EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-003-2023

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 03 de marzo de 2023, 11h36.

Comisionado Sustanciador: Édison Toro Calderón

VISTOS

[1] La Resolución No. SCPM-DS-2023-08 de fecha 31 de enero de 2023, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> ***Artículo único***.- *Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente: Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:*
>
> *–Doctor Edison René Toro Calderón;*
> *–Economista Carl Martin Pfistermeister Mora; y,*
> *–Doctor Pablo Carrasco Torrontegui."*

[2] La Resolución No. SCPM-DS-2022-016 de 23 de marzo de 2022, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> ***Artículo 2.-*** *Designar al doctor Edison René Toro Calderón, como Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, a partir del 23 de marzo de 2022."*

[3] El acta de la sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de 28 de febrero de 2023, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Daniela Mendoza Mena como secretaria Ad-hoc de la CRPI.

CONSIDERANDO

[4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

[5] La CRPI es competente para conocer y resolver las solicitudes de medidas preventivas, conforme a lo señalado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM"), y lo determinado en los artículos 65 a 67 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante "IGPA").

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS.

2.1 Denunciante y solicitante de las medidas preventivas.

[6] Como denunciante actúa el operador económico SOCIEDAD DE COMERCIALIZACION Y DE EVENTOS WHOLEBUSINESS DEL ECUADOR S.A, (en adelante WHOLEBUSINESS):

- RUC: 1792108411001
- Representante Legal: Martin Alvear Vela
- Domicilio: Calle Ramiro Barba y Edmundo Carvajal del cantón Quito,
- Actividad económica principal: *"venta al por mayor de otros productos diversos para el consumidor".*[1]
- Correos Electrónicos: gponceh@lexadvisorecuador.com, gabrielponceh@gmail.com, palvear@lexadvisorecuador.com

2.2 Operadores económicos denunciados y cuyo presunto accionar es objeto de las medidas preventivas solicitadas.

[7] Los operadores económicos sobre quienes se solicitan medidas preventivas son:

2.2.1 VITAFARMA ECUADOR CIA. LTDA. (en adelante "VITAFARMA")

[8] El operador económico VITAFARMA ECUADOR CIA. LTDA. con los siguientes datos:

- RUC: 1791879090001
- Representante Legal: Baldomar Geovanni López Cevallos
- Domicilio: Calle Juan Barrezueta y Antonio Núñez del cantón Quito
- Actividad económica principal: *"elaboración de otros productos alimenticios no clasificados en otra parte."*[2]
- Correos electrónicos: ddiaz@abocacia.com; bperez@abocacia.com; y malmeida@abocacia.com,

2.2.2 PROVEFARMA S.A.

[1] Portal de información del Servicio de Rentas Internas - SRI en línea. Consulta de RUC No. 1792108411001, consultado el 23 de febrero de 2023, desde la dirección: https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc

[2] Portal de información del Servicio de Rentas Internas - SRI en línea. Consulta de RUC No. 1791879090001, consultado el 23 de febrero de 2023 desde la dirección: https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[9] El operador económico PROVEFARMA S.A. con el siguiente detalle:

- RUC: 1791050665001
- Representante Legal: Miguel Ángel Celedón González
- Domicilio: en Av. de los Shyris PB y Secundaria, del cantón Sangolquí,
- Actividad económica principal: "*venta al por mayor de productos farmacéuticos.*"[3]
- Correos electrónicos: gilberto.gutierrez@fbphlaw.com; lenis.orellana@fbphlaw.com; jfsalvadors@corporaciongpf.com; crmezab@corporaciongpf.com; y, cdelgado@antitrust.ec

3. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1 Expediente N.° SCPM-IGT-INICPD-2-2023

[10] La denuncia y anexos presentados por Martín Alvear Vela, en calidad de representante legal del operador económicos WHOLEBUSINESS, con del RUC No. 1792108411001, el día 06 de enero de 2023, las 13h44, con ID 261893 a través del cual señaló lo siguiente:

> *"Por ello, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado está obligada a investigar la conducta del denunciado y disponer las medidas preventivas necesarias en protección de los derechos, salud y vida de los consumidores.*
>
> *(...)*
>
> *En caso de evidenciar que puede existir o exista afectación al bienestar general y derechos de los consumidores, que es un derecho fundamental, por ser imperiosa su protección y la del mercado relevante de edulcorantes no calóricos, se ordene adoptar medidas preventivas conforme al artículo 62 de la LORCPM y artículos 73 y 74 del RLORCPM, ordenándose el retiro y decomiso de la mercadería de cualquier tipo de envase de los productos "VITA SWEET STEVIA y diseño; así como los que se expenden bajo la marca propia "Stevia FYBECA" elaborado por el denunciado, de todos los autoservicios y tiendas del país; y se ordene la rectificación de la publicidad realizada por cualquier medio, así como la de las cajas y presentaciones de los productos hasta que la SCPM resuelva la conducta denunciada, por el riesgo que puede representar el consumo de sucralosa sin conocimiento de su contenido".*

[3] Portal de información del Servicio de Rentas Internas - SRI en línea. Consulta de RUC No. 1791050665001, consultado el 23 de febrero de 2023 desde la dirección: https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-en-linea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[11] La providencia de 18 de enero de 2023, a través de la que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante "INICPD"), ordenó al denunciante lo siguiente:

(1) Que en el término de tres (3) días, aclare y complete la denuncia de conformidad con los literales b), c) d), e) y f) del artículo 54 de la LORCPM.
(2) Se acerque a las instalaciones de la SCPM, a fin de que retire las muestras físicas del producto adjuntas a la denuncia, en tanto que son productos perecibles, y se firme el acta en la que consta la devolución del producto.

