Guía de análisis para determinar el **falseamiento al régimen de competencia** por el cometimiento de las **conductas desleales** contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

2023

Contenido

1. Introducción 3
2. Elementos constitutivos de una conducta desleal 4
3. Falseamiento al régimen de competencia: Perspectiva de la agencia de competencia ecuatoriana 5
4. Pronunciamientos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el ámbito de competencia desleal 9
5. Falseamiento al régimen de competencia: Perspectiva de agencias pares 30
6. Reflexiones técnicas 39
7. Bibliografía 40

Glosario

CRPI	Comisión de Resolución de Primera Instancia
CNC	Consejo Nacional de Competencia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
INICPD	Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales
LORCPM	Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
SCPM	Superintendencia de Control del Poder de Mercado /Superintendente de Control del Poder de Mercado

1. Introducción

La Guía pretende explicar la forma en que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) interpreta y determina el falseamiento al régimen de competencia por el cometimiento de conductas desleales, conforme establece el inciso primero del artículo 26 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), la doctrina y los precedentes institucionales que se encuentran en firme.

Es necesario recalcar que este documento ha sido elaborado como complemento a la Guía de Aplicación de Conductas Desleales, contenidas en la LORCPM[1], por lo que, para una mejor comprensión, se recomienda su lectura de manera conjunta.

Por otro lado, a pesar de que la Guía mantiene connotaciones técnicas propias de la materia, esta ha sido pensada y dirigida para la ciudadanía en general, con énfasis en los operadores económicos, economistas, abogados, empresarios, académicos y estudiantes, quienes a través de un lenguaje sencillo y con ejemplos prácticos, podrán aproximarse al criterio técnico que tiene la Agencia de competencia ecuatoriana, frente a comportamientos desleales que generen efectos anticompetitivos reales o potenciales en el mercado relevante determinado para el caso en concreto.

En adición, es importante contextualizar que, el objetivo de la Guía es brindar los lineamientos generales que han sido útiles para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al momento de emitir sus pronunciamientos técnicos económicos en el ámbito de conductas desleales, en observancia y cumplimiento de lo contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Está por demás señalar que, debido a su naturaleza, este documento no es vinculante para la administración, ya que el análisis del falseamiento al régimen de competencia debe realizarse caso a caso, observando las particularidades de cada mercado relevante.

Dicho lo anterior, conviene señalar que la Guía abordará los siguientes temas: elementos constitutivos de una conducta desleal conforme la LORCPM; la aplicación sistemática de las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano para demostrar o descartar el falseamiento al régimen de competencia; los casos prácticos y precedentes de competencia desleal expedidos por las distintas instancias de la SCPM; y finalmente, la revisión de la perspectiva internacional, en relación a la forma en que otras agencias pares han establecido el falseamiento al régimen de competencia.

[1] Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la LORCPM. Obtenido de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf

2. Elementos constitutivos de una conducta desleal

Conforme fue abordado en la primera Guía de aplicación, las conductas de competencia desleal se encuentran definidas en los artículos 25, 26, 27 de la LORCPM, en concordancia con la tipificación como infracción del falseamiento al régimen de competencia por el cometimiento de conductas desleales contenida en el artículo 78 del mismo cuerpo legal.

En este contexto, para concluir que nos encontramos frente a conductas desleales debe considerarse lo siguiente:

- El artículo 25 de la LORCPM contempla la cláusula general que, entre otros, incluye la definición de deslealtad en el desarrollo de actividades económicas, el cual es de aplicación para aquellos actos o comportamientos que no se encuentran expresamente contemplados en el artículo 27 de LORCPM.

- El artículo 27 de la norma corresponde al listado (no taxativo) de conductas desleales, así como los elementos constitutivos para su configuración.

- El artículo 26 de la Ley dispone la prohibición de actos desleales en los términos de la Ley, es decir, respecto de aquellos que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. En otras palabras, la cláusula prohibitiva, delimita la competencia de la SCPM para aquellos casos en los que exista una afectación al orden público económico.

  Por otro lado, a partir de 17 de agosto de 2022, mediante una reforma legal[2], la cláusula prohibitiva fue extendida a los actos de competencia desleal que afecten o puedan afectar la generalidad de los consumidores o usuarios, independientemente de que dichos actos puedan falsear o no el régimen de competencia, lo que supondría un nuevo parámetro de análisis enfocado en la protección colectiva de los usuarios y consumidores.

