y con letra más pequeña Leche modificada pasteurizada en proteínas y grasas”.

Al respecto el inadecuado rotulado y el color blanco de las “gotas” que “caen” del balde así como, el diseño de un espécimen vacuno utilizado en los empaques de los productos lácteos, podrían dar la impresión de que el producto comercializado es leche pura de vaca, cuando por sus características y alteraciones conlleva a que el producto final es leche modificada, lo cual podría engañar a los consumidores en base de la palabra ‘leche’ generada en el paquete del producto puesto a disposición de los consumidores.

Si bien el artículo 2 numeral 2.1.6 de la norma NTE IENEN 10:2012 establece que: “...Es la leche que ha sido reducida total o parcialmente de alguno de sus componentes naturales o reforzada en cualquiera de sus elementos constitutivos...”; correspondería en una etapa de investigación, desvirtuar o confirmar si técnicamente, este producto puede ser denominado leche, como afirma el operador económico.

El operador económico, en sus explicaciones argumentó que la imagen utilizada en los empaques de su producto no es de una vaca, esto debido a que el animal no muestra las ubres, por lo cual la imagen utilizada no sería de una vaca sino de un novillo.

La Intendencia observa que si bien la imagen se identifica con una vaca, esto corresponde a una caricatura, al haberla provisto con ciertas características humanas, por lo que considera oportuno indagar en una etapa de investigación, la percepción que pueden tener los consumidores acerca de una imagen de esas características...”

Violación de normas

“Los actos de violación de normas, no tienen relevancia en el derecho de la competencia, si éstos no concurren en el contexto económico de una ventaja competitiva significativa, situación en la que no existiría ventaja económica alguna asociada al incumplimiento normativo.

El análisis de la DNICPD ha evidenciado ciertos indicios de una posible ventaja frente a los competidores, sobre la base de la violación a la norma INEN 2564, esto es, utilizar características que asemejen a que las bebidas lácteas a la leche pura. Situación que debe ser analizada en la etapa de investigación formal...”

Aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento de los consumidores

“Esta práctica se generaría por que los operadores económicos podrían ejercer cierto aprovechamiento sobre los consumidores, en donde podría existir asimetría en la información sobre la leche modificada, y su diferencia con la leche UHT.

Así también, el artículo constitucional 52, reconoce a las personas: “a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”.

Al respecto de las conductas investigadas, la Intendencia concluyó:

Por las consideraciones expuestas, y en virtud de que el operador económico podría estar utilizando signos distintivos que se asemejan a la leche, esta Intendencia considera que existen indicios razonables

para iniciar una investigación en relación al operador económico PRODALECC, por actos de engaño al consumidor, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.

Se descarta la confusión como práctica desleal, toda vez que no existen indicios sobre el cometimiento de dicha conducta, es decir, no se evidencia que el etiquetado de los productos resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos o pueda generar el riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia del producto.

Finalmente, la INICPD resolvió:

“... Ordenar el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente, cuyo plazo de duración no podrá exceder de ciento ochenta (180) días, prorrogables por una sola vez hasta por ciento ochenta días (180), contados a partir de la emisión de la presente resolución. SEGUNDO.- Se considera como presuntos responsables a los operadores económicos: (...) 2.- 6.-PRODALEC CIA. LTDA., con su producto Leche Modificada LA QUERENCIA (...) por las conductas contempladas en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a) de la LORCPM.”

6.4 Resolución de prórroga

Mediante resolución de 31 de octubre de 2019, en sus partes pertinentes, la Intendencia manifestó:

En tal sentido, a criterio de esta Intendencia, al momento procesal en el que se encuentra la investigación, no existen aún elementos suficientes para emitir el informe de resultados que sustente una eventual formulación de cargos, o desvirtué el cometimiento de las conductas investigadas.

Por otra parte, esta Intendencia solicitó a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA) realice el análisis químico y físico de la composición de su Leche Modificada LA QUERENCIA del operador económico PRODALEC CIA. LTDA., con la finalidad de que se pueda determinar específicamente si el porcentaje del suero de leche que contiene el producto antes referido, se encontraría acorde a la información detallada en el registro sanitario emitido por el ente de control; en tal virtud, este criterio técnico solicitado por esta autoridad, es relevante para la investigación, con el objeto de tener los elementos de convicción suficientes, así esta autoridad cuente con un acervo probatorio que coadyuve a determinar el presunto cometimiento o no de las conductas anticompetitivas investigadas.

Así también, esta autoridad con la finalidad de determinar si las imágenes y los colores manejados por el operador económico PRODALEC CIA. LTDA. en el empaque de su Leche Modificada LA QUERENCIA, podría real o potencialmente falsear la competencia y afectar al bienestar público económico de los consumidores; en tal virtud, esta Intendencia considera necesario realizar varias pericias que desvirtúen o afirmen el cometimiento de las prácticas desleales investigadas. (...)

Con los antecedentes y consideraciones expuestas, esta Intendencia considera necesario prorrogar la investigación por 180 días adicionales, de conformidad con el artículo 62 del RLORCPM, a fin de realizar las diligencias necesarias, las cuales permitan construir la voluntad de la administración en el marco de las facultades de investigación contempladas en la LORCPM, como reuniones de trabajo, requerimientos de información a ciertos operadores económicos, entes de control y las pericias necesarias que coadyuve a demostrar o desvirtuar las prácticas desleales contempladas en los numerales 2, 9 y 10 literal a) del artículo 27 de la LORCPM.