[12] El escrito y anexos presentados por Gabriel Ponce Hernández, en calidad de abogado autorizado de WHOLEBUSINESS, el día 23 de enero de 2023, las 14h37, con ID 263168, a través del que completó la denuncia presentada el 06 de enero de 2023.

[13] La providencia de 25 de enero de 2023, a través de la que la INICPD calificó la denuncia presentada por Martín Alvear Vela, en calidad de representante legal de WHOLEBUSINESS; ordenó notificar a los denunciados con la información respectiva; y, respecto a las medidas preventivas solicitadas por el denunciante, manifestó que se procederá oportunamente, de conformidad conforme con el artículo 66 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM.

3.2 Expediente SCPM-CRPI-003-2023

[14] Mediante memorando No. SCPM-IGT-INICPD-17-2023-M y anexos, de 16 de febrero de 2023, trámite signado con Id. 265377, de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se remitió el informe de análisis de medidas preventivas solicitadas por el operador WHOLEBUSINESS, dentro del expediente N.° SCPM-IGT-INICPD-2-2023.

[15] En la providencia de 17 de febrero de 2023, a las 14h59, la CRPI dispuso avocar conocimiento del expediente SCPM-CRPI-003-2023; agregar al expediente memorando No. SCPM-IGT-INICPD-17-2023-M y anexos, de 16 de febrero de 2023, trámite signado con Id. 265377; y, trasladar al operador económico WHOLEBUSINESS el Informe de Medidas Preventivas Nº SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, de 16 de febrero de 2023, para que en el término de tres (3) días se pronuncie sobre lo que crea necesario.

[16] En escrito presentado el 24 de febrero de 2023, a las 13h02, signado con Id. 265925, el operador económico WHOLEBUSINESS se pronuncia y presenta sus observaciones con respecto al Informe de Medidas Preventivas Nº SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, de 16 de febrero de 2023. Revisado el escrito, esta autoridad no ha podido verificar la firma digital de Patricia Alvear Peña y adicionalmente no se encuentra la firma de Gabriel Ponce Hernández.

[17] En escrito presentado el 24 de febrero de 202, a las 14h14, signado con Id. 265926, el operador económico WHOLEBUSINESS se pronuncia y presenta sus observaciones con respecto al

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

Informe de Medidas Preventivas Nº SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, de 16 de febrero de 2023, suscrito por Gabriel Ponce Hernández.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA RESOLUCIÓN

4.1 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[18] El artículo 62 de la LORCPM consagra la figura de las medidas preventivas e indica, a manera ejemplificativa, algunas que se podrían adoptar, así:

> *"Art. 62.- Medidas preventivas.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.*
>
> *En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución.*
>
> *Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación.*
>
> *En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días."*

4.2 Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[19] Los artículos 73 a 78 del RLORCPM establecen el procedimiento para la aplicación de medidas preventivas (sección 3). En relación con su adopción, los artículos 73 y 74 establecen una lista no taxativa de las medidas a imponerse, así como ciertas reglas básicas de procedimiento, así:

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

"Art. 73.- Clases de medidas preventivas.- Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.
b) La imposición de condiciones.
c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.
d) La adopción de comportamientos positivos.
e) Las demás que considere pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales. En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento."

"Art. 74.- Adopción de medidas preventivas.- El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciante, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.
El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar."

4.3 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[20] La primera sección del capítulo X del Instructivo regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas (artículos 63 a 72). Los artículos 65, 66 y 67 determinan el procedimiento para su adopción, así:

> ***"Primera Sección***
> ***PROCEDIMIENTO DE APLICACION Y GESTION DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS***
>
> *Art. 65.- CLASES DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- La CRPI, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación hasta antes de emitir la resolución que ponga fin al proceso investigativo sancionador, podrá, a sugerencia de la Intendencia respectiva o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar mediante resolución motivada las medidas preventivas previstas en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del RLORCPM. Art.*
>
> *66.- SUGERENCIA O SOLICITUD.- El Intendente competente, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante informe motivado, la adopción de medidas preventivas destinadas a alcanzar las finalidades de la Ley. La sugerencia de medidas preventivas podrá estar fundamentada en toda clase de indicios que justifique legal y razonadamente la aplicación de estas.*
>
> *El denunciante podrá presentar ante el órgano de investigación la solicitud de medidas preventivas una vez que la denuncia haya sido calificada de clara y completa conforme lo establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas. En el caso de que la solicitud de medidas preventivas sea presentada conjuntamente con la denuncia o antes de que sea calificada de clara y completa, el órgano de investigación se abstendrá de tramitarla hasta que la denuncia cumpla con el presupuesto establecido en el artículo precitado.*
>
> *Si el denunciante presenta la solicitud de medidas preventivas ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la solicitud, la Comisión de Resolución de Primera Instancia requerirá a la Intendencia competente que emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas, concediéndole para el efecto el término de quince (15) días. En el caso de que la denuncia aún no haya sido calificada de clara y completa, el término de quince (15) días empezará a correr a partir de la fecha en que se realice dicha calificación.*
>
> ***Art. 67.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.-*** *Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la Comisión de Resolución de*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

Primera Instancia, tendrá el término de diez (10) días para resolver respecto de las medidas preventivas sugeridas o solicitadas.

La resolución motivada, entre otros, contendrá los siguientes elementos:

a. Identidad completa del operador económico;
b. Nombres y apellidos del o los representantes legales;
c. Dirección que incluirá números telefónicos y correos electrónicos, de tenerlos;
d. La determinación clara, objetiva y concreta de las medidas preventivas;
e. La disposición a la Intendencia para que realice el seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las medidas preventivas, con instrucciones claras y precisas de la forma y periodicidad en la que se debe realizar este seguimiento;
f. Prevención legal de que en caso de desacato, de ser procedente, se podrá ordenar la clausura de uno o varios establecimientos en los que se llevó a cabo la actividad objeto de la investigación, sin perjuicio de otras sanciones administrativas;
g. Los demás que sean pertinentes.

