



INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES

Procedimiento de Investigación Nro. SCPM-IGT-INICPD-008-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO. INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., a los 21 días del mes de febrero de 2020, las 16h00.

VISTOS.- En mi 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, dentro del presente expediente de investigación, realizó las siguientes consideraciones:

PRIMERO: COMPETENCIA.- En virtud de lo dispuesto en los artículos 213 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), 53 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM); 55 del Reglamento de aplicación de la LORCPM y 11, numeral 11.2.3 del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se declara la competencia de esta Autoridad para dictar la presente resolución.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- Una vez revisado el expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-008-2019, no se encuentran vicios de procedimiento que puedan generar nulidad procesal en la fase que se sustancia, por lo que se declara su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES PROCESALES QUE CONSTAN DEL PROCEDIMIENTO.-

3.1. El oficio No. 01675-2019-UJGPCDF-G, de 12 de abril de 2019, suscrito por el Ab. José Bernardo Ortega Cadena, en su calidad de Juez de la Unidad Judicial de garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes de Guayaquil, dentro del proceso No. 09281-2019-01675, mediante el cual, notificó a la SCPM con lo siguiente:

Dentro Acción de Protección No.09281-2019-01675, seguida por el Cevallos Vera Narcisa Elizabeth, Apoderada Especial de Marco Fritsche Gerente General de CIA CASSIAN S.A., en contra de Galarza Oleas Juan Carlos, Director Ejecutivo Agencia Nacional de Regulación, Control y Sanitaria ARCSA; en mi calidad de Juez Constitucional, Resolví mediante Resolución de fecha 10 de abril del 2019 Aceptar el pedido de Medidas Cautelares, consecuentemente he dispuesto oficiar a Usted a fin de hacerle conocer que (...) 4 Notifíquese a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado con el contenido del presente auto y copia de la demanda, a fin de que dicha entidad inicie la investigación correspondiente por las posibles infracciones que en el ámbito de su competencia le corresponde conocer y de ser el caso sancionar...



3.2. El Oficio SCPM-IGT-INICPD-015-2019-Of, de 23 de abril de 2019, mediante el cual, esta Intendencia solicitó a la Unidad Judicial de garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes de Guayaquil, que remita las copias certificadas del expediente No. 09281-2019-01675;

3.3. El Oficio No. 09281-2019-01675-UJGPCDFG, de 30 de abril del 2019, remitido por la UNIDAD JUDICIAL DE GARANTÍAS PENALES CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DEL GUAYAS, mediante el cual, explicó que:

Dentro de la Causa Penal No. 092861-2019-01675, que se tramita en esta Unidad Judicial, se la hace conocer que el suscrito juzgador ha dispuesto, hacerle conocer lo siguiente: "...En virtud del oficio que antecede, confiéranse por secretaria las copias certificadas que solicita el Ab. Pablo Carrasco Torrontegui, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de todo el expediente a costa del peticionario, esto de conformidad a lo dispuesto en el Art. 576 del Código Orgánico Integral Penal...

3.4. El informe de la fase barrido emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante la DNICPD o Dirección), el 29 de mayo de 2019, las 15h00; que, en su parte pertinente, la DNICPD recomendó que:

Con base en el análisis expuesto, esta Dirección recomendaría abrir una investigación preliminar, al amparo de lo dispuesto por el artículo 21 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa, en concordancia con el artículo 56 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, a fin de establecer si existen o no indicios sobre el presunto cometimiento de prácticas desleales por parte de DANRODURI S.A., en particular actos de violación de norma...

3.5. La Resolución, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD o Intendencia), el 03 de junio de 2019, las 15h00, mediante la cual, la INICPD resolvió el inicio de la Investigación Preliminar;

3.6. El 10 de junio de 2019, las 12h40, con ID 134576, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador ingresó el oficio Nro. SENAE-DPC-2019-0462-OF y anexos, mediante el cual, remitió el detalle de las declaraciones aduaneras de importación asociadas a las subpartidas del producto "suplementos alimenticios";

3.7. La providencia, emitida por esta Intendencia el día 07 de noviembre de 2019, las 09h00, en la que, la INICPD agregó la información solicitada a los distintos operadores económicos;

3.8. La providencia, emitida por esta Intendencia el día 06 de enero de 2020, las 15h30, mediante la cual se agregó los cuestionarios IV y V, en los cuales la INICPD requirió información a los operadores económicos;

3.9. La providencia, emitida por esta Intendencia el día 14 de enero de 2020, las 12h45, en la que, la INICPD agregó varios escritos y el cuestionario VI en el cual requirió información a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA;



- 3.10.** El 20 de enero de 2020, las 17h15, con ID 154845, el escrito ingresado por el operador económico CASSIAN S.A., mediante el cual entregó información;
- 3.11.** El 21 de enero de 2020, las 12h32, con ID 154918, el escrito ingresado por el operador económico DANRODURI S.A., mediante el cual solicitó aclaración sobre el pedido de información;
- 3.12.** El 21 de enero de 2020, las 15h34, con ID 154944, el escrito ingresado por el operador económico CASSIAN S.A., mediante el cual entregó información;
- 3.13.** La providencia, emitida por esta Intendencia el día 28 de enero de 2020, las 16h50, mediante la cual, la INICPD agregó varios escritos y el cuestionario VII en el cual se requirió información a operadores económicos;
- 3.14.** El 30 de enero de 2020, las 15h05, con ID 155709, la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, ingresó oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DAJ-2020-0023-O y anexos, mediante el cual dio atención a lo solicitado mediante Cuestionario VI;
- 3.15.** El 03 de febrero de 2020, las 14h58, con ID 155946, el escrito ingresado por el operador económico PROLIFECUADOR S.A., mediante el cual solicitó prórroga para entregar la información;
- 3.16.** El 04 de febrero de 2020, las 11h35, con ID 156018, el escrito ingresado por el operador económico HEBALIFE DEL ECUADOR S.A., mediante el cual solicitó prórroga para entregar la información;
- 3.17.** El 04 de febrero de 2020, las 15h21, con ID 156077, el escrito ingresado por el operador económico NATURES SUNSHINE PRODUCTS DEL ECUADOR S.A., mediante el cual remitió información;
- 3.18.** El 04 de febrero de 2020, las 15h29, con ID 156083, el escrito ingresado por el operador económico NATURES SUNSHINE PRODUCTS DEL ECUADOR S.A., mediante el cual remitió información;
- 3.19.** El 05 de febrero de 2020, las 16h03, con ID 156207, el escrito ingresado por el operador económico NATURAL VITALITY S.A., mediante el cual remitió información;
- 3.20.** El 06 de febrero de 2020, las 10h45, con ID 156238, el escrito ingresado por el operador económico ONLYNAT LABORATORIOS DEL ECUADOR S.A., mediante el cual remitió información;
- 3.21.** El 06 de febrero de 2020, las 15h28, con ID 156280, el escrito ingresado por el operador económico DEPÓSITO DENTAL NEO TEC CÍA. LTDA., mediante el cual remitió información;
- 3.22.** El 07 de febrero de 2020, las 16h25, con ID 156416, el escrito ingresado por el operador económico DANRODURI S.A., mediante el cual remitió información;