Con estos argumentos, la Intendencia resolvió:

PRIMERO.- Al amparo de lo dispuesto por el artículo 62 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, prorroguese el plazo de duración de esta investigación, por un plazo máximo de ciento (180) días adicionales.

6.5 Informe de Resultados

La Dirección en su informe de resultados de la investigación de 14 de septiembre de 2020, respecto de los actos de engaño; violación de normas; e influencia indebida por modalidad de aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento de los consumidores, señaló que:

Actos de engaño

Durante la etapa de investigación, la Intendencia dispuso al Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, que elabore un análisis semiótico del empaque del producto “Leche modificada LA QUERENCIA”.

Con fecha 2 de septiembre 2020, la Dirección Técnica de Evaluación de Contenidos de la referida entidad, emitió su informe CRDPIC-CGD-DTEC-2020-004-AS- Leche modificada LA QUERENCIA_PROV.

Luego de describir la morfología visual, en el informe consta la “Determinación de Implicaciones”, con el análisis de las estructuras semánticas. En este punto, en el informe consta que el término “Querencia” tiene varias definiciones de acuerdo con la RAE. Al respecto, la CORDICOM consideró que la noción del término que mejor coherencia guarda con el empaque del producto es la siguiente: *“El vocablo “querencia” está formado por el verbo “querer” y el sufijo “ncia” por lo tanto esta palabra alude de forma prevalente a la acción de querer, que implica “desear o apetecer”.*

En adición, el informe señala que la caricatura (dibujo animado) de una “vaca”, hace que exista “cohesión léxico semántica y verbo – visual” entre el nombre “La Querencia”, que aludiría a querer, apetecer o desear “leche” de una “vaca”.

En referencia al nombre del producto “Leche modificada pasteurizada” en proteína y grasa”, el informe señaló que para comprender dicho enunciado el consumidor requiere conocimientos acerca de este tipo de leche, a fin de percatarse de que el mismo habría sido reducido en grasa y proteína, dado su proceso de pasteurización.

Además el informe considera que la representación del flujo de líquido blanco es asociada con la leche. Asimismo, puntualizó que el empaque tiene gráficos asociados con leche.

En cuanto a las isotopías y el sentido dominante, el informe considera que:

- *El empaque destaca la imagen de una vaca, esta brinda proximidad y referencialidad directa del origen del producto, como si la vaca fuera la portadora misma de la leche...*
- *“La querencia” aporta sentido nominativo-emotivo al producto que contiene el empaque.*
- *El sentido predominante del mensaje equivaldría a decir: **La Querencia es leche de vaca.** (Énfasis añadido)*

Con base en estos elementos, el informe concluyó que: *“...El mensaje del empaque devela, mediante*



cohesión y coherencia léxico semántica y verbovisual que el producto del empaque (que de forma connotativa se quiere, apetece o desea y pertenece a la persona perceptora) es leche de una vaca...” (Énfasis añadido)

En adición, estableció que: “A menos que la persona perceptora tenga las competencias lingüísticas y técnicas, difícilmente podría comprender el proceso de tratamiento por el que ha pasado el producto...”

Con base en este análisis, esta Dirección llega a la convicción de que las explicaciones del operador investigado, respecto a que el empaque de su producto no contiene imágenes relacionadas con leche o vacas, han sido desvirtuadas en virtud del informe técnico de la CORDICOM.

Por otra parte, tal y como lo analiza la CORDICOM en su informe técnico, el operador utilizó símbolos y gráficos relativos a la leche, y en efecto, existiría una relación con que el producto La Querencia puede ser asociada con leche. Además, el empaque no brindaría suficiente información a los consumidores para comprender completamente a qué se refieren las referencias: “leche modificada”, “pasteurizada” y “homogenizada”. Si bien contiene las palabras “en proteína y grasa”, no es específico en determinar si dichos componentes han sido aumentados o disminuidos, mediante el proceso de pasteurización.

Con base en estos antecedentes, esta Dirección considera que sí existen indicios acerca del presunto cometimiento de actos de engaño por parte del operador económico PRODALEC CIA. LTDA., al no brindar información completa a los consumidores sobre la naturaleza, modo de fabricación y características de su producto.

Sin embargo, tal y cómo lo refleja el análisis económico dentro de este informe, la cuota de participación del operador investigado no es suficiente para falsear el mercado relevante, de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

- **Violación de normas**

De conformidad con la disposición jurídica señalada, las prácticas de competencia desleal por violación de normas tienen tres modalidades claramente identificadas, esto es, 1.- el abuso de procesos judiciales o administrativos; 2.- el incumplimiento de una norma jurídica general o específica; y, 3.- el incumplimiento de una norma concurrencial..

En el caso objeto de análisis, la modalidad de la práctica desleal investigada deviene de la segunda modalidad, es decir, “[S]e considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica general o específica”.

Sin embargo, de acuerdo con la Ley del Sistema Ecuatoriano de Calidad, artículo 49: “... [s]in perjuicio del carácter voluntario de las normas técnicas, las autoridades podrán requerir su observancia en un reglamento técnico para fines específicos”. Esta disposición guarda concordancia con el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio – Acuerdo OTC de la Organización Mundial del Comercio OMC. Ahora bien, en el RTE INEN 076 (1R) Leche y productos lácteos, publicada en el registro oficial No. 309 de 12 de agosto de 2014, contempla: “... 6.1.19 Bebida láctea. Debe cumplir con lo establecido en el capítulo de Requisitos de la NTE INEN 2564 vigente...”; en tal sentido, la temporalidad de la posible conducta de violación de normas estaría enmarcada a partir de su obligatoriedad.