Emitida la resolución de adopción de medidas preventivas, la Intendencia competente deberá iniciar el procedimiento investigativo en el plazo previsto en el inciso tercero del artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, caso contrario las medidas caducarán."

5. DETERMINACIÓN CLARA, OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[21] El operador económico WHOLEBUSINESS, con respecto a las medidas cautelares solicitó:

"(...)

En caso de evidenciar que puede existir o exista afectación al bienestar general y derechos de los consumidores, que es un derecho fundamental, por ser imperiosa su protección y la del mercado relevante de edulcorantes no calóricos, se ordene adoptar medidas preventivas conforme al artículo 62 de la LORPM y artículos 73 y 74 del RLORCPM, ordenándose el retiro y decomiso de la mercadería de cualquier tipo de envase de los productos "VITA SWEET STEVIA y diseño; así como los que se expenden bajo la marca propia "Stevia FYBECA" elaborado por el denunciado, de todos los autoservicios y tiendas del país; y se ordene la rectificación de la publicidad realizada por cualquier medio; así como la de las cajas y presentaciones de los productos hasta que la SCPM resuelva la conducta denunciada, por el riesgo que puede representar el consumo de sucralosa sin conocimiento de su contenido.

(...)"

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[22] En este sentido, con base en la denuncia detallada ut supra las medidas preventivas consistirían en :

1) Retiro y decomiso de la mercadería de cualquier tipo de envase de los productos "*VITA SWEET STEVIA"* y diseño; así como los que se expenden bajo la marca propia *"STEVIA FYBECA"* elaborado por el denunciado, de todos los autoservicios y tiendas del país.
2) Rectificación de la publicidad realizada por cualquier medio, así como de las cajas y presentaciones de los productos.

6. INFORME N.° SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, DE 16 DE FEBRERO DE 2023, EMITIDO POR LA INICPD

[23] La INICPD mediante el Informe N.° SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, de 16 de febrero de 2023, concluyó y recomendó lo siguiente:

*"**8. CONCLUSIONES***

Con base en las consideraciones técnicas detalladas previamente, esta Intendencia concluye lo siguiente:

- *Esta Intendencia identificó como los productos objeto de la denuncia, a los edulcorantes no calóricos de las marcas "Vita Sweet Stevia" y "Edulcorante no calórico stevia Fybeca"*

- *Un edulcorante natural es utilizado para endulzar alimentos, no obstante, dado sus componentes pueden llegar a tener mayor efecto dulzor que el azúcar de caña, a la vez, que aportaría menos calorías a los consumidores.*

- *Entre los edulcorantes no calóricos utilizados con endulzantes de mesa, esta Intendencia identificó los siguientes: sucralosa, acesulfame K, (de origen sintético), y neohesperidina, estovioside –stevia (de origen natural).*

- *Con base en información secundaria, esta Intendencia identificó en el mercado nacional alrededor de 26 marcas de edulcorantes no calóricos de origen natural y sintético.*

- *Con base en el nivel de ingreso de los propietarios de las marcas de edulcorantes no calóricos, esta Intendencia identificó una importante participación de Corporación La Favorita, que concurre al mercado con edulcorante con marca blanca. En el caso de los operadores investigados, por su nivel de ingresos totales, de manera preliminar, las empresas alcanzaron las siguientes participaciones: PROVEFARMA 2%, y VITAFARMA 0,08%, situación que deberá ser precisada y analizada en una eventual etapa de investigación.*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

- *Con relación a la anterior conclusión, esta Intendencia considera relevante mencionar que es necesario analizar la participación de los operadores económicos investigados en el contexto de la determinación de un mercado relevante, el cual se determinaría en una eventual fase de investigación del expediente.*

- *En relación con la participación de los productos objeto de investigación en la cartera total de productos, se aprecia una importante participación de "Vita Sweet Stevia" en las ventas de VITAFARMA ECUADOR CIA.LTDA., en tal sentido, el retiro del producto del mercado podría ocasionar una afectación importante al denunciado, como la salida del mercado.*

- *Las medidas preventivas solicitadas por el operador Sociedad de Comercialización y de Eventos WHOLEBUSINESS DEL ECUADOR S.A., no cumplen con el parámetro de apariencia de buen derecho, en virtud de que los hechos expuesto por el operador no guardan la verosimilitud suficiente para reunir los indicios razonables en apariencia a las conductas establecidas en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 de la LORCPM presuntamente realizadas por los denunciados. Adicionalmente, del análisis de la estructura del mercado, esta Intendencia identificó limitaciones en cuanto a la información que permita determinar indicios de un falseamiento al régimen de competencia, lo cual, reitera el no cumplimiento de apariencia de buen derecho.*

- *En relación al segundo requisito para la adopción de medidas preventivas, es decir, del peligro en la demora, esta Intendencia, en virtud de que no identificó elementos razonables de apariencia de buen derecho, colige que, en el presente caso, no cabe proseguir con el análisis de este presupuesto.*

- *Con estas consideraciones, en virtud de que la solicitud de medidas preventivas realizada por el operador Sociedad de Comercialización y de Eventos WHOLEBUSINESS DEL ECUADOR. S.A., no cumplió con el presupuesto de apariencia de buen derecho, resulta irrelevante revisar la intensidad, necesidad y proporcionalidad, conforme lo establecen los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM.*

9. RECOMENDACIONES

Del análisis realizado, esta Intendencia recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, de momento, no adoptar medidas preventivas en contra de los operadores VITAFARMA CIA. LTDA., y PROVEFARMA S.A."

7. CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[24] La CRPI basará su decisión en las siguientes consideraciones:

7.1 Presupuestos para la adopción de medidas preventivas

[25] La CRPI ha adoptado en sus resoluciones dos presupuestos clásicos y fundamentales para la adopción de medidas preventivas:

7.1.1. Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris).

