Superintendencia de Control del Poder de Mercado

INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.-

Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-020-2020

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES.- Quito D.M., 28 de abril de 2022.- **VISTOS**.- En mi calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-2021-093-A de 4 de febrero de 2021, en uso de mis facultades, dentro del presente proceso de investigación, en lo principal indico lo siguiente:

PRIMERO.- ANTECEDENTES

i. Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTVYCP-2020-0249-O de 20 de octubre de 2020, mediante la cual la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), informó a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) sobre hechos que podrían encajarse en conductas anticompetitivas, relacionadas con la denuncia evidenciada en redes sociales que indica: "Bajaron el precio! Y también el contenido" producto: "LECHE SEMIDESCREMADA LARGA VIDA UHT DESLACTOSADA marca "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA";

ii. El 23 de noviembre de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (INICPD) mediante Informe de pertinencia N°. SCPM-IGT-INICPD-038-2020-I, recomendó a la Intendencia General Técnica (IGT) iniciar una investigación de oficio en contra del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., con el fin de investigar la existencia o no de presuntos actos de engaño establecido en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM;

iii. El 26 de noviembre de 2020, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales mediante providencia dispuso agregar el informe referido *ut supra*, el oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTVYCP-2020-0249-O, abrir el expediente N°. SCPM-IGT-INICPD-020-2020 e iniciar la fase de investigación preliminar por un término no mayor a 180 días;

iv. Cuestionario N°. 1, 2 y 3 emitidos por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante el cual se solicitó información económica al operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., a los operadores económicos que participan en el mercado de leches deslactosadas y supermercados;

v. El 30 de diciembre de 2020, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante providencia dispuso agregar los cuestionarios referidos *ut supra*, y corrió traslado a los operadores económicos de los cuestionarios;

vi. El 15 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 181929, el operador económico PASTEURIZADORA EL RANCHITO CÍA. LTDA., solicitó una prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario N°. 2, así como señaló lugares para notificaciones;

vii. El 18 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182104, el operador económico LECHE GLORIA ECUADOR S.A., solicitó una prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario N°. 2, así como señalo lugares para notificaciones;

viii. El 18 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182113, el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., solicitó una prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario N°. 3, así como señaló lugares para notificaciones;

ix. El 19 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182209, el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 3, así como señaló lugares para notificaciones;

x. El 19 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182292, el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADOS S.A., solicitó una prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario N°. 3, así como señaló lugares para notificaciones;

xi. El 19 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182297, el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 1;

xii. El 22 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182590, el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 3;

xiii. El 25 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182766, el operador económico LECHE GLORIA ECUADOR S.A., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 2;

xiv. El 25 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182804, el operador económico CHIVERIA S.A., entregó la información solicitada mediante cuestionario N°. 2;

xv. El 26 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 182883, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 3;

xvi. El 27 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 183028, el operador económico INDUSTRIAS LÁCTEAS TONI S.A., solicitó una prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario N°. 2;

xvii. El 27 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 183152, el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS S.A., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 3;

xviii. El 29 de enero de 2021, mediante escrito signado con número de ID 183392, el operador económico INDUSTRIAS LÁCTEAS TONI S.A., solicitó una prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario N°. 2;

xix. El 8 de febrero de 2021, mediante escrito signado con ID 184424, el operador económico EL RANCHITO CÍA. LTDA., solicitó una prórroga para entregar la información requerida mediante cuestionario N°. 2;

xx. El 22 de febrero de 2021, mediante escrito signado con ID 185888, el operador económico EL RANCHITO CÍA. LTDA., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 2;

xxi. El 3 de marzo de 2021, mediante providencia emitida por el Intendente, dispuso agregar la información remitida por los operadores económicos;

xxii. El 5 de marzo de 2021, mediante escrito signado con número de ID 187180, el operador GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA., remitió el extracto no confidencial de la información remitida en cuestionario N°. 3;

xxiii. El 8 de marzo de 2021, mediante providencia emitida por el Intendente, dispuso agregar la información remitida por los operadores económicos;

xxiv. El 10 de marzo de 2021, mediante escrito signado con número de ID 187671, el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., justificó la confidencialidad de las preguntas del cuestionario N°. 1 y remitió el extracto no confidencial de dicha información;

xxv. El 16 de marzo de 2021, mediante escrito signado con ID 188332, el operador económico INDUSTRIAS LACTEAS TONI S.A., remitió el extracto no confidencial de la información entregada en el cuestionario N°. 2;

xxvi. El 26 de marzo de 2021, mediante escrito signado con ID 189264, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., remitió el extracto no confidencial de la información entregada mediante cuestionario N°. 3;

xxvii. El 31 de marzo de 2021, mediante providencia emitida por el Intendente, dispuso agregar la información remitida por los operadores económicos;

xxviii. La Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado en su parte pertinente dispuso:

> "(...) Artículo 1.- Suspender el cómputo de los términos y plazos, tanto para los operadores económicos y ciudadanos así como para la administración, dentro de los procedimientos administrativos y procedimientos administrativos sancionadores, que se tramitan y sustancian en los distintos órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, **desde el lunes 26 de abril hasta el jueves 20 de mayo del año en curso**, inclusive". (Énfasis añadido)

xxix. El 23 de abril de 2021, a través de providencia, la INICPD tuvo en cuenta dentro del presente expediente la Resolución No. SCPM-DS-2021-14, de 22 de abril de 2021, mediante la cual, el señor Superintendente de Control del Poder de Mercado en su parte pertinente dispuso la suspensión de términos y plazos.

xxx. El 25 de mayo de 2021, a través de providencia, la INICPD reanudó la tramitación de términos y plazos en el presente expediente;

xxxi. Cuestionario N°. 4 y 5 elaborados por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante los cuales se solicitó información económica, relacionada con volúmenes de ventas, de bebidas elaboradas a base de plantas, al operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., y a los supermercados;

xxxii. El 31 de mayo de 2021, la INICPD mediante providencia dispuso agregar los cuestionarios referidos *ut supra*, y dispuso correr traslado a los operadores económicos;

xxxiii. El 8 de junio de 2021, mediante escrito signado con número de ID 195734, el operador económico MEGA SANTAMARIA, remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 5;

xxxiv. El 10 de junio de 2021, mediante escrito signado con número de ID 196143, el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 5;

xxxv. El 14 de junio de 2021, mediante escrito signado con número de ID 196621, el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS C. LTDA., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 5;

xxxvi. El 15 de junio de 2021, mediante escrito signado con ID 196760, el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., entregó la información requerida mediante cuestionario N°. 4;

xxxvii. El 18 de junio de 2021, mediante escrito signado con ID 196827, el operador económico TIA S.A., solicitó una prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario N°. 5;

xxxviii. El 18 de junio de 2021, mediante providencia emitida por el Intendente, dispuso agregar la información remitida por los operadores económicos;

xxxix. El 29 de junio de 2021, mediante escrito signado con número de ID 198283, el operador económico TIA S.A., remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 5;

xl. El 1 de julio de 2021, mediante escrito signado con ID 198614, el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., entregó la información requerida mediante cuestionario N°. 5;

xli. El 6 de julio de 2021, mediante escrito signado con ID 199880, el operador económico MEGA SANTAMARIA, remitió la información requerida mediante cuestionario N°. 3;

xlii. El 6 de julio de 2021, mediante providencia emitida por el Intendente, dispuso agregar la información remitida por los operadores económicos;

xliii. El 2 de agosto de 2021, mediante providencia emitida por el Intendente, dispuso a la Secretaría General de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (SCPM) la reproducción física y digital de los siguientes documentos: i) El oficio S/N y anexos del operador económico TROVICA S.A., signado con el número de ID. 142145; ii) El oficio S/N y anexos del operador económico MARMALEC S.A., signado con el número de ID. 146571; iii) El oficio S/N y anexos del operador económico LACTEOS SAN ANTONIO S.A., signado con el número de ID. 159892; iv) El oficio S/N y anexos del operador económico PRONAFIL CIA. LTDA., signado con el

número de ID. 146926; v) El oficio S/N y anexos del operador económico ALPEN SWISS S.A., signado con el número de ID. 146349; vi) El oficio S/N y anexos del operador económico PRODUCTOS LACTEOS GUERRERO CIA. LTDA., mediante, signado con el número de ID. 141485; vii) El oficio S/N y anexos del operador económico INDUSTRIAS LÁCTEAS S.A. INDULAC, signado con el número de ID. 146734; viii) El oficio S/N y anexos del operador económico INDUSTRIAS DE ALIMENTOS CORDOVEZ QUEVOR CÍA. LTDA., signado con el número de ID. 146162; ix) El oficio S/N y anexos del operador económico SOCIEDAD INDUSTRIAL GANADERA EL ORDEÑO S.A., signado con el número de ID. 146466; x) El oficio S/N y anexos del operador económico NNDALGO S.A., signado con el número de ID. 141405; xi) El oficio y anexos del SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, signado con el número de ID. 169237;

xliv. El 24 de agosto de 2021, la INICPD a través de providencia agregó las copias certificadas remitidas por la SG, conforme la dispuesto mediante providencia de 2 de agosto de 2021 emitida en el presente expediente;

xlv. Los extractos no confidenciales de los operadores económicos: TROVICA (373293 y 373296) signados con números de ID. 206393 y 206294; PRONAFIL (373300 y 373301) signados con números de 206395 y 206396; PRODUCTOS GUERRERO (373305 y 373306) signados con números de ID. 206397 y 206398; NINDALGO signado con número de ID. 206399; SERVICIO DE RENTAS INTERNAS signado con número de ID. 206401, elaborados por la analista económica María Victoria Santamaría;

xlvi. El Informe de Investigación Preliminar No. SCPM-INICPD-DNICPD-010-2021, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, de 20 de abril de 2021, signado con número de ID. 206970;

xlvii. El 10 de septiembre de 2021, la INICPD mediante providencia agregó los extractos no confidenciales y el Informe de Investigación Preliminar referido *ut supra*, así como ordeno notificar al operador económico NESTLE ECUADOR S.A., con el Informe de Investigación Preliminar;

xlviii. El 1 de octubre de 2021, mediante escrito signado con número ID. 209274, el operador económico NESTLE ECUADOR S.A., presentó sus explicaciones;

xlix. El 5 de octubre de 2021, la INICPD mediante providencia agregó el escrito de explicaciones del operador económico NESTLE ECUADOR S.A.;

l. El escrito presentado por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., el 13 de octubre de 2021, signado con número de ID. 210192, mediante el cual, solicitó una reunión de trabajo;

li. La providencia de 13 de octubre, la INICPD atendió la solicitud de reunión de trabajo del operador NESTLÉ ECUADOR S.A.;

lii. La razón y audio de la reunión de trabajo con el operador NESTLÉ ECUADOR S.A., constante con Id. 210552;

liii. La resolución de 18 de octubre de 2021, mediante la cual, la Intendencia resolvió:

SEGUNDO.- Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-020-2020, en contra del operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.,** por el presunto cometimiento de actos de engaño determinados en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

TERCERO.- De conformidad con lo determinado en el artículo 62 del RLORCPM, el plazo de duración de la presente investigación no podrá exceder de 180 días, que en caso de considerarlo pertinente, esta Autoridad podrá prorrogarla hasta por el plazo de 180 días adicionales.

CUARTO.- En cumplimiento de lo dispuesto en la letra b) del artículo 9 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, y al amparo de lo dispuesto por el artículo 56, inciso tercero de la LORCPM, se declara el expediente como reservado, excepto para las partes directamente interesadas, salvaguardando la información que ha sido declarada como confidencial.

liv. La providencia de 9 de diciembre de 2021, a través del cual la INICPD solicitó al Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación un análisis de semiótico respecto del efecto del mensaje publicitario en el empaque del producto "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA";

lv. El acta de entrega recepción suscrita entre la Directora Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales y el Director Técnico de Evaluación de Contenidos - Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, de 14 de diciembre de 2021, constante con ID. 219597 anexo ID. 403537, a través del cual se entregó las imágenes para que realice el análisis semiótico el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación;

lvi. La providencia de 20 de diciembre de 2021, mediante la cual la Intendencia agregó el acta referida *ut supra*;

lvii. El oficio N°. CRDPID-DTEC-2021-0010-O, suscrito por el licenciado Jorge Roberto Sánchez Cazar como Director Técnico de Evaluación de Contenidos del CONSEJO DE REGULACIÓN, DESARROLLO Y PROMOCIÓN DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, de 29 de diciembre de 2021, signado con número de ID. 221454, a través del cual remitió el análisis semiótico solicitado por la Intendencia;

lviii. Los cuestionarios 6 y 7 elaborados por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, signados con números de ID. 221769, mediante los cuales se solicitó información económica a los supermercados y a la ARCSA;

lix. La providencia de 4 de enero de 2022, mediante la cual la Intendencia agregó el oficio del Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, y corrió traslado con los cuestionarios referidos *ut supra*;

lx. El oficio presentado por la abogada María José Morales Naranjo en calidad de Directora de Asesoría Jurídica de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA, el 13 de enero de 2022, signado con número de ID. 222778, a través del cual remitió la información requerida mediante cuestionario 7;

lxi. El escrito presentado por el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., el 18 de enero de 2022, signado con número de ID. 223493, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario 6;

lxii. El escrito presentado por el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CIA. LTDA., el 18 de enero de 2022, signado con número de ID. 223656, a través del cual remitió la información solicitada mediante cuestionario 6;

lxiii. El escrito presentado por el operador económico CORPORACION EL ROSADO S.A., el 24 de enero de 2022, signado con número de ID. 225383, mediante el cual solicitó prórroga para remitir la información requerida a través de cuestionario 6;

lxiv. El escrito presentado por el operador económico MEGA SANTAMARIA S.A., el 26 de enero de 2022, signado con número de ID. 225673, a través del cual remitió la información solicitada mediante cuestionario 6;

lxv. La providencia de 1 de febrero de 2022, mediante la cual la Intendencia agregó los escritos presentados por los operadores económicos y la ARCSA, así como atendió la solicitud del operador económico EL ROSADO;

lxvi. El escrito presentado por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., el 2 de febrero de 2022, signado con número de ID. 226458, a través del cual solicitó copias y acceso al expediente;

lxvii. El escrito presentado por el operador económico GERARDO ORTIZ E HIJOS CÍA. LTDA., el 02 de febrero de 2022, signado con número de ID 226520, mediante el cual remitió el extracto no confidencial de la información contenida en el cuestionario 6;

lxviii. El escrito y anexos presentado por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., el 04 de febrero de 2022, signado con número de ID 226833, a través del cual remitió la información solicitada mediante cuestionario 6;

lxix. El escrito presentado por la abogada María José Morales Naranjo, Directora de Asesoría Jurídica de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA, el 09 de febrero de 2022, signado con número de ID 227188, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario 7;

lxx. El escrito presentado por el operador económico TIA S.A., el 10 de febrero de 2022, signado con número de ID 227379, a través del cual solicitó prórroga para remitir la información requerida mediante cuestionario 6;

lxxi. La providencia de 11 de febrero de 2022, mediante la cual la INICPD agregó los escritos de los operadores económicos y despacho la solicitud de prórroga del operador económico TIA S.A.;

lxxii. La providencia de 14 de febrero de 2022, en la cual la Intendencia dispuso a la Secretaría General de la SCPM que cargue correctamente los archivos en el ID. Anexo 409954 del ID. 222778;

lxxiii. El cuestionario N°. 8 elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, signado con número de ID. 227733; mediante el cual, se solicitó información con relación a la leche deslactosada, los eslabones de la cadena, entre otros.

lxxiv. El memorando N°. SCPM-DS-SG-2022-092 suscrito por el abogado Henry Jami en calidad de Secretario General de la SCPM, el 15 de febrero de 2022, signado con número de ID. 227773, mediante el cual informó la correcta carga al sistema de los archivos del ID. Anexo 409954 del ID. 222778;

lxxv. La providencia de 15 de febrero de 2022, a través de la cual la INICPD agregó y corrió traslado con el cuestionario referido *ut supra*, así también clasificó como confidencial los archivos del ID. Anexo 409954 correspondientes al ID. 222778;

lxxvi. El acta de entrega copias entregadas al operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., el 18 de febrero de 2022, constante con ID. 228247;

lxxvii. El escrito presentado por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A., el 18 de febrero de 2022, signado con número de ID. 228282, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario N°. 6;

lxxviii. La razón sentada por la secretaria de sustanciación del presente expediente, en el cual informa la no comparecencia del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., a la diligencia de revisión del expediente, constante con ID. 228474;

lxxix. El escrito presentado por el operador económico LACTEOS SAN ANTONIO C.A., el 21 de febrero de 2022, signado con número de ID. 228488, a través del cual remitió la información solicitada mediante cuestionario N°. 8;

lxxx. El escrito presentado por el operador económico EMPRESA PASTEURIZADORA QUITO S.A., el 22 de febrero de 2022, signado con número de ID. 228567, mediante el cual entregó la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

lxxxi. La providencia de 24 de febrero de 2022, en la cual, la INICPD dispuso agregar los escritos referidos *ut supra*, así como clasificó la información remitida por los operadores económicos;

lxxxii. El escrito presentado por el operador económico REYLÁCTEOS C.L., el 25 de febrero de 2022, signado con número de ID. 228945, a través del cual remitió la información solicitada mediante cuestionario N°. 8;

lxxxiii. El escrito presentado por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., el 25 de febrero de 2022, signado con número de ID. 228990, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

lxxxiv. El escrito presentado por el operador económico INDUSTRIAS LACTEAS CHIMBORAZO CIA LTDA INLECHE, el 2 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229069, a través del cual remitió la información solicitada mediante cuestionario N°. 8;

lxxxv. El escrito presentado por el operador económico EMPRESA PASTEURIZADORA QUITO S.A., el 22 de febrero de 2022, signado con número de ID. 228567, mediante el cual entregó el extracto no confidencial de la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

lxxxvi. El escrito presentado por el operador económico TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A., el 3 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229278, a través del cual remitió la información confidencial no relacionada con el expediente;

lxxxvii. El escrito presentado por el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., el 3 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229287, mediante el cual remitió el extracto no confidencial de la información requerida a través de cuestionario N°. 6;

lxxxviii. El escrito presentado por el operador económico LECHE-GLORIA-ECUADOR S.A., el 4 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229464, a través del cual remitió la información solicitada mediante cuestionario N°. 8;

lxxxix. El escrito presentado por el operador económico LACTALIS DEL ECUADOR S.A., el 4 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229487, mediante el cual entregó la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

xc. El escrito presentado por el operador económico LACTALIS DEL ECUADOR S.A., el 4 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229489, a través del cual remitió el extracto no confidencial de la información solicitada mediante cuestionario N°. 8;

xci. El escrito presentado por el operador económico EL ORDEÑO S.A., el 4 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229491, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

xcii. El escrito presentado por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., el 7 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229620, a través del cual remitió parcialmente la información solicitada mediante cuestionario N°. 8;

xciii. El cuestionario N°. 9 elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante el cual solicitó información económica al operador económico Tiendas Tuti Tide S.A;