Ahora bien, esta Dirección tiene en cuenta que el objeto de la norma NTE INEN 2564, de acuerdo con su propio texto, es establecer los requisitos que deben cumplir “... las bebidas lácteas con suero de leche (lactosuero) y bebidas lácteas compuestas; cuyo ingrediente principal es leche”. En la especie, el

producto investigado no es bebida láctea, por lo que no le aplica dicha norma.

Por los antecedentes expuestos, esta Dirección considera que no existen elementos para vincular al operador económico por el presunto cometimiento de violación de la norma NTE INEN 2564, por lo que recomienda no proseguir con la investigación respecto de esta conducta en particular.

Por otra parte, incluso si hubiesen existido elementos de convicción acerca del cometimiento de la conducta señalada, de acuerdo con el análisis económico, la cuota de participación del operador económico no es suficiente para falsear el mercado en el que participa.

- **Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores en la modalidad de aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor**

Ahora bien, en relación a la influencia indebida, la doctrina y legislaciones internacionales coinciden que para la configuración de esta conducta se requiere de la “utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión” y que producto de esta se limite de manera significativa la capacidad del consumidor para la toma de decisiones de consumo.

En tal sentido, corresponde analizar que tipo de posición de poder puede existir entre el oferente del bien o servicio y el consumidor. Al respecto, la doctrina Internacional ha señalado que esta posición de poder deviene necesariamente de una posición de subordinación del destinatario, “*como cuando se prevale de una relación de especial proximidad o confianza – sea familiar, laboral o de otra índole – que permita el ejercicio de una influencia de carácter extraordinario*”,¹⁰ o una posición de superioridad.¹¹

En adición, para el caso ecuatoriano, esta Dirección entiende que esta conducta no puede entenderse de forma aislada al resto de la LORCPM, por lo que un parámetro para medir la posición de poder del operador económico respecto del consumidor necesariamente deviene del poder de mercado que ostenta el operador económico investigado, lo indicado con fundamento en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

Por lo que, en virtud de la doctrina citada, en el presente caso, conforme el análisis económico se ha demostrado, que en el caso particular, el operador económico PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS representó una participación del 0,01% del mercado relevante, en tal sentido, no existiría el elemento de posición de poder que requiere la influencia indebida.

En el presente caso, no existen elementos que permitan identificar que los consumidores tuvieran una relación de subordinación respecto al operador económico PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS, o que este a su vez tenga una posición de superioridad en el mercado.

En este sentido, esta Dirección considera que no existen elementos suficientes que permitan identificar que el operador económico PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS hubiera incurrido en actos de competencia desleal contenido en el numeral 10 del artículo 27 de la LORCPM.

Finalmente, del análisis económico, esta Dirección identificó que el operador económico PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS, por sus características y con participación menor al 0,01% del mercado relevante, no podría falsear el régimen de competencia de

¹⁰ Vid. TATO PLAZA, A: La reforma de la Ley de Competencia Desleal, op.cit, pág. 196. Citado por Andra Nemet <http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/37075/TFG-N.1151.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹¹ Sergio Castro González. <https://core.ac.uk/download/pdf/225143466.pdf>

conformidad con el artículo 5 y 26 de la LORCPM.

6.6 Análisis de las conductas investigadas

6.6.1 Actos de Engaño

En relación con la conducta de competencia desleal de engaño el artículo 27 de la LORCPM determina:

“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”

Respecto de la conducta investigada, Broseta Abogados ha señalado:

“Se considera actos de engaño aquellas conductas que contiene información falsa, o que, a pesar de contener información veraz, sean susceptibles no sólo de inducir a error sino además aptas para alterar el comportamiento económico del destinatario...”¹²

En este orden de ideas, los actos de engaño tendrían lugar en dos modalidades; 1.- las actuaciones positivas, es decir, cuando el acto de competencia tenga información falsa o también cuando el acto ofrece información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios¹³; y, 2.- los actos de engaños derivados de la omisión de información, en otras palabras, aquellos casos en que el operador económico no suministra al consumidor la información sustancial que necesita a fin de tomar una decisión con suficiente conocimiento de causa.¹⁴

En el presente caso, a esta Autoridad le corresponde analizar los actos de engaño en la modalidad de actuaciones positivas. En tal virtud, esta Intendencia debe identificar si el empaque de la leche modificada LA QUERENCIA estaría compuesta por elementos que pueda impedir o dificultar al consumidor el distinguir la verdadera naturaleza del producto.

Con base en estos lineamientos, esta Intendencia considera que, para determinar la existencia de las

¹² Broseta Abogados, Competencia Desleal, Francis Lefebvre, Madrid España, página 49

¹³ José García-Cruces Gonzáles, Actos de Engaño, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Aranzadi -Thomson Reuters, 2011, Navarra España Pág. 121.

¹⁴ Ignacio Moralejo Menéndez, Omisiones engañosas, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Aranzadi -Thomson Reuters, 2011, Navarra España Pág. 132.

prácticas anticompetitivas en la modalidad de actos de engaño es necesario analizar los medios y factores empleados para el cometimiento del supuesto acto tachado como desleal, y si estos actos tienen como objeto o efecto real o potencial, inducir a error a los consumidores y generar un beneficio a nivel comercial de los posibles infractores.