[26] La CRPI ha indicado reiteradamente, basándose en el trabajo de Calamandrei[4], que esté presupuesto se presenta cuando existe "*cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio del cual la administración no requerirá una demostración plena de veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero*."

[27] A través de indicios razonables el derecho controvertido debe obrar como verosímil. Por "indicio razonable" se debe entender todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, pueda generar una gran probabilidad de la existencia del derecho controvertido. Esto quiere decir que el derecho controvertido, *prima facie*, se debe desprender de elementos que obren en el expediente sin realizar análisis probatorios complejos, lo que sí debe hacerse al emitir la resolución final. Por lo tanto, el análisis que se debe hacer en estos casos no es de certeza, sino simplemente de apariencia de veracidad. En este sentido, al decretarse una medida cautelar no se está prejuzgando sino protegiendo un derecho que "podría" verse conculcado en extremo. Sobre esto la doctrina especializada ha dicho lo siguiente:

> "*Fumus boni iuris: en segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal estimará la pretensión del que solicita la medida cautelar. Como ha expuesto parte de la doctrina, para apreciar la existencia del fumus boni iuris «hace falta algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza».*
>
> *(…)*
>
> *… Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un principio de prueba, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal.*"[5]

---

[4] La CRPI en las Resoluciones mencionadas en el pie de página anterior, citando a Calamandrei, indica lo siguiente: *"Al respecto, Piero Calamandrei sostiene "(…) la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil (….). Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares. Ref: Buenos Aires 1996. Página 77."*

[5] FOLGUER CRESPO, Jaime y otros. *Las Normas de Defensa de la Competencia: Medidas Cautelares en su aplicación Judicial Directa*. Publicado en Derecho de la Competencia y los Jueces. Págs 254 a

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[28] En la doctrina nacional también se sigue la misma línea:

> "*fumus boni juris, (humo – apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y el interés público (…)".*[6]

[29] Una vez se pueda constatar la apariencia de buen derecho, se puede pasar a determinar el segundo presupuesto conocido por el peligro en la demora.

7.1.2 Peligro en la demora (Periculum in mora).

[30] Es el daño irreparable o de difícil reparación que se produciría o se incrementaría si la medida preventiva no fuera adoptada. El tiempo que transcurre entre la solicitud y la resolución final, de conformidad con la naturaleza del asunto, debe entrañar un riesgo real en la generación o ahondamiento del daño que se pretendería evitar con las medidas. Para evaluar la existencia del mencionado presupuesto, se debe atender a la finalidad de las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM: (i) preservar las condiciones de competencia afectadas; (ii) evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere; y (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

[31] Este presupuesto es fundamental para dictar las medidas preventivas y da razón de la propia existencia de las mismas, ya que se basa en la prevención y en la urgencia como dinamizadores de su adopción.[7]

7.2 Características de las medidas preventivas

[32] El artículo 62 de la LORCPM establece dos características que deben tener las medidas preventivas, a saber:

---

255. En https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf. Consultado el 16/02/2020.

6 Secaira Durango, Patricio. Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito – Ecuador 16 a 19 de noviembre de 2015. Pág. 212.

7 Sobre esto se puede ver: CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Págs. 40 a 43.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

7.1.1 Necesidad

[33] Las medidas preventivas deben ser la vía adecuada para evitar el daño, su ahondamiento, preservar las condiciones de competencia, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Deben dictarse si no existe otra medida que pudiere alcanzar dicha finalidad, es decir, si no se presenta otra alternativa eficaz de conformidad con la naturaleza del asunto.

7.1.2 Proporcionalidad

[34] Las medidas preventivas deben adoptarse teniendo en cuenta la importancia, la naturaleza, la intensidad y el grado de los intereses que se pretenden precautelar. No pueden ser excesivas o generar perjuicios injustificados al administrado. En pocas palabras, debe existir un adecuando balanceo entre la medida a imponer y el perjuicio que se pretende evitar. En este sentido, el inciso 3 del artículo 73 del RLORCPM prevé que: "*No se podrán dictar medidas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales*".[8]

7.3 Análisis de la adopción de las medidas preventivas en el caso concreto

7.3.1 Existencia de la apariencia de buen derecho

7.3.1.1 Escrito de denuncia en la que se solicita las medidas preventivas

[35] El operador económico WHOLEBUSINESS, sustentó la existencia de buen derecho así:

> *"(…) el denunciado publicita el producto como "Endulzante con Stevia de origen natural". Anuncia que es elaborado "A base del extracto de hojas de Stevia Rebaudiana" - endulzante natural- y asevera que "no contiene endulzantes sintéticos"; cuando en realidad, como quedará demostrado en esta denuncia, su principio activo es la Sucralosa, endulzante sintético de origen artificial que provee el dulzor al producto que es promocionado como de origen natural. Esto quiere decir, que el ingrediente principal del producto de Vitafarma y responsable del efecto de dulzor deseado es la Sucralosa y no la Stevia como se publicita en sus empaques e información comercial.*
>
> *(…) mi representada solicitó que se realice un análisis químico de laboratorio en un lote de producción 870422 del producto "Vita Sweet Stevia" más diseño de 100 g más 50% gratis, elaborado el 02/05/2022. Este informe fue refrendado por el laboratorio lntertek de Lima, Perú. El resultado de este análisis se adjunta a esta denuncia y demuestra que la composición y características del producto "VITA SWEET STEVIA" más diseño, tiene como principio activo la Sucralosa.*

[8] Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

(...) solicitamos que se realicen otros varios análisis químicos de laboratorio del producto "VITA SWEET STEVIA" más diseño en el Laboratorio Guijarro Lassa ubicado en la ciudad de Quito, que está acreditado por el Ministerio de Salud y por ARCSA. En cumplimento a este pedido se analizaron 3 lotes de fabricación adicionales de Vita Sweet Stevia en polvo, un lote de Vita Sweet Stevia Liquida y un lote de endulzante Fybeca Stevia. Los resultados de estos análisis confirmaron el primer análisis realizado en el exterior, pues el resultado obtenido en todos ellos demuestra técnicamente que "VITA SWEET STEVIA" más diseño, es UN PRODUCTO ELABORADO CON SUCRALOSA"

7.3.1.2 Informe de la INICPD

[36] Sobre la existencia de apariencia de buen derecho la INICPD indicó lo siguiente:

"(...)