xciv. La providencia de 8 de marzo de 2022, en la cual, la INICPD dispuso agregar los escritos referidos *ut supra*, clasificó la información remitida por los operadores económicos y corrió traslado con requerimientos de información a operadores económicos;

xcv. El escrito y anexos presentado por el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., el 9 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229938, mediante el cual remitió el extracto no confidencial de la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

xcvi. El escrito presentado por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., el 9 de marzo de 2022, signado con número de ID. 229951, dio contestación al cuestionario N°. 8 en relación al operador económico ECUAJUGOS S.A.;

xcvii. El escrito presentado por el operador económico ECUAJUGOS S.A., el 9 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230033, mediante el cual dio contestación al cuestionario N°. 8;

xcviii. La razón sentada por la Secretaría General de la SCPM, el 11 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230220, en la cual indicó: "… en la ciudad de Quito, 03 de marzo de 2022, el Operador Económico "TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS TIA S.A", presentó un escrito por ventanilla virtual, el cual fue ingresado con número de tramite ID 229278 por la servidora Andrea Vaca, mismo que consta de una página y un zip de anexo, respecto del anexo del ID mencionado, por un error involuntario se cargó el archivo incorrecto que corresponde al ID 229187, ANEXO CD Id 421845, del expediente No. SCPM-IGTINICAPMAPR-018-2020 por tal motivo se sienta la presente razón, y procede con el ingreso del escrito con el anexo correcto.";

xcix. El escrito y anexos presentado por el operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., el 11 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230311, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

c. La providencia de 14 de marzo de 2022, en la cual, la INICPD dispuso agregar los escritos referidos *ut supra*, así como clasificó la información remitida por los operadores económicos;

ci. El escrito presentado por el operador económico INDUSTRIAS LÁCTEAS TONI S.A., el 14 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230387, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

cii. El escrito presentado por el operador económico REYLACTEOS C.L., el 14 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230430, a través del cual solicitó prórroga para remitir el extracto no confidencial de la información solicitada mediante cuestionario N°. 8;

ciii. El escrito presentado por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., el 15 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230581, mediante el cual entregó la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

civ. El escrito presentado por el operador económico SOCIEDAD INDUSTRIAL GANADERA EL ORDEÑO S.A., el 15 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230597, a través del cual dio contestación al requerimiento de información realizado en providencia de 8 de marzo de 2022;

cv. El escrito presentado por el operador económico TIENDAS TUTTI S.A., el 17 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230739, mediante el cual remitió la información requerida a través de cuestionario N°. 9;

cvi. La providencia de 18 de marzo de 2022, en la cual, la INICPD dispuso agregar los escritos referidos *ut supra*, clasificó la información remitida por los operadores económicos;

cvii. El escrito presentado por el operador económico REYLACTEOS C.L., el 18 de marzo de 2022, signado con número de ID. 230878, mediante el cual entregó la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

cviii. La providencia de 22 de marzo de 2022, en la cual, la INICPD dispuso agregar el escrito referido *ut supra*;

cix. El escrito presentado por el operador económico REYLACTEOS C.L., el 24 de marzo de 2022, signado con número de ID. 231388, mediante el cual entregó el extracto no confidencial de la información requerida a través de cuestionario N°. 8;

cx. La providencia de 28 de abril de 2022, en la cual la INICPD dispuso agregar los escritos referidos *ut supra* y clasificó la información remitida por los operadores económicos;

cxi. El informe de resultados de investigación de 18 de octubre de 2021, con No. SCPM-INICPD-DNICPD-014-2021, signado con número de ID 210711 elaborado por los analistas Heber Del Rosario y María Victoria Santamaria, y aprobado por Gabriela Arias Barros, en su calidad de Directora Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

> **XII. CONCLUSIONES**
>
> A lo largo del desarrollo del presente informe de resultados, esta Dirección concluye lo siguiente:
>
> i. En el presente caso se identificó como el producto objeto de investigación a las leches deslactosadas semidescremadas en presentación tetrapack; en ese sentido, se realizó los análisis de sustitución de la demanda y de la oferta con la finalidad de determinar el mercado del producto.
> ii. Desde el punto de vista de la demanda, con base en la aplicación de la Prueba de Correlación de Precios, esta Dirección determinó que las leches deslactosadas semidescremadas en las presentaciones tetrapack, tetrafino y funda se comportan como sustitutas, al reflejar coeficientes de correlación superiores al 0,80, establecido por la norma como umbral para considera a dos productos como sustitutos. Por lo que, fueron consideradas dentro del mercado del producto de la presente investigación.
> iii. En el caso de las leches deslactosadas descremadas, con base en la prueba de correlación de precios, esta Dirección descartó la sustitución entre este producto y las leches deslactosadas semidescremadas.
> iv. Desde el punto de vista de la oferta, esta Dirección determinó que la entrada de nuevos competidores no alcanzaría las condiciones de rapidez, rentabilidad y eficiencia, en lo principal, por los requerimientos de maquinaria especializada para adquirir el empaque tetrapack, así como los gastos necesarios para posicionar una marca, lo cual implicaría a los potenciales entrantes incurrir en mayores costos hundidos.
> v. Con relación al mercado geográfico, la Dirección aplicó la prueba de correlación de precios a nivel provincial y evidencia que los precios de las leches deslactosadas a nivel nacional reflejan correlaciones iguales o superiores a 0,80, por lo que, conforme lo establece la Resolución N° 011, evidenciaría que estos territorios participan en el mismo mercado.

vi. Del análisis de la ventas mensuales durante el periodo 2017-2020 no se aprecia una estacionalidad marcada en la demanda de las leches deslactosada, por lo que esta Dirección consideró pertinente el análisis de este mercado durante todo el año.

vii. El mercado temporal se determinó en función de la temporalidad en la que se cometieron las presuntas prácticas desleales, en consecuencia, se estableció al período comprendido entre agosto a noviembre 2020.

viii. Con base en los análisis de sustitución de la demanda, oferta y del mercado geográfico esta Dirección determinó como el mercado relevante de la presente investigación a las leches deslactosadas semidescremadas en presentación tetrapack, tetrafino y funda comercializadas a nivel nacional.

ix. Del análisis del mercado relevante durante el año en que se realizó la conducta (2020), esta Dirección identificó una importante participación por parte de la empresa Lácteos San Antonio con el 37% de las ventas del sector. En el caso de Nestlé Ecuador S.A., su participación en el año 2020 fue del 20%, ubicándose en el segundo puesto en este mercado, no obstante, se aprecia una importante distancia respecto a Lácteos San Antonio de 17 puntos porcentuales, lo que, a criterio de esta Dirección indicaría una menor capacidad de Nestlé Ecuador S.A., de afectar la estructura del mercado investigado.

x. Del análisis económico, en el mercado de las leches deslactosadas semidescremadas se aprecia la posibilidad de realizar una sustitución de la demanda, lo cual, a criterio de esta Dirección ejercería presiones competitivas en este mercado y por lo tanto limitaría las actuaciones de los participantes en el sector.

xi. Del análisis del falseamiento a la competencia, a criterio de esta Dirección la empresa Nestlé Ecuador S.A., no refleja una posición en este mercado que le permita distorsionar el régimen de competencia, como consecuencia de la conducta. Además, con base en el análisis de los factores relevantes en la determinación del falseamiento del régimen de competencia, estos es: que la práctica desleal restringa la entrada de nuevos oferente, se limite la libertad de elección de los consumidores, o se afecte la igualdad de condiciones de los operadores que participan en este mercado, esta Dirección concluyó que la práctica desleal investigada no generó un falseamiento al régimen de competencia, que se evidencia en el mantenimiento de la estructura de este mercado durante el período infractor respecto a la estructura de años anteriores.

xii. Del análisis del público afectado, esta Dirección determinó que se trata de un consumidor con mayores recursos para acceder a información que le permita tomar de mejor manera su decisión de consumo. Asimismo, debido a que la compra de este producto se realizaría con una alta frecuencia, se acotaría las asimetrías de información, lo cual reduciría la vulnerabilidad de esta población.

xiii. Del análisis del efecto real de la práctica desleal investigada en el presente expediente, esta Dirección evidenció que durante el período infractor, la empresa Nestlé Ecuador S.A., reflejó una disminución en las ventas del producto en comparación al mismo período de otros años. Asimismo, la estructura del mercado no se vio afectada en este período, por lo que a criterio de esta Dirección, la práctica desleal investigada en este expediente no tuvo la

capacidad de falsear el régimen de competencia.

xiv. Del análisis de los daños potenciales de la práctica desleal, esta Dirección analizó la tendencia de las ventas del producto infractor, en este sentido, se observó una tendencia cíclica y no una tendencia creciente que haga suponer que en caso de que se hubiera mantenido la práctica desleal potencialmente se hubiera afectado la estructura del mercado relevante. Además, en el período en el que se retiró la etiqueta infractora, las ventas del producto incrementaron de manera notoria, lo que a criterio de esta Dirección indica que la publicidad engañosa no tuvo un efecto en la demanda del producto, pues, si el consumidor hubiera basado su decisión de consumo en este factor lo evidente sería una disminución de la demanda del producto una vez que se retiró el mensaje engañoso.

xv. En relación a los actos de engaño por acción, esta Dirección considera que la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" es una manifestación falsa debido a que dicha afirmación pretende comunicar una rebaja del precio en relación con una presentación anterior del producto, lo cual no sucedió en la realidad, siendo que, por la combinación de colores utilizados en la comunicación de dicha proclama y el resalte otorgado en el empaque del producto, el operador económico tuvo la finalidad de inducir a error a los consumidores, por lo que, su conducta se encuadra en lo determinado en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

xvi. Respecto a los actos de engaño por omisión, esta Dirección considera que resaltar una característica positiva del producto, esto es la disminución del precio, mientras que, con conciencia y voluntad, se omitía informar una disminución del contenido de forma contextualizada, siendo aquello una información necesaria debido a la utilización de la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", es una conducta que tuvo como finalidad, inducir a error a los consumidores respecto al precio del producto para influir en su decisión de compra, por lo cual, dicha omisión se subsume a lo establecido en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

xvii. Finalmente, esta Dirección concluye que, si bien existen elementos de convicción que permitan establecer la existencia de la conducta de actos de engaño tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., se observa que dicha conducta, no generó el falseamiento al régimen de competencia de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.

XIII. RECOMENDACIONES

Esta Dirección recomienda a la Intendencia archivar el presente expediente de conformidad con el artículo 57 de la LORCPM, pues no se ha encontrado mérito suficiente para la prosecución de la instrucción del procedimiento por el cometimiento de la posible práctica desleal de actos de engaño que afecten el régimen de competencia por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A.

cxii. La providencia de 18 de abril de 2022, en la Intendencia agregó el informe de resultados referido *ut supra*.

cxiii. El escrito presentado por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., el 18 de abril de 2022, signado con número de ID. 234982, mediante el cual, solicitó copias del informe de resultados.

cxiv. La providencia de 25 de abril de 2022, en la Intendencia atendió el escrito referido *ut supra*.

SEGUNDO.- COMPETENCIA

2.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 213, inciso primero, determina que:

> Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley…

El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece:

> "Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución".

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

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

> "El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y **la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible**". (Énfasis añadido)

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

> "Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del

> país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional".

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

> Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.
>
> La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico.

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

> Art. 4.- Lineamientos para la regulación y principios para la aplicación.- En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley:
>
> 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico.
>
> 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular.
>
> (...)
>
> 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado.
>
> 6. El establecimiento de un marco normativo que permita el ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, en un sistema de libre concurrencia.
>
> (...)
>
> 10. La necesidad de contar con mercados transparentes y eficientes. (...)

En adición, el artículo 5 de la LORCPM precisa:

> 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.
>
> El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

> El mercado geográfico comprende 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 al comercio existentes.
>
> La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

El artículo 25 de la LORCPM determina:

> Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.
>
> Para la definición de usos honestos se estará a los criterios del comercio nacional; no obstante, cuando se trate de actos o prácticas realizados en el contexto de operaciones internacionales, o que tengan puntos de conexión con más de un país, se atenderá a los criterios que sobre usos honestos prevalezcan en el comercio internacional.
>
> La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil.
>
> Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.
>
> Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.
>
> Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.
>
> La protesta social legítima, en el ámbito exclusivo de esta Ley, no será, en ningún caso considerada como boicot.

El artículo 26 de la mencionado cuerpo legal establece:

> Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

> 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 (...)".

El artículo 27 numeral 2 de la LORCPM establece los actos de engaño, tipificándolos de la siguiente forma:

> Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...]
>
> 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.
>
> Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. (...)

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, emite la presente resolución, en virtud de la facultad determinada en el artículo 57 de la LORCPM, el cual establece 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.

2.3. Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RLORCPM)

El artículo 55 del Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece:

> **Art. 55**.- Inicio del procedimiento de oficio.- El procedimiento se iniciará de oficio por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado tras haber tenido conocimiento directa o indirectamente de las conductas susceptibles de constituir infracción;(...)
>
> ... Si se iniciare la investigación, continuará el procedimiento y se resolverá de conformidad con los artículos 58 al 61 de la Ley y artículos 62 al 72 del Reglamento.

En concordancia con los artículos 63 y 67 del RLORCPM establecen:

> 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 denunciantes, ordenará el archivo de la denuncia.
>
> Art. 67.- Informe de resultados de la etapa de investigación.- Concluido el plazo de duración de la investigación, el órgano de investigación emitirá un informe sobre los resultados de la investigación realizada. En su informe propondrá, de ser el caso, las medidas correctivas y sanciones que a su criterio se deberían imponer.

2.4. Instructivo de Gestión Procesal de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)

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

> Art. 25.- 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 el informe de resultados de la etapa de investigación concluya que no se ha determinado infracciones anticompetitivas, mediante resolución motivada dispondrá el archivo del caso.

Con base en las normas legales señaladas esta Autoridad tiene la competencia para emitir la siguiente resolución.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL

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

CUARTO.- DETERMINACIÓN PRECISA DE LOS INVESTIGADOS

NESTLÉ ECUADOR S.A., (en adelante también Nestlé), con RUC 0990032246001, representado legalmente por la señora ERENDIRA MAGAÑA PÁRAMO. El operador económico, conforme la información del Servicio de Rentas Internas (en adelante SRI), inició sus actividades el 22 de junio de 1964 y habría actualizado su actividad el 16 de febrero de 2022.

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

5.1 LAS CONDUCTAS OBJETO DE INVESTIGACIÓN

La conducta objeto de la presente investigación se encuentra contenida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, relacionada con la presunción de la existencia de actos de engaño en las modalidades de acción y omisión. En relación a los actos de engaño por acción, la conducta investigada guarda relación con la utilización de la proclama “BAJAMOS EL PRECIO” dentro del

empaque del producto "NESTLÉ LA LECHERA DESLACTOSADA", la cual podría reputarse falsa, pudiendo inducir a error a los consumidores. Por otra parte, en los actos de engaño por omisión, se identificó que el no informar a los consumidores respecto a la disminución del contenido del producto dentro del contexto en el que se realizó dicha omisión, podría haber inducido a error a los consumidores.

5.2 LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES O SERVICIOS QUE ESTARÍAN SIENDO OBJETO DE LA CONDUCTA

Con relación al producto objeto de investigación, el artículo 5 de la LORCPM, en su parte pertinente estable lo siguiente:

> ...la Superintendencia de Control de Poder de Mercado determinará para cada caso un mercado relevante, para lo cual se deberá considerar, 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.

A tal efecto, en el presente caso, las presuntas prácticas desleales se originaron en la utilización de un etiquetado que presuntamente podría inducir al error al consumidor en el producto "Leches Deslactosadas Semidescremadas" de la marca "La Lechera", perteneciente a la empresa Nestlé Ecuador S.A. (Ver Ilustración 1)

Ilustración 1. Leche Deslactosa "La Lechera"

Fuente: Nestlé, mediante respuestas al Cuestionario I, solicitado dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020.

Con esos antecedentes, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante la DNICPD o la Dirección) en su Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, identificó como el producto objeto de investigación a las "Leches Deslactosadas Semidescremadas", en presentación *tetrapack,* y en tal sentido, destacó las siguientes características:

> La leche deslactosada es la leche de vaca a la cual se le ha añadido una enzima denominada lactasa, la misma que tiene la capacidad de romper la lactosa en azúcares más fáciles de digerir como la glucosa y

la galactosa[1], reduciendo el contenido de lactosa presente en la leche. En ese sentido, la leche deslactosada está dirigida para persona que presentan dificultad para digerir la lactosa que contiene la leche de vaca.

Por su contenido de grasa, se puede encontrar los siguientes tipos de leche deslactosada[2]:

- Leche entera deslactosada.
- Leche semidescremada deslactosada.
- Leche descremada deslactosada.

Con relación a las leches deslactosadas con diferentes contenidos de grasa, la DNICPD identificó que en el mercado nacional se pueden encontrar solamente leches deslactosadas semidescremadas y descremadas, y en este sentido, el Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022 identificó las diferentes marcas de leches deslactosadas comercializadas en el canal moderno (Ver Tabla 1):

Tabla 1. Tipos y marcas de leches deslactosada identificadas en el mercado

TIPO DE LECHE DESLACTOSADA	MARCA
DESLACTOSADA DESCREMADA	SVELTY
DESLACTOSADA SEMIDESCREMADA	AKI
	ANDINA
	EL ORDEÑO
	LA LECHERA
	MI COMISARIATO
	NUTRI
	PARMALAT
	REYLECHE
	SANNA
	SUPERMAXI
	TONI
	TRU
	VITA

Fuente: Informe N° SCPM-INICPD-DICPD-002-2022, Cuestionario III solicitado en el expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Respecto al uso del producto objeto de investigación, la Dirección en su Informe de Resultados identificó que este tipo de leche "se la puede tomar sola o con modificadores de leche como *cocoa* o

[1] MarketWatch. marketwatch.com. s.f. https://www.marketwatch.com/press-release/lactose-free-milk-market-2021-segmentation-future-business-strategy-market-size-manufacturers-analysis-and-forecast-by-2026-with-top-countries-data-2021-03-03 (último acceso: 22 de 07 de 2021).
[2] Ibídem.

café; sin embargo, su uso estaría limitado para la elaboración de recetas de sal y dulce, en las que se prefiere la leche entera o semidescremada[3]", esto se explicaría, porque debido al proceso productivo al que se somete la leche de vaca su sabor tiende a ser más dulce, lo que podría limitar su uso en la preparación de algunas recetas.