En este sentido, conforme esgrime la resolución de inicio de la investigación, los posibles actos de engaño devienen del empaque utilizado por el operador económico en su producto leche modificada LA QUERENCIA:



Fuente: Operador económico

6.6.1.1 Análisis de la Intendencia

Una vez que la Intendencia ha delimitado los parámetros de los actos de engaño, corresponde analizar la estructura del empaque de la leche modificada LA QUERENCIA, con la finalidad de determinar si el mensaje del empaque utilizado por el operador PRODALEC CIA. LTDA., puede inducir a error a los consumidores.

En este sentido, la Intendencia mediante providencia de 22 de julio de 2020, de conformidad con las facultades de investigación de los órganos internos de la SCPM, contenidos en los artículos 48; 49; y, 50 de la LORCPM, dispuso al Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación (en adelante Consejo) realice un examen semiótico del envase del producto investigado. En tal virtud, el Consejo mediante oficio N.º CRDPIC-DTEC-2020-00013-O, de 3 de septiembre de 2020, remitió el informe N.º CRDPIC-CGD-DTEC-2020-004-AS-LECHE MODIFICADA LA QUERENCIA_PROV, de 2 de septiembre de 2020.

En este orden de ideas se procede a citar las partes principales del referido informe:

Determinación de los soportes utilizados por el producto: envase de funda plástica.

3.1.1 Análisis de la morfología visual y la sintaxis- descripción e identificación:

o El constructo analizado corresponde a un empaque unitario de funda, con color predominantemente azul, de forma rectangular.

o Los elementos semióticos que componen el empaque son textuales e iconográficos. Presenta varios

códigos visuales, tanto cromáticos, tipográficos, iconográficos, lingüísticos, una representación animada y diferentes tamaños de letra.

o En el paquete se distingue, en disposición vertical y tonalidad roja- vino, el nombre del producto: “La Querencia”. Debajo de este nombre, se expone, en color azul oscuro, el volumen del contenido en centímetros cúbicos: 1000 cm³, que equivale a un litro.

o En la parte superior, del centro hacia la derecha, con una ligera inclinación (en orientación diagonal) se muestra la palabra “leche”, que aparece en color blanco, delineado con una tonalidad roja- vino, que guarda similitud con la tonalidad del nombre del producto.

o A continuación, bajo la palabra “leche”, aparece el dibujo animado¹ de una vaca de color blanco con manchas negras, ella sonríe mientras lleva un balde. Aparece entre su hocico una rama con hojas, de color verde, color asociado con la naturaleza y lo saludable (Heller, 2008). Sus ojos se encuentran abiertos, destacan de ellos la membrana esclerótica², que en su caso es de tonalidad azul clara. La vaca aparece vestida con un terno enterizo, donde predomina la tonalidad azul oscura, aunque se aprecian gamas de color azul claro en pequeñas proporciones. Su disposición corpórea-vertical, sugiere movimiento, tanto porque su pata trasera izquierda se encuentra en el aire, mientras la derecha se encuentra ligeramente inclinada, como por la posición de sus patas delanteras, donde la derecha carga un balde, del cual salpican cuatro gotas blancas. La disposición de la pata izquierda guarda relación con el movimiento de la pata delantera derecha, dando la sensación de que la vaca camina o marcha y ese movimiento genera el derrame de las gotas.

o El color predominante del fondo del empaque es el azul claro.

o Bajo las patas traseras de la imagen de la vaca, dispuestas en posición vertical (como se ha mencionado anteriormente), se inscribe: “Leche modificada pausterizada en proteína y grasa”. Bajo este enunciado, dentro de una franja de color azul oscuro con bordes circulares, se ubica la frase “Mantener en Refrigeración (...)

Análisis de las estructuras tímicas

Eufórica:

- Relevancia hacia el nombre del producto. Relaciones de vitalidad, acción, afecto. Sentido implícito que alude al deseo, apetecer, querer.
- Connotación de la disposición corpórea del dibujo animado de una vaca que brinda proximidad y referencialidad directa del origen del producto, como si la vaca fuera la portadora misma de la leche.
- Código cromático azul predominante, se resalta de forma prevalente la frescura, pureza, salubridad, propiedades naturales y características de temperatura asociadas al producto.
- Disposiciones de imagen y texto que aportan sentido de movimiento.

Isotopías y sentido dominante:

- El empaque destaca **la imagen de una vaca**, esta brinda proximidad y referencialidad directa sobre el origen del producto, como **si la vaca fuera la portadora misma de la leche**, un producto que se quiere o apetece y que proviene de un lugar al que se le asigna carga emotiva. – “La querencia” aporta sentido nominativo-emotivo al producto que contiene el empaque.
- **El sentido predominante del mensaje equivaldría a decir: La Querencia es leche de vaca (...)**

3.1.4 Conclusión

*El mensaje del empaque devela, mediante cohesión y coherencia léxico semántica y verbovisual que el producto del empaque (que de forma connotativa se quiere, apetece o desea y pertenece a la persona perceptora) **es leche de una vaca.***

*El empaque **no muestra información adicional**, ni nutricional que contribuyan a que la persona perceptora decodifique o comprenda de forma **clara las implicaciones de que el producto se trate de una “leche modificada pasteurizada en proteína y grasa”**. En este caso, a menos que la persona perceptora tenga las competencias lingüísticas⁷ - técnicas, difícilmente podría comprender el proceso de tratamiento por el que ha pasado el producto. Si bien, el enunciado “Leche modificada, seguido por el término “Pasteurizada” y después por las palabras “en proteína y grasa” brinda una noción sobre la influencia del proceso de tratamiento en la modificación, no se deja claro de qué forma esta modificación aumenta o disminuye la grasa y proteína de la leche, dicha información no cuenta con otro factor de verificación de los valores de grasa y de proteína del producto. (Énfasis añadido)*

Ahora bien, conforme la Intendencia desarrolló, los actos de engaño son aquellos que tiene como objeto o efecto, real o potencial, inducir a error al público sobre la naturaleza o características, entre otros, de los bienes o servicios que comercializa.