Es necesario dejar constancia que, el solicitante en su denuncia no justificó o hizo referencia expresa al parámetro de apariencia de buen derecho por cada uno de los operadores económicos denunciados, sino que realizó una exposición general de cómo las presuntas conductas imputadas contrariarían la LORCPM, por consiguiente, este Órgano de investigación procederá a considerar los argumentos expuestos en la denuncia y que guardan relación con la presunta participación de cada operador económico.

(...)

En conclusión, esta Intendencia considera que no existe, en este momento, apariencia de buen derecho para recomendar la adopción de medidas preventivas respecto del producto Stevia Fybeca.

(...)

Este órgano de investigación en virtud de que no identificó el requisito de apariencia de buen derecho en cuanto a los hechos imputados a los operadores VITAFARMA Y PROVEFARMA, encuentra improcedente e inoficioso el análisis del elemento de peligro en la demora, en virtud de que si no se cumple uno de los dos requisitos, no cabe proseguir con la evaluación de los demás presupuestos referidos en la doctrina y los precedentes institucionales, en tal sentido, esta Intendencia considera intrascendente referirse respecto al peligro en la demora."

7.1.2.3 Escrito de observaciones al Informe de Medidas Preventivas

[37] Con escrito de 24 de febrero de 2023, trámite signado con Id. 265926, el operador económico WHOLEBUSINESS presentó sus observaciones al Informe de la INICPD; en lo principal se establece lo siguiente:

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

"En el informe elaborado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se está dando prioridad al criterio económico de VITAFARMA CIA LTDA por sobre el bienestar general de los consumidores y la protección de su salud y vida, lo que es errado. La participación en el mercado por métodos desleales no puede solaparse a pretexto de una posible afectación económica que representa el retiro de los productos denunciados, en desmedro del proveedor desleal. Mucho menos, se puede imponer la carga económica a las víctimas de la deslealtad, soslayando el riesgo de afectación contra la víctima directa: el consumidor o usuario por proteger un interés económico, sin debida motivación.

Si la Intendencia entiende que los resultados de los análisis sobre los productos "Vita Sweet Stevia" presentan indicios de que el principio activo es Sucralosa y no STEVIA, la Comisión no puede desconocer estas presunciones y debe actuar en forma inmediata frente a la amenaza de daño al bienestar general al consumidor. Esto es así, porque un operador económico no puede poner en el mercado un producto cuyas características se publicitan y comercializan con indicios graves, serios y concordantes de que el producto denunciado no contiene STEVIA sino SUCRALOSA. Con esta información, la Comisión por usted regida, no puede inclinar su decisión en función de los parámetros económicos de los operadores de mercado por sobre el bienestar general de los consumidores, pues esto sería alejarse del sentido y razón de ser de las medidas preventivas en desprotección de los consumidores y usuarios, su seguridad, salud y vida. En el caso de que exista duda en relación al alcance de los informes de laboratorio presentados y del informe médico de la doctora Orellana Paucar, esta autoridad debe aplicar el principio pro consumidor que incluye la protección a su bienestar general.

Por lo expuesto, procede el pedido de las medidas preventivas como forma de precautelar el bienestar general, la seguridad, salud y vida de los consumidores. Caso contrario, dejaría en indefensión a los consumidores; y, lo que es más grave, incurriría en una acción por omisión que puede derivar en la afectación presente o futura de la seguridad, salud y vida de los consumidores, quienes CONSUMEN SUCRALOSA SIN SABERLO Y SIN TOMAR LOS CUIDADOS QUE EL CASO REQUIERE.

Si esta Comisión, luego de conocer el contenido del informe de la Intendencia y valorar en su conjunto las pruebas documentales aportadas al expediente, no observa la incoherencia motivacional que contiene su parte motiva entre sí, y de esta con la conclusión de su recomendación, estaría asumiendo una posición contraria a la protección del bienestar general de los consumidores, que están expuesto a un riesgo ilícito frente a una conducta desleal agravada.

Evidentemente, con el retiro del producto Stevia marca Fybeca, PROVEFARMA

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

S.A. también reconoce su condición de garante de los intereses jurídicos de los consumidores y, con su decisión, está precautelando el interés jurídico protegido de sus clientes, impidiendo exponerlos a riesgos innecesarios, no autorizados por la ley. Entonces, esta Comisión debe actuar en consonancia con el principio de realidad y verdad procesal y disponer el retiro del producto "Vita Sweet Stevia" del mercado, porque puede llegar a ser peligroso para la salud y vida de los consumidores. De no hacerlo, ante una eventual vulneración a un bien jurídico protegido por consumo del producto "Vita Sweet Stevia", esta Comisión, por omisión, podría ser responsable de los posibles daños causados al consumidor, al haber tenido la oportunidad de evitarlo, y pudiendo hacerlo, no lo hizo."

7.1.2.4 Análisis de la CRPI

[38] El artículo 5 de la LORCPM establece lo siguiente:

> ***"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."*

[39] El artículo 26 de la LORCP establece lo siguiente:

> ***"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."*

[40] De una lectura conjunta de las dos normas encontraríamos que, para que una conducta desleal sea sancionada, se deben cumplir los siguientes requisitos:

(i) Existencia del acto o práctica desleal.