Continuando con el análisis, la DNICPD resaltó las siguientes características del tipo de consumidor de leches deslactosadas semidescremadas:

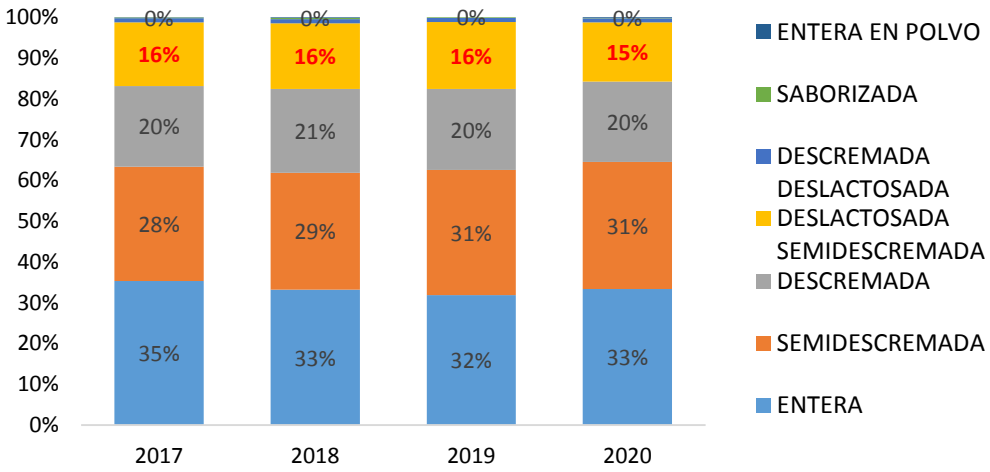
> (…), el perfil del consumidor de la leche deslactosada se caracteriza **por ser personas con sintomatología relacionada con la intolerancia a la lactosa**, independientemente de su género o grupo etario. Ahora bien, con relación al nivel socio económico del consumidor de la leche deslactosada en *tetrapack*, esta Dirección considera importante hacer notar que, con base en la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares Urbanos y Rurales (ENIGHUR), que recoge información de los años 2011-2012, se evidenció que la demanda de leche en funda se concentró en los deciles 7 y 8; mientras que la demanda de leche en cartón se concentró en los deciles 9 y 10; **es decir, la leche en presentación cartón o *tetrapack* sería demandada por personas con un mayor poder adquisitivo**. (Énfasis añadido)

En tal virtud, esta Intendencia considera relevante destacar que, los consumidores de las leches deslactosadas preferirían este producto con la finalidad de evitar los malestares asociados a consumir leche entera, lo cual sería un indicador de sus preferencias en cuanto a otros tipos de leche con 100% de lactosa.

En cuanto a los niveles de consumo de las leches deslactosadas semidescremadas, la DNICPD evidenció que el consumo de este tipo de leche atiende a una población más reducida en comparación a otros tipos de leche como la entera o semidescremada, representando en el período 2017-2020, entre el 16% y 15% del consumo total por tipo de leche en el canal moderno. (Ver Gráfico 1).

[3] Información proporcionada por operadores económicos, mediante respuestas al cuestionario I, solicitados dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020.

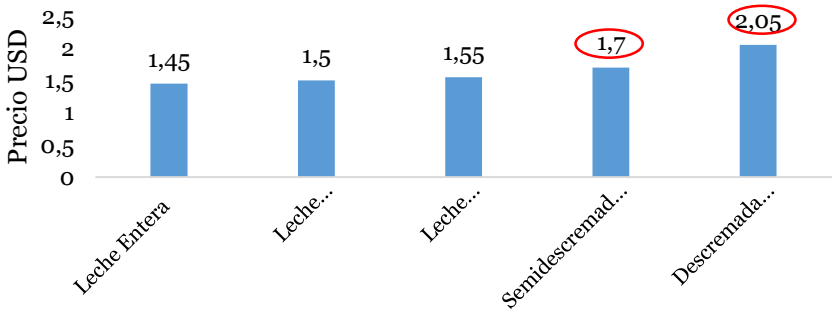
Gráfico 1. Participación por tipo de leche



Fuente: Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, Información proporcionada por Supermercados, mediante el Cuestionario III, solicitados en el expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

En complemento con lo anterior, la DNICPD señaló que "la leche deslactosada es más costosa que otros tipos de leche, lo cual explicaría por qué atiende a un segmento de consumidores más reducido, en comparación a la leche ordinaria[4]", y para evidenciar lo referido, tomó en cuenta los precios por tipos de leche UHT, de la siguiente manera:

Gráfico 2. Precios por tipos de leche UHT, en presentación tetrabrik[5] (2020)



Fuente: Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, Información proporcionada por Supermercados, mediante respuestas al cuestionario IV, solicitado dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Por lo tanto, de la información proporcionada analizada en el informe de resultados por parte de la

[4] Ibídem.
[5] Tetra Brik, tetrabrik o brik es un envase de cartón, plástico polietileno y aluminio.

Dirección, referente a las características del producto objeto de investigación, esta Intendencia considera relevante mencionar que, las leches deslactosadas semidescremadas se someterían a procesos productivos con la finalidad de eliminar la lactosa en la leche, en ese sentido, estaría dirigida hacia personas que presentan sintomatología relacionada con la intolerancia a la lactosa. En cuanto a la presentación *tetrapack*, al ser más costosa, su consumo se enmarca en los deciles 9 y 10 de la población, es decir, a quienes cuentan con un mayor poder adquisitivo.

5.3 BIENES O SERVICIOS SIMILARES PRESUNTAMENTE AFECTADOS

Con la finalidad de identificar los bienes o servicios similares afectados, los órganos de investigación de la SCPM están llamados a aplicar las metodologías establecidas en la Resolución N° 011 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (En adelante Resolución N° 011), que brinda herramientas para la identificación de los sustitutos de un producto desde el punto de vista de la demanda y de la oferta, así como respecto al ámbito geográfico de competencia.

En este sentido, el Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, desarrolló los análisis de sustitución de la demanda y de la oferta en los siguientes términos:

> **Análisis de Sustitución de la Demanda**
>
> La Resolución N° 011, en el artículo 6, define al análisis de sustitución de la demanda de la siguiente manera:
>
> 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, tanto cuantitativos como cualitativos (…)
>
> A tal efecto, esta Dirección partió de un análisis cualitativo de sustitución, y posteriormente, respaldó sus hallazgos sobre la existencia de posibles sustitutos, mediante un análisis cuantitativo de sustitución, como se detalla a continuación:

Con relación a los aspectos cualitativos de la sustitución de la demanda, la DNICPD expuso lo siguiente:

> En relación con la existencia de productos sustitutos, con base en información secundaria, esta Dirección conoció que, debido a que la leche deslactosada es demandada por personas con intolerancia a la lactosa o sospecha de la misma, las leches a base de plantas, como: soya, arroz, almendras, coco, avena han sido consideradas como una alternativa para estos consumidores[6].

6 MarketWatch. marketwatch.com. s.f. https://www.marketwatch.com/press-release/lactose-free-milk-market-2021-segmentation-future-business-strategy-market-size-manufacturers-analysis-and-forecast-by-2026-with-top-countries-data-2021-03-03 (último acceso: 22 de 07 de 2021).

> Conforme se señaló en el informe de investigación preliminar, con base en el estudio de las generalidades del producto, esta Dirección resalta que, la leche deslactosada está dirigida para personas con intolerancia a la lactosa o sospecha de la misma, en tal sentido, la sustitución por otros tipos de leches, con 100% de lactosa, estaría limitada.
>
> En este punto, esta Dirección considera pertinente mencionar que la Comisión Europea ha considerado a la leche deslactosada como un mercado diferente al de las leches UHT o esterilizadas, agrupándolas dentro de un conjunto de leches denominadas "leches de calidad o especiales", reconociendo que las mismas se comercializan a precios superiores que la leches convencionales[7].
>
> Por lo tanto, esta Dirección identificó, de manera cualitativa, como posibles sustitutos a otras bebidas denominadas "leches" elaboradas a base de soya, arroz, almendras, coco, entre otras, en lo principal, debido a que no contendrían lactosa.
>
> Adicionalmente, esta Dirección considera oportuno analizar de manera cuantitativa las posibilidades de sustitución entre la leche deslactosada con diferentes contenidos de grasa y presentaciones, con la finalidad de identificar si se podría dar una sustitución entre las mismas.

En tal virtud, la DNICPD destacó que entre los productos que de manera cualitativa podrían ser considerados como sustitutos de las leches deslactosadas semidescremadas se encuentran otras bebidas elaboradas a base de vegetales, aquello debido a que este tipo de bebidas también atendería a personas con intolerancia a la lactosa.

Por otro lado, desde el punto de vista cuantitativo, la DNICPD analizó las posibilidades de sustitución entre las leches deslactosadas y otras bebidas elaboradas a base de plantas, y además, analizó las posibilidades de sustitución entre las leches deslactosadas con diferentes contenidos de grasa y presentaciones.

En complemento, la DNICPD aplicó la Prueba de Correlación de Precios contemplada en el artículo 10 de la Resolución N°011, en los siguientes términos:

> Artículo 10. Prueba de correlación de precios.- Esta prueba se fundamenta en el hecho de que cuando dos o más bienes pertenecen al mismo mercado, sus precios tienden a variar en el mismo sentido a través del tiempo.
>
> Para una adecuada implementación de esta prueba se sugiere la utilización de medidas tales como la correlación de precios, la correlación de logaritmos de precios y/o la correlación de primeras diferencias de logaritmo de precios. Si el valor de estas medidas es estadísticamente igual o superior a 0,8, se tiene evidencia a favor de un grado de sustitución entre los bienes; en sentido opuesto, si el valor de estas medidas es inferior estadísticamente a 0,8, se tiene evidencia en contra de dicha hipótesis.

Con relación a la información utilizada, la DNICPD trabajó con la serie mensual de los precios de las

---

7Tribunal de Defensa de la Competencia. «Expediente de la Concentración Económica C50/99.» Madrid: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 08 de 02 de 2000.

leches deslactosadas y bebidas elaboradas a base de plantas, correspondientes al período 2017-2020, proporcionadas por supermercados; para obtener una mayor estabilidad de los datos utilizados, la DNICPD deflactó los precios y trabajó con el logaritmo de los mismos.

Con relación a los resultados obtenidos, la Dirección concluyó lo siguiente:

> Los resultados obtenidos de la realización de la prueba de correlación de precios evidencian un grado de asociación muy débil entre los precios de la leche deslactosada objeto de investigación y otras bebidas elaboradas a base de plantas también denominadas "leches" (...)

(...) Prueba de Correlación entre la leche deslactosada y bebidas elaboradas a base de plantas

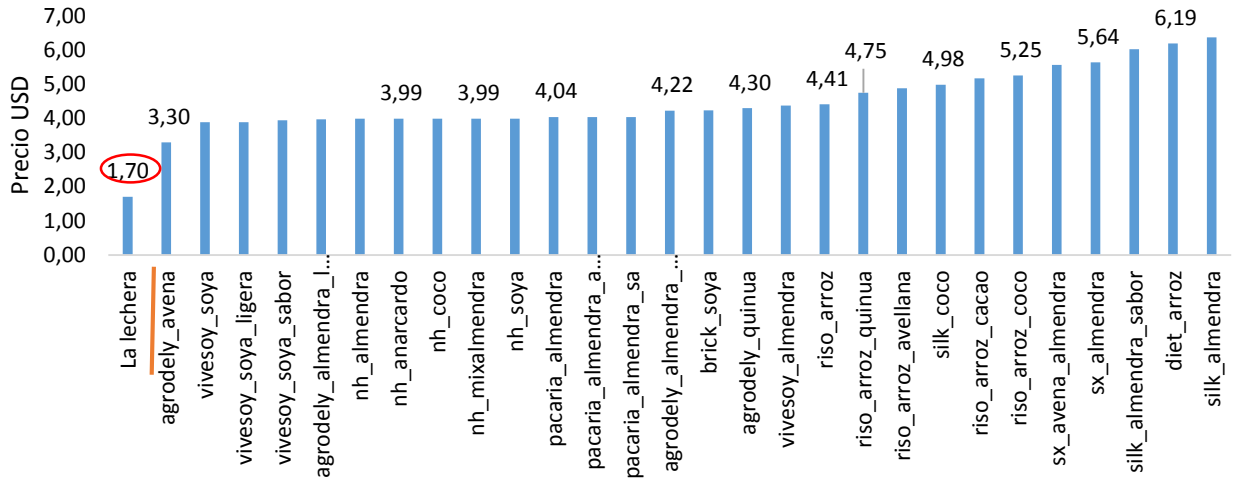
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14
1	1													
2	-0,28	1												
3	-0,06	0,87	1											
4	-0,06	0,87	1	1										
5	-0,06	0,86	1	1	1									
6	-0,03	0,82	1	1	1	1								
7	-0,04	0,86	1	1	1	1	1							
8	-0,05	0,87	1	1	1	1	1	1						
9	-0,06	0,87	1	1	1	1	1	1	1					
10	-0,05	0,87	1	1	1	1	1	1	1	1				
11	0,11	0,55	0,41	-0,41	-0,41	-0,16	-0,41	0,41	-0,41	0,41	1			
12	-0,06	0,87	1	1	1	1	1	1	1	1	0,41	1		
13	-0,06	0,87	1	1	1	1	1	1	1	1	0,41	1	1	
14	0,29	0,46	0,58	0,58	0,58	0,50	0,62	0,66	0,58	0,66	0,40	0,58	0,58	1

Nota: 1) leches deslactosada La Lechera, 2) Leche de quinua Agrodely, 3) Leche de soya Brick, 4) Leche de arroz Diet, 5) Leche de almendra Natures Heart, 6)Leche de arroz Natures Heart, 7) Leche de coco Natures Heart, 8) Leche mix almendra Natures Heart, 9) Leche de soya Natures Heart, 10) Leche de almendra Silk, 11) Leche de almendra saborizada Silk, 12) Leche de Soya ViveSoy, 13) Leche de Soya Ligera ViveSoy, 14) Leche de soya saborizado Vivesoy.

En este sentido, conforme la aplicación de la Prueba de Correlación de Precios, esta Intendencia concuerda con la conclusión alcanzada por la DNICPD, por lo tanto, se considera que las leches deslactosadas no se comportan como sustitutos de otras bebidas elaboradas a base de plantas. El detalle de los coeficientes de correlación se expone en el Anexo N° 1 del referido Informe de Resultados.

Además, la DNICPD evidenció que el precio de las bebidas elaboradas a base de plantas son más costosas a las de leches deslactosadas, lo que, en palabras de la Dirección "podría ocasionar que la sustitución entre leches deslactosadas y otras bebidas elaboradas a base de plantas, también denominadas "leches", resulte costosa para el consumidor", conforme consta a continuación:

Gráfico 3. Precio Unitario de Venta al Público leches deslactosadas y leches vegetales (noviembre 2020)



Fuente: Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, Información proporcionada por Supermercados, mediante respuestas a los cuestionarios III y V, dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleactosadas.

De manera adicional, la DNICPD analizó la sustitución entre las leches deslactosadas con diferentes contenidos de grasa y en diferentes presentaciones, a saber: *tetrapack*, tetrafino y funda. Para este análisis también utilizó la Prueba de Correlación de Precios y utilizó la serie mensual de precios de las marcas con mayores niveles de consumo en el canal moderno, efectuadas durante el período 2017-2020. Al respecto, a continuación se muestra las marcas más comercializadas por segmento, identificadas por la Dirección.

Ilustración 2. Identificación de las marcas más comercializadas por tipo y presentación de leches deslactosadas (2017-2020)

TIPO	PRESENTACIÓN	MARCA	UNIDADES COMERCIALIZADAS
DESLACTOSADA DESCREMADA	TETRAPACK	SVELTY	
DESLACTOSADA SEMIDESCREMADA	FUNDA	PARMALAT	
		ANDINA	
		VITA	
		EL ORDEÑO	
	TETRAFINO	NUTRI	
		VITA	
	TETRAPACK	NUTRI	
		LA LECHERA	
		TONI	
		MI COMISARIATO	
		VITA	
		SUPERMAXI	
		EL ORDEÑO	
		REYLECHE	
		PARMALAT	
		SANNA	
		ANDINA	
		TRU	
		AKI	

Fuente: Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, Cuestionario III solicitado dentro de este expediente.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Con relación a los resultados de la Prueba de Correlación de Precios, la Dirección concluyó lo siguiente:

(…) Matriz correlaciones entre las eches deslactosadas en diferentes presentaciones y contenido de grasa

	1	2	3	4
1	1			
2	0,89	1		
3	0,82	0,99	1	
4	0,5	0,52	0,62	1

Nota: 1) Nutri tetrapack (Deslactosada Semidescremada);2) Nutri tetrafino (Deslactosada Semidescremada);3)Parmalat funda (Deslactosada Semidescremada ;4) Svelty *tetrapack* (Deslactosada Descremada).
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Los resultados de la prueba de correlación evidencia que la leche deslactosada semidescremada en presentación *tetrapack*, tetrafino y funda se comportan como sustitutos, mientras que, en el caso de la leche deslactosada descremada no se aprecia una relación suficientemente fuerte como para considerarle sustituta de las leches deslactosadas semidescremadas, al representar incluso coeficientes menores a 0,80, que conforme el artículo 10 de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM, no se comportaría como sustituto.

A tal efecto, como se puede ver en la Tabla 3, conforme lo contemplado por la Prueba de Correlación de Precios, los productos que podrían considerarse como sustitutos de la leche deslactosada semidescremada en presentación *tetrapack* serían las leches deslactosadas semidescremadas en las presentaciones: tetrafino y funda.

En consecuencia, con base en los análisis cualitativos y cuantitativos presentados por la DNICPD, esta Intendencia acoge los resultados de la sustitución de la demanda, y considera que, desde el punto de vista de la demanda, las leches deslactosadas semidescremadas en las presentaciones: tetrafino y funda pueden ser consideradas como sustitutos de la leche deslactosada semidescremada en presentación *tetrapack*.

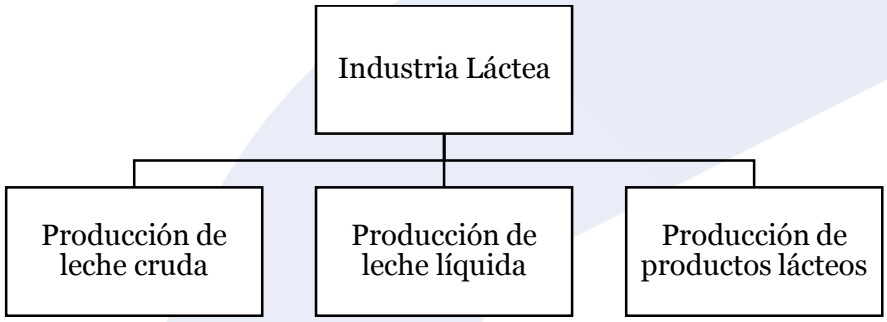
Sustitución de la Oferta:

Con relación al análisis de sustitución de la oferta, la resolución N° 011, en su artículo 11 establece lo siguiente:

Artículo 11. Definición.- El análisis de sustitución de la oferta implica determinar todos aquellos bienes ofertados por operadores económicos, denominados potenciales competidores, quienes ante incrementos en precios del producto o servicio materia de análisis, podrían fabricarlo y comercializarlo en un período de tiempo tal que no suponga ajustes significativos de activos materiales e inmateriales, y sin incurrir en costos o riesgos adicionales excesivos. (…)

Además, la resolución ibídem contempla entre las herramientas para el análisis de la sustitución de la oferta a la Prueba de Sustitución de la Oferta, la misma que evalúa las posibilidades de que se realice una sustitución sobre la base del cumplimiento de ciertos parámetros. Con estos antecedentes, el Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022 planteó la sustitución de la oferta en los siguientes términos:

> Esta Dirección, en varios casos ha señalado que, para que se realice una sustitución de la oferta, la misma debe ser rápida, efectiva y rentable[8]. En este orden de ideas, las probabilidades de sustitución son mayores en operadores que en su proceso productivo utilicen igual o similar equipo, y que pueden acceder de manera efectiva a los mismos canales de distribución y en las mismas condiciones de mercado que los operadores en la industria investigada.
>
> A este respecto, en el presente caso se analiza la estructura del mercado de las leches deslactosadas semidescremadas que se ubican en el eslabón industrial de los derivados lácteos, por lo que, a criterio de los operadores que participan en este mercado, los potenciales competidores podrían provenir de las empresas localizadas en esta misma industria que al momento no produzcan leches deslactosadas semidescremadas.
>
> En línea con lo anterior, la DNICPD identificó, a través de un diagrama, los actores que intervienen en la industria de lácteos, conforme consta a continuación:



Fuente: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

> En este sentido, entre los principios para que se realice una sustitución de la oferta se encuentra que los potenciales competidores cuenten con igual o similar equipo, y que pueden acceder de manera efectiva a los mismos canales de distribución, por lo que, a criterio de esta Dirección existirían mayores probabilidades de ingreso por parte de los actores en la actividad de producción de leche líquida y producción de productos lácteos.
>
> Por lo tanto, conforme la normativa vigente, la Dirección aplicará la Prueba de Sustitución de la Oferta o SSS (por sus siglas en inglés), contemplada en el artículo 12 de la Resolución N° 011, que analiza los siguientes parámetros:

[8] Universidad de Roma, Facultad de Economía, "The Guidelines on Market Definition", disponible en: http://economia.uniroma2.it/public/ppm/files/lecture%20content/Guidelines_on_Relevant_Market_Definition.pdf.