La LORCPM, en el numeral 2 del artículo 27, establece que reviste de deslealtad toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público inclusive por omisión, sobre la naturaleza o características, entre otros, de los bienes o servicios que comercializa.

En ese orden de ideas, tal y como lo analiza la CORDICOM en su informe técnico, el operador utilizó símbolos y gráficos relativos a la leche, y en efecto, existiría una relación con que el producto La Querencia puede ser asociada con leche. Además, el empaque no brindaría suficiente información a los consumidores para comprender completamente a qué se refieren las referencias: “leche modificada”, “pasteurizada” y “homogenizada”. Si bien contiene las palabras “en proteína y grasa”, no es específico en determinar si dichos componentes han sido aumentados o disminuidos, mediante el proceso de pasteurización.

Con base en estos antecedentes, esta Intendencia considera que existen indicios acerca del presunto cometimiento de actos de engaño por parte del operador económico PRODALEC CIA. LTDA., al no brindar información completa a los consumidores sobre la naturaleza, modo de fabricación y características de su producto.

Sin embargo, tal y cómo lo refleja el análisis económico dentro de este informe, la cuota de participación del operador investigado no es suficiente para falsear el mercado relevante, de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

6.6.2 Violación de Normas

El numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, tipifica la violación de normas de la siguiente manera:

*“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”. (Énfasis añadido)

Las prácticas de competencia desleal en la modalidad de violación de normas a la luz de la LORCPM, tienen tres modalidades claramente identificadas, esto es: 1. El abuso de procesos judiciales o administrativos; 2. El incumplimiento de una norma jurídica general o específica; y, 3. El incumplimiento de una norma concurrencial o de acceso al mercado.¹⁵

En el presente caso, la práctica desleal investigada deviene de la segunda modalidad, es decir, “[S]e considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del incumplimiento de una norma jurídica general o específica”, ya que la norma identificada como presuntamente infringida no tiene como efecto el regular el acceso de los operadores económicos en el mercado, por el contrario, dicha norma contiene obligaciones legales derivadas del ejercicio económico del operador en él.

En este orden de ideas, conforme se estructura la segunda modalidad de los actos de violación de normas, esta conducta a su vez contiene tres elementos que necesariamente deben converger, estos son:

1.- El incumplimiento de una norma jurídica- Conforme la configuración normativa de la conducta señalada, por norma jurídica debemos entender cualquier disposición normativa que sea obligatoria.

Al respecto, para Germán Bidart Campos, las normas podrían entenderse como mandamientos de ejecución, prohibición o de acción de cumplimiento, se pretende asegurar la fuerza normativa de la Constitución en beneficio de las personas que invocan derechos o intereses amparados por ella¹⁶.

En tal virtud, la violación o quebrantamiento de una norma, conlleva la posibilidad de imposición de una sanción por parte del órgano competente.

Ahora bien, a la luz de la LORCPM, producto de la violación normativa, en materia de prácticas desleales, la ley además exige:

2.- La ventaja competitiva significativa.- Respecto del segundo elemento, a modo de legislación comparada, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC) en la resolución dictada dentro procedimiento N°. 13-013416, señaló que: “la identidad de la ventaja impone una mejor posición en el mercado para el que la obtiene”.

Situación que es aplicable dentro de nuestro ámbito normativo, en tanto es necesario que, la prevalencia en el mercado tenga como origen una ventaja competitiva significativa que a su vez sea el resultado del incumplimiento de una norma.

¹⁵ Análisis recogido y ampliado en la resolución del recurso de reposición dentro del expediente SCPM-IIPD-0022-2017-R.

¹⁶ Germán Bidart Campos - El derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Página 340.

En consecuencia, de la ventaja competitiva significativa, el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, demanda que exista:

3.-La prevalencia en el mercado.- Según la Real Academia de la Lengua Española, prevalencia es la acción y efecto de prevalecer, que a su vez en su primera modalidad, significa: “Sobresalir, tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

En tal sentido, conforme el ámbito de nuestra ley, para que exista una práctica de competencia desleal por violación de normas, en la segunda modalidad, es necesario que exista una superioridad o ventaja que le permita al operador económico sobresalir en el mercado. Sin embargo, dicha ventaja no puede ser producto de otros factores tales como dinámica del mercado, eficiencia económica, innovación tecnológica, etc. Sino que necesariamente debe provenir de una ventaja competitiva significativa.

En consecuencia, para la configuración de la práctica desleal por violación de normas requiere de estos tres elementos referidos en el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, los que deben estar necesariamente interrelacionados.

En el presente caso, tanto en el informe de investigación preliminar, como en la resolución de inicio de investigación, esta Autoridad determinó como parámetro de evaluación de la violación de norma, el supuesto incumplimiento del punto 8.4 de la Norma Técnica Ecuatoriana INEN 2564¹⁷. Normativa que fue expedida a fin de regular, entre otros, los elementos que no pueden ser utilizados en los empaques de las bebidas lácteas.