(ii) Que dicho acto o práctica desleal ponga en riesgo a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios, en el marco del mercado relevante pertinente.

[41] La INICPD identificó, de manera preliminar, el mercado relevante así:

> *"Le corresponde a esta Autoridad analizar la estructura del mercado en el que estarían compitiendo los productos objeto de investigación, identificados, en primera instancia, como edulcorantes no calóricos.*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

A priori, esta Intendencia considera relevante mencionar que desde el punto de vista económico, los edulcorantes no calóricos constituyen un mercado en expansión en el país, en especial, los elaborados a base de productos naturales, motivado, en lo principal, por la adopción de cambios en el estilo de vida de la población.

Ahora bien, con relación al producto objeto de investigación un edulcorante es un aditivo utilizado para endulzar alimentos que, incluso, tiene mayor efecto en el dulzor que del azúcar, pero que usualmente tiene menos energía , en este sentido, pueden ser utilizados como edulcorantes de mesa o para endulzar alimentos como confites, productos de panadería o bebidas (uso industrial). En relación con lo anterior, debido a las presentaciones en las que se comercializan los productos objeto de investigación (sobres y gotas), esta Intendencia considera que en el presente caso procedería analizar el mercado de los edulcorantes cuando son utilizados como edulcorantes de mesa.

(…) con base en información secundaria, la INICPD conoció que en el mercado existirían al alrededor de 26 marcas de edulcorantes (…)

(...) No obstante, debido a que la información con la que se cuenta hasta el momento en el presente expediente es de carácter general, esta Intendencia considera relevante mencionar que para una determinación precisa de las participaciones y por lo tanto, de la capacidad que tiene un operador para generar un falseamiento al régimen de competencia es necesario analizar la participación dentro de un mercado relevante, análisis que correspondería realizarse en una eventual etapa de investigación."

[42] Por la información obrante en el expediente, la CRPI considera que la delimitación preliminar del mercado relevante que realizó la INICPD es adecuada en este momento en consideración de la información disponible. Sin embargo, la propia Intendencia ha establecido que para una determinación precisa del mercado relevante, este análisis correspondería realizarse en una eventual etapa de investigación.

[43] Por tal razón, al analizar el requisito de la apariencia de buen derecho se debe establecer, además de la probable existencia del acto de competencia desleal, si de los indicios que obran en el expediente se podría desprender claramente una posible afectación al mercado relevante indicado, lo que implicaría un riesgo a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o a los derechos de los consumidores y usuarios.

[44] El denunciante soporta su denuncia indicando lo siguiente:

(i) El operador económico VITAFARMA produce, oferta, distribuye, publicita y vende el producto "Vita Sweet Stevia" más diseño en presentaciones en sobres que contienen polvo sólido y en presentación líquida.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

(ii) El operador económico PROVEFARMA mantiene un contrato de maquila o de encargo de fabricación con la empresa Corporación GPF para la elaboración del producto que se vende bajo la marca propia: Fybeca Stevia.

(iii) Los denunciados comercializan los productos Vita Sweet Stevia y Fybeca Stevia que estarían elaborados con Sucralosa que es un edulcorante de origen sintético, y sus presentaciones inducirían a engaño al público consumidor al señalar que es un endulzante producido con "Stevia de origen natural", hecho que no se comunica al consumidor afectando así su bienestar e interés general.

[45] Una vez analizados los escritos del operador económico que contiene elementos relacionados con su solicitud de medidas preventivas, así como, del Informe de la INICPD, la CRPI encuentra los siguientes indicios relevantes:

(i) Los empaques de los productos Vita Sweet Stevia y Fybeca Stevia producidos por los denunciados:

(ii) Los informes de laboratorio adjuntados a la denuncia, al respecto, si bien el denunciante afirma que los informes constantes en los anexos 2, 3 y 5 declaran la presencia de Sucralosa en varios lotes del producto "Vita Sweet Stevia", los cuales según consta en leyenda "*se prohíbe su reproducción parcial, sin permiso por escrito del laboratorio".*

(iii) El Acta de Diligencia de Constatación Notarial realizada el 18 de noviembre de 2022 (constante en el Anexo 6, de la denuncia), en dicha diligencia se adquirieron dos productos, conforme se transcribe a continuación:

(…) siendo las once horas y quince minutos (11:15), me constituí en las instalaciones de Fybeca el Batán, ubicado en la avenida Seis de diciembre e Irlanda, donde se adquirió una caja del producto Stevia marca Fybeca del lote cero seis cinco siete

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

dos dos (065722) elaborado el seis (06) de agosto de dos mil veintidós (2022), por la empresa Vitafarma Ecuador Cia. Ltda. para PROVEFARMA S.A.; siendo las doce horas veintidós minutos (12:22) me constituí en el Hipermecado el Coral, ubicado en la Avenida Diez de Agosto, sector la Y, donde se adquirió una caja del producto Vita Sweet Stevia, correspondiente al lote número uno uno tres cero cuatro dos dos (1130422) de seis de junio de dos mil veinte y dos (2022), elaborado por la empresa Vitafarma Ecuador Cia. Ltda.; y, siendo las doce horas y cuarenta ocho minutos (12:48), en el Laboratorio Guijarro LASA ubicado en la calle Juan Ignacio Pareja Oe cinco guion Simón Cárdenas, procedí a entregar a la señora Gabriela Guijarro los productos adquiridos en la Fybeca del Batán y el Hipermercado El Coral, conforme consta de las fotos que se adjunta como habilitantes".

(iv) Los informes constantes en el anexo 3 se refieren a los resultados obtenidos del producto aludido el acta de Diligencia de Constatación Notarial realizada el 18 de noviembre de 2022 perteneciente al lote 1130422 de Vita Sweet Stevia, mientras que de los otros dos productos (correspondientes a los analizados en los informes constantes en los anexos 2 y 5), no se tiene una constancia fidedigna de cómo y bajo qué condiciones fueron entregados al Laboratorio LASA, por lo que, este es un punto que debe ser debidamente corroborado en una eventual etapa de investigación.

(v) Los informes de laboratorio contenidos en el anexo 4 de su denuncia, "Informes de Resultados del LABORATORIO LASA, correspondientes al examen del lote 065722 del producto "Endulzante con Stevia de origen natural sin calorías Fybeca100 gramos "presentación en polvo", debido a la complejidad técnica de los informes deberán ser analizados en una eventual etapa de investigación.

(vi) El escrito presentado por el denunciante de observaciones al informe No. SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, de 16 de febrero de 2023, el operador señaló:

> *"El hecho de que PROVEFARMA S.A. retire del mercado su STEVIA marca FYBECA, constituye un acto de aceptación tácita a mi denuncia. También significa que hay un reconocimiento de que su producto estaba elaborado por SUCRALOSA de la misma manera como lo está el producto "Vita Sweet Stevia". A esto, hay que indicar que VITAFARMA ECUADOR CIA. LTDA. es el proveedor de STEVIA marca FYBECA, de titularidad de PROVEFARMA S.A."*

(vii) Al analizar la estructura del mercado, la INICPD encontró que: en el caso de los operadores económicos investigados, sus participaciones serían de 2% para PORVEFARMA y de 0, 08% para VITAFARMA.

(viii) Además la INICPD ha concluido que el operador económico denunciante no ha brindado argumentos razonables de apariencia de buen derecho en torno a los requisitos de la existencia de una ventaja competitiva y prevalencia en el mercado relacionados a una infracción de violación de norma y considera que las medidas preventivas enfocadas al retiro y decomiso de la mercadería de cualquier tipo de

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

envase de los productos “Vita Sweet Stevia” y “Stevia Fybeca” de todos los autoservicios y tiendas del país podrían provocar un daño mayor a los denunciados, al representar importantes componentes de su cartera total de productos que podría ocasionar la salida del mercado de un competidor.

[46] El análisis de la existencia de apariencia de buen derecho se fundamenta en dos elementos complementarios: a) la probable existencia del acto de competencia desleal, y b) si de los indicios que obran en el expediente se podría desprender claramente una probable afectación al mercado relevante.

[47] En este sentido, es en el proceso de investigación en donde se podrán determinar todas las circunstancias y parámetros señalados en el presente análisis. Es importante recalcar que al momento no existen indicios razonables para establecer la apariencia de buen derecho en el presente caso. Esto porque, a pesar de que constan informes de laboratorio en los que se señalan que los componentes de los productos no serían los señalados en sus envases, tampoco queda totalmente definida la fiabilidad de sus resultados al no haberse clarificado la metodología utilizada en cuanto a la cadena de custodia de los productos. Habría que esperar una investigación más exhaustiva para poder tener conclusiones determinantes al respecto. Si se basara esta Comisión en análisis que no han sido totalmente determinantes para señalar la existencia a priori de conductas de engaño, estaría cometiendo una arbitrariedad al no poder justificar la proporcionalidad de medidas cautelares como las que pretende el operador económico denunciante, tomando en consideración, además, la determinación preliminar del mercado relevante realizado por la Intendencia.

[48] Cabe hacer una referencia expresa a lo señalado por el operador económico WHOLEBUSINESS respecto a que sobre este órgano de resolución caería la responsabilidad sobre consecuencias de orden sanitario al no ordenar las medidas preventivas que han sido requeridas. Es necesario recordarle a este operador económico que las competencias de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y de sus órganos no tienen un alcance hacia determinar afectaciones o potenciales daños a la salud pública por el consumo de determinado producto. No puede, por tanto, sin cometer ilegalidades, pronunciarse sobre el supuesto perjuicio de productos comercializados a la salud de los consumidores. Esta Comisión, por tanto, debe limitarse al análisis de afectaciones al mercado y a la competencia y, en el presente caso, de las justificaciones jurídicas para ordenar o no medidas preventivas como antesala de una investigación por el cometimiento de presuntas infracciones a la Ley.

[49] Parecería que la compañía denunciante extendería una responsabilidad inexistente hacia este órgano de resolución con base en un supuesto perjuicio del componente sucralosa en los productos que han sido señalados. No consta en el expediente elementos que permitan determinar que ese componente sintético pueda tener afectaciones a la salud en su consumo.

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

[50] De una revisión preliminar básica se puede más bien determinar que la ARCSA, autoridad de regulación y control sanitario en el Ecuador, ha emitido normativa técnica sobre el uso de ese componente, precisamente en el campo de los edulcorantes como alternativa al azúcar. Se entendería, por tanto, que, en principio, no reviste *per se* que su consumo provoque afectación a la salud[9] criterio que es compartido por entidades de control internacional respecto de la seguridad de su uso en la alimentación humana[10].

[51] Por lo que, si el operador económico denunciante considera que la sucralosa es un aditivo alimentario pernicioso a la salud humana que no pueda ser comercializada en el mercado ecuatoriano deberá impulsar las acciones que correspondan para que el órgano técnico correspondiente actúe en el marco de sus facultades legales.

[52] Por otra parte, del informe técnico de Adriana Orellana – Paucar es posible observar que las cantidades autorizadas por entidades de regulación internacional tanto para el uso de stevia como de sucralosa es similar (4m/kg/día vs 5m/kg/día, respectivamente)[11], por lo que en principio la utilización de un producto en sustitución de otros no parecería que conllevaré por si mismo a un uso fuera de los límites recomendados.