3.23. La providencia, emitida por esta Intendencia el día 11 de febrero de 2020, las 14h45, mediante la cual, la INICPD agregó varios escritos y dio atención a los requerimientos;

3.24. El 12 de febrero de 2020, las 11h52, con ID 156813, el escrito ingresado por el operador económico PROLIFECUADOR S.A., mediante el cual remitió información respecto del Cuestionario VII;

3.25. El 13 de febrero de 2020, las 16h53, con ID 156987, el escrito ingresado por el operador económico DANRODURI S.A., mediante el cual remitió información respecto del Cuestionario VII;

3.26. El 14 de febrero de 2020, las 11h44, con ID 157032, el escrito ingresado por el operador económico NATURAL VITALITY S.A.;

3.27. El 14 de febrero de 2020, las 14h40, con ID 157056, el escrito ingresado por el operador económico HERBALIFE S.A., mediante el cual remitió información respecto del Cuestionario VII;

3.28. El 14 de febrero de 2020, las 15h47, con ID 157067, el escrito ingresado por el operador económico ONLYNAT LABORATORIOS DEL ECUADOR S.A., mediante el cual remitió nuevamente información respecto del Cuestionario VII;

3.29. La providencia, emitida por esta Intendencia el día 18 de febrero de 2020, las 16h00, mediante la cual, la INICPD agregó varios escritos y dio atención a los requerimientos;

3.30. El informe de la fase Investigación Preliminar, emitido por la DNICPD, el 18 de febrero de 2020, las 17h15; que, en su parte pertinente, la Dirección recomendó:

...[E]n relación a lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales recomienda el archivo del expediente administrativo No. SCPM-IGT-INICPD-008-2019, por no haber identificado indicios que lleven a presumir el cometimiento de prácticas desleales por violación de normas, como consecuencia de una ventaja significativa competitiva.

3.31. La providencia, emitida por esta Intendencia el día 19 de febrero de 2020, las 11h00, mediante la cual, la INICPD agregó extractos no confidenciales, así como el informe de Investigación Preliminar emitido por la DNICPD.

CUARTO: MARCO NORMATIVO QUE AMPARA LA RESOLUCIÓN.- Con base en la descripción de los hechos expuestos dentro del presente procedimiento, es pertinente la enunciación de normas legales que guardan relación:

4.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

El artículo 76 dispone:



En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

[...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

[...]

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados....

El artículo 82 de la misma norma establece:

El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

El artículo 83 determina:

Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

[...]

7. Promover el bien común y anteponer el interés general al particular, conforme al buen vivir.

[...]

El artículo 213 ordena:

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 (...).

El artículo 226 determina:

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.



El artículo 284 establece:

La política económica tendrá los siguientes objetivos:

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional.

[...];

8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.

El artículo 304 determina:

La política comercial tendrá los siguientes objetivos:

[...]

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

El artículo 335 ordena:

El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

El artículo 336 manda:

El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

4.2. LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO (LORCPM):

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación del Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) dispone:

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.



El primer inciso del artículo 2 de la misma norma determina:

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. [...].

El primer inciso señalado en el artículo 3 de la LORCPM correspondiente al Principio de Primacía de la realidad dispone:

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.

El artículo 25 de la LORCPM establece:

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.

El artículo 26 de la mencionada norma legal, en su parte pertinente establece:

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.

El numeral 9 del artículo 27 de la enunciada norma legal determina:

Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:

9.- Violación de Norma.- 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.

4.3. REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO:

El artículo 55 dispone:

Inicio del procedimiento de oficio.- El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción; o como consecuencia de los resultados de estudios económicos o del examen permanente de las restricciones conferidas en virtud de la Ley. [...]

4.4. INSTRUCTIVO DE GESTIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO:

El artículo 1 determina:

El presente instructivo tiene por objeto precisar los términos y plazos para la gestión procesal administrativa, que permitan fortalecer la seguridad jurídica en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado SCPM.

El ámbito de aplicación del artículo 2 establece:

Rige para la gestión procesal administrativa de la Superintendencia en los campos de investigación, estudio, sustanciación y resolución.

Sobre las generalidades del literal b) del artículo 3 que determina:

MEDIOS DE INICIO DE LA INVESTIGACIÓN.- La investigación podrá iniciarse de oficio, denuncia o por solicitud de otro órgano de la administración pública. Toda denuncia o solicitud deberá ingresar por Secretaria General y será entonces codificada para uso interno iniciándose la fase uno (1) denominada de barrido, para ser direccionada inmediatamente a la Intendencia General, con copia a la Coordinación General de Planificación. [...]



4.5. LEY ORGÁNICA DE SALUD:

El artículo 139 ordena:

Las notificaciones y registros sanitarios tendrán una vigencia mínima de cinco años, contados a partir de la fecha de su concesión, de acuerdo a lo previsto en la norma que dicte la autoridad sanitaria nacional. Todo cambio de la condición del producto que fue aprobado en la notificación o registro sanitario debe ser reportado obligatoriamente a la entidad competente de la autoridad sanitaria nacional.

Para el trámite de notificación o registro sanitario no se considerará como requisito la patente de los productos.

El registro sanitario de medicamentos no da derecho de exclusividad en el uso de la fórmula.

El artículo 140 dispone:

Queda prohibida la importación, comercialización y expendio de productos procesados para el uso y consumo humano que no cumplan con la obtención previa de la notificación o registro sanitario, según corresponda, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

El artículo 141 establece:

La notificación o registro sanitario correspondientes y el certificado de buenas prácticas o el rigurosamente superior, serán suspendidos o cancelados por la autoridad sanitaria nacional a través de la entidad competente, en cualquier tiempo si se comprobare que el producto o su fabricante no cumplen con los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley y sus reglamentos, o cuando el producto pudiese provocar perjuicio a la salud, y se aplicarán las demás sanciones señaladas en esta Ley. Cuando se trate de certificados de buenas prácticas o rigurosamente superiores, además, se dispondrá la inmovilización de los bienes y productos.

En todos los casos, el titular de la notificación, registro sanitario, certificado de buenas prácticas o las personas naturales o jurídicas responsables, deberá resarcir plenamente cualquier daño que se produjere a terceros, sin perjuicio de otras acciones legales a las que hubiere lugar.