6.6.2.1 Análisis de la Intendencia

Con base en estos lineamientos, esta Intendencia procede analizar el incumplimiento o no de la norma técnica INEN 2564, en el punto 8.4, que establece lo siguiente:

*“...La etiqueta no debe contener **ningún texto, imagen o descripción que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor** conforme lo establecido en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Para analizar **el rotulado deben tomarse en cuenta las afirmaciones explícitas (textos) e implícitas (imágenes, gráficos) en conjunto**; y en general se debe valorar la impresión o mensaje neto del rotulo para el consumidor promedio. **Especialmente debe evitarse generar error o confusión con la leche y otros derivados de la leche**. En el nombre del alimento o en la marca del mismo no se deben emplear textos que induzcan al creer al consumidor que se trata de “leche” y otros derivados de la “leche”. **Tampoco se deben utilizar imágenes o gráficos generalmente asociados con la “leche de vacas” como vacas, líquidos blancos o cualquier representación vinculada con la lecha pura de vaca**. En caso de discrepancias sobre el rotulado se debe someta dicho rotulado a consulta de las autoridades competentes o pruebas de percepción de publicidad de los consumidores. (Énfasis añadido)*

La Intendencia considera que la disposición contenida en el punto 8.4 de la norma, *ut supra*, esto es, las etiquetas de las bebidas lácteas no deben contener ningún texto, imagen o descripción que directa o indirectamente, induzca a engaño, error al consumidor, en tal sentido, con relación a esta

¹⁷ Norma INEN declarada con el carácter de obligatoria a través de la promulgación del REGLAMENTO TÉCNICO ECUATORIANO RTE INEN 076 (1R) - “LECHE Y PRODUCTOS LÁCTEOS”.

disposición, resulta necesario referirse al análisis esbozado en el apartado de los actos de engaño.

En este sentido, para el análisis del empaque de los productos del operador investigado, se debe tomar en cuenta: 1.- las afirmaciones explícitas (textos); y, 2.- implícitas (imágenes, gráficos); al respecto, la norma prevé el análisis en conjunto de estos elementos, esto es, un examen estructural de los textos y los gráficos que comprenden el empaque.

Ahora bien, esta Autoridad tiene en cuenta que el objeto de la norma NTE INEN 2564, de acuerdo con su propio texto, es establecer los requisitos que deben cumplir “... *las bebidas lácteas con suero de leche (lactosuero) y bebidas lácteas compuestas; cuyo ingrediente principal es leche*”. En la especie, el producto investigado no es bebida láctea, por lo que no le aplica dicha norma.

Por los antecedentes expuestos, esta Dirección considera que no existen elementos para vincular al operador económico por el presunto cometimiento de violación de la norma NTE INEN 2564, por lo que recomienda no proseguir con la investigación respecto de esta conducta en particular.

Por otra parte, incluso si hubiesen existido elementos de convicción acerca del cometimiento de la conducta señalada, de acuerdo con el análisis económico, la cuota de participación del operador económico no es suficiente para falsear el mercado en el que participa.

6.6.3 Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores

Al respecto de esta conducta la LORCPM, en su artículo 27, numeral 10 establece:

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

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... (Énfasis añadido)

En relación a esta conducta, la LORCPM no realiza una definición de lo que debe entenderse por prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, en consecuencia, esta Intendencia procede analizar la práctica desleal, en consideración al derecho comparado, así como de lo expuesto por la doctrina.

Como un primer antecedente encontramos que la regulación de las conductas desleales que buscan proteger a consumidores y usuarios tiene como un antecedente claro en la Directiva europea 2005/29/CE dictada por el Parlamento Europeo y del Consejo, el 11 de mayo de 2005. En su texto, dicha norma regula las prácticas comerciales agresivas e incluye entre éstas, el acoso, la coacción y la influencia indebida.¹⁸

¹⁸ Art. 8.- Prácticas comerciales agresivas Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que

Producto de la Directiva europea 2005/29/CE, la Ley de Competencia Desleal Española, Ley 3/1991, fuente de inspiración directa de LORCPM, es reformada e incluye a su vez en el artículo 8 de su texto: *“1. Se considera desleal todo comportamiento que teniendo en cuenta sus características y circunstancias, sea susceptible de mermar de manera significativa, mediante acoso, coacción, incluido el uso de la fuerza, o influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación al bien o servicio y, por consiguiente, afecte o pueda afectar a su comportamiento económico.”*

Para Alicia Aparicio Arroyo¹⁹, las prácticas agresivas, se podrían identificar como *“...el indebido comportamiento del empresario que afecta a la libertad de decisión del destinatario”*.

En adición, Broseta Abogados, respecto de la legislación española, señala que, para la configuración de una práctica agresiva se debe cumplir con los siguientes requisitos:

El empresario o profesional debe desarrollar una conducta que pueda ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida. La conducta del empresario o profesional además de ser calificada como acoso, coacción o influencia indebida, debe mermar la libertad de elección del consumidor. Pues si tal práctica, a pesar de tener las citadas características, no afecta a la capacidad económica del consumidor no podrá ser considerada como agresiva y por ende como desleal²⁰. (Énfasis añadido)

En tal virtud, desde la perspectiva del derecho comparado la Intendencia subraya que esta conducta tiene como finalidad, el reducir la libertad de elección del consumidor; y, para ello, el operador negativamente puede emplear: la coacción, el acoso; e, influencia indebida, motivo por el cual, esta Intendencia, considera necesario definir estos términos, que según la doctrina se precisan de la siguiente manera:

Acoso: (...) Se configura cuando se realizan ofertas molestas que el consumidor, no puede evitar, así como cuando la práctica se vale de las relaciones familiares o sociales del consumidor, para ejercer presión sobre él y también cuando el consumidor es colocado en una situación embarazosa (...) ²¹

(...) Coacción: (...) Consistiría en el uso de la fuerza, tanto física como de otra naturaleza, así como en la amenaza de ese uso (...) ²²

(...) Influencia Indebida (...) La utilización de una posición de poder en relación con el consumidor, para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”. ²³

Robusteciendo el significado de estos elementos, el diccionario jurídico de la Real Academia Española determina que:

Acoso: 1. m. Acción y efecto de acosar. Acosar: gral “Hostigar, acorralar, intimidar, agobiar o importunar”. ²⁴

de otra forma no hubiera tomado.