[2] El artículo 26 fue reformado a partir de 17 de agosto de 2022, con la inclusión del siguiente inciso: "…**También se prohíben los actos de competencia desleal que afecten o puedan afectar** a los derechos de los usuarios y consumidores, **independientemente de que puedan o no falsear el régimen de competencia**, siempre y cuando se demuestre que son realizados de forma generalizada, o que tengan una afectación, masiva hacia los usuarios y consumidores. (Énfasis añadido)". (Reformado por la Disp. Reformatoria Primera de la Ley s/n, R.O. 128-2S, 17-VIII-2022).

- Finalmente, el artículo 78, tipifica como infracción grave, "…*c.* ***El falseamiento del régimen competencia mediante prácticas actos desleales*** *en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley…"* (Énfasis añadido)

En este punto es importante señalar que, transversal a los artículos antes referidos, la LORCPM establece la necesidad de determinar un mercado relevante conforme el artículo 5 *ibídem*. Por lo que, resulta indispensable que en cada caso que analice el ente de control defina el mercado producto y mercado geográfico en el que intervienen los operadores investigados.

En consecuencia, para que un comportamiento desleal sea objeto de sanción, no basta con demostrar la existencia del hecho o acto deshonesto, sino que además, se deben determinar los efectos anticompetitivos, sean estos reales o potenciales; o, por otro lado, se debe demostrar que los actos de competencia desleal afectan o pueden afectar de forma generalizada o masiva a los usuarios y consumidores, independientemente de que dichos actos falseen o no el régimen de competencia.

3. Falseamiento al régimen de competencia: Perspectiva de la agencia de competencia ecuatoriana

La finalidad o espíritu de la norma, en el ámbito de competencia desleal, consiste en investigar y sancionar aquellos *"comportamientos unilaterales de empresas que no tienen una posición dominante, pero que distorsionan gravemente la competencia en el mercado al no respetar los principios que rigen nuestro ordenamiento económico en materia concurrencial…"*[3].

El requisito del falseamiento de la competencia guarda relación directa con la afectación del interés público, que en definitiva se trata *"de un interés general de la sociedad en el correcto funcionamiento de los mecanismos de mercado".*[4]

De esta manera, el análisis del falseamiento a la libre competencia tiene como objetivo verificar si el cometimiento de prácticas desleales ha generado o puede generar efectos nocivos en el comportamiento y estructura del mercado.

A modo de referencia, el mercado podría verse afectado si por el cometimiento de una práctica desleal se restringe la entrada de nuevos oferentes, se excluye la competencia

[3] Gómez-Acebo & Pombo Abogados (2013) Notas de Competencia. El falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Madrid-España.

[4] Ibídem

actual, se afecta la igualdad de condiciones de los operadores económicos, se limita la libertad de elección de los consumidores, entre otros.

En este contexto, para que un acto o hecho deshonesto pueda falsear a la libre competencia, deberá considerarse, al menos, lo siguiente:

1. Que exista un acto de competencia desleal.
2. Que dicho acto restrinja o distorsione la libertad de competencia en el mercado determinado.
3. Que afecte el interés público.

En complemento, debe tenerse en cuenta que el análisis del falseamiento de la competencia varía dependiendo del caso de estudio, en algunas ocasiones se ha sustentado la existencia de una distorsión al mercado a través del análisis de las características del operador que incurre en la conducta, así como su capacidad de generar barreras al mercado; también se ha sustentado a través de la cuantificación o alcance de la práctica, valorado en términos monetarios o número de personas que recibieron el mensaje infractor, entre otras.

Además, en algunos casos se ha valorado el público afectado para aproximar la afectación al interés general ocasionado por el cometimiento de una práctica desleal.

En este sentido, con el objetivo técnico de dotar de certeza y previsibilidad al análisis del falseamiento del orden público económico, en el ámbito de competencia desleal, se ha propuesto considerar los siguientes aspectos, dependiendo de las características de cada caso:

- **Naturaleza de la conducta desleal desde la perspectiva del falseamiento a la competencia:** El análisis de la naturaleza de la conducta, la cual, mantiene relación con la determinación jurídica de un acto de competencia desleal, entendiéndose como los actos contrarios a la buena fe y costumbres honestas, contempla si el comportamiento del operador como consecuencia de la conducta tiene la capacidad de atentar contra el acceso de los mercados, la igualdad de condiciones de los operadores, y/o al principio de libre elección de los consumidores.