Artículo 142 dispone:

La entidad competente de la autoridad sanitaria nacional realizará periódicamente inspecciones a los establecimientos y controles posregistro de todos los productos sujetos a notificación o registro sanitario, a fin de verificar que se mantengan las condiciones que permitieron su otorgamiento, mediante toma de muestras para análisis de control de calidad e inocuidad, sea en los lugares de fabricación, almacenamiento, transporte, distribución o expendio. Si se detectare que algún establecimiento usa un número de notificación o registro no asignado para el producto, o distinto al que corresponda, la entidad competente de la autoridad sanitaria nacional suspenderá la comercialización de los productos, sin perjuicio de las sanciones de ley.



4.6. NOTIFICACIÓN SANITARIA Y CONTROL PRODUCTOS HIGIÉNICOS USO INDUSTRIAL

El artículo 19 determina:

Vigencia de la notificación sanitaria.- La notificación sanitaria del producto tendrá una vigencia de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de su expedición y podrá renovarse por períodos iguales.

El artículo 22 dispone:

Modificaciones.- Las siguientes modificaciones no requerirán la obtención de una nueva notificación sanitaria, pero deberán ser notificadas y autorizadas por la ARCSA; para lo cual, el usuario debe ingresar una solicitud mediante el sistema informático establecido por la ARCSA, adjuntando los requisitos previstos en el instructivo que la Agencia emita para el efecto.

... f. Cambio de titular del producto...

QUINTO: DEL INFORME DE INVESTIGACIÓN PRELIMINAR Y SU ANÁLISIS.-

Del análisis económico

La Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, de conformidad con el artículo 53 de la LORCPM, y el artículo 55 del RLORCPM, elaboró el Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020 y respecto del mercado del producto manifestó:

...Mercado del producto (...) El mercado del producto comprende el conjunto de bienes o servicios que el consumidor considera sustituibles o intercambiables, en razón de sus características como por ejemplo: el precio, el uso, el sistema de distribución, las definiciones legales o reglamentarias.

Para determinarlo, es necesario considerar las presiones desde el punto de vista de la competencia, las cuales consisten en (i) la sustituibilidad de la demanda y (ii) la sustituibilidad de la oferta. La primera hace referencia a la presencia en el mercado de productos o servicios que los consumidores consideran intercambiables, para lo cual, hay que analizar la sensibilidad de la demanda ante variaciones en el precio del bien, las preferencias de los consumidores y los costos que éstos enfrentan al hacer una sustitución; la segunda estudia la existencia de los oferentes que estén dispuestos a dedicarse de manera inmediata y poco costosa a producir los bienes o servicios del mercado relevante cuando éstos suben de precio.¹

¹ Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 7



En este sentido, la Dirección consideró que la industria de complementos y suplementos alimenticios en Ecuador está poco desarrollada, y en el mercado nacional la mayoría de los productos son importados.

Además, explicó que internacionalmente los suplementos que mayor expansión han logrado alrededor del mundo corresponden a productos libres de sustancias químicas y grasas trans con un crecimiento del 11%, en comparación con otros tipos de suplementos.

En el ámbito nacional, la DNICPD identificó varias características del público objetivo, conforme el siguiente detalle:

Conforme varios estudios realizados en el Ecuador, el público objetivo a los cuales son dirigidos los suplementos alimenticios difiere específicamente en lo siguiente:

- a) Consumidores Deportistas: consumen estos productos con el fin de fortalecer las estructuras locomotoras y balancear su alimentación.
- b) Adultos de 30 años en adelante: consumen estos productos para complementar su alimentación con fines saludables.
- c) Mujeres y Hombres de 30 años en adelante: consumen estos productos para fines cosméticos y mantener una estética física buena.²

En síntesis, la Dirección identificó que el público objetivo va enfocado a personas que buscan opciones para verse bien, que cuidan su apariencia y tienen buenos hábitos de alimentación.

Esta Intendencia, concuerda con la Dirección respecto de la definición de suplemento alimenticio que se explica en la Normativa Sanitaria para control de suplementos alimenticios emitida por la Agencia de Regulación y Control Sanitaria (en adelante ARCSA), esto es:

Suplemento Alimenticio.- También denominados **complementos nutricionales**, son productos alimenticios no convencionales destinados a complementar la ingesta dietaria mediante la **incorporación de nutrientes** en la dieta de personas sanas, en concentraciones que no generen indicaciones terapéuticas o sean aplicados en estados patológicos. Que se comercializan en formas sólidas (comprimidos, cápsulas, granulados, polvos y otras), semisólidas (jaleas, geles, u otras), líquidas (gotas, solución, jarabes u otras formas de absorción gastrointestinal.

Pueden ser fuente concentrada **de nutrientes con efecto nutricional**, solos o combinados como vitaminas, minerales proteínas, carbohidratos, aminoácido, ácidos grasos esenciales, plantas, concentrados y extractos de plantas, probióticos y otros componentes permitidos.³ (Énfasis añadido)

En este sentido, esta Intendencia se apega a esta definición como también considera pertinente la clasificación realizada por la DNICPD, de la siguiente manera:

² Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 8

³ Normativa Sanitaria para control de suplementos alimenticios. Registro Oficial Suplemento 937 de 3 de febrero de 2017



- **Suplementos de proteínas:** proporcionan una fuente, que se prepara fácilmente y se digiere rápidamente, de los principales nutrientes necesarios para la recuperación tras el ejercicio físico (que ayudan a la reparación, la hidratación y la recarga de energía).
- **Suplementos para nutrición y sistema inmunológico:** la mejor estrategia comprobada para apoyar un buen sistema inmunológico incluye programar períodos de descanso adecuados y adaptar ingesta de energía e hidratos de carbono a las necesidades energéticas.
- **Suplementos de reducción de grasa y adquisición de grasa:** entre los compuestos que ayudan a desarrollar masa muscular se incluye cromo, boro, hidroximetibutira, calostro y otro.
- **Suplementos para la salud de huesos y articulaciones:** el entrenamiento intenso supone un desgaste adicional para los huesos, las articulaciones y sus estructuras asociadas, y se ofrecen numerosos suplementos para proteger y reparar tejidos.

Del análisis realizado por la DNICPD y de la información aportada por los operadores económicos, esta Intendencia identifica que todos los productos referidos en la acción de la medida cautelar presentada por CASSIAN S.A., que a su vez fueron comercializados por DANRODURI S.A., tienen la funcionalidad del desarrollo de masa muscular, en tal sentido, es procedente considerar únicamente un mercado comprendido a los suplementos de reducción de grasa y adquisición de grasa.