En este sentido, a continuación se muestra una síntesis del análisis de la Prueba de Sustitución de la Oferta realizada por la DNICPD:

a) Los potenciales competidores deben poseer los activos tanto materiales como inmateriales para trasladar su producción de un bien o servicio determinado a otros, en caso de no poseer alguno, debe ser capaz de adquirirlo sin la necesidad de incurrir en costos que sean irrecuperables.	Con base en el análisis realizado por la DNICPD, los activos requeridos para producir leches deslactosadas semidescremadas podrían resultar en una inversión costosa para un potencial entrante, lo cual, a criterio de la Dirección podría reducir sus niveles de rentabilidad, por lo que, respecto a este punto, las probabilidades de sustitución serían menores.
b) Los potenciales competidores deben tener la oportunidad de acceder a sistemas logísticos y canales de distribución adecuados para la comercialización del producto o servicio materia de análisis.	Con relación a los sistemas logísticos, los potenciales competidores manejarían los mismos sistemas que los operadores en el mercado analizado, por lo que, la Dirección considera que este factor no sería un limitante para que se realice una sustitución de la oferta.
c) Los potenciales competidores no deben incurrir en costos hundidos significativos al momento de trasladar su producción o prestación de servicios.	Del análisis realizado por la DNICPD, se identificó los siguientes costos hundidos en este mercado: • Adquisición de maquinaria para la colocación del empaque *tetrapack*. • Realización de campañas publicitarias para posicionar la marca. En tal virtud, a criterio de la DNICPD los costos hundidos constituyen rubros importantes difíciles de recuperar si la empresa detiene sus operaciones, por lo que, la existencia de estos costes reduciría las posibilidades de sustitución de la oferta en este mercado.
d) Cualquier barrera de entrada debe ser superada en un período razonablemente corto de tiempo y sin que esto conlleve altos costos operacionales.	Las barreras de entrada identificas en este sector son las siguientes: • Economías de escala. • Costos hundidos. • Existencia de marcas posicionadas. • Precio mínimo a pagar por la leche cruda. • Informalidad en la cadena de producción y comercialización de la leche. A este respecto, la DNICPD consideró las barreras de identificadas constituirían fuentes potenciales de

	desventaja para un posible competidor, en tal virtud, a criterio de la DNICPD las barreras identificadas disminuirían las posibilidades de sustitución de la oferta en este mercado.
e) Los potenciales competidores deben poseer los incentivos económicos necesarios para producir el producto o prestar los servicios materia de análisis.	A criterio de la DNICPD, los costos hundidos así como las barreras de entrada identificadas en este sector atenuarían los incentivos económicos de los potenciales entrantes, al disminuir las rentabilidades que podrían obtener. Por lo que, dado que no se alcanzaría la condición de rentabilidad una sustitución de la oferta sería menos probable.
f) Los potenciales competidores deben poseer capacidad instalada inutilizada que puede ser puesta en marcha sin incurrir en costos significativos.	A este respecto, las empresas que actualmente participan en el mercado, representaría una parte importante de la capacidad instalada del sector (46,22%). Lo cual indicaría que la capacidad instalada restante tendría que dividirse entra las demás empresas en el sector, que para el año 2018 eran 460. En tal sentido, la DNICPD consideró que la capacidad instalada por empresa no sería suficiente para que se realice una sustitución de la oferta efectiva en este mercado.
g) Los consumidores deben percibir a los bienes o servicios de los potenciales competidores como sustitutos válidos del producto o servicio material de análisis.	Con relación a este punto, la DNICPD, mediante cuestionarios solicitados en el expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020, determinó que en este mercado la marca es un factor determinante en la demanda de este producto. En este contexto, la DNICPD consideró que la aceptación de un nueva marca en el mercado de leches deslactosada en presentación tetrapack sería limitada, lo cual reduciría las posibilidades de que se realice una sustitución de la oferta en este mercado.

En tal sentido, de la aplicación de la Prueba de Sustitución de la Oferta realizada por la DNICPD se desprende que la sustitución de la oferta en este mercado no alcanzaría las condiciones de rapidez, eficacia y rentabilidad requeridas para que se realice una efectiva sustitución de la oferta en este mercado. Lo cual se explicaría, en lo principal, por la existencia de costos hundidos, barreras de entrada, así como una limitada capacidad instalada en el sector.

Por lo referido, esta Intendencia coincide con la DNICPD, por cuanto no se cumplirían los parámetros de sustitución, principalmente, debido a que los potenciales competidores para ingresar a esta

actividad necesitarían de maquinaria especializada y gastos publicitarios que demorarían el ingreso de competidores potenciales, lo que impediría una sustitución efectiva en este mercado relevante.

Mercado Geográfico:

Con relación al mercado geográfico, la Resolución N° 011, establece que "para la determinación del mercado geográfico de un producto se puede utilizar herramientas de demanda como la correlación de precios, en la que se considere zonas geográficas, en lugar de productos o servicios".

En este sentido, la DNICPD aplicó la Prueba de Correlación de Precios de este producto a nivel provincial, alcanzando los siguientes resultados:

> En este sentido, la DNICPD realizó la Prueba de Correlación de los precios promedios mensuales unitarios de las leches deslactosadas a nivel provincial, registrados en supermercados, durante el período 2017 – 2020; adicionalmente, se realizó dicha prueba con el logaritmo de los precios, con la finalidad de respaldar los resultados.
>
> Los resultados de la Prueba de Correlación de Precio (…), tanto de los precios deflactados, como de los logaritmos de los precios, evidencian coeficientes de correlación superiores a 0,80 entre las 22 provincias analizadas; por lo tanto, esta Dirección considera pertinente establecer como el ámbito de competencia del presente mercado a nivel nacional.

En este sentido, conforme el análisis realizado por la DNICPD, esta Intendencia acoge los planteamientos realizados y considera que el mercado geográfico de la presente investigación es a nivel nacional, los coeficientes de la prueba de correlación de los precios de las leches deslactosadas a nivel provincial.

5.4 MARCO TEMPORAL Y ESTACIONAL

De conformidad con el artículo 14 de la Resolución N°11 que señala lo siguiente:

> Marco Temporal y marco estacional.- Al momento de delimitar el mercado de producto o servicio, se debe considerar, además de la sustitución de la demanda y de la oferta, otros aspectos como la temporalidad y la estacionalidad bajo los cuales funciona el mercado.

El Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022 estableció el mercado temporal de la presente investigación, en los siguientes términos:

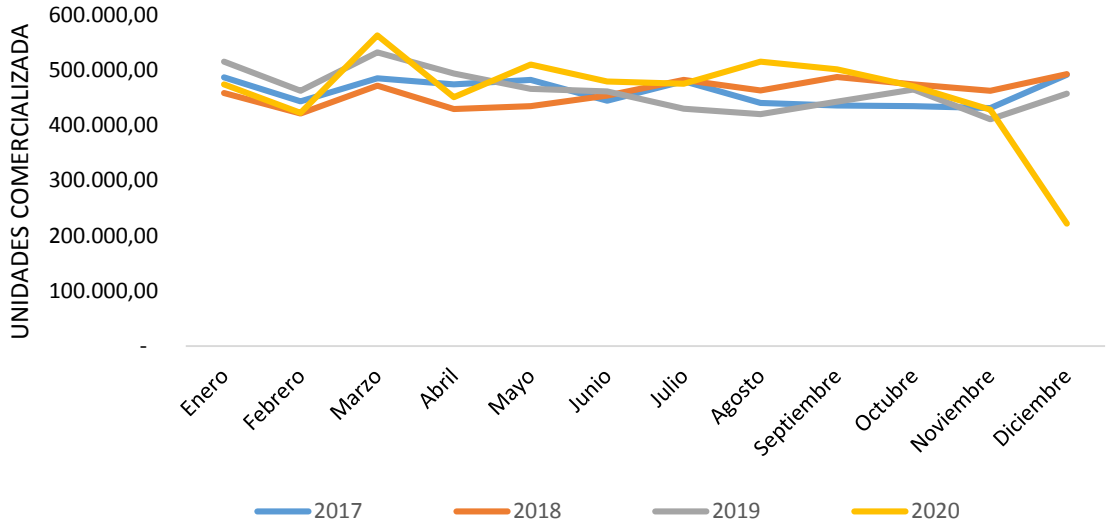
> Con relación al mercado temporal, éste se estableció con base en el período en el que las posibles prácticas desleales se habrían suscitado. En tal virtud, conforme la información presentada por el Nestlé Ecuador S.A., mediante escrito de 18 de enero de 2021 signado con ID. 182297, la etiqueta analizada en el presente expediente, estuvo en el mercado desde agosto de 2020 a noviembre de 2020, por lo tanto, este período será considerado como la temporalidad de la presunta práctica desleal investigada.

Al respecto, del planteamiento realizado por la DNICPD, esta Intendencia considera que el período de duración de la conducta empieza desde agosto de 2020 a noviembre de 2020.

Por otro lado, en relación a la estacionalidad la DNICPD, señaló:

> Con relación al mercado estacional, a través del análisis de las tendencias anuales de las cantidades vendidas de leches deslactosadas durante el período 2017 -2020 a través de supermercados, esta Dirección no evidenció una estacionalidad marcada en la demanda de este producto, solo se aprecia un leve incremento en el mes de marzo, por lo que, esta Dirección considera pertinente analizar el mercado de las leches deslactosadas durante todo el año.

(...) Tendencias de las cantidades demandadas anuales de leche deslactosada, a través de supermercados



Fuente: Cuestionario III solicitado dentro del presente expediente.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

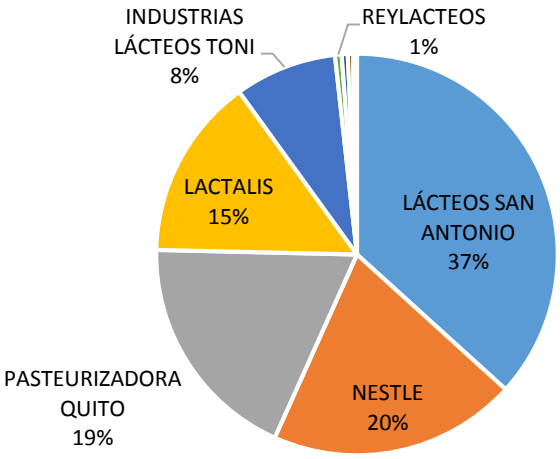
En consecuencia, de la información analizada en relación a la tendencia de las cantidades demandadas anuales de leches deslactosadas, esta Intendencia concuerda con la Dirección, en el sentido que, en este mercado no se evidencian factores estacionales. Por lo que se considera que la venta de las leches deslactosadas se realizaría durante todo el año.

5.5. ANÁLISIS DEL MERCADO RELEVANTE

Con relación al mercado relevante de las leches deslactosadas semidescremadas, mediante el Informe de Resultados N° SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, la DNICPD determinó como el mercado relevante de la presente investigación a las leches deslactosadas semidescremadas comercializadas en las presentaciones *tetrapack, tetrafino*, y funda a nivel nacional.

En este sentido, la DNICPD presentó las participaciones de los operadores en este mercado durante el año en el que las presuntas prácticas desleales habrían acontecido (2020), como se puede ver en el siguiente gráfico:

Gráfico 4. Participación Mercado Relevante de las Leches Deslactosadas Semidescremadas (Agosto 2020 - Noviembre 2020)



Fuente: Información proporcionada por los operadores económicos mediante respuestas al cuestionario VIII, solicitado dentro del presente expediente.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Al respecto, la Dirección realizó el siguiente análisis:

> ..., al año 2020, el operador económico con la mayor participación en el mercado relevante fue Lácteos San Antonio con una participación de 37%, le siguen Nestlé con participaciones de 20% y Pasteurizadora Quito con el 19%.
>
> (...)
>
> Con relación al nivel de concentración en este mercado, las participaciones de los operadores económicos dan cuenta de un nivel de concentración alto, determinado mediante un Índice HHI[9] de 2.380 puntos. En este escenario, los operadores económicos con mayores participaciones tendrían mayores posibilidades de afectar el desenvolvimiento del mercado con sus actuaciones tanto de manera real como potencial.

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

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

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

> En el caso de la empresa Nestlé Ecuador S.A., su participación en el mercado relevante durante el año 2020 fue del 20%, lo cual evidencia una diferencia porcentual de 17 puntos respecto de la empresa Lácteos San Antonio, la cual, a criterio de esta Dirección es una diferencia significativa e indicaría que la empresa no mantiene un fuerte liderazgo en este sector. No obstante, se considera necesario evaluar de manera integral todos los factores que indicaría si la empresa tuvo posibilidades de falsear el mercado relevante por el cometimiento de la práctica desleal investigada…

En este sentido, esta Intendencia concuerda con los planteamientos realizados por la DNICPD y considera que si bien el mercado de las leches deslactosadas semidescremadas aparece como un mercado altamente concentrado, las posibilidades de que se realice una sustitución de la demanda en este sector limitaría las actuaciones de los operadores económicos que participan en este mercado. Asimismo, se considera importante la diferencia en puntos porcentuales de la empresa Nestlé Ecuador S.A., respecto de la empresa líder en el sector, lo que, a criterio de esta Intendencia indicaría una menor posibilidad de que las actuaciones de esta empresa en el mercado pueda afectar a la competencia.

En línea con lo anterior, la DNICPD presentó un análisis del falseamiento de la competencia en los siguientes términos:

> **Falseamiento de la Competencia:**
>
> Respecto al falseamiento de la competencia por el cometimiento de una práctica desleal, el artículo 26 de la LORCPM dispone que:
>
> > 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.** (Énfasis añadido)
>
> En tal virtud, el presente análisis tiene como objetivo identificar si, el cometimiento de las prácticas desleales investigadas en este expediente afectó el comportamiento del mercado relevante determinado.
>
> En este sentido, con base en doctrina internacional[10], el mercado se podría ver afectado si por el cometimiento de una práctica desleal se restringe la entrada en el mercado de nuevos oferentes, se afecta la igualdad de condiciones de los operadores económicos o se limita la libertad de elección de los consumidores, lo cual ha sido identificado por esta Dirección como la naturaleza de la conducta investigada.
>
> De igual manera, se considera necesario identificar el público afectado y el alcance cualificado de las prácticas desleales investigadas, con la finalidad de determinar si el falseamiento al régimen de competencia pudo afectar el bienestar general o los derechos de los consumidores.

[10] Martínez Pujalte, Carmen M. "Últimas tendencias en la aplicación del artículo 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público." s.f.

Para dicho análisis, la DNICPD inició por la determinación de la naturaleza de la conducta y la estructura de mercado, de la siguiente manera:

Naturaleza de la conducta:

En el presente caso, se investiga posibles actos de engaño originados por la utilización de una etiqueta que presuntamente induciría a error al consumidor, expuesta en el producto Leche Deslactosada Semidescremada marca "La Lechera" de la empresa Nestlé Ecuador S.A., la cual permaneció en el mercado durante el período agosto a noviembre de 2020.

A tal efecto, con la finalidad de identificar si la práctica desleal investigada tuvo la capacidad de afectar al mercado, esta Dirección partió del estudio de la estructura del sector.

En este sentido, el mercado relevante determinado en la presente investigación corresponde a las leches deslactosadas semidescremadas en presentación *tetrapack*, tetrafino y funda comercializadas a nivel nacional; con relación a su estructura, mediante la información proporcionada por supermercados, esta Dirección identificó que durante el periodo 2017-2020, éste mercado se ha caracterizado por estar altamente concentrado, con índices de HHI de: 2929, 3001, 3046, 3003 puntos, respectivamente. Asimismo, durante ese período se observa que la empresa Lácteos San Antonio con su marca Nutri ha sido la que ha prevalecido en el mercado, con participaciones en el canal moderno mayores al 40% (Ver Gráfico 6).

En el caso de Nestlé Ecuador S.A., la empresa cuenta con una larga trayectoria en el sector, con una presencia en Ecuador desde el año 1964, lo que ha provocado un reconocimiento de la marca por parte del consumidor. No obstante, en el mercado relevante determinado, la empresa no cuenta con un liderazgo, representando en el período de estudio el 20% de las ventas del sector, ubicándose por debajo de las marca Nutri (Ver Gráfico 5).

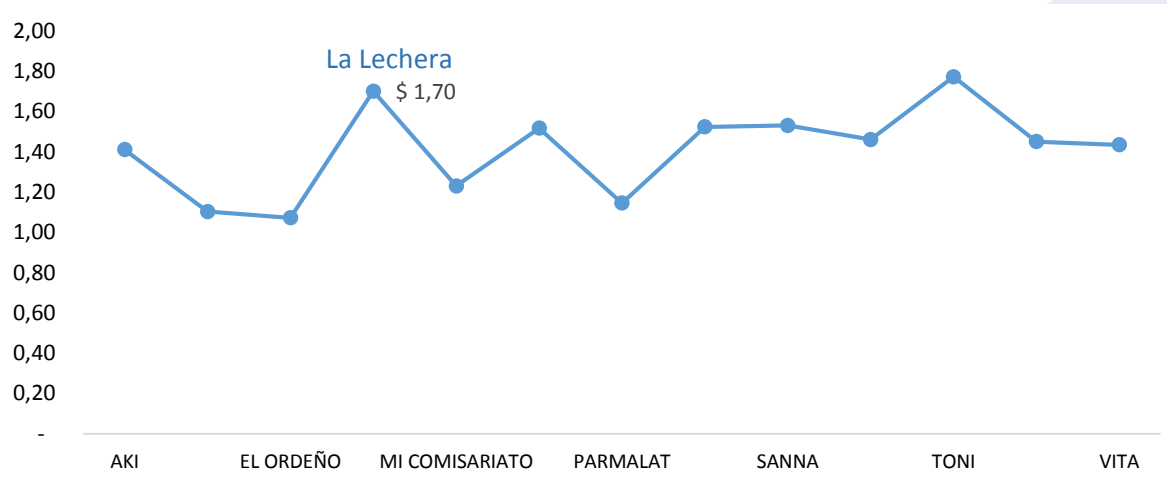
En este contexto, resulta pertinente considerar que las actuaciones del operador económico Nestlé Ecuador S.A., en el mercado relevante analizado tengan un menor poder de incidir en el comportamiento del mercado en comparación con las actuaciones de la empresa Lácteos San Antonio líder en el sector. Además, si bien el mercado relevante determinado presenta altos niveles de concentración, la Dirección determinó la posibilidad de que se realice sustituciones del producto desde el punto de vista de la demanda, lo cual ejercería una presión competitiva en este mercado y afectaría la elasticidad de las curvas de demanda de los operadores en este sector[11], lo cual, a criterio de esta Dirección limitaría las actuaciones de los operadores económicos.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde analizar si la práctica desleal, presuntamente cometida por el operador económico Nestlé Ecuador S.A., tuvo la capacidad de restringir la entrada de nuevos operadores, limitar la libertad de elección de los consumidores y afectar la igualdad de condiciones de los operadores económicos en este mercado.

