



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-003-2023

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 10 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 7 de marzo de 2023, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Verónica Vaca Cifuentes como secretaria Ad-hoc de la CRPI.
- [4] La Resolución de 3 de marzo de 2023, dictada a las 11h36, por la que la Comisión de Resolución de Primera Instancia resolvió la solicitud de medidas preventivas presentada por el operador económico WHOLEBUSINESS DEL ECUADOR. S.A. (en adelante WHOLEBUSINESS).
- [5] El escrito presentado por el operador económico WHOLEBUSINESS el 7 de marzo de 2023, a las 14H47, signado con número de ID 266713, contentivo de la petición de ampliación y aclaración de la Resolución referida en el punto anterior.
- [6] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:



- [7] El artículo 133 del Código Orgánico Administrativo, COA, dispone que, en su parte pertinente, lo siguiente:

“Art. 133.- Aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. Los órganos administrativos no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.

Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días.

(...)”

- [8] El operador económico WHOLEBUSINESS, dentro del término señalado en la norma transcrita ha presentado una petición de ampliación y aclaración de la Resolución de 3 de marzo de 2023 emitida por la CRPI, en los siguientes términos:

Respecto de la resolución de 3 de marzo de 2023, notificada por vía electrónico, se observa que la Comisión analiza únicamente la medida de retiro de mercadería, pero no la de rectificación de la publicidad del producto denunciado “Vita Sweet Stevia”, más diseño. Esto a pesar de que en la petición realizada por mi representada se solicite:

a) 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 expendan bajo la marca propia “Stevia FYBECA” elaborado por el denunciado, de todos los autoservicios y tiendas del país;

b) La rectificación de la publicidad realizada por cualquier medio, así como la de las cajas y presentaciones de los productos, por el riesgo que puede representar el consumo de sucralosa sin conocimiento de su contenido

Por ello, solicito a los señores Comisionados, se pronuncien sobre la rectificación de la publicidad realizada por cualquier medio del producto denunciado “Vita Sweet Stevia” más diseño. Hago notar que al momento, no procede ninguna medida preventiva respecto del producto “Stevia Fybeca”, más diseño, toda vez que Provefarma, por decisión voluntaria lo retiro del mercado, conforme se indicó en la contestación al traslado del informe de medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, de 16 de febrero de 2023.



Por lo expuesto, y por encontrarme dentro del término legal para hacerlo, al amparo de los que dispone el artículo 49 del Instructivo de Gestión Procesal, solicito que amplíe su resolución en relación a la falta de pronunciamiento de la rectificación de la publicidad del producto *"Vita Sweet Stevia" más diseño*, al tratarse de un comportamiento positivo en beneficio de los consumidores, conforme prevé el artículo 62 de la LORCPM y el literal d) del artículo 73 del Reglamento a la ley.

De otro lado solicito se sirva aclarar la resolución de 3 de marzo de 2023, en lo siguiente:

1. Solicito se sirva señalar por qué su Autoridad en el párrafo 51 de la Resolución señala que hemos afirmado que el uso de *"sucralosa es pernicioso para la salud humana, que no puede ser comercializado en el mercado ecuatoriano"*, cuando dentro de la denuncia hemos manifestado que el denunciado promociona, comercializa y expende al consumidor en

los diferentes canales de comercialización el producto denunciado *"Vita Sweet Stevia" más diseño*, en presentaciones sólidas y líquidas ofreciendo un producto elaborado con Stevia, cuando su principio activo, esto es el ingrediente encargado de darle dulzor al producto es la Sucralosa, conforme consta del análisis químico del Laboratorio Lasa de los productos obtenidos en percha en diferentes locales comerciales de la ciudad de Quito. No hemos manifestado que el uso de sucralosa es dañino "per se", sino que se venda bajo engaño el producto denunciado y por ello, el riesgo a la salud del consumidor deviene del desconocimiento de que el producto denunciado tenga como principio activo o ingrediente principal, a la Sucralosa y no a la Stevia.

No es lo mismo decir que el consumidor está siendo engañado porque se le ofrece un producto natural de Stevia y realmente recibe un producto artificial elaborado con Sucralosa. Esto no significa que el consumo de sucralosa sea peligrosa *per se*, o pernicioso para la salud. Sin embargo, el consumidor si tiene derecho a elegir con conocimiento de causa lo que es de su interés consumir.

[9] Para dar respuesta a este requerimiento, la CRPI lo hace con los siguientes razonamientos:

1. El análisis que este órgano de resolución hiciera sobre la pertinencia, necesidad y proporcionalidad de las medidas preventivas solicitadas por el operador económico en escrito de denuncia de 6 de enero de 2023 comprende la integralidad de lo solicitado. Es decir, cuando la CRPI concluye que no se ha encontrado un sustento adecuado del requisito de apariencia de buen derecho, a pesar de que la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, INICPD, haya calificado la denuncia e iniciado la investigación, lo hace en función de todas las medidas preventivas solicitadas por el operador económico denunciante.
2. Se ratifica, por tanto, que ni para 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” ni para la “rectificación de la publicidad realizada por cualquier medio, así como de las cajas y presentaciones de los productos”, medidas que fueran las solicitadas por el operador económico resulta válidos los elementos que hasta ahora constan en el expediente para fundamentar la imposición de estas medidas preventivas.