  Para el análisis de este punto es necesario determinar con anterioridad la estructura del mercado, y una caracterización del operador que estaría cometiendo la conducta, debido a que estos dos puntos permitirán establecer en qué medida el operador infractor podría distorsionar el mercado.

  Lo referido en el párrafo anterior permitirá posteriormente evaluar el efecto de las actuaciones del operador en el mercado. En complemento, se considera importante

no solo observar si el operador tiene una posible predominancia[5] o importancia en el mercado, también es necesario observar si el operador cuenta con posiciones privilegiadas en el sector (como posicionamientos de su marca, fidelización de los clientes, ser empresas públicas, empresas incubadoras, empresas catalogadas como grandes o en expansión, empresas respaldadas con capital extranjero, empresas que por largo tiempo permanecieron como únicas en el mercado, métodos de comercialización, entre otras), así como realizar análisis de indicadores de concentración que permitan evidenciar la estructura del mercado analizado durante la temporalidad de la conducta, y su contraste en relación a años anteriores o posteriores al comportamiento imputado como desleal, así como análisis de niveles de concentración, barreras de entrada, factores de sustitución, disponibilidad de bienes y servicios, etc.

- **Público afectado:** El estudio de las características de la población afectada permite determinar el grupo poblacional a quien se direcciona la conducta del operador infractor, en esencia se analiza el perfil del consumidor en el mercado específico, ya que el análisis de efectos reales o potenciales de una determinada conducta desleal en el mercado estará limitado o ceñido al grado de vulnerabilidad del consumidor.

  En este sentido, es importante anotar que entre mejor informado y poder de negociación tenga el consumidor en relación a un producto o servicio menor será su grado de vulnerabilidad frente a determinado comportamiento desleal; por el contrario, entre menos poder de negociación o peor informado se encuentra el consumidor medio es más probable que nos encontremos ante una población vulnerable a quienes un acto de competencia desleal podría coartar su real libertad de elección.

  Lo indicado sin perjuicio del análisis que tenga lugar con relación a las características propias del público objetivo de una conducta como pueden ser menores de edad, personas con discapacidad o dolencias, personas de la tercera edad, entre otras condiciones de especial vulnerabilidad.

- **Cuantificación de las afectaciones generadas por la práctica:** En aquellos casos en que ha sido posible la cualificación del alcance de las prácticas desleales, el análisis se ha enfocado en la magnitud de la estrategia desleal, medido como el perjuicio sufrido en concurrentes, consumidores y/o usuarios; y, por consiguiente, las repercusiones en el mercado.

[5] Condición de la persona o de la cosa que predomina o es superior, más abundante o frecuente. Larousse Editorial.

Para la cuantificación de la afectación generada por el cometimiento de las prácticas desleales se deberá considerar, en primer lugar, las características del producto o servicio afectado, y posteriormente el alcance de la práctica desleal medida a través de las siguientes variables: número de personas afectadas o potencialmente afectadas, número de personas expuestas a una publicidad, montos de ventas generadas del producto o servicio infractor, alcance de una campaña, evolución de ventas, tasas de crecimiento, crecimiento de participación, composición de ingresos frente a otros servicios o productos, entre otras.

Solo al partir de estos puntos (cualitativos y cuantitativos) es factible concluir respecto de la posible afectación al interés general y a los derechos del consumidor en general cuando se analizan las características del público afectado y la cuantificación de la práctica.

En síntesis de lo desarrollado, los análisis realizados con el fin de determinar o descartar el falseamiento al régimen de competencia, deberían mantener, al menos, la siguiente estructura[6]:

- Naturaleza de la conducta
  - Contexto de la práctica desleal investigada.
  - Actuación en el mercado relevante del o los operadores infractores: caracterización del operador y su función dentro del mercado.
  - Estructura del mercado relevante determinado.
  - Posición en el mercado relevante del operador económico.

- Caracterización del público afectado
  - Grado de vulnerabilidad del consumidor respecto del servicio o producto objeto de la conducta desleal.

- Cuantificación de las afectaciones reales o potenciales generadas por la práctica.
  - Tasas de crecimiento, durante la temporalidad de la conducta, contraste de un escenario sin infracción y con infracción.
  - Evolución de las cuotas de participación e ingresos por ventas.
  - Evolución de número de clientes captados.