En tal sentido, esta Intendencia concuerda con la Dirección, al definir preliminarmente el mercado del producto como: los suplementos alimenticios para masa muscular, y sus sustitutos.

Con respecto a la sustitución de la demanda y de la oferta, la DNICPD señaló:

Análisis de sustitución de la demanda (...) Con el fin de identificar los posibles productos sustitutos, es importante, definir el perfil de la demanda, que de acuerdo con lo señalado por los operadores económicos, los suplementos alimenticios ofertados estarían dirigidos al público en general, entre un rango de edad de 18 a 60 años, que tengan como estilo de vida las actividades deportivas, y físicas que involucren un mejor estilo de vida de manera saludable y que su estado socioeconómico sea monetariamente accesible B, C + para adquirir el suplemento alimenticio.⁴

a) Análisis de Sustitución Cualitativo

(...) En tal sentido, es importante señalar que de los productos que ofertan estos operadores económicos, se diferencian en su funcionalidad, presentación, contenido y otras características que desde el punto de vista cualitativo difieren unos de otros.

En tal sentido, es importante señalar que los suplementos alimenticios, tendrían diferencias en su funcionalidad, presentación, contenido y otras características que desde el punto de vista cualitativo difieren unos de otros dentro de los productos que ofertan los operadores económicos que actúan en el mercado preliminarmente definido.

⁴ Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 15



En relación con los canales de comercialización en el mercado de suplementos alimenticios para masa muscular, conforme la información remitida por los operadores económico dentro del expediente, los más utilizados son: los gimnasios, las tiendas naturistas y las tiendas *on line*, utilizados por los operadores económicos.

Además, la Dirección realizó una comparación de los precios de los suplementos alimenticios, identificando lo siguiente:

De esta manera, del análisis cualitativo esta dependencia podría concluir que si bien los suplementos alimenticios para masa muscular satisfacen la misma necesidad de funcionalidad, existen diferencias en cuanto a sus características y a los usos que el consumidor lo desee dar, en tal sentido, a continuación esta Dirección realiza una comparación de precios y presentaciones entre diferentes suplementos alimenticios, análisis realizado a continuación:

Tabla 3: Tipos de suplementos alimenticios

Tipos				
Operadores Económicos	Producto	Precio Promedio	Presentación	Tipo
DANRONDURI	Questbar Chocolate Chip Cookie		60gr	Barra energética
CASSIAN	ISOPURE		3 LB	Masa muscular
NATURAL VITALITY	Creatine Monohydrate		300 g	Generador de energía
HERBALIFE	Te de NRG Herbalife		60 g	Bebida energética
NUTRISHINE	Solstic Energy		113,10 g	Energizante

Fuente: Operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales

La tabla N°. 3 evidencia que el precio promedio de una barra energética con presentación 60 gramos oscila entre los USD. 2,30, mientras que un producto de masa muscular de 3 libras se vende entre los USD. 52,87, un generador de energía de 300 gramos en USD. 15,68, una bebida energética de 60 gramos en USD. 28,90 y un energizante de 113,10 gramos en USD. 47,32.

Las diferencias encontradas en los precios, presentaciones y tipo de suplementos, permiten a esta Dirección identificar que del análisis preliminar cualitativo todos los suplementos no formarían parte de un mercado relevante, por el contrario, cada mercado relevante se compondría de los productos que tengan similitud en precios, características y función. En este sentido, las barras energéticas, los de masa muscular, bebidas energética, energizantes y otros, no son sustitutos entre sí, por lo que para este caso particular, por la información constante en el expediente, esta Dirección define el mercado producto como los suplementos alimenticios para masa muscular y sus sustitutos.

Al respecto, esta Intendencia concuerda con la Dirección, al identificar como un único mercado el comprendido por los suplementos alimenticios para masa muscular, en virtud de que existen diferencias en las características, precios y funcionalidad respecto de cualquier otro tipo de suplemento.



De manera complementaria, la DNICPD aplicó una herramienta cuantitativa para demostrar la sustitución de la demanda, esto fue, una prueba de correlación de precios, herramienta contenida en la Resolución N°. 11 de la Junta de Regulación, obteniendo los siguientes resultados:

...Para la estimación de la sustitución del producto analizado, esta Dirección utilizó los precios promedio mensuales en el período 2016-2019 de dos suplementos alimenticios para masa muscular frente a otro.

Las series de precios fueron deflactadas con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) con la finalidad de trabajar con precios constantes. En consecuencia, esta Dirección aplicó el logaritmo natural para reducir el componente de escala asociado a la serie. Los resultados obtenidos fueron los siguientes:

Tabla 4: Correlación de logaritmos naturales de precios constantes

```
. corr log_PD log_PO
(obs=41)
```

	log_PD	log_PO
log_PD	1.0000	
log_PO	0.3018	1.0000

Fuente: Operadores económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Tal como se muestran los resultados del método aplicado, cuantitativamente los suplementos para masa muscular no tendrían sustitutos al no evidenciarse correlaciones superiores al 0.8. Concluyendo, que cuantitativamente, esta Dirección no identifica sustitución, confirmando el análisis cualitativo, el mercado producto estaría comprendido por los suplementos alimenticios para masa muscular.

En este sentido, esta Intendencia evidenció que la Dirección confirmó sus resultados, respecto de que al no superar un coeficiente de 0,8 en la prueba de correlación, se demuestra que no son productos sustitutos los suplementos alimenticios para masa muscular con cualquier otro suplemento. Confirmando que, para el presente caso, estaría delimitado por el mercado de suplementos alimenticios para masa muscular.

En relación a la sustitución de la oferta, esta Intendencia identificó, por el análisis realizado por la Dirección, que en el mercado de suplementos alimenticios para masa muscular existirían competidores potenciales, que al contar con varios canales de distribución, al no identificar barreras de entrada considerables y que ante incrementos en el precio del producto, podrían ofertar y comercializar en un periodo de tiempo que no supone de ajustes significativos o inversiones altas, en tal sentido, la entrada de nuevos operador en este mercado, es probable, conforme los elementos de la prueba de sustitución de la oferta SSS.

Respecto de la temporalidad de la presunta conducta, la Dirección explicó que:



El mercado temporal estaría preliminarmente definido desde el 10 de abril de 2019, fecha en la que a partir de ahí, el Juez de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes del Cantón Guayaquil, habría ordenado al ARCSA la cancelación inmediata de los registros y/o notificaciones sanitarias de los productos objeto de investigación.