[53] En adición, resulta especialmente significativo la conclusión final del indicado informe que señala *"la evidencia científica discutida da cuenta de la seguridad del uso de estevia como edulcorante de uso prolongado y genera una alerta sanitaria en la prescripción y consumo crónico de sucralosa"*, lo que parecería que debe ser puesto en conocimiento de la autoridad de control sanitario para su revisión[12], no obstante, en cuanto lo que atañe a la presente solicitud de medida preventivas ni en dicho informe, ni en los escritos presentados se explica que se entiende

---

[9] a) Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN-CODEX 192:2013, Norma General del Códex Para los Aditivos Alimentarios (MOD) https://docs.bvsalud.org/leisref/2018/03/290/alcohol-192-codex-unido.pdf , b) Norma General Para los Aditivos Alimentarios (CODEX STAN 192-1995, IDT) https://www.normalizacion.gob.ec/buzon/normas/nte_inen-codex_192.pdf

[10] https://www.fda.gov/food/food-additives-petitions/additional-information-about-high-intensity-sweeteners-permitted-use-food-united-states,

[11] Página 3 del informe ¿Por qué es seguro consumir stevia vs sucralosa?

[12] Sin perjuicio es necesario resaltar la siguiente revision general de las autorizaciones internacionales en el uso de sucralosa: Sucralose Non-Carcinogenicity: A Review of the Scientific and Regulatory Rationale, por Colin Berry, a David Brusick, b Samuel M. Cohen, c Jerry F. Hardisty, d V. Lee Grotz, e , * and Gary M. Williams f https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5152540/ :

> *"Las autoridades reguladoras internacionales consideran las características fisicoquímicas; perfiles toxicológicos y bioquímicos, y resultados de pruebas de carcinogenicidad; y pruebas adicionales específicas (por ejemplo, alergia, funcionamiento cognitivo) según sea necesario en su evaluación de riesgos de una sustancia destinada al consumo humano y su decisión de aprobar o prohibir la sustancia. Este tipo de evaluación de riesgos rigurosa dio como resultado que la FDA de los EE. UU. y muchas otras autoridades/agencias reguladoras prominentes de otros países permitieran el uso de la sucralosa, incluido el Comité de Expertos en Aditivos Alimentarios de la Organización Conjunta para la Alimentación y la Agricultura y la Organización Mundial de la Salud (FAO/OMS). , Health Canada, el Ministerio de Salud y Bienestar de Japón, el Comité Científico sobre Alimentos, la Unión Europea y las Normas Alimentarias de Australia y Nueva Zelanda (53–55,104–108)".*

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

por un "uso crónico de la sucralosa" y cómo mediante la supuesta conducta anticompetitiva denunciada se desembocaría en un uso crónico de dicho edulcorante.

[54] En este orden de ideas, la denuncia está encaminada a señalar posibles actos de engaño en la publicidad de productos, no es menos cierto que esto deberá ser determinado en una investigación por parte de la Intendencia. Esta denuncia a ser investigada no puede sostener un argumento de afectación a la salud en los términos que señala el operador económico denunciante. Es decir, el acto de engaño, de existir, no causaría en principio directamente afectaciones a la salud. Por esto, no es posible aceptar como argumento de sustento de justificación para la imposición de medidas preventivas, consecuencias en la salud pública a partir de un acto de engaño.

[55] En este momento, sin más elementos necesarios para un análisis de afectación al interés general o al de los consumidores, ni, en principio, una afectación al mercado, no es posible que se ordenen medidas preventivas.

[56] En consecuencia, el hecho de que la INICPD haya calificado la denuncia e iniciado la investigación, no es un sustento adecuado del requisito de apariencia de buen derecho. La Intendencia debe investigar la conducta y recabar la información pertinente, pero lo cierto procesalmente hablando, es que no se encuentran los indicios necesarios que soporten la imposición de medidas preventivas.

7.3.2 Peligro en la demora y análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas.

[57] Teniendo en cuenta que no se pudo establecer la existencia del *fumus boni iuris*, la CRPI considera que no es necesario continuar con el análisis de la existencia del *periculum in mora*, ni realizar el análisis respecto de los demás requisitos para la adopción de las medidas preventivas.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al presente expediente lo siguiente:

(i) El escrito presentado por el operador económico WHOLEBUSINESS de 24 de febrero de 2023, a las 13h02, signado con Id. 265925.
(ii) El escrito presentado por el operador económico WHOLEBUSINESS de 24 de febrero de 202, a las 14h14, signado con Id. 265926.

SEGUNDO.- RECHAZAR la solicitud de medidas preventivas presentada por el operador económico **WHOLEBUSINESS DEL ECUADOR. S.A.**

TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución a los operadores **WHOLEBUSINESS DEL ECUADOR. S.A., VITAFARMA ECUADOR CIA. LTDA, PROVEFARMA S.A.,** así

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador

como así como a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de la SCPM.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI

Firmado digitalmente por PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI
DN: CN=PABLO RENE CARRASCO TORRONTEGUI, SERIALNUMBER=090621111646, OU=ENTIDAD DE CERTIFICACION DE INFORMACION, O=SECURITY DATA S.A. 2, C=EC
Razón: Soy el autor de este documento
Ubicación:
Fecha: 2023.03.03 11:57:09-05'00'
Foxit PDF Reader Versión: 12.0.1

Pablo Carrasco Torrontegui
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
CARL MARTIN PFISTERMEISTER MORA
Razón: Resolución expediente SCPM-CRPI-003-2023
Localización: Quito - Ecuador
Fecha: 2023-03-03T13:51:08.057846-05:00

Carl Pfistermeister Mora
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

Edison Toro Calderón
PRESIDENTE

Av. de los Shyris N44-93 y Rio Coca Edificio Ocaña
Telf. (593) 23956 010
www.scpm.gob.ec
Quito-Ecuador