[6] Es importante señalar que esta estructura ha sido utilizada por la INICPD en sus informes y resoluciones, no obstante dichos elementos no pueden ser considerados taxativamente, y su modificación dependerá de cada caso en concreto.

- Alcance de las campañas publicitarias relacionadas con las conductas desleales.
- Número de unidades comercializadas.
- Entre otras variables que sean aplicables a la naturaleza del caso.

En este punto, es importante señalar que un procedimiento investigativo sustanciado por el órgano competente está compuesto de varias fases o etapas. Dependiendo de la fase deben realizarse acciones específicas como: el levantamiento de indicios del cometimiento de una práctica desleal, verificación de los actos de competencia desleal, determinación del mercado relevante, entre otros.

En consecuencia, el pronunciamiento sobre la existencia del falseamiento a la competencia por el cometimiento de prácticas desleales debería ser realizado sobre la base de un mercado relevante previamente definido, así como la comprobación del cometimiento de una práctica desleal, los cuales son establecidos con **mayor precisión en el informe de resultados emitido al finalizar la fase de investigación**.

4. Pronunciamientos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en el ámbito de competencia desleal

En este contexto, a manera de ejemplo de la determinación del falseamiento al régimen de competencia, o los elementos que se utilizaron para descartar dicho parámetro, la SCPM ha señalado a través de sus pronunciamientos, lo siguiente:

- **Pronunciamientos expedidos por el órgano de investigación**

Resolución de 16 de noviembre de 2020/Expediente SCPM-IGT-INICPD-010-2019

Dentro del expediente se analizaron conductas de explotación de la reputación ajena y violación de normas en contra del operador ALMACENES JUAN ELJURI CIA. LTDA., y en relación al falseamiento al régimen de competencia, el órgano de investigación señaló:

> Conforme lo mencionado, esta Dirección considera que si bien, ALMACENES JUAN ELJURI, mantiene una posición importante en el mercado de bebidas RTD con alcohol, su capacidad de incidir en la estructura, estaría limitada por los operadores líderes identificados que concentran el 75% de este mercado relevante.
>
> Además, es importante mencionar que, dicha posición, a criterio de esta Dirección, devendría por el posicionamiento generado durante aproximadamente 50 años de operación en el mercado de licores, y que debido a esto, al mantener sus sistemas de logística y canales de distribución, el ingreso de FOUR LOKO en el año 2019, **no**

> **significó barreras de entrada importantes ni costos significativos para el operador denunciado.**
>
> Así también, del análisis del público objetivo y la posible cuantificación del efecto de las conductas desleales, no **se evidencia que el supuesto cambio de importador y/o distribuidor de la bebida FOUR LOKO, haya generado impedido, restringido, falseado o distorsionado la competencia en este mercado relevante.** Tampoco se evidencia que haya atentado con el bienestar general, en tanto, incluso esta Dirección ha identificado que disminución en los precios del producto en cuestión, **se debió al ahorro de ciertas tasas e impuestos arancelarios al importar el producto desde Bolivia**. De acuerdo con la normativa vigente, las mercancías de dicho origen estarían sujetas a beneficios arancelarios.
>
> En conclusión, esta Dirección considera que en el presente caso de investigación no se identifica conforme los parámetros analizados que el operador denunciado ALMACENES JUAN ELJURI haya falseado el régimen de competencia de este mercado relevante, en la temporalidad analizada a la luz de la LORCPM. (Énfasis añadido)
>
> Con base en los lineamientos desarrollados por la Dirección, esta Intendencia, en virtud del mercado relevante determinado, considera que el operador económico investigado, **no tendría la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia dentro de este mercado relevante, lo indicado con sustento en lo dispuesto en los artículos 5 y 26 de la LORCPM…**[7]

En el análisis expuesto, el órgano de investigación demostró que a pesar de que hubo el supuesto cambio de importador y/o distribuidor de la bebida FOUR LOKO, no significó barreras de entrada importantes ni costos significativos para el operador denunciado, por el contrario, se evidenció una disminución de precio, por el ahorro de tasas e impuestos arancelarios, lo que generó un beneficio en los consumidores, por lo que, la Intendencia resolvió el archivo del expediente.