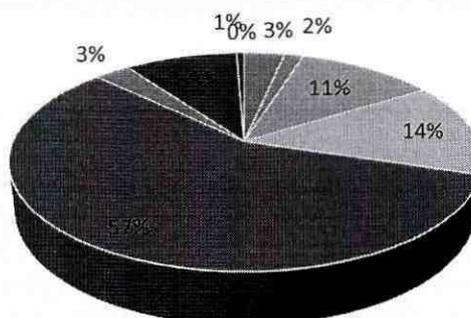
En tal sentido, esta Intendencia considera que la duración de la conducta estaría comprendida efectivamente desde el 10 de abril del 2019, fecha en la cual, el Juez de Garantías Penales ordeno la suspensión de las notificaciones sanitarias de DANRODURI S.A., hasta la presente fecha.

Ahora bien, respecto del mercado geográfico, esta Intendencia coincide con la Dirección, en que la comercialización de suplementos para masa muscular tendría un alcance a nivel nacional, esto debido a que los canales de distribución se caracterizan por ser de alcance masivo.

Finalmente, del mercado relevante, esta Intendencia considera que esta comprendido por los suplementos alimenticios para masa muscular a nivel nacional, que conforme la información obtenida del SRI, los operadores económicos tendrían la siguiente participación:

Para la definición de las cuotas de mercado, esta Dirección, de manera preliminar, utilizó los ingresos de los operadores económicos del mercado de suplementos alimenticios, del Servicio de Rentas Internas, siendo para el 2018 la cuota de HERBALIFE de 57%, NATURAL VITALITY 14%, DEPÓSITO NEO-TEC 11%, NATURES SUNSHINE 9%, CASSIAN Y ONLYNAT 3%, DANRODURI 2% y otros operadores económicos con el 1%.

Ilustración 9: Cuota de participación del mercado relevante



- | | |
|--------------------------------------|---|
| ■ CASSIAN | ■ DANRODURI |
| ■ Deposito Dental Neo-Tec Cia. Ltda. | ■ NATURAL VITALITY S.A. |
| ■ HERBALIFE DEL ECUADOR S.A. | ■ ONLYNAT LABORATORIOS DEL ECUADOR S.A. |
| ■ NATURES SUNSHINE | ■ LANSAX CAPITAL |
| ■ BEVERAGE PUMP | |

Fuente: Servicio de Rentas Internas

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



Esta Intendencia considera importante señalar, que si bien, la Dirección explica que el análisis económico corresponde a una etapa preliminar, y que este podría ser precisada en cuanto a delimitación de mercado, mercado geográfico, cuotas de mercado y demás detalles; las cuotas de mercado presentadas en el informe de investigación preliminar corresponden a la información reportada en el Servicio de Rentas Internas, es decir, el monto total de ingresos por ventas.

En tal sentido, las participaciones podrían estar sobredimensionadas en algunos casos, sin embargo, es criterio de la Intendencia, que por la etapa procesal en la que se encuentra esta investigación, el análisis realizado por la DNICPD sirve para identificar la incidencia y dimensión del operador económico investigado dentro del mercado relevante, en comparación con sus competidores dentro del mercado nacional.

Del análisis jurídico y ventaja competitiva significativa

En relación a la violación de normas, la LORCPM, en su artículo 27, numeral 9 dispone:

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)

Al respecto la Dirección, desde una perspectiva teórica consideró:

El primer inciso tipifica como desleal la prevalencia en el mercado, mediante una ventaja competitiva significativa lograda a través del incumplimiento de normas jurídicas, tales como ambientales, laborales, tributarias, entre otras, es decir, aquellas normas que los operadores económicos deben cumplir dentro del giro propio de sus negocios. En este punto, no se cuestiona si el operador participó o no con las debidas autorizaciones dentro de un determinado mercado.

Por otro lado, el segundo inciso de esta norma jurídica reprocha como desleal, el hecho de concurrir o participar en un determinado mercado sin las autorizaciones o permisos que el ordenamiento jurídico establece como obligatorios para ejercer determinada actividad de comercio. En este caso, no es necesario el análisis de prevalencia en el mercado, sino únicamente el de ventaja competitiva significativa.⁵

En este orden de ideas, el artículo 27, numeral 9 de la LORCPM, establece dos tipos de violación de normas –aquellas que regulan el funcionamiento de los operadores en el

⁵ Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 33



ejercicio de sus actividades económicas y aquellas que regulan el acceso de los operadores al mercado– e incorpora un grado distinto de exigencia.

Así, en el presente caso la LORCPM exige que, para la violación de una norma concurrencial como acto de competencia desleal, el operador económico infractor debe obtener una ventaja competitiva significativa producto de la infracción normativa.

En el presente caso, a criterio de la Dirección, *“el registro sanitario constituye una autorización legal de concurrencia ya que los operadores económicos no podrían vender los suplementos alimenticios sin que tengan este requisito”*, en tal virtud esta Intendencia concuerda con este criterio por cuanto el artículo 137 de la Ley Orgánica de Salud, establece que:

Están sujetos a la obtención de notificación sanitaria previamente a su comercialización, los alimentos procesados, aditivos alimentarios, cosméticos, productos higiénicos, productos nutracéuticos, productos homeopáticos, plaguicidas para uso doméstico e industrial, y otros productos de uso y consumo humano definidos por la Autoridad Sanitaria Nacional, fabricados en el territorio nacional o en el exterior, para su importación, comercialización y expendio.

Están sujetos a la obtención de registro sanitario los medicamentos en general en la forma prevista en esta Ley, productos biológicos, productos naturales procesados de uso medicinal, productos dentales, dispositivos médicos y reactivos bioquímicos de diagnóstico, fabricados en el territorio nacional o en el exterior, para su importación, comercialización, dispensación y expendio. (Énfasis añadido)

De la norma antes citada se desprende que la obtención de notificación sanitaria y autorización del registro sanitario son requisitos ineludibles para la comercialización de aditivos alimentarios y en general de todos los productos de uso y consumo humano de productos fabricados en el Ecuador o en el extranjero, ya sea para su importación, comercialización o expendio.

Sobre la **infracción de normas jurídicas** la Dirección se pronunció:

En este sentido, el juez constitucional, en la referida sentencia, examinó distintas infracciones normativas, sin embargo, el objeto principal de su análisis fue el incumplimiento de la ARCSA en su obligación de vigilancia y control de los registros sanitarios de los productos que comercializaban los operadores económicos en el mercado; situación que resulta ajena a las competencias de la Intendencia.⁶

En el caso objeto de análisis, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley Orgánica de la Salud, la cancelación o suspensión del registro sanitario le corresponde a la ARCSA. Sin embargo, el juez constitucional como medida cautelar ordenó la suspensión de los registros de DANRODURI S.A., lo cual tendría los mismos efectos jurídicos que una suspensión ordenada por la referida entidad.