[11] Church, Jeffrey R, y Roger Ware. *Industrial Organization: A strategic Approach*. Boston: Irwin McGraw-Hill, 2000.

Con relación al primer punto, los actos desleales investigados en el presente expediente hacen referencia a la inducción a error al consumidor sobre una supuesta reducción en el precio del producto "La Lechera Deslactosada" de la empresa Nestlé Ecuador S.A., omitiendo mencionar que se redujo el tamaño de producto de 1 Lt a 946ml. En este sentido, el producto investigado entró a competir en el mercado con un contenido diferente y un precio de $1.70. Ahora bien, resulta pertinente mencionar que el nuevo precio del operador económico se ubica por encima del precio de sus competidores, en este sentido, resulta evidente que, si la práctica desleal habría tenido como intención limitar la entrada de nuevos competidores, se habría tenido que colocar un precio por debajo del mercado, lo cual habría desincentivado la entrada de nuevos entrantes, al afectar los niveles de rentabilidad que se podrían obtener ante un eventual ingreso.

(...) Precios de Venta al Público de las Leches Deslactosadas Semidescremadas en el mercado (2020)



Fuente: Cuestionario III, solicitado dentro del expediente
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control del Poder de Mercado

En tal virtud, a criterio de esta Dirección, la práctica desleal investigada cometida por el operador económico investigado no habría tenido la capacidad de limitar la entrada de nuevos oferentes

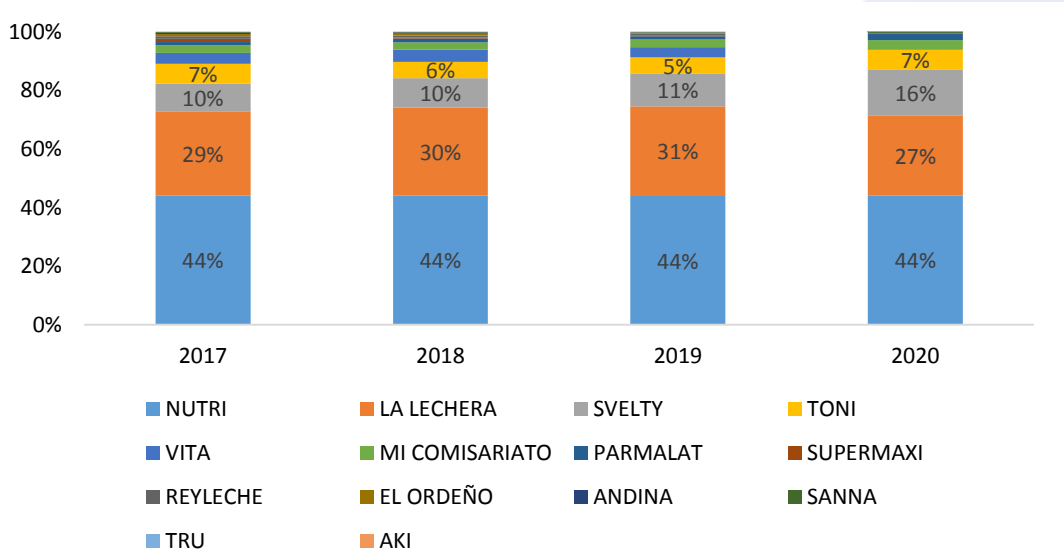
Asimismo, dada la disponibilidad de otras marcas con precios más competitivos así como, la posibilidad de sustitución de la demanda determinada en este mercado, los consumidores tendría mayores opciones antes de tomar una decisión sobre su consumo, en consecuencia, esta Dirección no evidencia una afectación a la libertad de elección de los consumidores.

Por último, con relación a la afectación de la igualdad de condiciones de los operadores que participan en el mercado, a criterio de esta Dirección, el cometimiento de la práctica desleal investigada no le significó a la empresa el ahorro de algún rubro o el incumplimiento de requisitos que los demás operadores deban cumplir, en este sentido, con base en la información constante en el expediente no se evidencia algún indicio de violación de norma o incumplimiento de permisos para operar, en tal sentido, no se identifica una afectación a este principio.

Adicionalmente, con el objetivo de aproximar la afectación real de la práctica desleal investigada, esta Dirección analizó la estructura del mercado relevante durante el año en el que se habría realizado la práctica desleal investigada y se contrastó con la estructura del mercado en años anteriores. Para el presente análisis esta Intendencia utilizó las ventas registradas en este mercado a través del canal moderno, en el que el operador económico investigado concentra la mayoría de sus ventas del producto investigado.

Como se puede ver en el Gráfico N° 7, la participación de la marca "La Lechera Deslactosada Semidescremada", en el 2020, decreció respecto al mismo período de años anteriores, asimismo, la estructura del mercado a través del canal moderno se mantuvo durante el año en el que se realizó la prácticas desleales, lo que, a criterio de esta Dirección evidenciaría que las actuaciones de la empresa en este mercado no tuvieron la capacidad de afectar al régimen de competencia.

(…) Participación en el mercado de leches deslactosadas semidescremadas a través del canal moderno (2017-2020)



Fuente: Cuestionario III solicitado dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-020-2020.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Por lo tanto, del análisis de la naturaleza de la conducta, esta Dirección concluye que la participación del operador económico Nestlé Ecuador S.A., no refleja cierto dominancia o situación de privilegio que le hubiera permitido generar una distorsión al mercado investigado; esto dada la posibilidad de que los consumidores puedan realizar una sustitución de la demanda, se limitarían las acciones de este operador económico en el mercado. En tal sentido, del análisis de la tendencia de sus participaciones durante el período 2017-2020, no se aprecia la obtención de algún beneficio atribuible al cometimiento de la práctica desleal en el período infractor, por el contrario, se evidencia un decrecimiento respecto a años anteriores. Asimismo, el cometimiento de la práctica desleal no refleja un cambio en la estructura del mercado como se puede ver en el gráfico precedente.

De manera seguida, la Dirección se refirió a las características del público afectado, conforme se detalla a continuación:

Público afectado:

El análisis del público afectado en el marco de la determinación del falseamiento de la competencia, tiene como finalidad identificar si el grupo poblacional afectado se trataba de clientes bien informados y con poder de negociación, ya que en caso contrario, serían considerados como una población vulnerable al acto de competencia desleal, el cual, podría coartar su libertad de elección.

En este sentido, con base en el análisis cualitativo de sustitución de la demanda realizado en el presente expediente, esta Dirección identificó que, el consumidor de las leches deslactosadas semidescremadas en presentación *tetrapack* no presentó un género ni edad específica, sin embargo, se caracteriza por tener sintomatología relacionada con la intolerancia a la lactosa. Con relación a su nivel socioeconómico, en el caso específico de la leches en presentación *tetrapack,* el presente estudio determinó que se trataría de una persona con mayor poder adquisitivo, al ubicarse en los deciles 9 y 10 de la población.

En este contexto, se considera que el grupo poblacional que demanda la leche deslactosada cuenta con una mayor posibilidad de contrastar la información presentada, en primer lugar, por tratarse del consumo de un producto que se demanda con una alta frecuencia, por lo general, el consumo de leche se realiza al menos una vez a la semana[12]. Adicionalmente, al tratarse de un consumidor con un mayor poder adquisitivo resulta plausible considerar que cuenta con mayor información para realizar su decisión de consumo. Por lo tanto, dadas las características del consumidor, esta Dirección considera que existirían menores posibilidades de que la práctica desleal alcance un efecto real o limite la libertad de elección de los consumidores.

Finalmente, la DNICPD analizó la cuantificación de las afectaciones realizadas por la conducta desleal investigada, conforme lo siguiente:

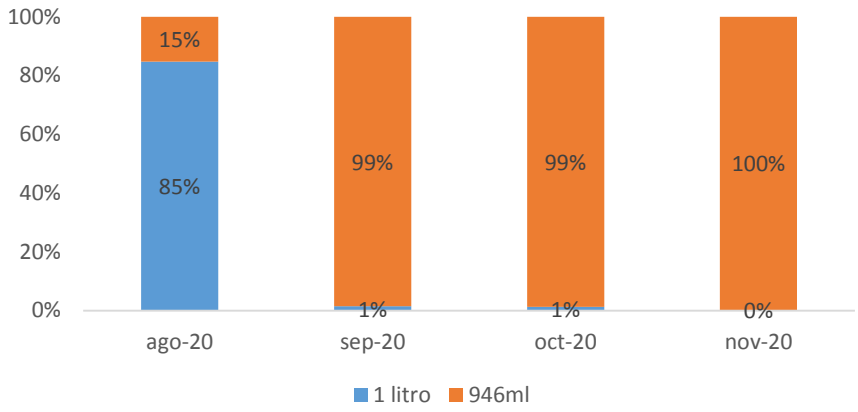
Cuantificación de las afectaciones generadas por la práctica

Con la finalidad de identificar el presunto perjuicio sufrido por los consumidores y por consiguiente, de la magnitud del daño de las repercusiones en el mercado, en la presente sección se analizan el número de unidades comercializadas con la etiqueta objeto de investigación.

En este sentido, en el Gráfico N° 8 se ilustran las ventas del producto “La Lechera Deslactosada” en las presentaciones 1 litro y 946 ml, en este sentido, el ingreso de esta presentación fue progresivo en el mercado; en valores absolutos, durante el período infractor el número de unidades comercializadas en la presentación 946ml fue de 559.164, las cuales representaron el 9% de las unidades comercializadas en el sector. (5.649.399. Ver Gráfico N° 8.)

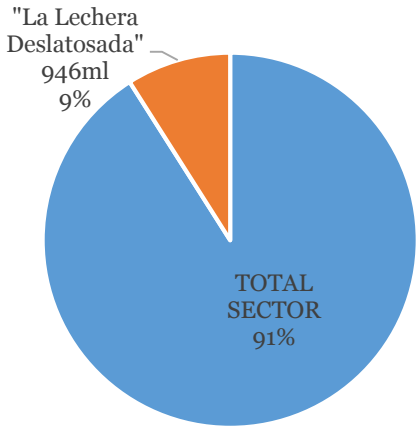
[12] http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/12019/1/T-UCSG-POS-MGM-116.pdf

(...) Participación en las unidades comercializadas de la "Lechera Deslactosada" en la presentación 946ml y 1 Lt.



Fuente: Cuestionario VIII solicitado dentro del expediente.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

(...) Participación Unidades Comercializadas de "La Lechera Deslactosada" en relación con las Unidades Comercializadas en todo el sector



Fuente: Cuestionario VIII solicitado dentro del expediente.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

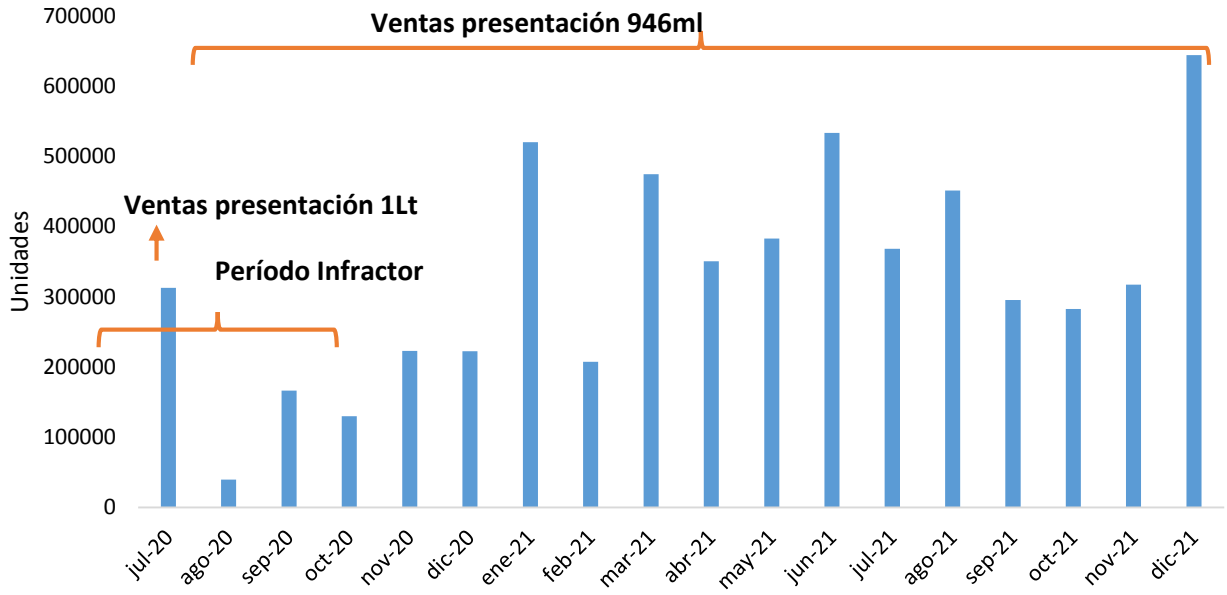
En consecuencia, las unidades comercializadas de "La Lechera Deslactosada" con la etiqueta infractora no tuvieron un alcance significativo, ya que, en el período infractor, representaron una participación del 9% de las unidades comercializadas en el sector, lo cual evidencia que la magnitud del daño causado por el cometimiento de la práctica desleal no habría tenido la capacidad de distorsionar el mercado.

En este punto, corresponde analizar el daño potencial que se pudo generar por el cometimiento de la práctica desleal, en este sentido, en el Gráfico N° 9 se presenta la tendencia mensual de las unidades comercializadas de "La Lechera Deslactosada" en la presentación de 946ml, como se puede apreciar, la empresa no mantiene una tendencia creciente durante el período infractor, en su lugar, se observa un comportamiento cíclico de las unidades comercializadas. Adicionalmente, en el período posterior a la

infracción (Diciembre 2020-Diciembre 2021), las ventas del producto mantienen un comportamiento cíclico, no obstante, se aprecia un notorio incremento (Ver Gráfico 9).

En este sentido, a criterio de esta Dirección si la práctica desleal hubiera tenido un efecto significativo en el mercado relacionada con la captación de clientes, resulta plausible suponer que, una vez que se retiró la publicidad objeto de investigación, las ventas del producto tiendan a disminuir, pero como se mencionó, las ventas del producto reflejan un incremento.

(...) Tendencia Mensual de las Unidades Comercializada de Leches Deslactosada Semidescremada



Fuente: Cuestionario VIII proporcionada por el operador económico Nestlé Ecuador S.A.
Elaboración: Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

Por consiguiente, del análisis de la naturaleza de la conducta, población objetivo y cuantificación del alcance de las prácticas desleales, esta Dirección considera que la práctica desleal investigada en el presente expediente no tuvo la capacidad de generar un falseamiento al régimen de competencia.

De los elementos presentados en el análisis del falseamiento de la competencia, esta Intendencia está de acuerdo con las conclusiones presentadas por la Dirección. Así, del análisis de la naturaleza de la conducta, se evidencia que la práctica desleal cometida por el operador económico Nestlé no restringió la entrada de nuevos competidores, al concurrir al mercado con precios por encima a los de sus competidores, con el cual aún podría ingresar a competir un nuevo operador.

Asimismo, dada la disponibilidad de otras marcas en el mercado, se considera que el consumidor tenía más opciones para realizar su compra, en este sentido, no se limitó la libertad de elección de los consumidores.

Respecto al principio de igualdad, como bien lo ha señalado la Dirección, la práctica desleal no consistía en algún tipo de ahorro por el no cumplimiento de algún requisito para participar en el

mercado, en tal virtud, a criterio de esta Intendencia, la práctica desleal no afectó el principio de igualdad de los participantes en este mercado.

Además, del análisis de los efectos reales de la práctica desleal en el mercado, realizado por la Dirección, se aprecia que durante el año en el que se realizó la presunta práctica desleal (2020), la empresa no reflejó un incremento en su participación, lo cual indicaría que el cometimiento de la misma no le proporcionó a la empresa una mejor posición en el mercado, al contrario, las ventas de la empresa reflejan una disminución respecto de años anteriores.

Asimismo, con relación a una posible vulnerabilidad del público afectado, de las características de la demanda de este producto, así como del tipo de consumidor, esta Intendencia considera que el posible público afectado, por su perfil, tenía más posibilidades de contrastar la información proporcionada por la empresa antes de tomar una decisión de consumo.

Por último, respecto del alcance de las prácticas desleales, en concordancia con el análisis presentado por la Dirección, a criterio de esta Intendencia las ventas del producto infractor no alcanzaron niveles representativos del total del consumo del mercado relevante, además, del análisis de las ventas del producto durante el período infractor no se aprecia un crecimiento significativo que haga suponer la existencia de un riesgo potencial.

En este orden de ideas, del análisis económico del presente caso, esta Intendencia concluye que los actos de engaño cometidos por el operador económico Nestlé no generaron un falseamiento al régimen de competencia dentro del mercado relevante determinado.

SEXTO.- ANÁLISIS JURÍDICO

A efectos de realizar el análisis jurídico sobre el fondo de la investigación, esta Intendencia considera necesario resumir las argumentaciones de 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 que permita resolver conforme a derecho.

6.1. Resolución de inicio de la investigación

En la resolución de inicio de investigación de 18 de octubre de 2021, signado con número de ID. 210607, la INICPD planteó el siguiente problema jurídico: ¿En el presente expediente existen indicios sobre el cometimiento de actos desleales de engaño de conformidad con el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por parte de los operadores investigados?

Al respecto, este Órgano manifestó:

> "Ahora bien, con base en el análisis realizado por la Dirección en su informe de investigación preliminar en contraste con las explicaciones del operador económico, esta Intendencia dividirá su análisis en dos secciones, siendo que, en primer momento esta Intendencia analizará la relevancia de los hechos puestos en conocimiento en su escrito de explicaciones por Nestlé Ecuador S.A., para luego analizar lo referente al argumento de los indicios respecto de la existencia o no de la conducta de engaño.