Resolución de 03 de agosto de 2020/Expediente SCPM-IGT-INICPD-0025-2018

En el expediente referido, se analizaron comportamientos relacionados con actos de desorganización del competidor (clausula general), inducción a la infracción contractual, violación de secretos empresariales en contra de IMPORTACIONES VENTURA IMPOVENTURA C.A., AUTOMOTORES DE LA SIERRA AUTOSIERRA S.A., CARLOS FERNANDO JARAMILLO MUÑOZ, en relación al falseamiento al régimen de competencia, se determinó:

[7] Tomado de https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/11/Resolucion-16-11-2020-EXP-SCPM-IGT-INICPD-0010-2019.pdf

"… en el mercado relevante 4, Mercado de comercialización al por menor de vehículos automóviles para pasajeros, el operador económico AUTOSIERRA **representó una participación del 0,72% para el año 2019**, ocupando el puesto 33 de 97 operadores que realizaron venta de automóviles. Ha mantenido una participación promedio de 0,78% durante 6 años (2014-2019) (…)

Por otro lado, respecto del operador IMPOVENTURA es una compañía constituida en febrero de 2018, con 2 años de operación, relativamente nueva en el sector, que actualmente maneja la representación de la marca Volkswagen de vehículos livianos para pasajeros en el Ecuador.

Este operador económico, en el mercado de venta al por mayor de vehículos SUV para pasajeros, **tiene una participación del 0,56% para el año 2019**, ocupa el puesto 21 de 38 operadores que realizaron la venta de unidades de SUV (…)

Finalmente, en el mercado venta al por mayor de vehículos automóviles para pasajeros, **IMPOVENTURA representó el 2,14% para el año 2019**, ocupa el 9 de 30 operadores que vendieron automóviles a nivel nacional (…)

Respecto, a la incidencia del señor CARLOS JARAMILLO **al ser una persona natural, que habría participado en calidad de Gerente Comercial en FISUM**, no corresponde realizar un pronunciamiento adicional, en este acápite.

Por lo mencionado, esta Dirección considera, **en primer lugar, que, por la baja participación de los operadores económicos, es evidente que no tendrían la capacidad de generar ningún efecto en los mercados relevantes analizados.**

Además, en consideración del efecto potencial, esta Dirección identificó que este mercado **mantiene una estructura de inter-marca que estaría atendido por varios operadores económicos,** además de que la demanda considera a éstos como sustitutos válidos, por lo que **no existiría de manera potencial la capacidad necesaria por parte de los denunciados para falsear el régimen de competencia de estos mercados relevantes** (…)

De manera complementaria, respecto de la estructura del mercado la Dirección analizó que: "… En el caso concreto, esta Dirección identifica que los cuatro mercados relevantes definidos inter-marcas, no tienen una estructura monopólica (única empresa que provee a todos los consumidores del mercado de un producto o servicio para el cual no existen sustitutos perfectos) ni oligopólica (un estructura en la que compiten un número reducido de empresas **como consecuencia de la existencia de barreras de entrada), por el contrario, en dicho mercado concurren varios oferentes con productos homogéneos, con algunas barreras comerciales que estarían sujetas a la negociación entre representante de la marca y concesionarios,**

> **por lo que, esta Dirección no identifica una estructura que sea vulnerable para la afectación de conductas anticompetitivas…**[8] (Énfasis añadido)

En resumen, el órgano de investigación mantuvo el criterio que, debido a la mínima cuota de participación de los operadores denunciados, a la estructura del mercado (inter-marca), con pocas barreras de entrada, y como consecuencia de las conductas, no se habría generado un efecto económico real ni potencial en dichos mercados relevantes, razón por la que, decidió el archivo del expediente.

Resolución de 12 de marzo de 2021/Expediente SCPM-IGT-INICPD-0021-2018

En el referido expediente se analizaron conductas relacionadas con cobros indebidos realizados sin la autorización de los consumidores, las cuales fueron encasilladas en cláusula general, actos de confusión, engaño y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, a varios operadores del sector de seguros y asistencia médica, entre los cuales se encontraron: AIG METROPOLITANA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.; CHUBB SEGUROS ECUADOR S.A.; EQUIVIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.; y, SEGUROS DEL PICHINCHA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, AMERICANASSIST ECUADOR S.A.; ASISTENCIA ESPECIALIZADA DEL ECUADOR GEA ECUADOR S.A.; ASISTENCIA365 S.A.; CORIS DEL ECUADOR S.A.; ECUASISTENCIA COMPAÑÍA DE ASISTENCIA DEL ECUADOR S.A.; y, TASISTE S.A.