¹⁹ Alicia Aparicio Arroyo: “Las prácticas restrictivas de la competencia”, artículo publicado en el libro “Derecho de la Competencia”, Biblioteca Millennium. Colección de Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, 1998. Pág.

²⁰ Broseta Abogados, Competencia Desleal, Francis Lefebvre, Madrid España, página 243-249

²¹ Ibídem, página 732

²² ibídem, página 732

²³ Ibídem, página 731

²⁴ Real Academia Española. Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=oZszPxA>

Coacción: (...) en el empleo de violencia, sea de carácter físico, intimidatoria o sobre las cosas, (...) para obligarle a hacer lo que no quiere, sea justo o injusto.²⁵

Influencia indebida: utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión (...) de una forma que limite de manera significativa la capacidad para toma una decisión...²⁶

Por otra parte, a modo de legislación comprada, la Directiva europea 2005/29/CE define a la influencia indebida como la: *“utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa”*.²⁷

En este sentido, como un primer acercamiento a la legislación ecuatoriana, el numeral 10 del artículo 27 de la LORCPM, conforme a la estructura determinada por el legislador, se entiende que su finalidad es proteger a los consumidores de prácticas de acoso, coacción e influencia indebida y contiene un listado no taxativo de actuaciones que se consideran desleales y establece, entre otras, como prácticas desleales, el aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento de los consumidores.

6.6.3.1 Análisis de la Intendencia

Una vez que se han identificado los elementos que deben converger para que se configure la conducta señalada, del análisis desarrollado por esta Autoridad no existen indicios de que el operador económico PRODALEC CIA. LTDA., hubiera realizado ofertas especialmente molestas a consumidores, que estos no pudieran evitar, o que tuviera lugar la utilización de amenazas o uso de fuerza en la comercialización del producto investigado; por lo que la Intendencia no identifica la existencia de posibles actos de acoso o coacción contra los consumidores.

Ahora bien, respecto a la influencia indebida, la doctrina y legislaciones internacionales, coinciden en que, para identificar la configuración de esta conducta necesariamente debe existir una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión y que producto de esta, se limite de manera significativa la capacidad de decisión del consumidor.

En consecuencia, corresponde analizar qué tipo de posición de poder puede existir entre el oferente del bien o servicio y el consumidor. En este sentido, la doctrina Internacional ha señalado que esta posición de poder deviene obligatoriamente de una posición de subordinación del destinatario, *“como cuando se prevale de una relación de especial proximidad o confianza – sea familiar, laboral o de otra índole- que permita el ejercicio de una influencia de carácter extraordinario”*,²⁸ o una posición de superioridad.²⁹

Por su parte, Alicia Arroyo Aparicio respecto de este presupuesto manifiesta que:

Se ha considerado que la definición comunitaria redujo considerablemente el papel del término amplio

²⁵ Real Academia Española, Diccionario del español jurídico. Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/coacci%C3%B3n>

²⁶ Real Academia Española, Diccionario del español jurídico. Recuperado de: <https://dej.rae.es/lema/influencia-indebida-sobre-el-consumidor>

²⁷ Artículo 2 de la Directiva europea 2005/29/CE

²⁸ Vid. TATO PLAZA, A: La reforma de la Ley de Competencia Desleal, op.cit, pág. 196. Citado por Andra Nemet <http://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/37075/TFG-N.1151.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁹ Sergio Castro González. <https://core.ac.uk/download/pdf/225143466.pdf>

-o rol genérico- que la influencia indebida había desempeñado en algunos ordenamientos (...), aunque la definición de la LCD es bastante amplia también, pudiendo **resultar la relación de poder de cualquier naturaleza**: de una relación jurídica como puede ser un contrato de trabajo; o de **cualquier otro tipo**, con tal de que sea de cierta intensidad para ejercer presión.

Como se dijo anteriormente no siempre será sencillo delimitar los supuestos que se han realizado mediante coacción o influencia indebida, aunque podría considerarse que para esta última es preciso que exista **cierta posición de poder**, que evidentemente ha de interpretarse en sentido amplio, pero no hasta el grado de considerar que el consumidor está siempre bajo una relación de ese tipo por su **relación de desventaja** respecto del empresario. Sin embargo, parece claro que no ha de derivarse de una relación contractual previa concreta, pues puede tratarse de la influencia del Director o los profesores en un colegio, por ejemplo ha de traerse a colación la práctica agresiva en todo caso prevista en relación con lo menores que reputa desleal por agresivo, incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados.

Además, de esa posición de poder, entendida en sentido amplio, como una relación de cierta subordinación, es preciso para que se hable de influencia indebida que se **ejercite presión** en una determinada dirección. Así ha de tenerse en cuenta que ha de existir una utilización concreta de esa posición de poder, utilización en el sentido de explotación. (...) De otro modo, de **cualquier actuación de una persona con posición de poder** podría considerarse abusiva, lo que no es razonable. Será **decisivo** por tanto considerar las **circunstancias y, en particular**, el **modo** en que proceda el empresario frente a la situación de **desventaja de partida del consumidor**.³⁰

En este orden de ideas, la presente conducta, no puede entenderse de forma aislada al resto de la LORCPM, por lo que un parámetro para medir la posición de poder del operador económico respecto del consumidor necesariamente deviene del poder de mercado que ostenta el operador económico investigado, lo indicado con fundamento en los artículos 5 y 26 de la LORCPM.