Respecto a los hechos relatados por Nestlé Ecuador S.A. en su escrito de explicaciones, esta Intendencia considera que se refieren al conjunto de actos que realizó dicho operador antes de comercializar el producto objeto de investigación, y de manera consecutiva, después de haber comercializado el producto con la etiqueta en cuestión, siendo relevante los últimos hechos, debido a la omisión de comunicación a los consumidores respecto de la disminución del contenido del producto mientras que se utilizaba la proclama "Bajamos el Precio", así como utilizar dicha manifestación respecto al precio de venta cuando el precio de US$ 1,70 no había variado.

En ese orden de ideas, conforme manifiesta el operador económico, hasta el mes de marzo de 2020 el precio del producto investigado habría sido de US$ 1,90 cambiando dicho precio a US$ 1,70, resaltando que lo relacionado a la disminución del precio estaría acorde con lo informado por el Nestlé Ecuador mediante escrito con número de ID. 182297.

Asimismo, el operador indicó que a finales del año 2019 decidió modificar los envases del producto, siendo el nuevo empaque del producto 946 ml cuando el anterior era 1000 ml, por lo cual, al interior de Nestlé se habría aprobado el arte del siguiente empaque:

Imagen Arte del empaque Arte del empaque del producto "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA" 946 ml-agosto-noviembre 2020.

Fuente: operador económico Nestlé, escrito ID. 182297

Ahora bien, esta Intendencia conforme los hechos relatados por Nestlé puede observar que si bien las acciones del operador presuntamente no habrían estado orientadas a cometer actos engaño, cabe recalcar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 de la LORCPM, este tipo de conductas se consideran como cuasidelitos, por lo que, la conciencia o voluntad que haya tenido el operador al momento de cometer la presunta infracción administrativa, no serán objeto de análisis por parte de esta Intendencia. Asimismo, el artículo ibídem es expreso al señalar que para este tipo de prácticas anticompetitivas no se requiere que exista un daño real a los competidores, al orden público económico, bastando analizar la potencialidad del daño en el mercado analizado, conforme lo previsto en los artículo 5 y 26 de la LORCPM.

Por otra parte, respecto del análisis de la conducta investigada, esta Intendencia observa que el operador argumentó que la responsabilidad nace de un acto típico, antijurídico y culpable, siendo a criterio del operador dichos elementos determinantes para la existencia de la conducta.

En este sentido, esta Intendencia procederá a remarcar los fines del procedimiento administrativo sancionador con forme el ordenamiento jurídico vigente. Al respecto la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que:

> "**Los procedimientos administrativos sancionatorios tienen como finalidad el conocer presuntas infracciones a la ley**, en este caso a la LOS, y **de ser el caso imponer una sanción al infractor**. Por lo que, en estos, las partes son: (i) la administración –como ente con competencia para conocer e imponer sanciones de acuerdo a la ley– 2 y (ii) el administrado –persona natural o jurídica a la que se le imputa el cometimiento de la infracción (presunto infractor)–."

Por ello, esta Intendencia con base en la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador establecido en la LORCPM, analizará los principios aludidos por el operador y que presuntamente la administración ha inobservado.

Respecto al principio de tipicidad, dicho principio se encuentra establecido en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo, el cual determina que:

> "Son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley.
>
> A cada infracción administrativa le corresponde una sanción administrativa.
>
> Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva."

En ese orden de ideas, respecto de este principio el operador indicó que si bien la comercialización del producto con el empaque que contenía la proclama "Bajamos el precio" puede enmarcarse en la definición de actos de engaño, dicho elemento, por sí solo, no puede dar lugar a la responsabilidad de Nestlé.

Ahora bien, esta Intendencia tiene en cuenta que conforme reza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de tipicidad se refiere a que las infracciones, así como las sanciones, sean estas de orden penal o administrativo deben estar debida y exclusivamente establecidas en la ley, sin que dicho principio se relacione de forma directa con la presunta responsabilidad o no del infractor.

En consecuencia, esta Intendencia descarta que la Dirección haya transgredido el principio de tipicidad, principalmente por dos motivos: primero, debido a que dicho principio no tiene como fin establecer la responsabilidad o no de un posible infractor, sino que las infracciones se encuentren tipificadas en la ley; y, segundo, los hechos controvertidos podría encajarse en lo descrito en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, cumpliendo de esta manera con la tipicidad de la conducta.

De manera complementaria, esta Intendencia concuerda con la Dirección que la omisión del operador económico al no comunicar de forma clara que la disminución del precio se habría debido a la disminución del contenido, pudo haber influenciado a los consumidores en la toma de decisión del consumidor al privarlo de conocer de información relevante al momento de comprar el producto.

Respecto al principio de antijuridicidad, esta Intendencia tiene en cuenta las similitudes y las marcadas diferencias que existen entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, no obstante, es necesario indicar que, el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal determina: *"Para que la*

conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código."

En ese sentido, respecto de la antijuridicidad de la conducta, cabe indicar que una conducta tipificada y sancionada por el ordenamiento jurídico es considerada contraria al ordenamiento jurídico ecuatoriano, en este caso, la LORCPM.

Por otra parte, el operador señaló que, la conducta no atentó contra ninguno de los bienes jurídicos tutelados por la LORCPM, los cuales se encuentran determinados en el artículo 26 de la LORCPM, como son: 1) la eficiencia económica, 2) el bienestar general; y, 3) el derecho de los consumidores o usuarios.

Respecto de lo que debe entenderse por bien jurídico, el profesor Roxin, considera que: *"… el bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable solo dañando los respectivos objetos individuales de la acción.[13]"*. Por otra parte, el profesor argentino Eugenio Zaffaroni, señala que: *"… bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan[14]"*

En ese sentido, se puede definir como bien jurídico a aquello que goza de la protección del ordenamiento jurídico mediante la imposición de una sanción en caso de ser lesionado.

En virtud de lo señalado, esta Intendencia tiene en cuenta que los bienes jurídicos tutelados por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en materia de prácticas desleales, son los determinados en el artículo 26 de la Ley ibídem, es decir, la competencia, la eficiencia económica y el bienestar general de los consumidores o usuarios. Dichos bienes deben ser protegidos al momento de sancionar las conductas establecidas en el artículo 25 y 27 de la LORCPM.

En ese orden de ideas, conforme el análisis económico preliminar, esta Intendencia identificó que:

> "… Como se desprende del Gráfico *ut supra*, Nestlé aparece como uno de los principales competidores en el mercado de las leches deslactosadas comercializadas a través del canal moderno. Por lo cual, esta Intendencia considera de manera preliminar, que las actuaciones de esta empresa tendrían la capacidad de afectar el comportamiento de este mercado. Sin perjuicio, que en una eventual etapa de investigación, se pueda identificar nuevos elementos que permita a esta Intendencia descartar o confirmar lo referido…"

En consecuencia, conforme la etapa preliminar, esta Intendencia identifica también indicios de una posible afectación o al menos importante incidencia por parte del operador investigado dentro del mercado, lo indicado, se deberá precisar en la etapa de investigación correspondiente, una vez se determine el mercado relevante conforme la Resolución No. 11 de la Junta de regulación de la LORCPM.

Finalmente, respecto del elemento de culpabilidad el inciso tercero del artículo 25 de la LORCPM, determina que: *"La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil."*

---

[13] ROXIN, Claus *Derecho Penal. Parte General Tomo i. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* (Madrid: Editorial Civitas S.A. 1997.) p. 63
[14] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal.* (Buenos Aires. Editorial Ediar.1989) p. 289

En ese orden de ideas, es importante indicar que, el tipo de responsabilidad que existe determinado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de las prácticas desleales es la responsabilidad objetiva, la cual según la doctrina, *"... no exige que la determinación de las consecuencias sancionadoras se fundamenten en la responsabilidad jurídica derivada de la culpabilidad personal, siendo irrelevante por tanto, la intencionalidad del infractor ya que no se requiere una conducta dolosa sino simplemente irregular en la observancia de las normas.*[15]*"*

En ese sentido, el principio de culpabilidad aplicable al derecho penal no puede ser aplicado totalmente para la determinación de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador sino de forma relativa, siendo que, en el caso del ámbito regulado por la LORCPM, no necesita del dolo para configurarse las conductas de prácticas desleales.

En tal sentido, con base en las consideraciones realizadas y los argumentos esgrimidos, y al no identificar a las explicaciones del operador Nestlé como satisfactorias, esta Intendencia considera que existen indicios de la existencia de la práctica desleal de engaño tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A."

En virtud de aquello, la INICPD resolvió:

"OCTAVO.- RESOLUCIÓN:

En tal virtud, de las consideraciones económicas y jurídicas desarrolladas en la presente resolución, **RESUELVO:**

(...)

SEGUNDO.- Ordenar el inicio de una investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-020-2020, en contra del operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.,** por el presunto cometimiento de actos de engaño determinados en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

6.2. Informe de resultados

El informe de resultados de investigación de 18 de octubre de 2021, con No. SCPM-INICPD-DNICPD-014-2021, signado con número de ID 210711, el cual concluyó y recomendó lo siguiente:

XIV. CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo del presente informe de resultados, esta Dirección concluye lo siguiente:

xviii. En el presente caso se identificó como el producto objeto de investigación a las leches deslactosadas semidescremadas en presentación tetrapack; en ese sentido, se realizó los análisis de sustitución de la demanda y de la oferta con la finalidad de determinar el mercado del producto.

[15] ÑUÑO, Irene "Derecho Administrativo Sancionador. Principios de la Potestad Sancionadora." Gabilex N°. 5 (2016): p-142-190. D.L TO 862-2014

xix. Desde el punto de vista de la demanda, con base en la aplicación de la Prueba de Correlación de Precios, esta Dirección determinó que las leches deslactosadas semidescremadas en las presentaciones tetrapack, tetrafino y funda se comportan como sustitutas, al reflejar coeficientes de correlación superiores al 0,80, establecido por la norma como umbral para considera a dos productos como sustitutos. Por lo que, fueron consideradas dentro del mercado del producto de la presente investigación.

xx. En el caso de las leches deslactosadas descremadas, con base en la prueba de correlación de precios, esta Dirección descartó la sustitución entre este producto y las leches deslactosadas semidescremadas.

xxi. Desde el punto de vista de la oferta, esta Dirección determinó que la entrada de nuevos competidores no alcanzaría las condiciones de rapidez, rentabilidad y eficiencia, en lo principal, por los requerimientos de maquinaria especializada para adquirir el empaque tetrapack, así como los gastos necesarios para posicionar una marca, lo cual implicaría a los potenciales entrantes incurrir en mayores costos hundidos.

xxii. Con relación al mercado geográfico, la Dirección aplicó la prueba de correlación de precios a nivel provincial y evidencia que los precios de las leches deslactosadas a nivel nacional reflejan correlaciones iguales o superiores a 0,80, por lo que, conforme lo establece la Resolución N° 011, evidenciaría que estos territorios participan en el mismo mercado.

xxiii. Del análisis de la ventas mensuales durante el periodo 2017-2020 no se aprecia una estacionalidad marcada en la demanda de las leches deslactosada, por lo que esta Dirección consideró pertinente el análisis de este mercado durante todo el año.

xxiv. El mercado temporal se determinó en función de la temporalidad en la que se cometieron las presuntas prácticas desleales, en consecuencia, se estableció al período comprendido entre agosto a noviembre 2020.

xxv. Con base en los análisis de sustitución de la demanda, oferta y del mercado geográfico esta Dirección determinó como el mercado relevante de la presente investigación a las leches deslactosadas semidescremadas en presentación tetrapack, tetrafino y funda comercializadas a nivel nacional.

xxvi. Del análisis del mercado relevante durante el año en que se realizó la conducta (2020), esta Dirección identificó una importante participación por parte de la empresa Lácteos San Antonio con el 37% de las ventas del sector. En el caso de Nestlé Ecuador S.A., su participación en el año 2020 fue del 20%, ubicándose en el segundo puesto en este mercado, no obstante, se aprecia una importante distancia respecto a Lácteos San Antonio de 17 puntos porcentuales, lo que, a criterio de esta Dirección indicaría una menor capacidad de Nestlé Ecuador S.A., de afectar la estructura del mercado investigado.

xxvii. Del análisis económico, en el mercado de las leches deslactosadas semidescremadas se aprecia la posibilidad de realizar una sustitución de la demanda, lo cual, a criterio de esta Dirección ejercería presiones competitivas en este mercado y por lo tanto limitaría las actuaciones de los participantes en el sector.

xxviii. Del análisis del falseamiento a la competencia, a criterio de esta Dirección la empresa Nestlé Ecuador S.A., no refleja una posición en este mercado que le permita distorsionar el régimen de competencia, como consecuencia de la conducta. Además, con base en el análisis de los factores relevantes en la determinación del falseamiento del régimen de competencia, estos es: que la práctica desleal restringa la entrada de nuevos oferente, se limite la libertad de elección de los consumidores, o se afecte la igualdad de condiciones

de los operadores que participan en este mercado, esta Dirección concluyó que la práctica desleal investigada no generó un falseamiento al régimen de competencia, que se evidencia en el mantenimiento de la estructura de este mercado durante el período infractor respecto a la estructura de años anteriores.

xxix. Del análisis del público afectado, esta Dirección determinó que se trata de un consumidor con mayores recursos para acceder a información que le permita tomar de mejor manera su decisión de consumo. Asimismo, debido a que la compra de este producto se realizaría con una alta frecuencia, se acotaría las asimetrías de información, lo cual reduciría la vulnerabilidad de esta población.

xxx. Del análisis del efecto real de la práctica desleal investigada en el presente expediente, esta Dirección evidenció que durante el período infractor, la empresa Nestlé Ecuador S.A., reflejó una disminución en las ventas del producto en comparación al mismo período de otros años. Asimismo, la estructura del mercado no se vio afectada en este período, por lo que a criterio de esta Dirección, la práctica desleal investigada en este expediente no tuvo la capacidad de falsear el régimen de competencia.

xxxi. Del análisis de los daños potenciales de la práctica desleal, esta Dirección analizó la tendencia de las ventas del producto infractor, en este sentido, se observó una tendencia cíclica y no una tendencia creciente que haga suponer que en caso de que se hubiera mantenido la práctica desleal potencialmente se hubiera afectado la estructura del mercado relevante. Además, en el período en el que se retiró la etiqueta infractora, las ventas del producto incrementaron de manera notoria, lo que a criterio de esta Dirección indica que la publicidad engañosa no tuvo un efecto en la demanda del producto, pues, si el consumidor hubiera basado su decisión de consumo en este factor lo evidente sería una disminución de la demanda del producto una vez que se retiró el mensaje engañoso.

xxxii. En relación a los actos de engaño por acción, esta Dirección considera que la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" es una manifestación falsa debido a que dicha afirmación pretende comunicar una rebaja del precio en relación con una presentación anterior del producto, lo cual no sucedió en la realidad, siendo que, por la combinación de colores utilizados en la comunicación de dicha proclama y el resalte otorgado en el empaque del producto, el operador económico tuvo la finalidad de inducir a error a los consumidores, por lo que, su conducta se encuadra en lo determinado en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

xxxiii. Respecto a los actos de engaño por omisión, esta Dirección considera que resaltar una característica positiva del producto, esto es la disminución del precio, mientras que, con conciencia y voluntad, se omitía informar una disminución del contenido de forma contextualizada, siendo aquello una información necesaria debido a la utilización de la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", es una conducta que tuvo como finalidad, inducir a error a los consumidores respecto al precio del producto para influir en su decisión de compra, por lo cual, dicha omisión se subsume a lo establecido en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

xxxiv. Finalmente, esta Dirección concluye que, si bien existen elementos de convicción que permitan establecer la existencia de la conducta de actos de engaño tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., se observa que dicha conducta, no generó el falseamiento al régimen de competencia de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.

XV. RECOMENDACIONES

Esta Dirección recomienda a la Intendencia archivar el presente expediente de conformidad con el artículo 57 de la LORCPM, pues no se ha encontrado mérito suficiente para la prosecución de la instrucción del procedimiento por el cometimiento de la posible práctica desleal de actos de engaño que afecten el régimen de competencia por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A.

6.3. Análisis sobre el cometimiento de las conductas investigadas

Sobre la base de la línea de investigación trazada en la resolución de inicio de investigación, esta Intendencia analiza los elementos de la práctica desleal objeto de investigación, así como los indicios existentes de la conducta del operador económico investigado.

6.3.1. Actos de engaño

En relación con los actos de engaño, el artículo 27, número 2 de la LORCPM tipifica:

> Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: (...)
>
> 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.
>
> Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. [...]

Al respecto, conforme esta Intendencia ha indicado en múltiples resoluciones e informes finales, los actos de engaño tendrían lugar en dos modalidades; 1.- las actuaciones positivas, es decir, cuando el acto de competencia tenga información falsa o también cuando el acto ofrece información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios; y, 2.- los actos de engaños derivados de la omisión de información, en otras palabras, aquellos casos en que el operador económico no suministra al consumidor la información sustancial que necesita a fin de tomar una decisión[16].

[16] Ecuador SCPM Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales Resolución de 12 de Octubre de 2020 dentro del expediente SCPM-IGT-INICPD-013-2020.

En ese orden de ideas, la razón de la prohibición del acto de engaño según García- Cruces, citado por la Dirección en su Informe de Resultados, sería:

> "... la prohibición del acto de engaño, como acto de competencia desleal no descansa en la contradicción de las informaciones con una realidad objetiva sino que, antes bien, se entiende –como acertadamente se señaló- una exigencia de "verdad subjetiva", en el sentido de que lo verdaderamente relevante no es tanto la exactitud de lo afirmado cuanto la impresión o imagen que genera ese acto en sus destinatarios."[17]

En ese sentido, el acto de engaño en modalidad de acción no tiene su razón de prohibición en infringir únicamente el principio de veracidad, sino a la impresión que genera la información que se otorga en el consumidor. De igual forma, respecto de los actos de engaño por omisión, Moralejo citado por la Dirección en su Informe de Resultados, manifiesta:

> "La deslealtad de la acción engañosa sigue midiéndose en términos de susceptibilidad en la inducción al error a sus destinatarios pero, sin embargo, la deslealtad de la omisión se ha configurado, creemos, en atención al cumplimiento de un deber de información. Nos parece que la deslealtad de la omisión pasa a valorarse en relación a un criterio objetivo. Este criterio es el de la concurrencia de la información para que el destinatario adopte, o pueda adoptar, una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa.[18]"

Al respecto, en los actos de engaño por omisión, a diferencia de los actos de engaño por acción, se valora la capacidad de inducir a engaño por omitir información que debe ser relevante para el destinatario, siendo que igual se valora la impresión que podría tener el consumidor si conociera la información que se omite.