Del análisis al falseamiento al régimen de competencia, el órgano de investigación señaló:

> (…) En relación con el mercado 1, de seguros, esta Dirección aprecia un mercado no concentrado en este sector, con un índice HHI11 de 749, y la participación principal de alrededor de 30 operadores en 44 ramos, a nivel nacional.
>
> Por otro lado, en relación con el mercado 2, de asistencia especializada, esta Dirección aprecia un mercado altamente concentrado en este sector, con un índice HHI de 3.634, y la participación principal de alrededor de 5 operadores a nivel nacional.
>
> (…)De estas grabaciones, esta Dirección ha revisado una muestra de alrededor de 1.400 grabaciones, y se encontraron los siguientes resultados:
>
> • Alrededor de **300 llamadas**, el agente vendedor se **identifica como asesor de las entidades bancarias: Pacifico (Pacificard), Guayaquil, Banco Solidario.**

[8] Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.pdf

• Se identificó alrededor de 567 llamadas, en donde **no existe una aceptación explícita del cliente respecto al programa de asistencia** que ofrece el agente vendedor, es decir el 40.5% de usuarios.

• Entre los programas ofrecidos por el operador económico se encuentran: Asistencia dental, asistencia exequial, servicio de asistencia efectiva, servicio de asistencia hogar, asistencia integral, asistencia médica, asistencia médico familiar, medico respaldo integral, servicio de sala de emergencia, hospitalario, tarjeta segura, entre otros (…)

(…) Ahora bien, en este punto es importante analizar, si el público al cual se dirigen estos servicios de seguros y asistencia especializada **tiene el conocimiento para identificar la verdadera naturaleza del servicio contratado.**

Al respecto, esta Dirección identificó conforme la información constante en expediente, que a través de llamada telefónica, las personas se identifican como empleados o comunicadores de las diferentes entidades bancarias, y posteriormente ofrecen los diferentes tipos de servicios (…)

(…) En este sentido, esta Dirección confirma el hecho de que, la forma de captaciones de los consumidores, en la generalidad de los casos, **habrían sido identificándose a través de una entidad bancaria, si bien el llamar la atención o captar clientes a través intermediarios bancarios, no podría per se considerarse desleal, sin embargo, la modalidad utilizada podría ser perjudicial para al consumidor, esto debido a que, no se realiza una pregunta clara y concisa de la aceptación del servicio.**

Finalmente, en relación con la cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas, la DNICPD manifestó:

Esta Dirección identificó que, en el mercado de seguros, para el año 2018, el operador con mayor número de denuncias fue el operador AIG METROPOLITANA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. obteniendo el 62%, seguido por el operador económico EQUIVIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., con el 33%; el operador CHUBB tuvo el 3%; SEGUROS PICHINCHA S.A., el 2% y BMI DEL ECUADOR, el 0,06%, entre otros, que representaría porcentajes inferiores al 1%.

Para el año 2019, el operador EQUIVIDA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., aumentó su incidencia, representando el 75%, seguido por AIG METROPOLITANA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. con el 12%, el operador SEGUROS PICHINCHA S.A., el 9% , por su parte, el operador CHUBB SEGUROS ECUADOR S.A., tiene el 4%, y BMI DEL ECUADOR tuvo el 0,04%.

En el año 2020, SEGUROS PICHINCHA S.A., tuvo el mayor número de quejas llegando a representando el 48%, seguido del operador económicos EQUIVIDA

COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. con el 29%; seguido de AIG METROPOLITANA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., con el 23%; el operador CHUBB SEGUROS ECUADOR S.A., el 1% y BMI DEL ECUADOR el 0,02%.

En tal sentido, la DNICPD consideró pertinente analizar la incidencia de cada uno de los operadores económicos de la siguiente manera:

En consecuencia, esta Dirección identifica que las quejas y/o denuncias respecto de los cobros no autorizados frente a las unidades vendidas del operador **EQUIVIDA representaron, para el año 2018 el 0,9%, el año 2019 el 0,01% y para el año 2020 el 0,13%.**

(…)AIG METROPOLITANA CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A. (…) En consecuencia, esta Dirección identifica que las quejas y/o denuncias, respecto de los cobros no autorizados frente a las unidades vendidas, representaron**, para el año 2018 el 1,1%, el año 2019 el 0,1% y para el año 2020 el 0,7%.**