⁶ Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 35



En este sentido, al haber sido ordenada, en vía judicial, la cancelación de varios registros –notificaciones sanitarias de suplementos alimenticios– que comercializaba DANRODURI S.A., este operador económico se encontraba impedido de concurrir en el mercado relevante analizado, al respecto la Dirección explicó que:

De acuerdo con los hechos referidos en este acápite, esta Dirección considera que si bien DANRODURI S.A., inicialmente comercializó sus productos con las notificaciones sanitarias otorgadas por la ARCSA, a partir de la sentencia emitida por el Juez de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes del cantón Guayaquil, de 10 de abril de 2019, las 22ho6, dichas notificaciones fueron suspendidas, toda vez que así lo dispuso el mencionado juzgador, como medida cautelar constitucional.⁷

Esta Intendencia concuerda con el criterio de la Dirección toda vez que, de acuerdo con la documentación que obra del expediente, DANRODURI S.A., habría obtenido la notificación sanitaria para la comercialización de los productos investigados en legal y debida forma a partir del año 2015. Al respecto, dicha notificación estuvo vigente hasta la resolución de 10 de abril de 2019, mediante la que, el juez ordenó la suspensión de dichas notificaciones sanitarias.

En este sentido, a partir de la expedición de la referida sentencia, la eventual comercialización por parte de DANRODURI S.A., de los productos investigados, constituiría una infracción a las normas sanitarias.

Al respecto, según consta en el informe de la Dirección, DANRODURI S.A., habría comercializado producto en el año 2019, lo que permite presumir la posible existencia de una infracción normativa al, aparentemente, comercializar productos que tenían una notificación sanitario suspendido.

Una vez obtenido el indicio de la posible infracción normativa, es necesario contar con un análisis de la ventaja competitiva significativa como consecuencia de la violación de normas, al respecto la Dirección explicó que:

... En tal sentido, esta Dirección, con el fin de identificar alguna ventaja por la venta de los suplementos alimenticios para masa muscular, referidos en el listado *ut supra*, realizó el análisis de la evolución de las ventas de los siguientes productos: **ISOPURE 3LB (vainilla, crema galleta, banana)**, **AMINO ENERGY, SYNTHA 6 EDGE 2 LB (chocolate, vainilla, crema galleta)**, **CELLUCOR C4**, **MASS TECH EXTREME 2000 7 LIBRAS (vainilla, chocolate)**, **MT VAPOR X5 NEXT GEN 30SERV (ponche de frutas)**, **MT Hydroxycut Hardcore Elite 110ct**, en comparación con las ventas logradas por el operador CASSIAN en el periodo 2016 a 2019, obteniendo los siguientes resultados:

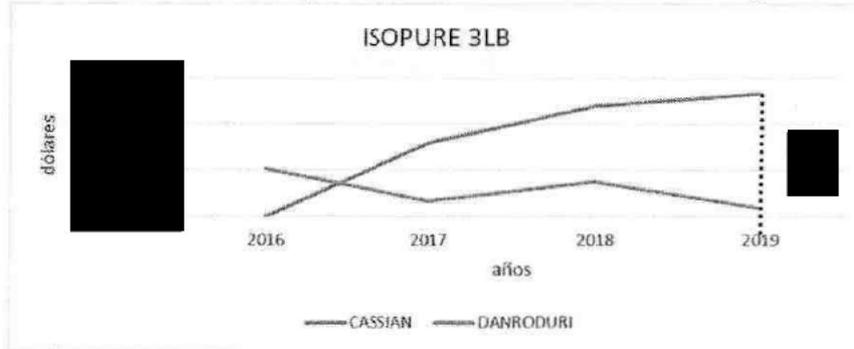
(...) Respecto del producto **ISOPURE VAINILLA**, esta Dirección identificó que el operador DANRODURI ha tenido una tendencia decreciente en la venta del producto, significando una tasa negativa de [REDACTED] mientras que el operador CASSIAN ha tenido una tendencia creciente logrando tasas de crecimiento de [REDACTED] respectivamente en los años 2018 y 2019 (...)

⁷ Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 35



A continuación, esta Dirección identifica que, en el año 2019, las ventas del producto ISOPURE por parte de DANRODURI S.A., [REDACTED]

Ilustración 10 Suplemento alimenticio ISOPURE 3LB



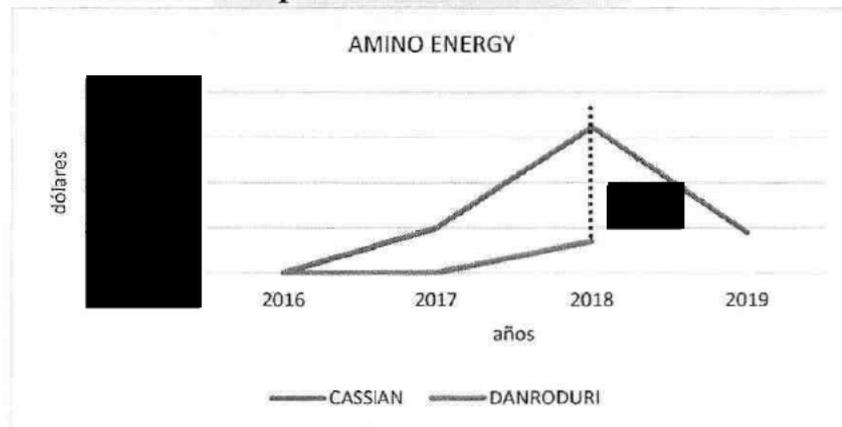
Fuente: Operadores Económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

(...) Respecto del producto **AMINO ENERGY**, esta Dirección identificó que el operador DANRODURI ha tenido una tendencia decreciente en la venta del producto, significando [REDACTED] del año 2018 a 2019, mientras que el operador CASSIAN ha tenido una tendencia creciente logrando una tasa de crecimiento de [REDACTED] (...)

Conforme el siguiente gráfico las ventas en el año 2018 de este producto por parte de DANRODURI S.A., significó el 22% de las ventas de CASSIAN, y para el año 2019 DANRODURI no generó ninguna venta de este producto, como se demuestra a continuación:

Ilustración 11 Suplemento alimenticio AMINO ENERGY



Fuente: Operadores Económicos

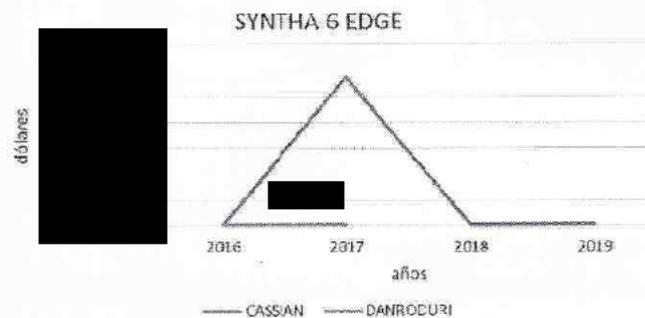
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

(...) En relación con el producto **SYNTHA 6 EDGE 2 LB CHOCOLATE**, esta Dirección identificó que el operador DANRODURI ha tenido una tendencia decreciente en la venta del producto, significando una tasa negativa [REDACTED], mientras que el operador CASSIAN ha tenido una tendencia decreciente con una tasa de negativa de [REDACTED] respectivamente de 2018 a 2019 (...)



Conforme el siguiente gráfico las ventas en el año 2017, por parte del operador DANRODURI [REDACTED] de las ventas de CASSIAN, además, es importante señalar que el operador económico investigado no generó ninguna venta por este producto en el año 2018 ni en el 2019.

Ilustración 12 Suplemento alimenticio SYNTHA 6 EDGE



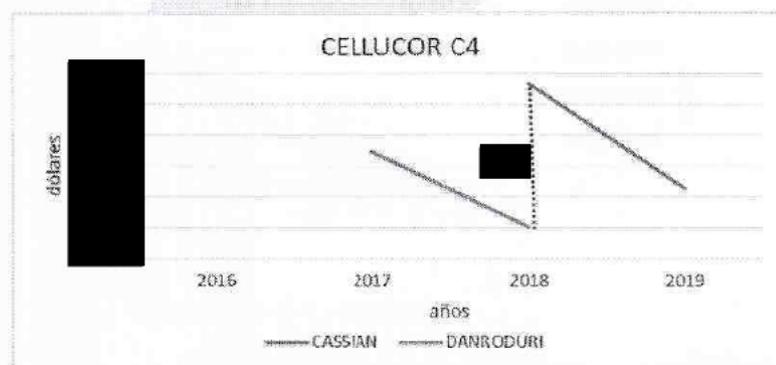
Fuente: Operadores Económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

(...) En referencia al producto **CELLUCOR C4**, esta Dirección identificó que el operador DANRODURI ha tenido una tendencia decreciente en la venta del producto, significando una tasa negativa de 100% de 2018 a 2019, mientras que el operador CASSIAN ha tenido una tendencia decreciente con una tasa de negativa de [REDACTED] respectivamente de 2018 a 2019 (...)

Conforme el siguiente gráfico las ventas en el año 2018 de este producto por parte de DANRODURI S.A., significó el [REDACTED] de las ventas de CASSIAN, además es importante indicar que el operador DANRODURI no reporta ventas de este productos en el año 2019.

Ilustración 13 Suplemento alimenticio CELLUCOR C4



Fuente: Operadores Económicos

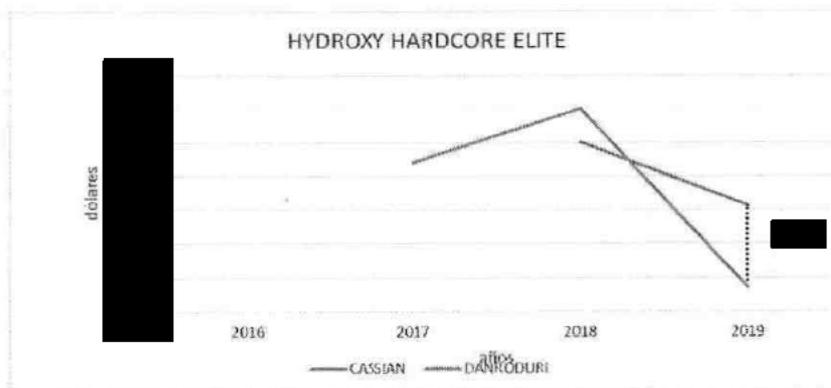
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

(...) Respecto del producto **MASS TECH EXTREME 2000 VAINILLA 7 LIBRAS**, esta Dirección identificó que el operador DANRODURI ha tenido una tendencia decreciente en la venta del producto, significando una tasa negativa de [REDACTED] de 2018 a 2019, mientras que el operador CASSIAN mantuvo sus ventas de manera constante en los años 2018 a 2019, (...)



Conforme el siguiente gráfico las ventas en el año 2019 de este producto por parte de DANRODURI S.A., significó el [REDACTED] de las ventas de CASSIAN.

Ilustración 16 Suplemento alimenticio HYDROXY HARDCORE ELITE



Fuente: Operadores Económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Del análisis realizado, esta Dirección identificó para el año 2019 que el operador económico DANRODURI dejó de comercializar los siguientes productos: AMINO ENERGY, SYNTHA 6 EDGE 2 LB CHOCOLATE, CELLUCOR C4, mientras que de los productos ISOPURE 3LB Vainilla, MASS TECH EXTREME 2000 VAINILLA 7 LIBRAS, MT VAPOR X5 NEXT GEN 30SERV FRUIT PUNCH, MT HYDROXYCUT HARDCORE ELITE 110CT, habría vendido en el año 2019, sin embargo, estas ventas no superan, en promedio, los [REDACTED] que en comparación con los ingresos percibidos por el operador económico CASSIAN, **ninguno de estos productos superan las ventas realizadas por este operador por la venta de suplementos alimenticios para masa muscular.**

En tal sentido, conforme el análisis realizado el operador económico DANRODURI S.A., tiene preliminarmente **una cuota de participación del 2% y habría generado ventas alrededor de [REDACTED]** Además, conforme la documentación entregada por los operadores económicos varios de los productos objeto de investigación habrían cesado su comercialización en el año 2019, mientras que otros habrían tenido **una venta efímera obteniendo tasas negativas de crecimiento en comparación de otros operadores económicos dentro del mercado relevante.**

Por lo indicado, a criterio de esta Dirección el operador económico investigado **no podría obtener una ventaja competitiva significativa** producto de la venta de suplementos alimenticios para masa muscular sin registro sanitario.