En ese orden de ideas, María Elena Jara respecto al objeto sobre el que recaen los actos de engaño señala:

> ...el engaño debe referirse a elementos esenciales, como: origen, naturaleza, disposición, destino, y novedad; calidad, cantidad, especificaciones, y denominación; modo y fecha de fabricación; resultados que pueden esperarse de su utilización; resultados y características de los ensayos y controles; nocividad y peligrosidad.[19]

En ese sentido, esta Intendencia tiene en cuenta que los actos de engaño recaen sobre los productos o servicios que ofrecen los operadores en el mercado, pues dichos actos crean una impresión falsa para los consumidores, al provocar que el usuario efectúe una decisión de compra equivocada.[20]

---

[17] BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Alberto. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Primera edición. Navarra: Aranzadi, 2011. p. 122.
[18] BERCOVITZ RODRÍGUEZ - CANO, Alberto. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Primera edición. Navarra: Aranzadi, 2011. p. 164.
[19] María Elena Jara, "Protección jurídica contra la competencia desleal en los países de la Comunidad Andina. Pautas para su tratamiento en el Ecuador", (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2003), p62.
[20] http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/competencia.htm

En ese orden de ideas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha considerado:

> Cuando en la mente del consumidor se produce una distorsión de la verdad acerca de la naturaleza del bien o del servicio, ya sea de sus características, su modo de fabricación, etc., se influye en él para que éste adquiera un producto o servicio erróneamente. [...] Cuando un producto o servicio engañoso circula en el mercado no sólo perjudica al consumidor al creer que está adquiriendo un bien de procedencia conocida, sino que los demás competidores estarían afectados por esa conducta desleal al existir en el mercado productos similares que inciden en los consumidores de manera tal, que éstos son inducidos a error.[21]

Ahora bien, cuando se trata de un acto de engaño cometido a través de la actividad publicitaria, la experiencia del INDECOPI, señala que:

> En primer lugar, cabe resaltar que el análisis integral se refiere a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros. Para establecer si un anuncio infringe lo dispuesto en las normas publicitarias vigentes, debe ser analizado de forma conjunta, tal como un consumidor aprehende el mensaje publicitario.[22]

En adición, al analizar una práctica desleal por publicidad engañosa, resulta necesario analizar el contenido del mensaje publicitario subjetivo y objetivo. En relación con el primero, INDECOPI ha señalado que:

> Son las afirmaciones contenidas en un anuncio que, por la forma en que son presentadas al consumidor, dan la impresión de que el anunciante presenta declaraciones de parte mediante las cuales intenta convencer de que se consuma el producto anunciado o se adquiera el servicio promocionado.
>
> A modo de ejemplo, una empresa fabricante de pasta dentales, en su publicidad utilizaba las frases "la mejor marca, al mejor precio". La Comisión señaló que el término "mejor", tanto en su calidad de adjetivo como de adverbio, tenía diversas connotaciones de naturaleza subjetiva, relacionadas con lo "preferible" o "conveniente", por lo que su sola inclusión, no era capaz de dotar al mensaje publicitario de parámetros objetivos que permitieran determinar su veracidad, por lo que se declaró infundada la denuncia.[23]

Respecto del mensaje objetivo señaló la siguiente definición y ejemplo:

> Son las afirmaciones contenidas en un anuncio que un consumidor percibe, mediante una

---

[21] Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso No. 53-IP-2002, 14 de agosto de 2002.
[22] INDECOPI, "LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA", tomado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%c3%b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y
[23] INDECOPI, Resolución Nº 189-2009/CCD-INDECOPI y Resolución Nº 2337-2010/SC1-INDECOPI, Expediente Nº 015-2009/CCD, Intradevco Industrial S.A., vs. Colgate -Palmolive Perú S.A., resolución citada en INDECOPI, "LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA", tomado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%c3%b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y

> interpretación integral y superficial como objetivamente comprobable, es decir, mensurable mediante un sistema de medición comúnmente aceptado. [...]
>
> Otro caso adicional que ayuda a determinar en qué casos encontramos mensajes publicitarios objetivos fue aquel en donde una empresa dedicada a la venta de pastas dentales, difundió un anuncio que indicaba que la siguiente afirmación respecto de su producto: "Es la única crema dental con doce (12) beneficios y doce (12) horas de protección". **En particular, la Comisión consideró que dicha frase era de carácter objetivo e informaba claramente a los consumidores que el producto anunciado ofrecía, de manera exclusiva y excluyente, el referido número de beneficios, por lo que correspondía a dicha empresa acreditar la veracidad de la misma; sin embargo, no lo hizo.**[24] (Énfasis añadido)

En ese orden de ideas, cuando los actos de engaño se realicen a través de publicidad, como en el presente caso, en primer lugar se debe examinar el tipo de mensaje que existe en el acto publicitario, siendo que, en caso de ser un mensaje objetivo, le corresponde al anunciante probar su veracidad, conforme establece el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

Ahora bien, esta Intendencia considera que, si bien se trata de una sola conducta que se investiga en el presente expediente cabe resaltar que se analizan las dos modalidades establecidas para dicha práctica desleal, por lo que, analizará por separado los actos de engaño por acción y los actos de engaño por omisión.

6.3.1.1. Actos de engaño por acción

En ese orden de ideas, la Intendencia, en su resolución de inicio de investigación, respecto del operador económico NESTLÉ, realizó el análisis respecto de los supuestos actos de engaño, señalando lo que continuación se cita:

> En ese orden de ideas, respecto de este principio el operador indicó que si bien la comercialización del producto con el empaque que contenía la proclama "Bajamos el precio" puede enmarcarse en la definición de actos de engaño, dicho elemento, por sí solo, no puede dar lugar a la responsabilidad de Nestlé.
>
> Ahora bien, esta Intendencia tiene en cuenta que conforme reza en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el principio de tipicidad se refiere a que las infracciones, así como las sanciones, sean estas de orden penal o administrativo deben estar debida y exclusivamente establecidas en la ley, sin que dicho principio se relacione de forma directa con la presunta responsabilidad o no del infractor.
>
> En consecuencia, esta Intendencia descarta que la Dirección haya transgredido el principio de tipicidad, principalmente por dos motivos: primero, debido a que dicho principio no tiene como fin establecer la

[24] INDECOPI, Resolución Nº 176-2012/CCD-INDECOPI y Resolución Nº 0414-2014/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente Nº 069-2012/CCD, en el procedimiento seguido por Intradevco Industrial S.A. en contra de Colgate –Palmolive Perú S.A., resolución citada en INDECOPI, "LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA", tomado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4174/1349_CCD_DT_Lineamientos_publicidad_enga%c3%b1osa.pdf?sequence=3&isAllowed=y

> responsabilidad o no de un posible infractor, sino que las infracciones se encuentren tipificadas en la ley; y, segundo, los hechos controvertidos podría encajarse en lo descrito en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, cumpliendo de esta manera con la tipicidad de la conducta
>
> (…)
>
> En virtud de lo señalado, esta Intendencia tiene en cuenta que los bienes jurídicos tutelados por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en materia de prácticas desleales, son los determinados en el artículo 26 de la Ley ibídem, es decir, la competencia, la eficiencia económica y el bienestar general de los consumidores o usuarios. Dichos bienes deben ser protegidos al momento de sancionar las conductas establecidas en el artículo 25 y 27 de la LORCPM.
>
> (…)
>
> En ese sentido, el principio de culpabilidad aplicable al derecho penal no puede ser aplicado totalmente para la determinación de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador sino de forma relativa, siendo que, en el caso del ámbito regulado por la LORCPM, no necesita del dolo para configurarse las conductas de prácticas desleales.
>
> En tal sentido, con base en las consideraciones realizadas y los argumentos esgrimidos, y al no identificar a las explicaciones del operador Nestlé como satisfactorias, esta Intendencia considera que existen indicios de la existencia de la práctica desleal de engaño tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A.

En adición, la Dirección en el informe de resultados de la investigación, respecto del análisis del empaque del producto “LA LECHERA DESLACTOSADA” señaló:

> En relación con los actos de engaño por acción, el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., en su escrito de explicaciones signado con número de ID. 209274 indicó que hubo una decisión de cambiar la presentación del producto de 1L a 946ml, así como disminuir el precio del producto, siendo que, dichas acciones iban a realizarse conjuntamente, por lo que, conforme señaló el operador económico en dicho escrito: *“En el mes de febrero de 2020, se aprueba al interior de Nestlé el arte para la nueva presentación del Producto, con la reducción de contenido y de precio. La etiqueta contenía una declaración sobre la disminución de precio”*.
>
> Siguiendo el orden ideas, el operador económico NESTLÉ en el escrito referido *ut supra*, señaló que, debido a la pandemia, se realizó primero la disminución del precio, en abril de 2020, conservando la misma presentación del producto, es decir de 1 litro, con el siguiente empaque:

Arte del empaque del producto "NESTLÉ LA LECHERA DESLACTOSADA" 1 Litro-2019-agosto 2020

En agosto de 2020, el operador económico NESTLÉ ECUADOR decidió realizar el cambio de presentación del producto de 1 litro a 946 ml, utilizando el arte que contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", el cual se detalla a continuación:

Imagen Arte del empaque Arte del empaque del producto "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA" 946 ml-agosto-noviembre 2020.

Fuente: operador económico Nestlé, escrito ID. 182297

En ese orden de ideas, conforme lo señalado en la reunión de trabajo mantenida entre los abogados del operador económico y los servidores de la INICPD, constante dentro del expediente con ID. 210552, NESTLE en agosto de 2020 ingresó al mercado la nueva presentación del producto con el arte que contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", siendo que, respecto de dicha presentación y el arte del empaque, conforme señaló NESTLE, se generó una queja ciudadana por existir una disminución de contenido y no una rebaja de precio, por lo que, habría tomado las siguientes acciones:

> Al conocer sobre la queja a través de redes sociales, Nestlé tomó acciones correctivas inmediatas: (i) suspendió la comercialización del Producto envasado con la Etiqueta Observada (aproximadamente 25.000 cajas), (ii) destruyó las existencias de productos envasados con la Etiqueta Observada y posteriormente el inventario de empaque existente, conforme se desprende del acta de destrucción levantada por el Jefe de Supply de Nestlé que se acompaña como **Anexo 2** y (iii) cambió la etiqueta del Producto, eliminando la declaración relativa a la reducción de precio.

Ahora bien, esta Dirección considera que debe diferenciarse entre hechos anteriores, simultáneos y posteriores a la conducta. Dentro de los hechos anteriores a la conducta, según lo manifestado por el operador económico, se encuentran la aprobación del cambio de presentación y disminución del precio, la aprobación del arte de empaque con la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" y la disminución del precio.

Como acto punible, esta Dirección destaca el momento en que se comercializa la nueva presentación del producto de 946ml con el empaque que contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO". Finalmente, un acto posterior fue el retiro del producto que se comercializaba con el empaque con la proclama referida, siendo que dicha conducta no se analiza dentro del estudio sobre la posible existencia de actos de engaño

En ese orden de ideas, esta dependencia analizará si la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" es verdadera o falsa, así como si aquello tiene la finalidad o capacidad de inducir a error. Ahora bien, esta Dirección observa que, conforme la información constante en el expediente, el operador económico realizó una rebaja de precio en el mes de abril de 2020, conforme lo detallado en los precios de venta al público remitido por NESTLÉ ECUADOR mediante escrito con ID. 182297, los cuales se detallan a continuación:

Año	**Mes**	**Nombre del Producto**	**Marca**	**Presentación**	**Contenido***	**P.V.P.****
2019	Enero	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Febrero	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Marzo	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Abril	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Mayo	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Junio	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Julio	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Agosto	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Septiembre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Octubre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Noviembre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2019	Diciembre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2020	Enero	LA LECHERA Leche	LA	CARTON	1000 ml	1,90

		Deslactosada 12x1L EC	LECHERA	TetraBrik		
2020	Febrero	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2020	Marzo	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,90
2020	Abril	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,70
2020	Mayo	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,70
2020	Junio	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,70
2020	Julio	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,70
2020	Agosto	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x1L EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	1000 ml	1,70
2020	Agosto	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x946ml EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	946 ml	1,70
2020	Septiembre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x946ml EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	946 ml	1,70
2020	Octubre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x946ml EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	946 ml	1,70
2020	Noviembre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x946ml EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	946 ml	1,70
2020	Diciembre	LA LECHERA Leche Deslactosada 12x946ml EC	LA LECHERA	CARTON TetraBrik	946 ml	1,70

Fuente: Operador económico Nestlé, escrito ID. 182297

Asimismo, esta dependencia identificó que, en el mes de agosto de 2020 se realizó una disminución del contenido del producto, pasando de 1 litro a 946 mililitros, siendo que, en dicha fecha se realiza el cambió en la presentación del producto y se utiliza el arte del empaque con la proclama "BAJAMOS EL PRECIO".

En ese sentido, esta Dirección identificó que en relación con la presentación anterior del producto investigado, es decir hasta la presentación utilizada al mes de julio de 2020, el operador económico no realizó una disminución del precio del producto, pues dicha rebaja de precio se realizó en abril de 2020, por lo cual, esta dependencia considera que la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" infringe el principio de veracidad, siendo una manifestación falsa, pues al momento de la utilización de la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" no se realizó una disminución del precio respecto a su presentación inmediatamente anterior, por lo que, sería una afirmación falsa.

Ahora bien, esta dependencia debe analizar si la conducta tuvo finalidad o capacidad de inducir a error al consumidor. Respecto a la finalidad, debe resaltarse los hechos anteriores puestos en conocimiento por el operador económico, estos son el tiempo de aprobación del arte del empaque que contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", la disminución del precio y la comercialización del producto con dicho empaque, así como el diseño del empaque del producto utilizado durante el presunto cometimiento de la conducta.

En ese orden de ideas, esta dependencia observa que la aprobación del arte del empaque analizado fue

en febrero de 2020, mientras que la disminución del precio se dio en abril de 2020, lo cual se realizó, conforme manifestó el operador, como consecuencia de la pandemia y el compromiso social del operador económico. Finalmente, el cambio de presentación del producto y la utilización del empaque que contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", se realiza en agosto de 2020, existiendo entre la disminución del precio y el cambio de presentación y utilización del arte aprobado con la proclama, alrededor de cinco meses.

En consecuencia, el operador económico tuvo alrededor de siete meses contados desde la aprobación del arte del empaque hasta antes de la comercialización de la nueva presentación del producto, y cerca de cinco meses desde que se disminuyó el precio, para tomar acciones correctivas en relación al arte del empaque, sin embargo, no lo hizo y mantuvo el arte del empaque hasta conocer de las quejas de redes sociales.

En ese orden de ideas, si bien el cometimiento de prácticas desleales no requiere la acreditación de conciencia y voluntad, conforme el artículo 25 de la LORCPM, esta Dirección observa que el operador pudo haber previsto oportunamente el uso de la etiqueta analizada, sin embargo, decidió mantener la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" a sabiendas de que dicha información no era verdadera al momento de la comercialización de su producto.

En adición, en relación al informe del análisis semiótico realizado por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, la Dirección señaló:

De igual forma, debe resaltarse el informe del análisis semiótico realizado por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación en relación con el empaque del producto que contiene la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", el cual señala que:

> "• En el panel frontal se puede distinguir:
> En la parte superior izquierda —dentro de una figura rectangular con fondo de color rojo, la frase inscrita con letras de color blanco, en mayúsculas y entre signos de exclamación: ¡"BAJAMOS EL PRECIO"! Junto a este recuadro, dentro de una forma irregular, "circular por dentro y asimétrica por fuera—, de color blanco y con bordes violeta, se inscribe: "Considerada como LA MEJOR LECHE DE CALIDAD*. Al remitirse a la nota3 a la que hace referencia el uso del asterisco[4] , se lee la fuente de la que provendría esta aseveración: "*Fuente: Estudio Brand Health Trackin Leche Blanca, Habitus Investigación de Mercados S.A. Trabajo de campo realizado anualmente". Estas inscripciones reciben más énfasis en comparación con el resto de elementos presentes en el panel frontal debido a su ubicación y, debido a la asociación entre las palabras y el tono cromático. **Resulta prominente el recuadro con fondo rojo con la proclama "¡BAJAMOS EL PRECIO!, frase que anuncia la disminución del valor pecuniario del producto y que se marca una entonación o emoción asociada la frase expuesta. En este sentido se señala el carácter especial de este fragmento, dentro del constructo publicitario.**[25] (Énfasis añadido)

En ese orden de ideas, conforme el análisis semiótico, el espacio del empaque donde se ubica la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" resalta por el color de fondo utilizado en el recuadro y el color de las letras, además que, su enunciación entre signos de exclamación, lo cual tiene como finalidad otorgar una emoción asociada a dicha frase, teniendo un carácter especial en relación con los otros elementos y

[25] Informe N°. CRDPIC-CGD-DTEC-2021-009-AS-LA_LECHERA_DESLACTOSADA, ID. 221454

figuras que conforman la parte frontal del empaque del producto.

Respecto a las connotaciones generadas por dicho empaque y los colores utilizados en la proclama, el Consejo indicó:

> Asociación del color rojo y uso de signos de exclamación para resaltar un sentido exclamativo al mensaje "Bajamos el precio". El color rojo, caracterizado por llamar la atención, destacar u orientar al público, junto con las letras de color blanco, color caracterizado por ayudar a enfocar la atención en el contenido por reflejar el 80% de la luz y brindar una sensación de amplitud, en contraste generan una dicotomía que junto a los signos de exclamación constituyen un enunciado destinado a la persona consumidora y usado para llamar la atención en modo presente indicativo, es decir, se transmite un mensaje, que desde las dimensiones de los actos del habla, sería de tipo ilocutivo6 , ya que transmite una exclamación para llamar la atención de la persona perceptora, al tiempo que le oferta una reducción en el valor pecuniario del producto. Este anuncio, tendría relación con un precio anterior y supondría ser menor en la actualidad.
>
> (…)
>
> Uso de tono cromático rojo: oferta de una reducción del precio de producto, en relación con un precio anterior.[26]

En ese orden de ideas, esta Dirección observa que, el uso y combinación de colores utilizados para comunicar la proclama tienen la intención de que dicho mensaje destaque sobre los otros elementos que se encuentran en la parte frontal, así como llamar la atención del consumidor. Finalmente, el Consejo concluyó:

> Se identifica que el uso del enunciado "¡BAJAMOS EL PRECIO!", al asociar el color rojo y uso de signos de exclamación, dotan al mensaje de un sentido exclamativo. El uso de letras en tono cromático blanco, dentro de un rectángulo de fondo rojo, llama la atención y destaca entre el resto de elementos del constructo presentes en el panel frontal. De esta manera, se orienta e informa al público sobre la posibilidad de adquirir un producto por un precio menor. **El mensaje de esta proclama refiere una propiedad y cualidad especifica del producto, que estaría relacionada, de forma connotativa, con el hecho de que la persona perceptora recibiría un mismo producto por un precio menor.[27]**"(Énfasis añadido)

Conforme la conclusión del análisis semiótico, el mensaje pretende comunicar una rebaja del precio del producto en relación con un producto anterior, lo cual conforme los precios de venta al público remitido por el operador económico, no se realizó en dicho momento, siendo la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" falsa, así como la combinación de colores utilizados que tienen la finalidad de llamar la atención del consumidor.

En ese sentido, al tener como finalidad hacer creer a los consumidores que reciben un mismo producto por un precio menor, deviene en inducción al error al consumidor, por lo que, esta Dirección considera que, el operador económico tuvo como objetivo, engañar a los consumidores respecto al precio del producto, con el fin de influir en su decisión de compra.