Por lo que, en virtud de la doctrina citada, en el presente caso, conforme el análisis económico se ha demostrado, que en el caso particular, el operador económico PRODALEC CIA. LTDA., representó una participación del 0,01% del mercado relevante, en tal sentido, no existiría el elemento de posición de poder que requiere la influencia indebida.

Por lo que, en virtud de la doctrina citada, en el presente caso, no existen elementos que permitan identificar que los consumidores tuvieran una relación de subordinación respecto al operador económico PRODALEC CIA. LTDA., o que este a su vez tenga una posición de superioridad en el mercado.

Al respecto, resulta claro que el operador económico al inducir a error a los consumidores, producto de la configuración de su empaque, pudo ocasionar en los consumidores un falso conocimiento de las reales características y naturaleza de su producto y en consecuencia como resultado del desconocimiento de los consumidores pudo dar lugar a un posible aprovechamiento de dicho error, maximizando la venta de su producto.

Sin embargo, la Intendencia, en el presente caso considera que dicha situación no deviene de la

³⁰ Alicia Arroyo Aparicio, Prácticas agresivas, en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Aranzadi -Thomson Reuters, 2011, Navarra España Pág. 218

existencia de acoso, coacción o influencia indebida, por el contrario, esta situación sería la consecuencia de la conducta de engaño analizada en puntos anteriores de la presente resolución.

Por lo que, esta Autoridad considera que no existen elementos suficientes que permitan identificar que el operador económico PRODALEC CIA. LTDA, hubiera incurrido en actos de competencia desleal contenido en el numeral 10 letra a) del artículo 27 de la LORCPM.

Finalmente, del análisis económico, esta Intendencia identificó que el operador económico PRODALEC CIA. LTDA., por sus características y con participación de 0.01% del mercado relevante, no podría falsear el régimen de competencia de conformidad con el artículo 5 y 26 de la LORCPM.

6.7 Consideraciones Finales de la Intendencia

Del análisis al empaque de la leche modificada LA QUERENCIA del operador PRODALEC CIA. LTDA., esta Autoridad concluye que existirían indicios de actos de engaño por parte del operador económico, debido a que la configuración del diseño, signos y palabras utilizadas en el empaque de la leche modificada “LA QUERENCIA”, y producto de las conclusiones del informe semiótico, la Intendencia considera que éste no proporciona un mensaje claro a los destinatarios del mensaje, lo que tiene como efecto el inducir a error a los consumidores respecto de la real naturaleza o característica del producto.

Por otra parte, en consideración a los actos de violación de normas en la segunda modalidad, esta Intendencia considera que, de conformidad con los elementos recabados, el producto leche modificada LA QUERENCIA no entra en el ámbito de regulación de la NTE INEN 2564, por lo cual, esta Autoridad concluye que no existe la conducta de violación de normas.

Respecto de la conducta contenida en el numeral 10 del artículo 27 de la LORCPM, esta Intendencia no evidenció la existencia de conductas de acoso, coacción o influencia indebida realizadas por el operador PRODALEC CIA. LTDA.

Finalmente, y sin perjuicio de lo indicado, a la luz de la LORCPM, para que se configuren las prácticas anticompetitivas, es necesario acreditar, 1.- el cometimiento de las conductas; y, 2.- la afectación al orden público económico³¹. Al respecto, debido a la cuota de participación del operador económico, la Intendencia consideró que el operador PRODALEC CIA. LTDA., no tendría la capacidad de falsear el régimen de competencia en el mercado relevante investigado, es decir, en el presente caso, no se cumplen los presupuestos establecidos en los artículos 26, en el contexto del artículo 5 de la LORCPM.

En consecuencia, del análisis plasmado en la presente resolución, esta Intendencia concluye que no convergen los requisitos necesarios para formular cargos, esto es, el cometimiento de la conducta reprochada y la afectación al interés general.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN

En uso de las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de

³¹ JARA, M. E., La protección contra la competencia desleal en la LORCPM, en “Derecho Económico Contemporáneo”, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), Pág. 225

Mercado, y con base en los antecedentes fácticos y jurídicos que se subsumen en forma motivada y congruente, en este acto, esta Autoridad **RESUELVE**:

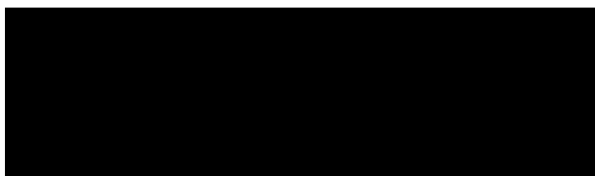
PRIMERO: Acoger el Informe de Resultados de la Investigación emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de 14 de septiembre de 2020.

SEGUNDO.- Ordenar el archivo del presente expediente en contra del operador económico PRODALEC CIA. LTDA. PRODUCTOS ALIMENTICIOS ECUATORIANOS.

TERCERO.- Una vez que el presente acto administrativo haya causado estado, notifíquese la presente resolución a la Intendencia General Técnica.

CUARTO.- Continúe actuando como Secretario de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo el Abg. Santiago Casa Ushiña.-

CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-



Abg. Pablo Carrasco Torrontegui
**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES**