



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

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-0023-2018

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS
DESLEALES.-** Quito D.M., 16 de enero 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 administrativas, dentro del presente proceso de investigación en lo principal indico lo siguiente:

Primero.- Antecedentes

1. El escrito y anexos, presentados por Jorge Julián García Miranda, en su calidad de representante legal de SUMESA S.A., el día 14 de noviembre de 2018, las 14h57, con ID 118546, a través del cual denunció ante esta autoridad el presunto cometimiento de prácticas desleales por parte del operador económico QUALA ECUADOR S.A., (en adelante Quala S.A.);
2. La providencia de 23 de noviembre de 2018, las 12h30, mediante la cual la INICPD calificó la denuncia y dispuso correr traslado al denunciado para que presente sus explicaciones en el término de quince (15) días;
3. La providencia de 12 de diciembre de 2018, las 08h35, mediante la cual la INICPD dispuso agregar los cuestionarios 1 y 2, a fin de remitirlos a los operadores económicos concurrentes en el mercado; cuyas respuestas constan en el expediente de investigación;
4. El escrito de explicaciones y sus anexos, presentados por el operador económico Quala S.A., el día 14 de diciembre de 2018, las 13h26, con el ID 120540;
5. Los escritos y anexos de los siguientes operadores económicos: Nestlé, 19 de diciembre de 2018, con ID 120834; Quala S.A., de 19 de diciembre de 2018, con ID. 120945; Nestlé, 20 diciembre de 2018, con ID. 120972; Unilever Andina Ecuador S.A., 19 y 20 de diciembre de 2018, con IDs. 120920 y 121008;
6. La resolución de 4 de enero de 2019, las 16h00, mediante la cual la INICPD resolvió ordenar el inicio de una investigación por el presunto cometimiento de actos de engaño, actos de comparación y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor. Esta investigación inició por el plazo de 180 días, pudiendo prorrogar hasta por 180 días plazo, en caso de que esta autoridad lo considere pertinente;



7. Los escritos de los siguientes operadores económicos: Nestlé, 08 de enero de 2019, con ID 122187; y, Quala S.A., de 10 de enero de 2019, con ID 122466;
8. La providencia de 21 de enero de 2019, las 15h30, a través de la cual la INICPD solicitó información económica a los operadores económicos en el sector de supermercados mediante cuestionario 003 , así como también a la ARCSA, cuyas respuestas constan en el expediente de investigación;
9. Los escritos y anexos presentados por los operadores: Sumesa S.A., 23 de enero de 2019, con ID 123432; Quala S.A., de 24 de enero de 2019, con ID 123565, Sucesores de Jacobo Paredes M. S.A., de 25 de enero de 2019, con ID 123765; y, Sumesa S.A., de 29 de enero de 2019, con ID 123950;
10. El oficio remitido por la ARCSA el día 30 de enero de 2019, las 10h38, con ID 123981, en el que fundamentó su negativa de entregar la información solicitada por esta autoridad;
11. Los escritos y anexos presentados por los operadores: Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., 01 de febrero de 2019, con ID 124200; Mega Santa María., de 04 de febrero de 2019, con ID 124334; El Rosado, de 05 de febrero de 2019, con ID 124414; La Favorita, de 06 de febrero de 2019, con ID 124572; Tía, de 06 de febrero de 2019, con ID 124659;
12. La providencia de 11 de febrero de 2019, las 15h00, mediante la cual la INICPD agregó el escrito de Quala S.A., y fijó nuevo día y hora para la reunión con los operadores;
13. El acta y audio de la reunión de trabajo llevada a cabo el día 13 de febrero de 2019, a partir de las 14h00, entre la INICPD, SUMESA S.A., y Quala S.A.;
14. El escrito y anexos presentados por los operadores: Tía, 13 de febrero de 2019, con ID 125277; El Rosado, 18 de febrero de 2019, con ID 125466; Quala S.A., 27 de febrero de 2019, con ID 126231; y, Sumesa S.A., 06 de marzo de 2019, con ID 126656;
15. La providencia de 12 de marzo de 2019, las 11h00, mediante la cual la INICPD agregó escritos antes referidos y convocó a una reunión al operador económico Quala S.A.;
16. El acta y audio de la reunión de trabajo llevada a cabo el día 13 de marzo de 2019, a partir de las 08h55, entre la INICPD y Quala S.A.;
17. Los escritos y anexos presentados por los operadores: Gerardo Ortiz e Hijos Cía. Ltda., 14 de marzo de 2019, con ID 127527; Tía, 18 de marzo de 2019, con ID 127860; y, Sumesa S.A., 21 de marzo de 2019, con ID 128179;
18. El oficio remitido por ARCSA el día 21 de marzo de 2019, las 09h55, con ID 128194, en donde ratifica su negativa de entregar la información solicitada por esta autoridad;



19. Los escritos y anexos presentados por los operadores: MegaSanta María., 21 de marzo de 2019, con ID 128256; Sumesa S.A., 28 de marzo de 2019, con ID 128983; Quala S.A., 17 de abril de 2019, con ID 130292;
20. La providencia de 22 de abril de 2019, las 16h00, mediante la cual la INICPD agregó los escritos antes referidos.
21. El acta de la reunión de trabajo llevada a cabo entre la INICPD y SUMESA S.A., el día 29 de abril de 2019, a partir de las 15h11, cuyo audio fue declarado como confidencial;
22. El escrito y anexo presentados Sumesa S.A., 06 de mayo de 2019, con ID 131770, en el que remitió un estudio de mercado para determinar el gramaje ideal para el consumidor de caldo de gallina Ranchero y una ficha metodología de estudio de mercado realizado por Kantar Wordlpanel sobre preferencia de caldos concentrados.
23. La resolución de 03 de julio de 2019, las 15h00, mediante la cual la INICPD decidió:

***RESOLUCIÓN.-** En virtud de los antecedentes y las consideraciones expuestas, y en ejercicio de su potestad discrecional para prorrogar la duración de la investigación, **RESUELVO: 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, prorrogúese el plazo de duración de esta investigación, por un plazo máximo de ciento (180) días adicionales.*
24. El escrito presentado por el operador económico Quala S.A., ingresado el 05 de julio de 2019, las 16h36, signado con el número de trámite ID 137760.
25. El escrito presentado por el operador económico SUMESA S.A., ingresado el 07 de agosto de 2019, las 11h26, signado con el número de trámite ID 139832, mediante el cual solicitó una copia digital simple del expediente;
26. La providencia de 28 días del mes de agosto de 2019, las 17h00, mediante la cual la INICPD atendió varios escritos dentro del presente expediente;
27. El escrito presentado por Quala S.A., el día 29 de agosto de 2019, las 16h39, con ID 142456.
28. El acta y audio correspondientes a la reunión de trabajo llevada a cabo entre la INICPD y Quala S.A., el día 04 de septiembre de 2019, las 15h04;
29. El escrito presentado por SUMESA S.A., el día 04 de septiembre de 2019, las 16h38, con ID 142925.
30. El oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DAJ-2019-0200-O, presentado por la Abg. Elsa Jacqueline Bayas Cabrera, en su calidad de Directora de Asesoría Jurídica de la



Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria – ARCOSA, el día 20 de septiembre de 2019, las 14h12, con ID 144499.

31. La Resolución No. SCPM-DS-2019-52, de 10 de octubre de 2019, en la que el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado consideró en lo principal:

“... Que el artículo 162 del Código Orgánico Administrativo señala que el cómputo de los plazos y términos dentro de los procedimientos administrativos se suspende, entre otros supuestos, cuando: 5. Medie caso fortuito o fuerza mayor ...;

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 884 de 03 de octubre de 2019, publicado en el Registro Oficial No. 53 de 03 de octubre de 2019, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, decretó en su artículo 1: Artículo 1.- DECLÁRESE el estado de excepción en todo el territorio nacional, en razón de las circunstancias de grave conmoción interna, pues las paralizaciones en diferentes lugares del país, han alterado el orden público, impidiendo la norma circulación vehicular, provocando situaciones de manifiesta violencia que ponen en riesgo la seguridad y la integridad de las personas; así como también, la alerta de una posible radicalización de la medida en todo el territorio nacional, ya que las diferentes agrupaciones continúan convocándose para jornadas de protesta continua e indefinida. Tal situación, requiere de intervención emergente a fin de precautelar la seguridad y los derechos de todas las personas.; y,

Que en razón de las circunstancias de grave conmoción interna y las paralizaciones en los diferentes lugares del país han provocado situaciones de manifiesta violencia, es imperioso precautelar la seguridad e integridad de la ciudadanía y de las y los servidores de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”

Con base en las consideraciones expuestas 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...”
(Énfasis añadido)*

32. El escrito presentado por Quala S.A., el día 14 de octubre de 2019, las 16h35, con ID 147346.

33. El escrito presentado por el operador económico Quala S.A., el día 19 de diciembre de 2019, las 10h19, con ID 152375, mediante el cual el operador económico, en lo principal autorizó a nuevos abogados patrocinadores y señaló otras direcciones de notificación, en lugar de las señaladas en su escrito de contestación a la denuncia;

34. La providencia de 19 días del mes de diciembre de 2019, las 10h00, mediante la cual la INICPD despachó varios escritos y dispuso:



“... OCTAVO.- Al amparo de lo establecido en los artículos 49, número 1 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, se dispone al operador económico QUALA ECUADOR S.A., que en un término no mayor a tres (3) días, remita a esta autoridad las unidades vendidas del producto “Doña Gallina”, desde enero 2019 hasta la presente fecha, detallado en forma mensual...”;

35. El escrito de 23 de diciembre de 2019 ingresado por el operador económico Quala S.A., con ID. 152607, en el que remite la información de ventas del producto Doña Gallina desde enero de 2019 hasta la presente fecha;
36. La providencia de 03 de enero de 2020, las 17h00, mediante la cual, el Intendente ordenó que se agreguen el escrito y anexos remitidos por el operador Quala S.A.; y,
37. El Informe de Resultados de la Investigación, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante la Dirección o la DNICPD), el 04 de enero de 2020, en el que en su parte pertinente recomendó:

Esta Dirección por el análisis económico y jurídico realizado en este expediente, recomienda archivar la presente investigación en razón a la falta de mérito en contra del operador económico denunciado QUALA ECUADOR S.A.

38. La providencia de 15 de enero de 2020, las 14h00, mediante la cual, el Intendente agregó el informe de resultados No. SCPM-INICPD-DNICPD-001-2020 de 04 de enero de 2020, emitido por la DNICPD.

Segundo: Competencia

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, emite la presente resolución, en virtud del artículo 56 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), la cual determina que:

*Art. 57.- Archivo de la denuncia.- Si el órgano de sustanciación considera satisfactorias las explicaciones del denunciado, **o si concluida la investigación no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento**, mediante resolución motivada ordenará el archivo de la denuncia. (Énfasis añadido)*

En concordancia con el artículo 63 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM (en adelante RLORCPM), que establece:

Art. 63.- Resolución de archivo de la denuncia.- Cuando, de los hechos investigados, no existiere mérito para la prosecución de la instrucción del procedimiento, o las explicaciones presentadas por los denunciados sean satisfactorias, el órgano de investigación, mediante resolución motivada que será notificada al o los denunciados, ordenará el archivo de la denuncia.

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.

Tercero.- Validez Procesal

En la tramitación del presente expediente, esta Intendencia no ha omitido solemnidad sustancial alguna, que pueda incidir en la resolución de la causa, por lo que declara su validez.

Cuarto: Características de los bienes y servicios investigados.- Análisis económico del presente caso

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:

Definición de mercado relevante

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado:

[...] a efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. [...] El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos”.

En términos generales, el mercado relevante es definido como el conjunto de bienes y servicios que son considerados por los consumidores como sustitutos entre ellos y el producto bajo investigación, y que además compiten entre sí en una determinada área geográfica. Es decir, el mercado relevante está delimitado por (1) el mercado del producto o servicio investigado y sus sustitutos, y (2) por su respectivo mercado geográfico.

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 4 de enero de 2020, que en su parte pertinente señaló:

Del análisis económico, la DNICPD explicó:

“...Generalidades de los productos (...) De manera general, la industria de los caldos concentrados en el Ecuador representa, aproximadamente, alrededor de USD. 250 millones al año. La misma significa alrededor de 18 mil toneladas de producción anual. Este sector ha mantenido un crecimiento anual de 3.8% (...)

De acuerdo con el Codex Alimentarius, considera “caldo” como:

“Caldo (granulado, en cubos), a los productos secos preparados cuya composición básico es sal, harina de cereales, acentuadores de sabor (glutamato monosódico u



otros con funciones tecnológicas similares) y adicionalmente pueden o no llevar aderezos o sustancias aromatizantes, grasas comestibles, extractos de carne de res, pollo y/o gallina, especias o sus extractos, y otros productos aditivos permitidos (...)

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación (FAO) establece en la sección 12.5.2 correspondiente a las “Mezclas para sopas y Caldos” que estos preparados se trata de sopa concentrada que habrá de reconstituirse con agua y/o leche, con o sin otros ingredientes añadidos (hortalizas, pollo, fideo, entre otros). Como por ejemplo: los cubitos y palvo para caldo (...)

En el caso ecuatoriano, el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), mediante la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 26 de 02 de abril de 2019, referente de “Mezclas para preparar caldos, consomés, sopas y cremas”, señala la siguiente definición:

(...) mezclas para preparar caldos, consomés, sopas y cremas. Productos deshidratados o concentrados, elaborados a partir de ingredientes alimenticios secos y aditivos alimentarios, que después de su preparación de acuerdo con las instrucciones del fabricante presentan las características de un caldo, un consomé, una sopa o una crema (...)

De manera general, la DNICPD contextualizó la definición de caldos de gallina, identificando que son consideradas mezclas o productos deshidratados, que por lo general, los consumidores utilizan para la preparación de sus comidas.

Respecto de los productos que comercializan las partes dentro de esta investigación, la DNICPD indicó:

(...) los productos del operador económico SUMESA S.A., comercializados en el mercado ecuatoriano, particularmente, de los que este operador menciona dentro de la denuncia, esta Dirección considera lo siguiente:

- *Rancharo (...)*

De acuerdo con la información remitida por el operador económico y verificada con la información de las principales cadenas de supermercados, en el mercado nacional este producto se encuentra únicamente en presentación polvo y en las siguientes unidades:

Descripción del Producto	Características
<i>Rancharo Gallina 1 kg</i>	<i>La única diferencia entre una presentación y otra es el número de unidades vendidas por caja.</i>
<i>Rancharo Calda Gallina Cjta. 40 gramos</i>	
<i>Rancharo Caldo Gallina Cjta. 48 unidades de 5 y 1a gramos</i>	<i>Tadas las presentaciones son en polvo.</i>
<i>Rancharo Caldo Gallina Cjta. 8 unidades de 1a gramos.</i>	

Fuente: Operadores económicos y cadenas de supermercados

Elaborado: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales



- *Del Campo (...)*

Además, en el mercado ecuatoriano este producto se encuentra únicamente en presentación cubo y se venden en las siguientes unidades:

Descripción del Producto	Características
<i>Del Campo Calda de Gallina 192 gramas X 48</i>	<i>La única diferencia entre una presentación y otra es el número de unidades vendidas por caja.</i>
<i>Del Campa Caldo de Gallina 32 gramos X 8</i>	<i>Todas las presentaciones san en cuba de 4 gramos.</i>

Fuente: Operadores económicos y cadenas de supermercados

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

Por otro lado, respecto de los productos del operador económico QUALA S.A., esta Dirección considera lo siguiente:

El producto DOÑA GALLINA, que como lo indicó el operador económico denunciado y de la información remitida por las principales cadenas de supermercados, inició su comercialización¹ en agosto de 2018, el cual se vende en presentación en polvo y en cubo.

- *Doña Gallina-Cubo (...)*

Además, en el mercado ecuatoriano este producto se encuentra en presentación cubo y se venden en las siguientes unidades:

Descripción del Producto	Características
<i>Caldo de Gallina "Doña Gallina Cubo x6"</i>	<i>La única diferencia entre una presentación y otra es el número de unidades vendidas por caja.</i>
<i>Caldo de Gallina "Doña Gallina Cubo x8"</i>	
<i>Calda de Gallina "Doña Gallina Cubo x48"</i>	<i>Todas las presentaciones son en cuba de 11 gramos (contenido actual).</i>

Fuente: Operadores económicos y cadenas de supermercados

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

- *Doña Gallina-Polvo (...)*

Además, en el mercado ecuatoriano este producto se encuentra en presentación polvo y se venden en las siguientes unidades:

¹ Conforme el escrito de 19 de febrero de 2018 con Id. 120945, el operador económico QUALA S.A., remitió la información solicitada mediante Cuestionario I, en el que consta la pregunta 1., respecto de las ventas de "caldo de gallina" por presentación que ha realizado el operador económico 2014-2018. El operador económico remitió unidades e ingresos por ventas del producto de Doña Gallina en el año 2014. Sin embargo, para el año 2015, 2016 y 2017 retiró el producto del mercado, volviendo a reportar ventas para el 2018.



Descripción del Producto	Características
Caldo de Gallina "Doña Gallina polvo x12"	La única diferencia entre una presentación y otra es el número de unidades vendidas por caja.
Caldo de Gallina "Doña Gallina polvo x24"	Todas las presentaciones son en sobre de 9 y 11 gramas (contenido actual).

Fuente: Operadores económicos y cadenas de supermercados

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

En virtud de lo mencionado, de los productos objeto de investigación esta Dirección identificó que son productos de alta demanda y que entre sus características principales, éstos difieren en forma y en presentación..."

En este sentido, esta Intendencia identifica conforme lo señaló la DNICPD que SUMESA S.A., comercializa dos productos en el mercado ecuatoriano Ranchero (en polvo) y Del Campo (en cubo), por su parte, QUALA S.A., tiene el producto Doña Gallina (en polvo y cubo). Además, esta Intendencia concuerda con la DNICPD, que al ser productos de consumo masivo y ser un producto de alta demanda, esta Autoridad debe verificar si existe o no sustituibilidad.

En por ello, que la DNICPD conforme con el artículo 6 de la Resolución N° 11: "... 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 (...)". Estableció la sustitución de la demanda y de la oferta, indicando lo siguiente:

4.1.1.2 Análisis Sustitución de la Demanda (...)

(...) con el fin de identificar los productos cualitativamente sustitutos es importante identificar las marcas de productos que existen en el mercado ecuatoriana, es por ello que la Dirección, de la información constante en el expediente, utiliza de manera referencial, entre otra información, el informe realizado de KANTAR WORLDPANEL del estudio de panel realizado a una muestra de hogares ecuatorianos donde analizó las compras realizadas de productos de caldos durante 52 semanas del año, obteniendo los siguientes resultados:

- *Caldos en Cubos: Maggi-Nestlé, Del Campo-Sumesa, Doña Gallina-Quala, y otros pequeños; en el mercado se encuentra las siguientes presentaciones y sabores (...)*
- *Caldos en polvo: Ranchero-Sumesa, Criollita-Nestlé, Sucesores-Toscana, Doña Gallina-Quala, Marcas Blancas-Varios, entre otros, en el mercado se encuentran las siguientes presentaciones y sabores (...)*

(...) Con el fin de conocer las marcas disponibles en el mercado ecuatoriano, es necesario considerar la información remitida por los operadores económicos y principales cadenas de supermercados, de la cual, esta Dirección ha identificado lo siguiente:



• **Presentación Polvo**

Polvo										
Proveedor	Nestlé Criollita Maggi		Oriental Campesina		Quala Doña Gallina		Sumesa S.A. Ranchero		Sucesores Toscana	
Marca		PESO/ PRECIO 0		PESO/ PRECIO		PESO/ PRECIO		PESO/ PRECIO		PESO/ PRECIO
Presentación/Fecha										
01/01/2017										
01/12/2017										
01/01/2018										
01/06/2018										
01/12/2018										

Fuente: Información operadores económicos y cadenas de supermercados
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Polvo										
Proveedor	Sazonadores Doña Gusta		Mi Comisariato		Sucesores Sabrotto		Supermaxi		Aki	
Marca		PESO/ PRECIO 0		PESO/ PRECIO 0		PESO/ PRECIO 0		PESO/ PRECIO 0		PESO/ PRECIO 0
Presentación/Fecha										
01/01/2017										
01/12/2017										
01/01/2018										
01/06/2018										
01/12/2018										

Fuente: Información operadores económicos y cadenas de supermercados
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En la presentación en polvo, esta Dirección identificó un total de 10 marcas, entre 7 propias y 3 marcas blancas² (Supermaxi, Aki y Mi comisariato). El contenido de estas presentaciones se encuentra entre 5-10 gramos, y los precios promedios unitarios de estas marcas oscilan entre: mínimo 0,09 ctv. (Mi comisariato) y máximo 0,15 ctv. (Ranchero).

• **Presentación Cubo**

Cubos						
Proveedor	Nestlé Maggi		Quala Doña Gallina		Sumesa Del Campo	
Marca		Peso		Peso		Peso

² Se define como marcas blancas, aquellas pertenecientes a supermercados o demás tiendas que con un precio inferior y un envase distinguido por el logotipo de su distribuidor ofrecen en la mayoría de los casos una calidad igual o parecida al del producto líder. Definición tomada de la Superintendencia de Industria y Comercio. Recuperado de <http://www.sic.gov.co/ruta-pi/agosto16/que-son-las-marcas-blancas>.



01/01/2017	
01/12/2017	
01/01/2018	
01/02/2018	
01/06/2018	
01/12/2018	

Fuente: Información operadores económicos y cadenas de supermercados

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

Mientras que en la presentación en cubo se encuentra en el mercado, principalmente, tres marcas: Maggi, Doña Gallina y Del Campo. El contenido unitario oscila, el más pequeño es de 4 gramos (Del Campo) y de 11 gramos (Doña Gallina), encontrándose con un precio promedio unitario entre 0,12 dólares y 0,16 dólares (...)

De manera adicional, respecto de los canales de distribución de los caldos de gallina, la DNICPD indicó que:

(...) Por otro lado, entre los puntos de venta donde el consumidor puede comprar estos productos esta Dirección identifica que se compone de la siguiente manera:

Canal	Presentación en cubo			Presentación en polvo		
	muestra 1	muestra 2	promedio	muestra 1	muestra 2	promedio
Autoservicios			51%			37%
Distribuidores			45%			61%
Mayaristas			5%			2%

Fuente: Información operadores económicos y cadenas de supermercados

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

De la información analizada, tanto de presentaciones en cubo y en polvo, esta Dirección observa que los canales principales de venta de estos productos el de autoservicios y distribuidores.

Por lo mencionado anteriormente, al evidenciar la similitud en materias primas, presentaciones, puntos de venta, usabilidad, y precios de los productos caldos de gallina, esta Dirección, en virtud del **análisis cualitativo por parte de la demanda, define a un solo mercado producto comprendido de la siguiente manera “mercado de caldos concentrado de gallina”**. (Énfasis añadido)

Desde el punto de vista cuantitativo, la DNICPD utilizó la herramienta de correlación de precios contemplada en la Resolución No. 11 de la Junta de regulación, calculando el siguiente resultado:

(...) Análisis de sustitución cuantitativo (...)

Prueba de correlación de precios

Sobre este método la Resolución No. 011, establece: “Prueba de Correlación de precios: 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.” (...)



*(...) Tal como muestran los resultados del método aplicado, cuantitativamente los precios de los caldos de gallina en presentación cubo y polvo, son productos sustitutos, al evidenciar correlaciones superiores al coeficiente de 0,8. **Concluyéndose, cuantitativamente, que son parte de un mismo mercado relevante.** ” (Énfasis añadido)*

Esta Intendencia, conforme el análisis presentado por la DNICPD, concuerda con la identificación de productos sustitutos cualitativamente, tanto por sus precios, características, presentaciones y similitud de canales de distribución, así como también, de la prueba de correlación cuantitativa realizada por la Dirección, en aplicación del principio de la primacía de la realidad y por los efectos económico de la oferta de los operadores económicos³, considera que el mercado producto es: el mercado de “caldos concentrados de gallina”, en tanto que de cara al consumidor los caldos concentrados de gallina tanto en polvo como en cubo serían sustitutos.

De manera complementaria, para el análisis de sustitución de la oferta en el informe de resultados, la Dirección utilizó la Prueba de Sustitución de la Oferta SSS, tal como lo señala el artículo 12 de la Resolución No. 11, de lo establecido en sus literales, los principales resultados fueron los siguientes:

Respecto del literal a) de los potenciales competidores deben poseer los activos tantos materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otro, la Dirección identifico que:

*(...) esta Dirección identifica que existen potenciales competidores que poseen todos los activos tanto materiales (instalaciones, materiales, etc) como inmateriales (Know How),⁴ en este caso, todas las empresas que se encuentran **en la actividad de elaboración y producción de alimentos, en especial, de condimentos, concentrados y caldos, pueden en producir estos productos, siempre y cuando cuenten con las materias primas requeridas en la elaboración, envases y registros sanitarios para la producción y comercialización de caldos de gallina.** (Énfasis añadido)*

Del literal b) la Dirección consideró que los canales de distribución y sistemas logísticos serían de acceso para los potenciales competidores, en virtud, de que la venta de los caldos de gallina, principalmente, se encuentra en cadenas de retail y tiendas de barrio. En este punto de análisis, esta Intendencia concuerda con la Dirección al identificar que estos productos están de venta en las principales cadenas de supermercados y una red entre 4 mil⁵ tiendas de barrio.

³ El artículo 3 de la LORCPM establece: “... la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico...”.

⁴ El concepto de *know how* se refiere a la forma abreviada de la expresión norteamericana “to know how do it” que significa “saber cómo hacerlo”, es decir, el conocimiento en el sentido técnico, específico y especializado para realizar un proceso, empresa o industria, que tiene su base y que ha sido desarrollado a través de la experiencia de años de ejercicio cotidiano y profesional de la actividad. Definición tomada de Vinicio

⁵ Conforme la información constante en el expediente, la Dirección identifico que: *Los sistemas de autoservicios se encuentran las principales cadenas de supermercados a nivel nacional, como por ejemplo: La Favorita, El Rosado, Mega Santa María, Tía y El Coral (...)* Por otro lado, el canal de distribuidores se encuentra principalmente, las tiendas de barrio, que por ejemplo: el operador económico QUALA mantiene su distribución en 2.782 tiendas, el operador SUCESORES tiene



Por su parte, el literal c) respecto de los costos hundidos significativos, la Dirección no identificó que los operadores económicos que realizan la comercialización de caldos de gallina tengan que incurrir con este tipo de costos.

Con respecto de las barreras de entrada en este sector, conforme contempla el literal d), esta Intendencia coincide con la Dirección, por cuanto, el mercado de caldos de gallina no contaría con barreras significativas que requieran de altos costos operacionales o que no sean superadas en un periodo razonablemente corto, esto es, por que al consultar a los operadores económicos, éstos explicaron que la comercialización de los productos estaría sujeta a permisos legales de importación y notificaciones sanitarias por los órganos competentes.

El literal e) establece que los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios, la Dirección explicó que:

*...Por lo mencionado, se evidencia que los operadores que actúan dentro de este mercado poseen incentivos económicos necesarios para comercializar estos productos, **al reportar ingresos positivos y tasas de rentabilidad** que generan un margen bruto promedio de [REDACTED] y un margen neto promedio [REDACTED] (Énfasis añadido)*

Finalmente, respecto f) y g), de que los potenciales competidores deben poseer la capacidad instalada inutilizada sin incurrir en costos significativos y que los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto, la Dirección explicó que los competidores potenciales tienen la capacidad de incorporar una línea negocio para la producción de caldos de gallina sin la necesidad de incurrir en costos significativos y que los consumidores de estos productos perciben a los caldos de gallina en polvo o cubo, como sustitutos válidos por tener características similares en usabilidad, empaque, contenido, presentación y precio.

En tal sentido, del análisis de sustitución de la Oferta, realizado por la Dirección, esta Intendencia identificó que los potenciales competidores tendrían la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución, no incurrirán en costos hundidos significativos, no tienen barreras de entrada significativas y mantienen incentivos económicos para ingresar a dicho mercado, en tanto, que los consumidores considera como productos sustitutos válidos los caldos de gallina en polvo y cubo.

Por lo tanto, esta Intendencia identifica conforme lo descrito por la DNICPD que existen competidores potenciales que ante incrementos en el precio de caldos de gallina podrían ofertar y comercializar en un periodo razonable de tiempo sin incurrir en ajustes significativos o inversiones altas.

4.538 puntos de venta, NESTLÉ tiene 148 puntos de venta comprendido de distribuidores y otros; y, SUMESA mantiene una cobertura de 776.882 entre distribuidores, micro-aliadas, venta al paso, venta a colabardores y la propia cobertura SUMESA. Con respecto a los canales mayoristas, considerados de esa manera por el volumen de producto que adquieren, esta Dirección, conforme la información constante en el expediente, identificó que QUALA mantiene 5 puntos de venta mayoristas, NESTLÉ tiene 173 y SUMESA 7.866 ubicados a nivel nacional.



En relación al mercado geográfico, el artículo 5 de la LORCPM, que en su parte pertinente determina que: “... es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras de comercio existentes.”.

Al respecto, la Dirección en el informe de resultados utilizó “la prueba Elzinga-Hogarty”, la misma que dio como resultado:

“... En la prueba Elzinga – Hogarty se calculó el factor por provincia y se evidencia que la provincia Guayas representa un coeficiente 0,15, sin embargo, al significar un coeficiente débil, se amplió esta definición hasta conseguir un coeficiente fuerte, encontrando un alcance geográfico comprendido entre Guayas, Pichincha, Azuay y Manabí, confirmando el alcance de nivel regional”

En tal sentido, el artículo 7 de la resolución Nro. 12 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado determina que el mercado relevante: “...corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional o local”.

En adición, el artículo 16 de la misma norma, denominado “Determinación del importe base cuando es posible determinar el volumen total de negocio”, establece como parámetro, de mercado geográfico que la: “... cobertura geográfica de la infracción nacional (...) cobertura geográfica de la infracción regional (3 o más provincias) (...) cobertura geográfica de la infracción local (menos 3 provincias)...”.

Con la consideración referida, la Dirección, en aplicación de esta herramienta calculó los siguientes resultados:

“... para determinar un factor débil o fuerte, en caso de que el factor de las pruebas sea inferior al 0,10, puede considerarse que el área geográfica es un mercado relevante “fuerte”; si es superior a 0,10 pero no superior al 0,25, se trata de un mercado relevante “débil”. (Kostic,2014)⁶

Índice Elzinga – Hogarty

PROVINCIA	%	FACTOR DÉBIL	
Guayas	85,4%	0,85	0,15
PROVINCIA	%	FACTOR FUERTE	
Guayas, Pichincha, Azuay y Manabí	95,7%	0,96	0,04

Fuente: Información operadores económicos y cadenas de supermercados
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

⁶ Kostic, Milan(2014), Testing The Boundaries Of The Relevant Market In The Competition Policy, Faculty of Economics, University of Kragujevac.



*En la prueba Elzinga – Hogarty se calculó el factor por provincia y se evidencia que la provincia Guayas representa un coeficiente 0,15, sin embargo, al significar un coeficiente débil, se amplió esta definición hasta conseguir un coeficiente fuerte, encontrando un alcance geográfico comprendido entre Guayas, Pichincha, Azuay y Manabí, confirmando el alcance de **nivel regional (...)**”*

Por lo indicado, en el caso objeto de análisis, la prueba Elzinga – Hogarty al dar como resultado, un coeficiente fuerte comprendido por las compras y ventas realizadas en las provincias de Guayas, Pichincha, Azuay y Manabí que corresponde 95,7% del consumo de caldo de gallina en polvo y cubo, esta Intendencia concuerda con que el mercado geográfico es a nivel regional.

De las cuotas de participación en el mercado relevante, la DNICPD explicó que:

4.2. Análisis del Mercado Relevante (...)

(...) El operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. mantiene un participación de 72,16%, SUMESA S.A. el 25,19%, QUALA ECUADOR el 1,31%, SUCESORES DE JACOBO PAREDES M. S.A. el 0,63%, ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA el 0,20%, marcas blancas (MI COMISARIATO, AKÍ, SUPERMAXI) con menos de 0,19% respectivamente, entre otras marcas pequeñas.

Finalmente, en relación al análisis del falseamiento a la libre competencia realizado en el informe de resultado por la DNICPD, esta Intendencia considera oportuno citar lo siguiente:

*El operador económico QUALA ECUADOR S.A., ha reiniciado su actividad en el mercado de caldos de gallina en el mes de agosto del 2018 (...), es decir, **que sus productos han permanecido en el mercado, menos de un año.***

*(...) en el mercado relevante definido dentro de esta investigación representa **el 1,31%, que comparación con los dos operadores más grandes del mercado de caldos de gallina**, Nestlé con el 72, 16% y Sumesa S.A., con el 25.19%, no tiene ni tendría potencialmente la capacidad de que su comportamiento falsee el régimen de competencia de este mercado.*

*Además, conforme el escrito presentado por el operador económico investigado, el producto Doña Gallina representó [REDACTED], lo que esta Dirección considera que en contraste con los demás operadores económicos del mercado de caldo de gallina, es una producción mínima que podría generar un efecto real ni potencial en este mercado, en virtud de que en el Ecuador se demandan alrededor de 3.667.581 kilos, el denunciado representaría **el 0,017% de la oferta en este mercado.***

*Con respecto a la evolución de ventas del producto objeto de la denuncia “Doña Gallina”, esta Dirección identificó **tasas negativas de crecimiento**, es decir, la evolución de ventas de este producto en el mercado de caldos de gallina, a criterio de la DNICPD es casi nulo (...)*

*(...) En este sentido, esta Dirección considera, en primer lugar, que por la baja participación del operador económico **no le permitirían establecer barreras de entrada que***



limiten el ingreso de nuevos oferentes; en segundo lugar, la Dirección considera que el presunto cometimiento de la práctica desleal investigada no tuvo la una incidencia o un efecto en el mercado.

Lo referido en virtud, que como la Dirección demostró en el análisis económico, el operador denunciado tendría una participación de 1,31% en el mercado de caldo de gallina con respecto al volumen de ventas de sus competidores, el 0,017% frente a la demanda de kilos en el Ecuador, y al considerar que el material “ayuda-ventas” habría sido utilizado, durante únicamente 14 días, las conductas presuntamente cometidas por el operador económico no tendría la capacidad de generar ningún efecto en este mercado relevante. (...)” (Énfasis añadido)

Ahora bien, de conformidad con la información constante en el expediente de investigación y que fueron reproducidos en el informe de resultados de la Dirección, el operador económico denunciado tendría una participación del 1,31% en el mercado de caldos de gallina, situación especialmente relevante si se tiene en consideración que los dos operadores más grandes en conjunto tiene una cuota de participación aproximada del 97%.

En similar sentido, desde la perspectiva de la producción a nivel nacional, según el informe de resultados de la investigación, la participación del denunciado en el mercado relevante representaría únicamente el 0,017%, al haber producido únicamente [REDACTED] de caldo de gallina Doña Gallina. Además, la DNICPD habría identificado tasas de decrecimiento de las ventas de este producto desde enero-noviembre de 2019, significando que el operador económico cada mes disminuyó sus ventas.

En tal virtud, esta Autoridad concluye que el operador económico Quala S.A., carece de una cuota de participación suficiente en el mercado relevante determinado que le permita, en el caso existir una posible conducta desleal, el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar con la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Finalmente, la Intendencia concuerda con la DNICPD que, en virtud de la cuota de participación de los operadores económicos; de la estructura del mercado; las tasas decrecimiento; el volumen de producción; y la inexistencia de barreras de entrada en el mercado relevante, las actuaciones supuestamente cometidas del operador Quala S.A., no podrían generar un efecto o daño real ni potencial al mercado relevante determinado.

Duración de la conducta

Con respecto a la temporalidad de las presuntas conductas, la DNICPD en su informe de resultados explicó que:

En consecuencia, además que el propio operador económico investigado dentro de su escrito de explicaciones, indicó que entre el 9 de agosto de 2018 hasta el 23 de agosto de 2018, entregó a su fuerza de ventas el material “ayuda-ventas”, para uso exclusivo de sus vendedores, por lo



que la temporalidad estaría delimitada en este periodo, en virtud, de que las presuntas prácticas desleales se habrían generado en virtud de dicho “ayuda-ventas”.

Es importante indicar que, como lo analizó la Dirección, el tiempo de comercialización por parte de Quala S.A., del producto Doña Gallina presentación en cubo y en polvo, inició en el mes de agosto de 2018 hasta octubre 2019⁷, a partir del año 2019 reportó tasas negativas de crecimiento y un volumen cada vez menor de unidades vendidas.

Sin perjuicio de lo mencionado, es necesario considerar que la temporalidad de la conducta, de conformidad con la información constante en el expediente y los medios de verificación que utilizó la Dirección⁸, la duración de las presuntas conductas estarían enmarcadas en el tiempo que el denunciado habría utilizado el material publicitario, esto es desde el 9 de agosto de 2018, hasta el 23 de agosto de 2018.

Conclusión económica

Las conclusiones que fueron plasmadas en el informe de resultados realizado por la DNICPD, son:

“... esta Dirección concluye que al evidenciar la similitud en materias primas, presentaciones, puntos de venta, usabilidad, y precios de los productos caldos de gallina, define a un solo mercado producto comprendido de la siguiente manera “mercado de caldos concentrado de gallina”.

Del análisis de sustitución cuantitativo, la DNICPD concluye que los precios de los caldos de gallina en presentación tanto como en cubo y en polvo, son productos sustitutos, al evidenciar correlaciones superiores al coeficiente de 0,8., por lo que cuantitativamente son parte de un mismo mercado relevante.

Del análisis de sustitución de la Oferta y Competencia Potencial, esta Dirección concluye que existen competidores potenciales que ante incrementos en el precio del servicio podrían ofertar y comercializar en un periodo de tiempo que no supone de ajustes significativos o inversiones altas, al contar con varios canales de distribución y no identificar barreras de entrada considerables.

Del mercado temporal, la DNICPD concluye que la temporalidad se encuentra comprendida desde el 9 de agosto de 2018 hasta el 23 de agosto de 2018, periodo en el que el operador económico denunciado entregó a su fuerza de ventas el material “ayuda-ventas”, para uso exclusivo de sus vendedores.

⁷ Conforme el escrito de 23 de diciembre de 2019, con Id. 152607.

⁸ Esto es: la declaración juramentada, de 12 de diciembre de 2018, realizada ante Notario Quincuagésimo Quinto del Cantón Quito, por el señor Pablo Emilio Bernal Jaramillo, en calidad de Jefe Nacional del Canal Detallista de la empresa QUALA ECUADOR S.A., en la que aseveró que el material ayuda-ventas fue utilizado únicamente desde el 9 de agosto de 2018, hasta el 23 de agosto de 2018.



Del mercado geográfico se obtuvo un coeficiente fuerte (0,04) ampliando el mercado a 4 provincias encontrando un alcance comprendido entre Guayas, Pichincha, Azuay y Manabí, confirmando el alcance de nivel regional.

Del mercado relevante, esta Dirección identificó que el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., mantiene un participación de 72,16%, SUMESA S.A. el 25,19%, QUALA ECUADOR el 1,31%, SUCESTORES DE JACOBO PAREDES M. S.A. el 0,63%, ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA el 0,20%, marcas blancas (MI COMISARIATO, AKÍ, SUPERMAXI) con menos de 0,19% respectivamente, entre otras marcas pequeñas.

Con respecto al análisis del falseamiento al régimen de competencia, esta Dirección identificó que el operador económico denunciado mantiene una pequeña participación en el mercado relevante, situación que no le permitirían establecer barreras de entrada que limiten el ingreso de nuevos oferentes.

Por lo que dentro del análisis económico, la DNICPD demostró que el denunciado tendría una participación de 1,31% en el mercado de caldo de gallina con respecto al volumen de ventas de sus competidores, el 0,017% frente a la demanda de kilos en el Ecuador, además, considerando que el material “ayuda-ventas” habría sido utilizado, durante únicamente 14 días, las conductas presuntamente cometidas por el operador económico no tendrían la capacidad de generar ningún efecto en este mercado relevante.

Finalmente, en consideración del efecto potencial, esta Dirección identificó que la tendencia de las ventas del producto “Doña Gallina” en el año 2019 ha decaído constantemente, incluso significando tasas negativas en ambas presentaciones (en cubo y sobre) llegando a reportar pérdidas en sus ventas, considerando que los hechos denunciados estarían enmarcados en una temporalidad de 09 de agosto hasta el 23 de agosto de 2018, la DNICPD no identifica ningún efecto potencial generado por el operador económico QUALA S.A., como consecuencia de las presuntas conductas objeto de la presente denuncia.

Esta Intendencia concluye que, del análisis económico realizado en la presente investigación, el operador económico denunciado no tiene la capacidad de falsear real ni potencialmente el régimen de competencia en el mercado relevante en la temporalidad determinada.

Quinto: Análisis jurídico

A efectos de realizar el análisis jurídico sobre el fondo de la investigación, esta Intendencia considera necesario resumir las argumentaciones de los operadores económicos, partes procesales, la resolución de inicio de investigación, así como el criterio de la DNICPD, recogido en su Informe de Resultados, a fin de analizar estos elementos y esbozar la argumentación para resolver conforme a derecho.

De la denuncia de SUMESA S.A.

En el punto “IV. Descripción de la conducta denunciada” de su escrito de denuncia, SUMESA S.A., señaló que Quala S.A., a través de su personal, habría entregado y/o mostrado a varios comercios, principalmente tiendas de barrio “material publicitario”, el cual contendría



supuestamente varios “mensajes, afirmaciones, comparaciones y otro contenido”, que a su criterio, se subsumirían en varias conductas desleales tipificadas por el artículo 27 de la LORCPM.

Según mencionó SUMESA S.A., la difusión de este “material publicitario” habría tenido por objeto el “...influir de manera desleal en la opinión de los dependientes de los comercios, y procurar que estos recomienden sus productos por sobre aquellos de sus competidores a los consumidores finales...”, hecho que, según denunció SUMESA S.A., generaría “...graves efectos perjudiciales contra los consumidores, el mercado, y los competidores de QUALA...”.

Las imágenes del “material publicitario” objeto de la mencionada denuncia, en su parte frontal y posterior son:

Doña Gallina
Caldo de Gallina

1 Con un producto Ganador!
En pruebas en consumidor:
De cada 10 personas, 7 prefieren Doña Gallina por sobre el Caldo Instantáneo de Gallina de la marca Roncato.
Doña Gallina en cubo por sobre el preferido que Caldo de Gallina en cubo Maggi.

2 Presentaciones para todos los Gustos

POLVO
Doña Gallina
Caldo Instantáneo

CUBO

3 Con el Mejor Precio del mercado
PVP \$ **0.15**



1 DOÑA GALLINA **Tiene menos grasa!**
Caldo en polvo

Compare

Se disuelve fácil

Empaque sin grasa

No se pega en los dedos

2 DOÑA GALLINA **Con el Mejor Precio del mercado!**
Caldo en polvo

Compare

GRATIS 100% MAS

NO TIENE GRASA

NOUEVO 0,15

Doña Gallina

\$0,20
centavos

\$0,15
centavos

¡Doña Gallina es diferente!

En particular, a criterio del denunciante las siguientes afirmaciones constituyen actos de competencia desleal:



En la parte frontal:

"1 ¡Con un producto Ganador! En pruebas en consumidor: POLVO 7 de cada 10 personas prefieren Doña Gallina polvo vs Caldo instantáneo de Gallina en polvo Ranchero. CUBO Doña Gallina en cubo tiene igual preferencia que Caldo de Gallina en cubo Maggi".

"3 Con el mejor Precio del mercado ++ / POLVO o CUBO por solo P.V.P. \$0.15".

En la parte final del documento consta la siguiente frase: *"++ comparativo de precio vs el líder del mercado en caldo de gallina en cubo".*

En la parte posterior:

En el punto "1" consta:

"1 DOÑA GALLINA Caldo en cubo / Tiene menos grasa/**vs el líder de mercado en caldo de gallina en caldo de gallina en cubo / Se disuelve fácil / Empaque sin grasa / no se pega en los dedos".*

En la misma sección están insertados dos cubos de un tono color mostaza, cubiertos en plástico, que aparenta ser caldos de gallina. En el de la izquierda consta un líquido de un tono amarillento que desprende del cubo; mientras que el de la derecha una muestra aparentemente seca.

El punto "2" contiene lo siguiente:

*"2 DOÑA GALLINA Caldo en polvo / Con el Mejor Precio del mercado** / **vs el líder del mercado en caldo instantáneo de gallina en polvo".*

En esta sección se encuentran insertos dos sobres cubiertos en plástico, el primero corresponde a la presentación del producto "RANCHERO Caldo Instantáneo de Gallina Criolla" de 10g; y, el segundo a la presentación del producto "DOÑA GALLINA / CALDO DE GALLINA DESHIDRATADO DESMENUZADO". Debajo de cada uno de los productos constan los precios "\$0.20*** / centavos" y "\$0,15^".

Además, en la parte inferior de los precios constan las siguientes descripciones: *"***comparativo de precio vs el líder del mercado en caldo de gallina instantáneo en polvo y el líder del mercado en caldo de gallina en cubo"; y, "Dona (sic) Gallina en cubo o polvo PVP \$0.15".*

SUMESA S.A., argumentó también que de conformidad con el artículo 25 de la LORCPM, no tendría la carga de acreditar un "daño efectivo sobre sus operaciones o sobre el mercado", bastando la verificación de un "efecto dañino potencial".

De los presuntos actos de engaño denunciados por SUMESA S.A.

En el presente caso, el operador económico SUMESA S.A., denunció que los puntos "1" y "3" de la parte frontal del "Material Publicitario" constituirían actos de engaño por cuanto,



incluso al considerar el descargo de responsabilidad constante en la referencia “++”, dichas afirmaciones serían “absolutamente falsas”.

En relación con la afirmación constante en el punto “1 Con un producto Ganador” de la parte frontal, SUMESA S.A., indicó que la misma “... es falsa y no tiene base alguna”.

En referencia a la afirmación “3 Con el mejor Precio del mercado”, SUMESA S.A., denunció que la misma “es falsa” y añadió que:

*“Cada paquete de nuestro producto, caldo de gallina en polvo “Ranchero®”, **actualmente** tiene un precio de 15 centavos de dólar, el mismo precio que el Producto Quala, caldo de gallina en polvo “Doña Gallina”; adicionalmente, si consideramos el precio por gramo, podemos notar que nuestro producto, caldo de gallina en polvo Ranchero®, tiene un precio menor, pues se trata de un paquete de 10 gramos, por lo tanto, 1.5 centavos de dólar por gramo, frente al Producto Quala, paquete de caldo de gallina en polvo “Doña Gallina” de 8 gramos, por lo tanto, 1.875 centavos de dólar por gramo”.*

SUMESA S.A., también denunció que las afirmaciones de la parte posterior del “Material Publicitario” configurarían actos de engaño, incluso tomando en cuenta los descargos de responsabilidad que constan en las referencias “*, **, *** y *”, que según mencionó el denunciante, constan en una letra casi imperceptible.

En cuanto a la primera afirmación de la parte posterior, “... en relación a contener menos grasa...”, argumentó que la comparación con el líder del mercado consta en letra pequeña y casi imperceptible, y no identificaría quien es el “supuesto ‘líder del mercado’”. A criterio del denunciante, por cuanto transmitiría el mensaje de que el producto de Quala S.A. en cubo tendría menos grasa que todos sus competidores. Al respecto, SUMESA S.A., aseveró que: *“[E]sta afirmación es falsa, pues nuestro producto, caldo de gallina en cubo “Del Campo®” contiene 0% de grasa”.*

También argumentó: *“b) En cuanto a la segunda afirmación contenida en la parte posterior del “Material Publicitario”, nos limitaremos a decir que es falsa por los mismos motivos expuestos en relación a la segunda afirmación falsa realizada en la parte frontal...”,* es decir, que el producto del denunciante sería el más económico del mercado.

Adicionalmente, el denunciante sostuvo que la difusión del “Material Publicitario” de QUALA:

“... constituye un acto desleal de engaño por contener información falsa e inexacta, que tiene el efecto potencial de inducir al error al público acerca de la naturaleza, modo de fabricación, características, aptitud para el uso, calidad, ventajas, atributos y beneficios de los Productos de QUALA, en detrimento de sus competidores y de los consumidores”.



De los presuntos actos de comparación, denunciados por SUMESA S.A.

En el presente caso, SUMESA denunció ante la SCPM que Quala S.A., habría entregado y/o mostrado material publicitario en “distintos comercios, principalmente en tiendas de barrio y pequeños comercios a nivel nacional”, con imágenes, que a criterio del denunciante podrían constituir actos de comparación ilícita.

Particularmente argumentó:

... el Material Publicitario de Quala se basa sobre todo en la comparación de sus productos, los Productos Quala, con los productos de mi representada, Productos Sumesa, y con los productos de terceros competidores (o tercer competidor) no identificados plenamente. Como acreditamos en la sección anterior, por la organización de los productos en la parte posterior del Material Publicitario, organización que responde únicamente a facilitar una comparación visual de los distintos productos, se produce un riesgo altísimo de asociación de la marca 'Ranchero®' con un caldo de gallina en cubo, no plenamente identificado, que tiene un aspecto negativo,, (sic) al encontrarse este último (sin identificativo de marca) directamente encima del sobre del producto en polvo "Ranchero ®", de mí representada.

Además expuso que:

*Al respecto de su producto en cubo sobre el cual QUALA expresa "Se disuelve fácil", "Empaque sin grasa" "No se pega a los dedos" en alusión a su producto frente al otro producto en cubo expuesto, **generando un alto riesgo de que un eventual consumidor lo asocie erróneamente con SUMESA y "Ranchero®"** y con unas características negativas que el Producto Sumesa caldo de gallina en cubo "Del Campo®" no tiene, ya que como mencionamos anteriormente, nuestros productos de caldo de gallina "Ranchero®" y "DEL Campo®", **NO CONTIENEN GRASA** y, por esta característica, se disuelven más rápidamente, lo cual puede ser demostrado. **Por lo anterior se genera una comparación de extremos no análogos, relevantes ni comprobables**, al tratarse de la comparación mediante la confusión del consumidor, de nuestro producto con el de ellos, aun cuando nuestro producto no es el que está siendo exhibido. (Énfasis añadido)*

Sobre los presuntos actos de aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, denunciados por SUMESA S.A.

En el presente caso, el denunciante mencionó que:

*"El Material Publicitario difundido por QUALA a los dependientes de comercios y a los consumidores, violan políticas públicas claramente establecidas (por ejemplo, en la misma LORCPM, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, entre otras) y son innegablemente deshonestos. Nos encontramos ante un caso de aprovechamiento de consumidores **engañados (ver numeral 4.5. de este escrito)**, vulnerables y desinformados agravado por el hecho de que la denunciada, QUALA parecería haber enfocado la difusión del Material Publicitario en comercios populares, en muchos casos en zonas rurales, cuyos dependientes y consumidores podrían ser más vulnerables". (Énfasis añadido)*



El número 4.5 del escrito del denunciante explicó los presuntos actos de engaño. En este sentido, a criterio de SUMESA S.A., el supuesto aprovechamiento del desconocimiento del consumidor estaría relacionaría directamente con los supuestos de engaño.

En similar sentido, SUMESA S.A., fundamentó el supuesto de aprovechamiento de la debilidad del consumidor en el hecho de que el material ayuda ventas habría sido distribuido en “comercios populares” y “zonas rurales”.

De las explicaciones presentadas por el operador económico QUALA ECUADOR S.A.

El denunciando, en lo principal presentó los siguientes argumentos:

Respecto de los presuntos **actos de engaño**, denunciados por SUMESA S.A., expuso:

... el material respecto del cual giran las acusaciones es un material meramente instructivo de uso exclusivo de la fuerza de ventas de QUALA, denominado "ayuda-ventas" que se utiliza comercialmente para capacitar a los vendedores y facilitar el discurso del vendedor durante el lanzamiento de un nuevo producto en el mercado (...) el material no está destinado, ni mucho menos fue entregado a los consumidores como erróneamente menciona SUMESA. Como parte de su estrategia de lanzamiento del producto Doña Gallina, QUALA efectivamente entregó ayuda ventas a los vendedores para capacitar a los vendedores sobre la información del producto y, como es usual en este segmento, entiendan las características del producto comercializado frente a los productos líderes en el mercado, con el fin de atender de mejor modo a los tenderos por medio de la comparación de precios y condiciones del producto (...) El dependiente de tienda no es sino parte de la cadena de distribución y en el modelo actual de negocio, el consumidor, al ingresar a una tienda adquiere los productos por sí mismo...

En este orden de ideas, respecto de los **actos de comparación** ilícita, argumentó que no existe riesgo de asociación por parte del consumidor entre el producto que, a criterio de SUMESA S.A., tendría un aspecto grasoso toda vez que el denunciante “NO TIENE NI UNA LÍNEA DE CALDO EN CUBO”.

Agregó que: “... el tamaño de los cubos comparados frente al cubo de la marca Del Campo hace totalmente imposible que el consumidor realice la comparación señalada por SUMESA y más difícil aún que se genere una confusión”.

Con respecto a las frases “Se disuelve fácil”, “Empaque sin grasa” y “no se pega a los dedos”, el denunciado argumentó que el “ayuda ventas” no habría sido entregado ni al tendero ni a ningún consumidor final, y que durante su uso la información habría sido explicada por el vendedor al tendero.

Sin perjuicio de lo señalado, también explicó las razones por las que sus aseveraciones serían verdaderas, indicando lo siguiente:

Con respecto a la aseveración “Se disuelve fácil”, argumentó que:



“... Doña Gallina en cubo tiene la propiedad de disolverse rápidamente en agua caliente, debido a la naturaleza de sus materias primas, las cuales son solubles en agua. La composición de la fórmula de doña gallina cubo favorece a una disolución rápida, debido a que el 67% de su fórmula está compuesta por sal y harina de arroz, las cuales tienen los siguientes índices de solubilidad: 37.5g de sal en 100 ml de agua a 4 °C y 1g de harina de arroz en 20ml de agua a 4 °C. Con base en lo que hasta acá hemos expuesto es claro que las pruebas aportadas demuestran que la fórmula de Doña Gallina cubo, se disuelve con facilidad en un medio acuoso a temperatura de 80 °C, condiciones a las cuales se recomienda su uso.

En relación con la frase “Empaque sin grasa” señaló:

“... el hecho de que el cubo tenga una menor cantidad de grasa en su composición que el cubo líder del mercado, Maggi, conlleva a que su empaque tampoco esté expuesto a la misma cantidad de grasa que el producto con el que se compara, sobre lo cual ya nos hemos pronunciado”.

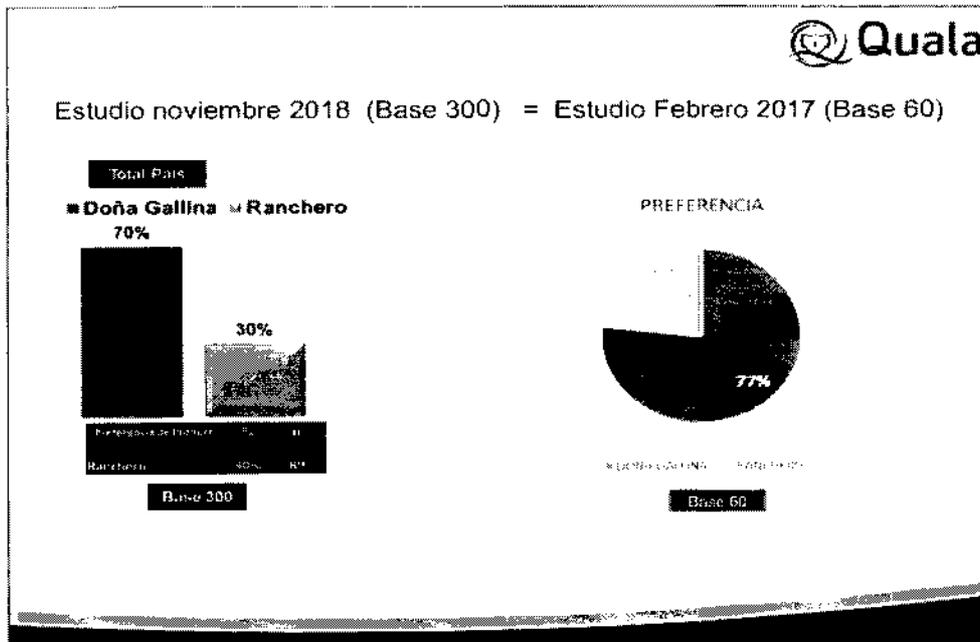
Finalmente, con referencia a la afirmación “No se pega a los dedos”, expuso:

“... al estar dentro de los caldos que por su proceso productivo se denominan caldos prensados, puede atribuirse la característica propia de dichos productos que es que no se pegan en los dedos al omento de desmenuzarlo, frente a los caldos extruidos como es el caso del líder del mercado de cubos Maggi pollo”.

Mediante escrito de 17 de abril de 2019, con ID 130292, Quala S.A., presentó nuevamente sus argumentos y elementos de convicción sobre el fondo de este expediente. En este hizo referencia a la preferencia del consumidor y alegó que sustentó sus afirmaciones en “... el estudio de pruebas de consumidor adjunto a las explicaciones como Anexo A, que fue realizada sobre una base de 60 personas...”.

Adicionalmente explicó que con posterioridad a la resolución de inicio de investigación, Quala S.A., habría ratificado dicha su preferencia ante los consumidores, con un estudio realizado a 300 personas, y habría obtenido los mismos resultados.

En tal virtud, el operador económico Quala S.A., remitió junto con su escrito las fichas metodológicas sobre el mencionado estudio, contenidas en una presentación titulada: “QUALA METODOLOGIA PRUEBA CIEGA”, que concluyó:



Fuente: Operador económico QUALA ECUADOR S.A.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales

Además adjuntó certificados de expertos que, a criterio del operador económico certifican la validez de las pruebas a ciegas a nivel internacional. Sin embargo, es menester aclarar que la resolución de inicio de investigación no cuestionó que las pruebas a ciegas sean eficaces, sino que cuestionó la objetividad de la metodología aplicada.

Ahora, con la nueva muestra aplicada, QUALA ECUADOR S.A., argumentó que incluso realizando un estudio objetivo e imparcial, llegaron a los mismos resultados, por lo que a su criterio su aseveración sobre las preferencias del consumidor estarían comprobadas.

De la resolución de inicio de investigación

De acuerdo con la resolución de inicio de investigación de 04 de enero de 2019, las 16h00, emitida por esta Intendencia, las conductas investigadas son actos de engaño, comparación y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor.

Respecto de los **actos de engaño**, esta Intendencia argumentó:

... esta autoridad ha verificado que la información plasmada por el operador económico QUALA S.A., en sus denominados "ayuda ventas", no ha sido comprobada a pesar de estar obligado a acreditar la veracidad de los mismos, por así disponerlo la LORCPM. Por lo que las explicaciones referentes a esta conducta no son satisfactorias.

Por otra parte, en relación con los supuestos actos de comparación ilícita, esta autoridad analizó lo siguiente:



Al respecto se ha podido constatar en el material publicitario producido por QUALA ECUADOR S.A. que el propósito principal del diseño de la publicidad es la comparación entre los productos en venta con propósitos comerciales y de promoción, evidenciando un ánimo persuasivo en el consumidor o distribuidor comercial, conducta que podría enmarcarse en aquella descrita en la norma precitada, pues se ha podido verificar que los productos sometidos a análisis en la publicidad (ayuda - venta) son análogos, más referente a su relevancia y la comprobación de las afirmaciones plasmadas no han justificadas por el operador económico denunciado, porque sus explicaciones no son satisfactorias.

Finalmente, respecto de los presuntos actos de aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, esta Intendencia indicó que:

... del análisis económico y de la información proporcionada por los operadores económicos la fuerza de venta se encuentra mayoritariamente en sectores populares a nivel nacional, que podrían verse afectados con conductas desleales, pues al haberse publicitado por QUALA ECUADOR S.A., que es preferido entre los consumidores, que contiene menos o cero grasa y etc, descripciones del producto que lo hacen llamativo al consumidor, obviamente influiría en su decisión de compra, por lo que las explicaciones presentados (sic) por el operador económico denunciando no son satisfactorias.

Del Informe de Resultados de Investigación

En su Informe de Resultados de Investigación, en relación con los supuestos **actos de engaño**, la Dirección concluyó:

En conclusión, la denuncia de SUMESA S.A., recogió tres afirmaciones del “material publicitario” de QUALA ECUADOR S.A., que a su criterio, pudieron constituir actos de engaño. En particular denunció las afirmaciones: “Con un producto Ganador”, “Con el mejor precio”, y “Tiene menos grasa”.

En virtud del análisis realizado, esta Dirección concluye que las tres afirmaciones tienen sustento, de acuerdo con los elementos analizados en este informe y que a su vez reposan en el expediente.

Por otra parte, incluso si existieran indicios sobre el cometimiento de actos de engaño que podrían existir indicios sobre el cometimiento de actos de engaño, de acuerdo con el análisis de falseamiento de la competencia expuesto en este informe, la cuota de participación de QUALA ECUADOR S.A., en el mercado relevante establecido no permite que el denunciado pueda falsear la competencia económica, más aún si a partir del mes de octubre, dejó de comercializar sus productos, por lo que tampoco existe potencialidad de daño.

Respecto de los supuestos **actos de comparación ilícita**, la Dirección consideró:

... que en el presente caso existe un acto de comparación, en el que QUALA ECUADOR S.A., comparó su producto Doña Gallina, con otros productos del mercado, en cuanto al parámetro “grasa”, este hecho no ha sido puntual controvertido por el denunciado.

De acuerdo con SUMESA S.A., la ubicación de los cubos de caldo de gallina sobre los sobres en la parte posterior del “Material Publicitario”, podría generar un riesgo de asociación acerca



de que su producto contiene grasa. Sin embargo, el denunciado aclaró en el referido "Material Publicitario", que se estaría comparando con el líder del mercado, tal como está expuesto en el referido material, y por su parte, el denunciante nunca se atribuyó la calidad de "líder del mercado".

En este orden de ideas, corresponde analizar si dicha comparación es ilícita. Desde el punto de vista de los "extremos análogos", esta Dirección considera que tanto los productos de QUALA como los de NESTLÉ (que sería el líder del mercado) son análogos, toda vez que corresponden a caldos de gallina desmenuzados que tienen un idéntico uso y presentación, por lo que son comparables.

En relación con el requisito de relevancia, esta Dirección considera que el contenido de grasa de un producto de consumo humano es importante en cuanto al objeto de la publicidad comparativa, que es brindar información al consumidor acerca de las características de los productos ofrecidos en el mercado, toda vez que la población podría mucho en cuenta si un producto tiene o no grasa para tomar su decisión de compra.

En cuanto al parámetro "comprobable", la aseveración "Tiene menos grasa vs el líder del mercado", esta Dirección estima que se trata de un atributo que puede ser sometido a comprobación, es decir, que es medible y cuantificable, y no se refiere a aspectos subjetivos varíen, dependiendo de la percepción de cada sujeto.

En tal virtud, el operador económico denunciado detalló en su escrito de explicaciones la tabla de contenido nutricional de su producto y el de NESTLÉ (MAGGI), de donde se desprende que Maggi tendría un 20% de grasa, frente a Doña Gallina que tendría un 14% de grasa.

Finalmente, incluso si existieran indicios o elementos de convicción sobre una conducta desleal por actos de comparación de acuerdo con el análisis de falseamiento de la competencia expuesto en este informe, la cuota de participación de QUALA ECUADOR S.A., en el mercado relevante establecido, no permite que el denunciado pueda falsear la competencia económica, más aún si a partir del mes de octubre, dejó de comercializar sus productos, por lo que tampoco existe potencialidad de daño.

Finalmente, respecto de los supuestos **actos de aprovechamiento del desconocimiento del consumidor**, la DNICPD realizó el siguiente análisis:

... a criterio de esta Dirección esta práctica desleal se hubiese configurado siempre y cuando se hubiesen demostrado los presupuestos fácticos de engaño y comparación ilícita, son embargo, como se argumentó en el presente informe, no existen elementos de convicción sobre el cometimiento de tales conductas.

Al no existir esta asimetría de la información en el mercado relevante estudiado, no se han configurado los elementos sobre aprovechamiento del desconocimiento de los consumidores.

En el mismo sentido, SUMESA S.A., fundamentó el supuesto de aprovechamiento de la debilidad del consumidor en el hecho de que el material ayuda ventas habría sido distribuido en "comercios populares" y "zonas rurales".



Respecto a este argumento, es criterio de esta Dirección los atributos de consumidor vulnerable y desinformado no pueden asociarse siempre a personas de zonas rurales y a consumidores de comercios populares, pues de lo contrario significaría realizar prejuicios valorativos.

Por otra parte, de acuerdo con el análisis de falseamiento de la competencia expuesto en este informe, la cuota de participación de QUALA ECUADOR S.A., en el mercado relevante establecido no permite que el denunciado pueda falsear la competencia económica, más aún si a partir del mes de octubre, dejó de comercializar sus productos, por lo que tampoco existe potencialidad de daño.

Consideraciones de esta Intendencia

Luego de revisar los principales argumentos de las partes procesales, y de analizar las consideraciones contenidas en el Informe de Resultados de la Investigación, esta Intendencia considera lo siguiente:

Respecto de la afectación al interés general, por el presunto cometimiento de prácticas desleales

La LORCPM tiene como objetivo salvaguardar la efectiva competencia en el mercado, entre la cual incluye, el evitar la existencia de actos de competencia desleal; en tal sentido, la norma establece aquellas conductas, que conforme su cualificación, constituyen una infracción que merece ser sancionada.

Lo señalado evidencia que el bien jurídico tutelado por la norma, entre otros, es precisamente la concurrencia justa y competitiva de los operadores económicos en el mercado.

El artículo 25 de la LORCPM, en su parte pertinente 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.

En este sentido, conforme la cláusula general contenida en el artículo 25 de la LORCPM, constituyen prácticas desleales todos los hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas. En tal sentido, las conductas enlistadas en el artículo 27 de la LORCPM, son aquellas que el legislador ha catalogado como deshonestas, sin que dicho catálogo sea taxativo.

Por su parte, el artículo 26 establece en su parte pertinente:

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.

En tal virtud, las prácticas desleales, en el marco de la LORCPM, son aquellas conductas contrarias a los usos o costumbres honestos que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atente contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, de ahí que el elemento principal de la deslealtad en materia económica es la contravención a la buena fe comercial, que a su vez, es causa del falseamiento del régimen de competencia económica, tutelado por la LORCPM.

Ahora bien, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI), en la resolución dictada, el 11 de abril de 2016, dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-076⁹, respecto de la sanción de los actos de competencia desleal en el marco de la LORCPM, afirmó que las conductas desleales típicas, antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia desleal son objeto de sanción solo por el evento de su realización y “no se atiende los efectos en los mercados”.

En particular la CRPI manifestó:

... Al respecto señalamos que la doctora Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica señala (Sic) incluido en la publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015) señala que *[...]La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla de mínimis, o si el volumen de ventas podría afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está dentro de los criterios delimitadores de la deslealtad [...]*⁹ de lo que se desprende que las conductas desleales típicas antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia se sancionan por el sólo evento de realizarlas. No se atiende los efectos en los mercados como lo señala la misma autora especialista en competencia desleal, (...) Se concluye también que la marginal participación en el mercado o la baja incidencia en el mismo, su conducta desleal no exime al operador económico (...) de las sanciones previstas en la LORCPM. Para efectos de abundar, la mencionada tratadista manifiesta *"[...] amplía su protección jurídica a competidores como a consumidores, vinculando su protección al sistema competitivo y la actuación correcta dentro de él. Sanciona todo acto deshonesto de mercado, sin importar su magnitud y afectación económica..."*

Al respecto, esta Intendencia se aparta del criterio esgrimido por la CRPI conforme el siguiente análisis:

Como una primera aproximación, es importante señalar que históricamente tanto la defensa de la competencia como la competencia desleal son ramas del derecho de la competencia, que si bien se encuentran estrechamente interrelacionadas, ya que buscan proteger el orden

⁹ Criterio replicado en las resoluciones de 15 de junio de 2017, dentro del expediente SCPM-CRPI-005-2017, Página 32; de 15 de abril de 2016, dentro del expediente SCPM-CRPI-2015-072, Página 26; entre otras.



Es decir, en todos los casos, incluidos aquellos en los que se traten asuntos relativos a conductas de competencia desleal, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) debe necesariamente 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.

De esta manera, el artículo 25 de la LORCPM contiene una cláusula general que define a los actos de competencia desleal como todo hecho, acto o práctica contrario a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, además, dicha disposición determina que en el caso de análisis de posibles conductas desleales, no se requiere acreditar conciencia o voluntad del agente económico sobre su realización y asimila su existencia al cuasidelito.

Finalmente, la segunda parte del inciso tercero del artículo 25 de la LORCPM, establece que dentro del análisis de la autoridad, pueden ser objeto de sanción, tanto las conductas que generen **un daño real como potencial a los competidores, consumidores o el orden público económico.**

Por lo indicado, si bien el artículo 25 contiene una cláusula general propia de una norma de competencia desleal, el análisis de aplicación de ésta se encuentra necesariamente concatenado con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el ya indicado, artículo 5 del mismo cuerpo legal.

En este sentido, el artículo 26 de la LORCPM ordena la prohibición y sanción de aquellas conductas desleales que afecten el orden público económico:

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.

Por lo que, en virtud del artículo 26 de la LORCPM, solo serán objeto de prohibición y sanción en el marco de la LORCPM, los actos de competencia desleal que afecten real o potencialmente el régimen de competencia¹²; 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.

¹² En concordancia con el artículo 78, numeral 2, letra c) de la LORCPM.



“concurrential saneado”¹⁰, gozan de características propias y tienen un ámbito de aplicación claramente diferenciados.

Así, en la configuración normativa de una gran cantidad de países, la regulación de la competencia se encuentra conformado por dos normas distintas; en primer lugar por una ley de defensa de la competencia; y, en segundo lugar por la ley de competencia desleal¹¹.

En este sentido, de manera general es correcto afirmar que las normas de defensa de la competencia, o normas antimonopolio, regulan la competencia desde un prisma de protección al interés público, es decir, la eficiencia económica, el bienestar mercado y consumidores.

Por el contrario, producto de la evolución al modelo social del derecho de la competencia desleal, las normas que regulan, prohíben y sancionan conductas desleales tienen por objeto principal el proteger intereses privados de los empresarios en conflicto, así como también los intereses colectivos del consumo.

En el caso ecuatoriano solo existe la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, norma que además de sancionar el abuso de poder de mercado, los acuerdos restrictivos de la competencia, el control y regulación de las operaciones de concentración económica, busca 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”**. (Énfasis añadido)

Ahora bien, para una correcta identificación de la real naturaleza de la LORCPM, es necesario realizar un análisis integral de las distintas disposiciones normativas, es decir, debe ser objeto de examen las facultades, atribuciones, así como, obligaciones que establece la norma a la autoridad competente.

Al respecto, es indispensable anotar que el artículo 5 de la LORCPM establece que para cada caso, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado deberá determinar el mercado relevante, en particular la disposición indicada ordena:

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...

¹⁰ Díez Estella, F., “Las complicadas relaciones entre la ley de defensa de la competencia y la ley de competencia desleal” Gaceta Jurídica de la Competencia y de la Unión Europea, nº 213, Mayo /Junio 2001. [http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_ldc_lcd_\(2001\).pdf](http://fernandodiezestella.com/Publicaciones/relaciones_ldc_lcd_(2001).pdf) P. 7

¹¹ A modo de ejemplo encontramos el caso de España: Ley 15/2009 y Ley 3/1991; Colombia: LEY 1340 DE 2009 y LEY 256 DE 1996; Perú: Decreto Supremo N° 030-2019-PCM y DECRETO LEGISLATIVO N° 1044.



En tal sentido, resulta evidente 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.

Al respecto, la doctrina ha señalado:

... el requisito de afección al orden público, que en el caso colombiano y en la mayoría de países es excepcional, en Ecuador es la regla. En efecto, en el caso ecuatoriano todo acto de competencia desleal que se conoce por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe tener por característica impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (art. 26, LORCPM). De no encontrarse en esta situación, se convierte en un acto de competencia desleal para conocimiento ante jueces de lo civil, que no cuenta con todos los mecanismos preventivos que pueden ser dispuestos por la SCPM.¹³

Por lo anotado, esta Intendencia difiere del criterio esgrimido por la CRPI, en la resolución, de 11 de abril de 2016, dictada dentro del expediente N.º SCPM-CRPI-2015-076, ya que, en su análisis omitió los criterios de cualificación contenidos en la Ley para el conocimiento y sanción de posibles conductas desleales. Situación que provocó una evidente confusión respecto de la real naturaleza de la regulación de las conductas desleales en la LORCPM.

En tal sentido, esta autoridad considera que para que una conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, no basta con acreditar la simple existencia del acto o hecho, sino que además, resulta indispensable determinar si la conducta investigada impide, restringe falsea o distorsiona el orden público en el mercado relevante.

En este contexto, esta Intendencia procede a analizar cada una de las conductas investigadas:

Actos de engaño

El artículo 27, número 2 de la LORCPM, en su parte pertinente, tipifica:

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

¹³ María Elena Jara, *La protección contra la competencia desleal en la LORCPM*, en "Derecho Económico Contemporáneo", (Quito: Corporación Editora Nacional, 2017), 225.



comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

Los actos de engaño crean una impresión falsa en el público objetivo, al provocar que el usuario efectúe una decisión de compra equivocada.¹⁴

Al respecto la doctrina y la jurisprudencia internacional ha determinado que “sufre reproche de deslealtad la información que ofrezca de manera poco clara, la que resulte ininteligible o **ambigua** o la que no se ofrezca en el momento adecuado (...).¹⁵”

De acuerdo con Bercovitz, citado por José Antonio García Cruces, los actos de engaño: “...perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino en una presentación que induce al error”.¹⁶

Conforme lo establecido en la LORCPM, la estructura del ilícito administrativo por “actos de engaño” hace referencia a dos modalidades a través de las cuales un operador económico puede incurrir en dicha falta. La primera modalidad es la atribución de una conducta positiva a cierto operador económico, con el objeto de inducir al error al consumidor de sus bienes y/o servicios. En cambio, la segunda modalidad constituye una omisión de información relevante que coadyuve para que el consumidor realice la adquisición de un bien o servicio.

En el inciso primero, describe estas dos modalidades y a la vez establece ciertas categorías ejemplificativas, mas no taxativas, de información relevante para el consumidor, como la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica, entre otras.

Asimismo, el inciso segundo establece los actos de engaño, a través de **publicidad engañosa. En este caso, se invierte la carga de la prueba en contra del anunciante**, quien debe acreditar la veracidad y exactitud de sus afirmaciones realizadas a través de la publicidad.

En el presente caso, los actos de engaño por parte de QUALA ECUADOR S.A., habrían tenido lugar por la incorporación en su “ayuda ventas” o “material publicitario”, leyendas que de acuerdo a la denuncia presentada por SUMESA S.A., no serían reales. En particular, el denunciante acusó de engañosas las siguientes afirmaciones: “Con un producto ganador”, “Con el mejor precio del mercado” y “Tiene menos grasa”.

¹⁴ <http://www.derechocambiosocial.com/revista002/competencia.htm>

¹⁵ Ignacio Moralejo Méndez, *Omisiones Engañosas en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, editorial Aranzadi S.A, Navarra España, p. 181.

¹⁶ José Antonio García Cruces, “Artículo 5 Actos de Engaño”, en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, (Navarra, 2011: 118,119)



Por su parte Quala S.A., como quedó señalado *ut supra* presentó sus explicaciones alegando que dichas afirmaciones son verdaderas, y presentó documentación que, a su criterio, demuestra sus aseveraciones. También afirmó que su “ayuda ventas” no es publicidad.

Al respecto, la Dirección, en su Informe de Resultados argumentó que las afirmaciones de Quala S.A., habrían sido demostradas, y que el material utilizado constituye publicidad, por cuanto estuvo expuesta a los vendedores de tiendas de barrio, quienes habrían influido respecto del consumidor final.

En relación con lo anotado, esta Intendencia considera lo siguiente:

1.- La Calidad de publicidad del material de “ayuda ventas” del operador económico Quala S.A.

La determinación de si el material utilizado por Quala S.A., en la venta de su producto “Doña Gallina” constituye publicidad, o no, reviste de especial importancia, toda vez que, en atención al inciso segundo del artículo 27 de la LORCPM, la inversión de la carga de la prueba tiene lugar únicamente en los casos que la inducción a error ha tenido lugar en la publicidad difundida por el operador económico investigado.

Al respecto, la definición legal de publicidad la podemos encontrar en el artículo segundo de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece:

Publicidad.- La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad (...)

En adición, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define la anunciante como:

Anunciante.- Aquel proveedor de bienes o de servicios que ha encargado la difusión pública de un mensaje publicitario o de cualquier tipo de información referida a sus productos o servicios. (...)

En aplicación de las definiciones señaladas al caso concreto, Quala S.A., es el proveedor del producto “Doña Gallina”, y habría realizado una difusión pública de su mensaje publicitario, mediante sus vendedores en las tiendas de barrio, que era su canal de comercialización. Situación que no ha sido controvertida en el expediente.

En relación con la definición de “publicidad”, de acuerdo con la normativa citada, constituye una comunicación comercial que tiene por finalidad informar y motivar la adquisición del producto o servicio al destinatario del mensaje. En el presente caso, Quala S.A. conforme afirmó en sus escritos, realizó la difusión de su “ayuda ventas” con fines comerciales, esto es, para “promocionar” su producto “Doña Gallina” entre los consumidores.

La referida ley también establece que la publicidad estaría dirigida al consumidor por cualquier medio idóneo. Al respecto, el material “ayuda ventas”, fue socializado con los “tenderos”, quienes son los distribuidores de los productos a los consumidores finales y a su



vez puede constituir una fuente de consulta¹⁷ o guía para los consumidores que deseen adquirir caldos de gallina en sus establecimientos.

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

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

Al respecto, para demostrar la afirmación: **“1 ¡Con un producto Ganador! / En pruebas en consumidor: POLVO 7 de cada 10 personas prefieren Doña Gallina polvo vs Caldo instantáneo de Gallina en polvo Ranchero”**, al expediente de investigación el operador económico Quala S.A., agregó: 1.- “Prueba de producto a ciegas caldo en cubo Doña Gallina vs Maggi realizado en Febrero – Marzo 2017”; 2.- “Prueba de producto a ciegas caldo en polvo Doña Gallina vs Ranchero, realizado en Marzo 2017”; y, 3.- el “Test de producto caldos en polvo de noviembre 2018”.

Si bien, a criterio de la Dirección, y de esta Intendencia en la resolución de inicio de investigación, los dos primeros estudios no fueron realizados en forma técnica y objetiva, los dos primeros estudios no fueron realizados en forma técnica y objetiva¹⁸ en virtud de incluir a encuestados como trabajadores de la compañía y de una muestra no significativa; el tercer estudio, denominado “Test de producto caldos en polvo de noviembre 2018” fue realizado por una compañía independiente, y con una muestra tomada a nivel nacional que redujo el margen de error respecto de los dos primeros.

De acuerdo con esta prueba, el 70% de los encuestados habría preferido Doña Gallina, respecto de Ranchero, en la prueba a ciegas. En tal virtud, esta autoridad confirma la

¹⁷ Kotler, Phillip (2016) define a el Merchandising como el conjunto de actividades realizadas a nivel detallista con el objetivo de atraer la atención, interesar al cliente, despertar el deseo y accionar la compra.

¹⁸ La Dirección, indicó: “...que la muestra considerada para este estudio no fue tomada bajo criterios técnicos y objetivos, en virtud de que **el número de encuestados frente al público objetivo no fue representativo, además que sus resultados podrían estar sesgados toda vez que la muestra en la ciudad de Quito habría estado conformada por trabajadores de la compañía investigada.** Según Canal, Neus (sf), establece que los muestreos más comunes son principalmente el muestreo prababilístico y no probabilístico, del primero explicó que: “...La mejor forma de asegurar la validez de las inferencias es seleccionar la muestra mediante una técnica aleatoria. A este tipo de muestreo se le denomino muestreo probabilístico y puede definirse como aquel en que **todos los individuos de la población tienen una probabilidad de entrar a formar parte de la muestra (normalmente equiparable, es decir, con la misma probabilidad).** (...) Los diseños en que interviene el azar producen muestras representativas la moyoría de las veces, aunque **no garantizan la representatividad de la población que sometemos a estudio...**” (énfasis añadido) En el caso particular, a criterio de esta Dirección, no todos los individuos consumidores de caldos de gallina tuvieron la misma posibilidad de entrar en la muestra, toda vez que la misma tomó en cuenta únicamente a trabajadores de QUALA ECUADOR S.A.”.



conclusión a la que llegó la DNICPD, respecto de que dicha afirmación habría sido demostrada por parte de QUALA ECUADOR S.A.

2.- Respecto de la afirmación: “3 Con el mejor Precio del mercado ++ / POLVO o CUBO por solo P.V.P. \$0.15”

La Dirección en su informe de resultados reprodujo el análisis de precios realizado por la Intendencia en la resolución de inicio de investigación; En particular, esta Intendencia en dicha resolución determinó que el precio por gramo del producto “Doña Gallina” en la temporalidad de la conducta fue más bajo que el de SUMESA S.A.:

COMPARATIVO CALDO DE GALLINA EN POLVO	SUMESA	QUALA
	RANCHERO	DOÑA GALLINA
Presentación	sobres	sobres
peso x unidad	10 gramos	9gramos
cajas		
fecha de elaboración		
precio		
caja		
valor x gramo		

Fuente: Escrito y anexos presentado por QUALA ECUADOR con Id 120540

Al respecto, esta Intendencia considera que la aseveración de QUALA ECUADOR S.A., en referencia al precio de su producto “Doña Gallina”, durante la difusión del material “ayuda ventas”, fue verdadera y no indujo a error al público en la temporalidad que fue utilizado dicho material.

Finalmente, de conformidad con los documentos constantes en el expediente, una vez que el producto “Doña Gallina” entró al mercado los productos de la competencia bajaron de precio. Sin embargo, dicha situación fue posterior a la divulgación del mensaje publicitario y por lo tanto no infiere en el análisis realizado.

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

Al respecto, el denunciante señaló que dicho mensaje podría causar engaño a los consumidores por cuanto los productos comercializados por Sumesa S.A., en el mercado relevante no tienen grasa.

En su escrito de explicaciones, Quala S.A., mencionó que su comparación fue en relación con el líder del mercado, tal y como lo expuso en letras blancas en su material “ayuda ventas”; además mostró las etiquetas de su producto y el de NESTLÉ, que sería el líder del mercado, en donde consta que DOÑA GALLINA tendría 14% de grasa, frente a MAGGI con un 20%.

En particular el mensaje expresa:





Por esta razón, la Dirección consideró que dicha aseveración no sería engañosa, toda vez que la misma habría sido demostrada.

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

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

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

Por el contrario, en el punto 3 de la parte frontal de la herramienta “ayuda ventas” titulada: “Con el mejor precio del mercado **”, Quala S.A., realiza una comparación directa de precios con el producto “RANCHERO”.

En tal sentido, esta Intendencia considera que la forma de expresión de los distintos mensajes en la referida herramienta de ventas puede inducir a error respecto del real oferente del producto comparado y podría dar a entender que el producto comparado en cuanto al parámetro grasa sería el producto Ranchero.



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

Sin embargo, tal y como esta Intendencia argumentó en esta resolución, para que un acto de competencia desleal sea considerado ilícito, en el marco de la LORCPM, este acto debe falsear real o potencialmente la competencia en el mercado relevante. Situación que no ocurre en el presente caso.

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

Actos de comparación ilícita

Esta conducta desleal es descrita por el legislador en el artículo 27, número 5, en los siguientes términos:

Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

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

En relación con el primer extremo, Dionisio Manuel De La Cruz, al analizar la Ley 256 de Colombia, que en su configuración normativa es igual a la legislación ecuatoriana, señala:

“Los extremos objeto de comparación, para que brinden la información que le permita al consumidor tomar la mejor decisión, deben ser análogos o, en otras palabras, que tengan semejanzas entre sí. Semejanzas, más no que se trate de extremos iguales”.¹⁹

Es decir, los operadores económicos al comparar sus productos con los de la competencia, de cara al consumidor, de manera necesaria deben realizarlo de aquellos aspectos que tengan una semejanza entre sí.

Por otra parte, respecto del extremo de relevancia, esta Intendencia considera que no goza de deslealtad aquella comparación que hace referencia a información que debe tener importancia relativa para el consumidor o por lo menos a un grupo de ellos.

¹⁹ Dionisio Manuel De La Cruz, “La competencia desleal en Colombia”, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), p. 152.



En tal sentido, si la comparación realizada trata de aspectos que no gozan de importancia para los consumidores, se estaría entonces ante uno de los elementos constitutivos de una conducta desleal.

Finalmente, el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM establece el requisito de que las afirmaciones realizadas al comparar un producto sean comprobables. Al respecto, Silvia Barona Vilar, en relación a la legislación española entonces vigente señala que este extremo consiste en: *“La aptitud o capacidad de ser probados, es aquí importante a los efectos de la consideración de deslealtad o no de las actuaciones que se despliegan en el mercado...”*

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

En este punto, en consideración de que la práctica desleal analizada en la presente resolución, corresponden a derecho administrativo sancionador, este órgano tiene en consideración que la Corte Nacional de Justicia ha sido enfática al señalar la exigencia de la tipicidad de la falta, esto es, que las conductas prohibidas deban estar claramente descritas con tres elementos esenciales: sujeto activo, **verbo o acción** y la consecuente sanción²⁰; lo cual evita ambigüedades o interpretaciones extensivas y antojadizas por parte de las autoridades competentes que aplican dichas sanciones en virtud del derecho.

En particular, la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia ha considerado lo siguiente:

*“(...) Por otra parte, CÁSSAGNE ha sostenido **que el principio de tipicidad es incompatible con las fórmulas genéricas y / abiertas**, salvo en el caso de las sanciones disciplinarias, que se admite la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, lo que justifica frente a la imposibilidad de precisar de antemano y en forma detallada los deberes profesionales del agente público, sin que ello excluya la exigencia de concretar, en cada caso, la conducta computable y su conexión con la violación antijurídica de los deberes administrativos “. (Jorge Coviello Pedro, ponencia “Base constitucional de la potestad sancionadora”, Derecho Administrativo en el siglo XXI, Adrus D&L Editores, Lima 2013, página 478”²¹*

Por lo que, en aplicación del principio de tipicidad, la autoridad administrativa al conocer un caso por actos de comparación, debe atender en su análisis al verbo utilizado por el legislador para el conocimiento, investigación y sanción de una posible infracción.

En el presente caso, SUMESA S.A., denunció ante esta Superintendencia que el material “ayuda ventas” difundido por QUALA ECUADOR S.A., realiza una comparación respecto del

²⁰ NIETO ALEJANDRO. “Derecho Administrativo Sancionador”. Tecnos Ed. 1994

²¹ Resolución No. 185-2014 – Juicio 02-2011



parámetro grasa, frente a otros productos no identificados, y que por la posición de los productos en el material “ayuda ventas”, podría generar que el consumidor asocie el cubo con el líquido amarillento, con su producto “RANCHERO”.

Al respecto, QUALA ECUADOR S.A., afirmó que no existe tal riesgo de asociación, toda vez que SUMESA S.A., no tendría una línea de caldos en cubo; añadió que las características “se disuelve fácil”, “no se pega en los dedos”, y “empaque sin grasa”, habrían sido explicadas al momento de la difusión de su material en las tiendas.

En referencia a la comparación de extremos análogos, esta Intendencia considera que en virtud de que los productos analizados y en particular de las características particulares señaladas por el Quala S.A., en su publicidad, esto es cantidad de grasa y en particular precio, los extremos resultan comunes en los productos²² y pueden ser objeto de comparación.

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

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

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

En este punto resulta importante resaltar que nuestra legislación, en el ámbito de actos comparación, no establece el requisito de que de la información sea apegada a la realidad²³, es decir, la forma utilizada por el legislador al redactar el numeral 5 del artículo 27 de la LORCPM no estableció como parámetro de la infracción que la comparación sea comprobada, sino únicamente comprobable.

Es decir, como tuvo lugar en el presente caso, cuando la conducta investigada trate de información que sea falsa o que induzca a error, nos encontramos ante posibles conductas desleales en la modalidad de acto de engaño, por el contrario, en aplicación del verbo rector utilizado por el legislador para los actos de comparación, esta autoridad al analizar posibles conductas desleales en esta modalidad solo podrá verificar si la comparación realizada trata de extremo análogos o semejantes, relevantes o importantes y que puedan ser objeto de comprobación.

²² Si bien, el operador económico SUMESA S.A. señaló que sus producto “Ranchero” no tiene grasa, la comparación directa que habría realizado Quala S.A., con su producto fue respecto del precio.

²³ A diferencia de la legislación vigente tanto de Colombia como de España.



Finalmente, en el caso concreto tal y como esta Intendencia evidenció en el desarrollo de esta resolución, para que un acto de competencia desleal sea considerado ilícito, en el marco de la LORCPM, este acto debe falsear real o potencialmente la competencia en el mercado relevante. Situación que no ocurre en el presente expediente.

En tal virtud, en vista de que el operador económico Quala S.A., no tiene una participación de mercado suficiente para falsear la competencia económica tampoco se configura el requisito necesario para su sanción a la luz de la LORCPM.

Aprovechamiento del desconocimiento del consumidor

El artículo 27, número 10, letra a) de la LORCPM, número 10, en su parte pertinente tipifica:

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...

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

En este sentido, el operador económico señaló que el material utilizado por Quala S.A. parecería haber sido enfocado para comercios populares, en muchos casos en zonas rurales, cuyos consumidores y dependientes podrían ser vulnerables.

Al respecto, de la información del expediente de investigación esta Intendencia identificó que el mercado geográfico es regional ya que comprende cuatro provincias: Pichincha, Guayas, Azuay y Manabí, sin embargo, la Dirección en su informe de resultado no evidenció que la característica principal de público objetivo de la información sean “tenderos” rurales.

Tal situación reviste de especial importancia, ya que en las provincias antes indicadas se encuentran los principales núcleos urbanos en tamaño y poder de consumo. Además, el operador económico denunciante no justifico porque tenderos y consumidores rurales tendrían un mayor grado de vulnerabilidad.

Por otra parte, en relación al aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, este tiene lugar en virtud de una asimetría en la información existente sobre el bien o servicio comercializado, sin embargo, para que tenga lugar la calificación de deslealtad de la conducta investigada el operador económico oferente de los bienes o servicios deberá además obtener un aprovechamiento evidente del desconocimiento de los consumidores.

Es importante anotar, que a diferencia de la conducta desleal en la modalidad de engaño, que establece como sujeto receptor del mensaje falso al público en general, la conducta desleal



contenida en el numeral 10 del artículo 27 de la LORCPM exige necesariamente un aprovechamiento de los **consumidores**.

En tal sentido, no todo acto de engaño o inducción a error que tenga lugar en el mercado, necesariamente va constituir a su vez una práctica sancionada en el numeral 10 del artículo 27 de la LORCPM.

En el caso concreto esta Intendencia considera que el mensaje realizado por Quala S.A. mediante su herramienta “ayuda ventas” no fue dirigido a los consumidores, por el contrario su público objetivo fueron los tenderos. En tal sentido, si bien existe la posibilidad de que los tenderos puedan repetir un mensaje potencialmente engañoso a sus consumidores, no existe evidencia dentro del expediente que tal situación hubiera tenido lugar.

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

Finalmente, en el caso concreto tal y como esta Intendencia evidenció en el desarrollo de esta resolución, para que un acto de competencia desleal sea considerado ilícito, en el marco de la LORCPM, este acto debe falsear real o potencialmente la competencia en el mercado relevante. Situación que no ocurre en el presente expediente.

En tal virtud, en vista de que el operador económico Quala S.A., no tiene una participación de mercado suficiente para falsear la competencia económica tampoco se configura el requisito necesario para su sanción a la luz de la LORCPM.

SEXTO: RESOLUCIÓN

Por los fundamentos de hecho, de derecho y análisis económico realizado esta autoridad **RESUELVE:**

PRIMERO.- Acoger parcialmente el Informe de Resultados de la Investigación emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, salvo en el análisis realizado en relación a la conducta de engaño, para el cual esta Intendencia se apega al análisis realizado en la presente resolución.

SEGUNDO.- Ordena el archivo del presente expediente en contra de QUALA ECUADOR S.A.

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



Superintendencia
de Control del
Poder de Mercado

CUARTO.- Continúe actuando como secretario de sustanciación el abogado Franklin Arévalo dentro del presente procedimiento administrativo.- **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-**



Mgs/ Pablo Carrasco Torrontegui

INTENDENTE DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS DESLEALES

REF-SCPM-IGT-INICPD-RS-2020-002