---

[26] Ibídem
[27] Ibídem

> En tal virtud, esta Dirección consideran que, la utilización de la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" en el empaque del producto "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA" otorga al consumidor información falsa y que dicha información tiene como finalidad inducir a error al consumidor, haciéndole creer que recibe un mismo producto por un precio menor, cuando en la práctica se comercializa al mismo precio. En consecuencia, este comportamiento se encuadra en el supuesto de hecho descrito en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, esto es actos de engaño.

Al respecto, esta Autoridad concuerda de forma integral con el análisis realizado por la Dirección, toda vez que, contrastada la etiqueta que contiene la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" con un detalle de precios del producto "LA LECHERA DESLACTOSADA", remitido por el propio operador económico, se observa que dicho producto tuvo una reducción del precio en el mes de abril de 2020, sin embargo, la etiqueta que contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" fue utilizada desde el mes de agosto de 2020, cuando en ese momento no se estaba realizando una rebaja en el precio en relación con el precio anterior, por lo que, la proclama se reputa falsa e infringe el principio de veracidad.

Asimismo, esta Intendencia observa que conforme el análisis semiótico realizado al empaque del producto "LA LECHERA DESLACTOSADA" por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, dentro de todo el constructo del empaque y la combinación de colores utilizados en la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" tiene como fin destacar sobre los otros elementos que se encuentran, debiendo resaltarse que dicha proclama se encuentra en la frase frontal del producto.

Además, el Consejo de Comunicación concluyó que: *"...El mensaje de esta proclama refiere una propiedad y cualidad especifica del producto, que estaría relacionada, de forma connotativa, con el hecho de que la persona perceptora recibiría un mismo producto por un precio menor.*[28]*"*.

En sumo, esta Intendencia coincide con la Dirección, respecto de que la utilización de la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" en el empaque del producto "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA" trasmite al consumidor información falsa con el objeto de inducirlo a error, pues pretende hacerle creer que recibe el mismo producto que venía adquiriendo, por un precio menor al que lo adquiría antes, siendo que, en relación con la presentación anterior del producto no existía una disminución del precio, lo cual devendría en que la conducta del operador económico se subsume a lo determinado en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

Ahora bien, respecto de la capacidad de falsear la competencia, la Dirección indicó:

> Respecto a la capacidad para generar un falseamiento al régimen de competencia como consecuencia de la práctica desleal cometida por NESTLE ECUADOR S.A., sobre la base de la *praxis,* esta Dirección analizó si la práctica desleal restringió la entrada de competidores, limitó la libertad de elección de los consumidores, o afectó la igualdad de condiciones de los participantes en este mercado. En tal sentido, con relación al primer elemento, la información constante en el expediente refleja que la misma no tenía como intención restringir la entrada de nuevos oferentes, pues, el operador económico concurrió al

[28] Ibídem

mercado con un precio por encima al de su competencia, con el que un potencial entrante aún podría competir (Ver Gráfico 7).

De igual manera, con relación a la libertad de elección de los consumidores, a criterio de esta Dirección no se habría visto afectada, debido a la disponibilidad de otras marcas en el mercado, así como a la posibilidad de realizar una sustitución de la demanda por parte de los consumidores. Y por último, no se evidencia que por el cometimiento de la práctica desleal Nestlé Ecuador S.A., incumplió con los requisitos o permisos necesarios para participar en el mercado, manteniendo una igualdad de condiciones frente a sus competidores.

Adicional, el análisis económico evidenció que las ventas del producto infractor representaron el 9% de las unidades comercializadas en todo el sector durante el período infractor, lo cual a criterio de esta Dirección indicaría que no tuvo un alcance significativo en el mercado capaz de generar una distorsión al régimen de competencia. De igual manera, estas afirmaciones se sustentan con el análisis de las ventas de Nestlé en el período infractor que reflejaron una contracción respecto al mismo período de años anterior. Asimismo, como se presenta en el análisis económico no se aprecia un cambio en la estructura de este mercado, durante el período del cometimiento de la conducta, respecto de años anteriores.

En ese sentido, la Dirección una vez analizados la naturaleza de la conducta, la población objetiva y la cuantificación del alcance de las prácticas desleales, observó que la práctica investigada en el presente expediente no tuvo la capacidad de generar un falseamiento al régimen de competencia, siendo dicho requisito, imperante para la sanción de las prácticas desleales.

En adición, esta Autoridad en la parte económica de la presente resolución resaltó:

Además, del análisis de los efectos reales de la práctica desleal en el mercado, realizado por la Dirección, se aprecia que durante el año en el que se realizó la presunta práctica desleal (2020), la empresa no reflejó un incremento en su participación, lo cual indicaría que el cometimiento de la misma no le proporcionó a la empresa una mejor posición en el mercado, al contrario, las ventas de la empresa reflejan una disminución respecto de años anteriores.

Asimismo, con relación a una posible vulnerabilidad del público afectado, de las características de la demanda de este producto, así como del tipo de consumidor, esta Intendencia considera que el posible público afectado tenía más posibilidades de contrastar la información proporcionada por la empresa antes de tomar una decisión de consumo.

Por último, respecto del alcance de las prácticas desleales, en concordancia con el análisis presentado por la Dirección, a **criterio de esta Intendencia las ventas del producto infractor no alcanzaron niveles representativos del total del consumo del mercado relevante, además, del análisis de las ventas del producto durante el período infractor no se aprecia un crecimiento significativo que haga suponer la existencia de un riesgo potencial.**

En este orden de ideas, del análisis económico del presente caso, esta Intendencia concluye que los actos de engaño cometidos por el operador económico Nestlé no generaron un falseamiento al régimen de competencia dentro del presente mercado relevante. (Énfasis añadido)

En ese sentido, esta Intendencia concuerda con la Dirección, pues conforme el análisis económico realizado, la conducta del operador no tenía intención de restringir la entrada a competidores, no afectó la libertad de elección de los consumidores, tampoco afectó la igualdad de condiciones de los participantes del mercado, por lo que, la conducta del operador no tendría la capacidad de falsear la competencia, conforme el artículo 26 de la LORCPM, siendo aquello un requisito para la sanción de los prácticas desleales.

En tal virtud, esta Intendencia considera que no existe mérito para continuar la investigación respecto de la conducta de actos de engaño por acción conforme la motivación realizada en líneas *ut supra*.

6.3.1.2. Actos de engaño por omisión

Por otra parte, la Intendencia, en su resolución de inicio de investigación, respecto de los actos de engaño por omisión presuntamente cometidos por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., indicó:

> De manera complementaria, esta Intendencia concuerda con la Dirección que la omisión del operador económico al no comunicar de forma clara que la disminución del precio se habría debido a la disminución del contenido, pudo haber influenciado a los consumidores en la toma de decisión del consumidor al privarlo de conocer de información relevante al momento de comprar el producto.
>
> (…)
>
> En virtud de lo señalado, esta Intendencia tiene en cuenta que los bienes jurídicos tutelados por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en materia de prácticas desleales, son los determinados en el artículo 26 de la Ley ibídem, es decir, la competencia, la eficiencia económica y el bienestar general de los consumidores o usuarios. Dichos bienes deben ser protegidos al momento de sancionar las conductas establecidas en el artículo 25 y 27 de la LORCPM.
>
> En ese orden de ideas, conforme el análisis económico preliminar, esta Intendencia identificó que:
>
> > "… Como se desprende del Gráfico ut supra, Nestlé aparece como uno de los principales competidores en el mercado de las leches deslactosadas comercializadas a través del canal moderno. Por lo cual, esta Intendencia considera de manera preliminar, que las actuaciones de esta empresa tendrían la capacidad de afectar el comportamiento de este mercado. Sin perjuicio, que en una eventual etapa de investigación, se pueda identificar nuevos elementos que permita a esta Intendencia descartar o confirmar lo referido…"
>
> En consecuencia, conforme la etapa preliminar, esta Intendencia identifica también indicios de una posible afectación o al menos importante incidencia por parte del operador investigado dentro del mercado, lo indicado, se deberá precisar en la etapa de investigación correspondiente, una vez se determine el mercado relevante conforme la Resolución No. 11 de la Junta de regulación de la LORCPM.
>
> (…)
>
> En ese sentido, el principio de culpabilidad aplicable al derecho penal no puede ser aplicado totalmente para la determinación de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador sino de forma relativa, siendo que, en el caso del ámbito regulado por la LORCPM, no necesita del dolo para

configurarse las conductas de prácticas desleales.

En tal sentido, con base en las consideraciones realizadas y los argumentos esgrimidos, y al no identificar a las explicaciones del operador Nestlé como satisfactorias, esta Intendencia considera que existen indicios de la existencia de la práctica desleal de engaño tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A.

Sobre este punto, la Dirección en su Informe de Resultados, respecto a los actos de engaño por omisión manifestó:

Por otra parte, en relación a los actos de engaño por omisión, esta dependencia analizará si hay omisión de información que real o potencialmente haya inducido a error a los consumidores. En ese orden de ideas, esta Dirección observa que, el operador económico omitió comunicar de forma contextualizada a los consumidores sobre la disminución del contenido del producto en la nueva presentación, mientras que resaltaba que habría bajado el precio, por lo cual, existe una omisión de información por parte del operador económico.

Ahora bien, en el presente caso, debe analizarse si dicha información es necesaria para que el consumidor adopte una decisión en el consumo, por lo que, deberá observarse el contexto fáctico y las limitaciones del medio publicitario en el que se realiza la omisión. En ese orden de ideas, esta Dirección observa que, al momento de la omisión de información, el operador utilizó un empaque del producto que resalta una característica positiva del producto, como es la disminución del precio, mientras que omite informar acerca de un extremo poco positivo, esto es la disminución del contenido.

En dicho contexto fáctico, esta dependencia considera que, la información que se omite es necesaria para una decisión informada del consumidor. Respecto de la limitación del medio de comunicación, cabe ilustrar el empaque en cuestión, conforme se realiza a continuación:

Imagen Arte del empaque Arte del empaque del producto "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA" 946 ml-agosto-noviembre 2020.

Fuente: operador económico Nestlé, escrito ID. 182297

Conforme se observa, el medio por el cual se comunica es el empaque del producto, por lo que es un

medio limitado por el espacio, debido a que existen otras ilustraciones e información dentro del empaque, sin embargo, esta Dirección considera que pese a la limitación del medio, el operador pudo haber comunicado dicha información a los consumidores de forma contextualizada, por lo cual, desde el análisis objetivo realizado, a criterio de esta DNICPD existe la omisión de una información sustancial por parte del operador económico NESTLE ECUADOR S.A.

Respecto a la finalidad o capacidad de inducir a error al consumidor, al igual que en los actos de engaño por acción, debe resaltarse los hechos anteriores puestos en conocimiento por el operador económico, estos son el tiempo de aprobación del arte del empaque que contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", la disminución del precio y la comercialización del producto con dicho empaque.

Al respecto, esta Dirección resalta el hecho de que el arte que contiene la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" fue aprobado en febrero de 2020, siendo que, la disminución del precio se dio en abril de 2020, por decisión del operador debido al inicio de la pandemia. Finalmente, el cambio de presentación de 1L a 946ml se realiza en agosto de 2020, existiendo entre la disminución del precio y el cambio de presentación con la utilización del arte aprobado, alrededor de cinco meses.

Entonces, el operador económico, pudo haber previsto antes de la comercialización de la nueva presentación del producto, que el arte que se utilizaría para su comercialización contenía la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", siendo que, contados desde su aprobación hasta la comercialización el operador tuvo alrededor de siete meses, y cerca de cinco meses desde que se disminuyó el precio, para corregir el empaque del producto, sin embargo, dicha corrección no se realizó hasta el conocimiento de las quejas en redes sociales.

En ese orden de ideas, conforme el análisis semiótico, el mensaje pretende comunicar una rebaja del precio del producto en relación con un producto anterior, lo cual conforme los precios de venta al público remitido por el operador económico, no se realizó en dicho momento, siendo la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" falsa, así como la combinación de colores utilizados que tienen la finalidad de llamar la atención del consumidor.

En ese sentido, esta Dirección considera que, resaltar una característica positiva del producto, esto es la disminución del precio, mientras que, con conciencia y voluntad, se omitía informar una disminución del contenido, siendo aquello una información necesaria debido a la utilización de la proclama "BAJAMOS EL PRECIO", con el fin de hacer creer al consumidor que recibiría un mismo producto por un menor precio, es una conducta que tuvo como finalidad, inducir a error a los consumidores respecto al precio del producto para influir en su decisión de compra.

Al respecto, esta Intendencia concuerda con el análisis de la Dirección, pues en el contexto fáctico en el que se dio la omisión, utilizando un empaque con la proclama "BAJAMOS EL PRECIO" que se reputa falsa, no dar a conocer de manera contextualizada al consumidor y público en general que el contenido del producto había disminuido, no permite que el consumidor tenga todos los elementos para realizar una compra informada, por lo que, la información que se omite es relevante para la decisión de compra.

En adición, esta Intendencia considera, al igual que la Dirección, que pese a las limitaciones del medio empleado para otorgar la información a los consumidores, esto es el empaque del producto "NESTLE LA LECHERA DESLACTOSADA", el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., pudo haber

informado a los consumidores sobre la disminución de su contenido, por lo que, la conducta del operador se convierte en una omisión de información sustancial.

En relación con la finalidad, esta Intendencia concuerda con la Dirección respecto de que, el operador con su conducta tuvo por objeto inducir a error a los consumidores debido a que con pleno conocimiento de que el empaque del producto contenía una proclama falsa, y a sabiendas del cambio de presentación del producto, esto es la disminución del contenido, pudo haber realizado correcciones al empaque, sin embargo, no corrigió hasta que se presentaron quejas en redes sociales.

En tal virtud, esta Intendencia concluye que el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., subsumió su comportamiento a la conducta desleal de actos de engaño establecida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, toda vez que omitió información sustancial para la decisión de compra de los consumidores con el objeto de inducirlos a error respecto a la cantidad del producto que se ofertaba.

Ahora bien, respecto de la capacidad de falsear el régimen de competencia, la DNICPD señaló:

> Respecto a la capacidad para generar un falseamiento al régimen de competencia como consecuencia de la práctica desleal cometida por NESTLE ECUADOR S.A., sobre la base de la *praxis,* esta Dirección analizó si la práctica desleal restringió la entrada de competidores, limitó la libertad de elección de los consumidores, o afectó la igualdad de condiciones de los participantes en este mercado. En tal sentido, con relación al primer elemento, la información constante en el expediente refleja que la misma no tenía como intención restringir la entrada de nuevos oferentes, pues, el operador económico concurrió al mercado con un precio por encima al de su competencia, con el que un potencial entrante aún podría competir (Ver Gráfico 7).
>
> De igual manera, con relación a la libertad de elección de los consumidores, a criterio de esta Dirección no se habría visto afectada, debido a la disponibilidad de otras marcas en el mercado, así como a la posibilidad de realizar una sustitución de la demanda por parte de los consumidores. Y por último, no se evidencia que por el cometimiento de la práctica desleal Nestlé Ecuador S.A., incumplió con los requisitos o permisos necesarios para participar en el mercado, manteniendo una igualdad de condiciones frente a sus competidores.
>
> Adicional, el análisis económico evidenció que las ventas del producto infractor representaron el 9% de las unidades comercializadas en todo el sector durante el período infractor, lo cual a criterio de esta Dirección indicaría que no tuvo un alcance significativo en el mercado capaz de generar una distorsión al régimen de competencia. De igual manera, estas afirmaciones se sustentan con el análisis de las ventas de Nestlé en el período infractor que reflejaron una contracción respecto al mismo período de años anterior. Asimismo, como se presenta en el análisis económico no se aprecia un cambio en la estructura de este mercado, durante el período del cometimiento de la conducta, respecto de años anteriores.
>
> En ese sentido, la Dirección una vez analizados la naturaleza de la conducta, la población objetiva y la cuantificación del alcance de las prácticas desleales, observó que la práctica investigada en el presente expediente no tuvo la capacidad de generar un falseamiento al régimen de competencia, siendo dicho requisito, imperante para la sanción de las prácticas desleales.

Criterio analizado también por esta Autoridad en la resolución de marras, cuya parte pertinente se cita:

> Además, del análisis de los efectos reales de la práctica desleal en el mercado, realizado por la Dirección, se aprecia que durante el año en el que se realizó la presunta práctica desleal (2020), la empresa no reflejó un incremento en su participación, lo cual indicaría que el cometimiento de la misma no le proporcionó a la empresa una mejor posición en el mercado, al contrario, las ventas de la empresa reflejan una disminución respecto de años anteriores.
>
> Asimismo, con relación a una posible vulnerabilidad del público afectado, de las características de la demanda de este producto, así como del tipo de consumidor, esta Intendencia considera que el posible público afectado tenía más posibilidades de contrastar la información proporcionada por la empresa antes de tomar una decisión de consumo.
>
> Por último, respecto del alcance de las prácticas desleales, en concordancia con el análisis presentado por la Dirección, a **criterio de esta Intendencia las ventas del producto infractor no alcanzaron niveles representativos del total del consumo del mercado relevante, además, del análisis de las ventas del producto durante el período infractor no se aprecia un crecimiento significativo que haga suponer la existencia de un riesgo potencial.**
>
> **En este orden de ideas, del análisis económico del presente caso, esta Intendencia concluye que los actos de engaño cometidos por el operador económico Nestlé no generaron un falseamiento al régimen de competencia dentro del presente mercado relevante**. (Énfasis añadido)

En ese sentido, esta Intendencia coincide con la Dirección, pues conforme el análisis económico realizado, la conducta del operador no tenía intención de restringir la entrada a competidores, no afectó la libertad de elección de los consumidores, tampoco afectó la igualdad de condiciones de los participantes del mercado, por lo que, la conducta del operador no tendría la capacidad de falsear la competencia, conforme el artículo 26 de la LORCPM, siendo aquello un requisito para la sanción de los prácticas desleales.

En tal virtud, esta Intendencia considera que no habría mérito para continuar la investigación respecto de la conducta de actos de engaño por omisión al no constituirse el elemento del falseamiento del régimen de competencia dentro del presente mercado relevante determinado.

SÉPTIMO: RESOLUCIÓN

En uso de las atribuciones establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y con base en los fundamentos de hecho, de derecho y análisis económico y jurídico realizado, esta Autoridad **RESUELVE**:

PRIMERO: Acoger el Informe de Resultados. No. SCPM-INICPD-DNICPD-002-2022, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, con fecha 14 de abril de 2022, que consta en el expediente con el ID 234750.

SEGUNDO.- Ordenar el archivo de la investigación en contra del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., que si bien se identificó el cometimiento de la práctica desleal por actos de engaño establecido en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por acción y omisión, del análisis económico no se identificó que se haya producido falseamiento al régimen de competencia dentro del mercado relevante determinado de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM.

TERCERO.- Una vez que el presente acto administrativo haya causado estado, notifíquese la presente resolución a la Intendencia General Técnica y se proceda a la publicación de la presente resolución conforme lo dispuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su Reglamento.

CUARTO.- Continúe actuando como secretaria de sustanciación la abogada Wendy Paola Betancourt Zurita.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE**.-

Abg. Carlos Andrés Álvarez Duque
INTENDENTE NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRÁCTICAS DESLEALES