3. La conclusión señalada se fundamenta en que la CRPI, en la Resolución que ahora es aclarada, considera –como fuera expresado en los párrafos [46] y [47] del acto administrativo referido- que, objetivamente, con fundamento en los elementos puestos en conocimiento mediante el informe de la INICPD, no se tienen justificaciones fácticas o jurídicas que permitan constatar la probable existencia del acto de competencia desleal, y si, de los indicios que obran en el expediente, se podría desprender claramente una probable afectación al mercado relevante.
4. Para la CRPI, al margen de las medidas preventivas solicitadas que no proceden, lo que sustenta su decisión es que dentro del proceso de investigación que se adelanta se deberá determinar los elementos de los que ahora carece el caso. Por tanto, si no existe plausibilidad en los elementos que permitan confirmar el requisito de apariencia de buen derecho en el supuesto acto de engaño como práctica desleal, resulta improcedente lo imposición de cualquier medida preventiva, incluyendo la que según el escrito de aclaración del operador económico WHOLEBUSINESS no ha sido analizado y referido en el acto administrativo que negó la imposición de medidas preventivas.
5. En este sentido, la CRPI se ratifica en lo que fuera expresado en la Resolución de 3 de marzo de 2023 respecto a que “[s]i 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” [énfasis fuera de texto]¹.
6. De otra parte, el operador económico WHOLEBUSINESS solicita que se aclare la mención hecha en la Resolución sobre el análisis de los efectos en la salud del componente *sucralosa*. Manifiesta que nunca se ha referido a que ese elemento contenido en los productos señalados en la denuncia sean *per se* dañinos a la salud. Que más bien lo que se indicaba es que se estaría engañando a los consumidores sobre lo que en realidad se está consumiendo.
7. Al respecto, la CRPI realizó todo el análisis respecto a las posibles consecuencias de la *sucralosa* en la salud de los consumidores, que consta desde el párrafo [48] en adelante, motivado en lo que el operador económico refiriera en su escrito que dio contestación al traslado del informe SCPM-IGT-INICPD-2023-004-I, de 16 de febrero de 2023, de la INICPD. En este escrito se menciona, en varios apartados, la relación de la imposición de medidas preventivas con evitar daños a la seguridad, salud y vida de los consumidores: A manera de ejemplo, se dice:



“(...)

Es decir, existen indicios graves, concretos y ciertos que evidencian la necesidad de adoptar la medida preventiva de retiro del producto Vita Sweet Stevia, para no arriesgar el bienestar general de los consumidores (SIC) y usuarios, que incluye su seguridad, salud y vida. Si existen estos graves indicios, que no son refutables, no puede concluirse inmotivadamente que no procede las medidas cautelares de retiro de los productos denunciados. Hacerlo constituye un error motivacional por incoherencia.

(...)

Los riesgos a la integridad, salud y vida del consumidor señalado anteriormente, constan relatados y analizados en el informe de la doctora Orellana Paucar que no ha sido observado por la Intendencia de Investigación y Control de Prácticas Desleales. A pesar de esa omisión, esta Autoridad debe considerar la explicación provista por la Dra. Orellana Paucar antes de decidir la resolución de las medidas preventivas solicitada, que no tiene otro interés que el proteger el bienestar general de los consumidores y usuarios que incluye su seguridad, salud y vida. No puede permitirse poner en riesgo a ningún consumidor y menos en beneficio de operadores económicos que pueden incurrir en conductas desleales agravadas.

(...)

El engaño de VITAFARMA ECUADOR CIA LTDA sobre las características del producto y su falta de retiro del mercado, pone en riesgo la vida y salud de los consumidores, cuyo interés debe ser protegido ante el mínimo indicio de peligro a sus intereses legalmente tutelados por el Derecho. Por consiguiente, deben observarse los pronunciamientos técnicos que demuestran que el producto Vita Sweet Stevia tiene Sucralosa en porcentajes muy superiores, que hacen que este producto sintético sea su principio activo.

(...)

Por tanto, si el producto de la compañía PROVEFARMA S.A., que tiene el mismo principio activo de “Vita Sweet Stevia” fue retirado del mercado voluntariamente por su propietario, ¿cómo la autoridad competente no va a dictar una medida preventiva de retiro del mercado de un producto que adolece de los mismos problemas que el producto “Vita Sweet Stevia”, conociendo y debiendo conocer el daño que su consumo puede causar a los consumidores?

(...)



El permitir que el producto “Vita Sweet Stevia” siga en el mercado, significará que actos de engaño contra el consumidor sobre los cuales existe graves indicios puedan afectar gravemente el bienestar general de los consumidores, su seguridad, salud y su vida. Ningún elemento económico, está por sobre la vida de uno solo de los consumidores ecuatorianos y menos de un grupo relevante de consumidores promedios que por medio de engaño inciden en su decisión económica de compra del producto denunciado.

(...)

Por esta misma razón, esta autoridad no puede desechar las medidas preventivas de retiro de los productos denunciados, porque su omisión o retardo en la toma de éstas medidas permitiría al presunto infractor que siga beneficiándose ilegítimamente de la conducta desleal y antijurídica, a costa de la seguridad, salud o vida de los consumidores.

(...)

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 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.

(...)”

8. Al haber sido mencionada varias veces la posibilidad de que el elemento que configuraría el presunto acto de engaño pueda causar daños a la salud, la CRPI consideró necesario plantear los argumentos de respuesta ante estas alegaciones del operador económico.



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

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al presente expediente lo siguiente el escrito presentado por el operador económico WHOLEBUSINESS de 7 de marzo de 2023, a las 14h47, signado con Id. 266713.

SEGUNDO.- ACLARAR y ampliar, la Resolución de 3 de marzo de 2023, a las 11h36, dictada por esta Comisión en los términos que quedan señalados en la parte motiva de la presente Resolución.

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

Carl Pfistermeister Mora
COMISIONADO

Édison Toro Calderón
PRESIDENTE

ⁱ Párrafo [47] de la Resolución de 3 de marzo de 2023, dictada por la CRPI dentro del expediente SCPM-CRPI-003-2023.