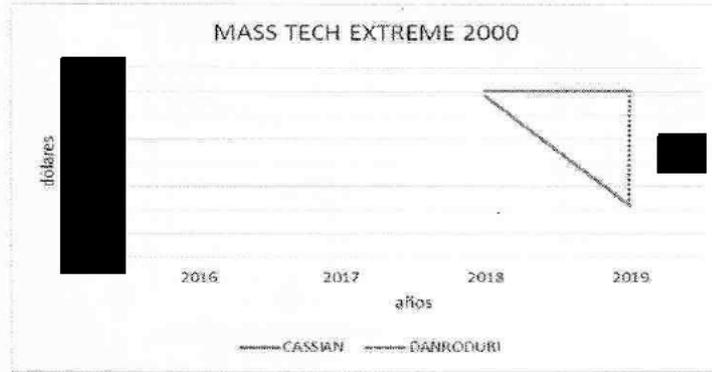
En tal virtud, esta Dirección evidencia que el operador económico DANRODURI, **no tiene la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia en este mercado relevante de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM.**

Por lo indicado, al no existir la significancia de la ventaja competitiva producto de la presunta infracción de la norma, esta Dirección no identificó los indicios necesarios para presumir la existencia de la conducta anticompetitiva objeto de análisis, esto es el segundo inciso del numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM. (Énfasis añadido)



Conforme consta en el siguiente gráfico, las ventas en el año 2019 de este producto por parte del operador DANRODURI significaron el [REDACTED] de las ventas de CASSIAN, como se muestra a continuación:

Ilustración 14 Suplemento alimenticio MASS TECH EXTREME 2000



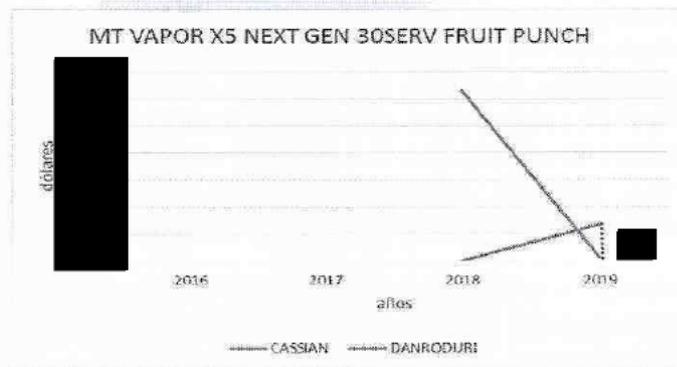
Fuente: Operadores Económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

(...) Respecto al producto **MT VAPOR X5 NEXT GEN 30SERV FRUIT PUNCH**, esta Dirección identificó que el operador DANRODURI ha tenido una tendencia decreciente en la venta del producto, significando una tasa negativa de [REDACTED] de 2018 a 2019, mientras que el operador CASSIAN únicamente generó ventas en el año 2019, (...)

Conforme el siguiente gráfico las ventas en el año 2019 de este producto por parte de DANRODURI S.A., significó el [REDACTED] de las ventas de CASSIAN.

Ilustración 15 Suplemento alimenticio MT VAPOR X5 NEXT GEN 30SERV FRUIT PUNCH



Fuente: Operadores Económicos

Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

(...) Con relación al producto **MT HYDROXYCUT HARDCORE ELITE 110CT**, esta Dirección identificó que el operador DANRODURI ha tenido una tendencia decreciente en la venta del producto, significando una tasa negativa de [REDACTED] de 2018 al 2019, mientras que el operador CASSIAN ha tenido una tendencia decreciente con una tasa de negativa de [REDACTED] respectivamente de 2018 a 2019 (...)



Por lo mencionado, esta Intendencia considera pertinente definir a la ventaja competitiva significativa, al respecto el Diccionario de la Real Academia Española define a la ventaja como:

1. f. Superioridad o mejoría de alguien o algo respecto de otra persona o cosa.
2. f. Excelencia o condición favorable que alguien o algo tiene.
3. f. Sueldo sobreañadido al común que gozan otros.
4. f. Ganancia anticipada que un jugador concede a otro para compensar la superioridad que el primero tiene o se atribuye en habilidad o destreza.⁸

De acuerdo con el modelo de la ventaja competitiva de Porter, la estrategia competitiva toma acciones ofensivas o defensivas para crear una posición defendible en una industria con la finalidad de hacer frente, con éxito, a las fuerzas competitivas y generar un retorno sobre la inversión. Según Michael Porter: “la base del desempeño sobre el promedio dentro de una industria es la ventaja competitiva sostenible”⁹

Con el fin de entender el alcance de la significancia, esta Intendencia recurre al RAE, y explica que, la palabra significativa se entiende como:

1. adj. Que da a entender o conocer con precisión algo.
2. adj. Que tiene importancia por representar o significar algo.

En este sentido, esta Intendencia concuerda con el análisis realizado por la DNICPD respecto de la ventaja competitiva significativa, por cuanto, al identificar que el operador económico mantendría una cuota de participación del 2%, que del total de los ingresos reportados en el SRI el operador DANRODURI S.A., no alcanza a representar el 35% de los ingresos reportados por CASSIAN, es decir, en 7 años ha representado la tercera parte de los ingresos de su competidor, que de los 23 productos que el operador económico DANRODURI S.A., debió dejar de comercializar, dejó de importar y muchos de ellos de comercializar.

Que de los productos que aún siguen en el mercado, la DNICPD identificó que corresponde a un monto de ingresos comparativamente bajos, que mantienen una tendencia decreciente de sus ventas, por lo tanto, es criterio de esta Intendencia que el operador económico DANRODURI S.A., no cuenta con la importancia o significancia necesaria como para modificar la estructura económica del mercado relevante preliminar definido por esta Autoridad.

⁸ Diccionario de la Real Academia Española. Obtenido de: <https://dle.rae.es/ventaja>

⁹ Michael E. Porter, Competitive Strategy, Copyright 2007 Online Executive Education. Tomado de: <https://www.itson.mx/micrositios/pimpiie/Documents/ventaja%20competitiva.pdf>



Tal es así, que dentro de este expediente no existen indicios que demuestren que el operador económico DANRODURI, podría falsear el régimen de competencia en este mercado relevante de conformidad con los artículos 5 y 26 de la LORCPM.¹⁰

Por lo tanto, esta Intendencia no identificó los indicios necesarios para presumir la existencia de la conducta anticompetitiva objeto de análisis, al no existir la significancia de la ventaja competitiva producto de la presunta infracción de la norma, esto es el segundo inciso del numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM.

SEXTO.- RESOLUCIÓN:

En virtud de los indicios expuestos, esta Autoridad. **RESUELVE:**

PRIMERO.- Acoger el Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-INICPD-DNICPD-003-2020-I, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

SEGUNDO.- Archivar el expediente investigativo No. SCPM-IGT-INICPD-008-2019, por no haber identificado indicios que lleven a presumir el cometimiento de prácticas desleales por violación de normas, como consecuencia de una ventaja competitiva significativa.

TERCERO.- Poner en conocimiento de la Intendencia General Técnica el contenido de la presente resolución.

CUARTO.- Continúe actuando la funcionaria María José Gutiérrez como Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo.

CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-



Abg. Pablo Carrasco Torrontegui

**INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE
PRÁCTICAS DESLEALES**

Ref. Res SCPM-IGT-INICPD-2020-07

¹⁰ Informe de Investigación Preliminar, de 18 de febrero de 2020, las 17h15, P. 51