(…)CHUBB SEGUROS ECUADOR S.A. (…) En consecuencia, esta Dirección identifica que las quejas y/o denuncias, respecto de los cobros no autorizados 2018 -2020 **frente a las unidades vendidas 2016 - 2020, representaron, el 0,004%.**

(…)SEGUROS DEL PICHINCHA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS (…) En consecuencia, esta Dirección identifica que las quejas y/o denuncias, **respecto de los cobros no autorizados 2018 -2020 frente a las unidades vendidas 2016 - 2020, representaron menos del 1% de ventas.**

(…)BMI DEL ECUADOR COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. (…) En consecuencia, esta Dirección identifica que las quejas y/o denuncias, respecto de los cobros no autorizados frente a las unidades vendidas, representaron, **para el año 2018 el 0,02%, el año 2019 el 0,01% y para el año 2020 el 0,26%.**

(…)Así mismo, esta Dirección, en virtud de los resultados obtenidos, por la participación y el contraste del número de quejas respecto del número de usuarios por operador económico, considera lo siguiente:

- El operador económico AMERICANASSIST ECUADOR S.A., representó únicamente **el 1% de quejas**, en tal sentido, por sus características, cuota de participación e incidencia en el mercado relevante, no podría distorsionar el régimen de competencia del mercado relevante 2, asistencia especializada.

- El operador económico ASISTENCIA365 S.A., no ha presentado quejas en los reportes de 2018 a 2020, además que su participación hasta el 2017-2018, **representó el 0,10% del mercado relevante**, en tal sentido, un operador con dichas características no podría distorsionar el mercado relevante definido en la presente investigación.

> • El operador económico CORIS DEL ECUADOR S.A., si bien ha presentado, en promedio el 8% del total de quejas presentadas por cobros no autorizados, dicho operador representa **menos del 5% del mercado relevante** de asistencia especializada, además, ha mantenido un participación histórica menor al 3% de dicho mercado, en tal sentido, por sus características, no podría falsear el régimen de competencia.
>
> (…) Por lo que, esta Dirección considera que si bien, el operador ASISTENCIA ESPECIALIZADA DEL ECUADOR GEAECUADOR S.A., **mantiene una importante cuota de participación, siendo el líder durante aproximadamente nueve años en el mercado de asistencia especializada, su posición y el 70% de sus ingresos responderían a una modalidad de venta diferente a la analizada dentro del presente expediente, en tal sentido, se evidencia que, únicamente el efecto de la presunta conducta desleal, representaría el 0,64%.** (Énfasis añadido)9

En este orden de ideas, la SCPM investigó el presunto cometimiento de prácticas desleales, es decir, actuaciones deshonestas en el mercado, en contra de varios operadores económicos. En el contexto de la investigación, dos de los operadores más grandes del mercado Bando del Pacífico y Asistencia Especializada del Ecuador GEA ECUADOR S.A., y que tuvieron mayor incidencia en las prácticas desleales investigadas, presentaron un compromiso de cese, reconociendo el cometimiento de prácticas desleales, por lo que, la SCPM procedió a aplicar las medidas correctivas correspondientes.

Mientras que, respecto a los otros operadores económicos, la Intendencia resolvió el archivo pese a identificar posibles conductas de cláusula general y aprovechamiento al desconocimiento del consumidor respecto de cobros financieros realizados sin autorización del consumidor; del análisis económico, se identificó que los operadores investigados, como consecuencia de la conducta, no podrían falsear el régimen de competencia de los mercados relevantes determinados en la investigación, por cuanto el número de quejas fue ínfimo en relación con el volumen de transacciones que realizaban los operadores económicos.

Resolución de 29 de octubre de 2021/Expediente SCPM-IGT-INICPD-003-2020

En el expediente referido se analizaron conductas desleales de actos de engaño y violación de normas, en contra de los operadores: HENRY PATRICIO MENA TITO, TERRAFERTIL S.A., MARGARITA ESTEFANÍA CAMACHO CHIRIBOGA, que comercializaban miel de abeja en el mercado ecuatoriano.

[9] Tomando de https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/11/Resolucion-12-03-2021-EXP-SCPM-IGT-INICPD-021-2018.pdf

En relación al falseamiento al régimen de competencia, el órgano de investigación señaló:

> (…) En este sentido, como se mencionó en el análisis del mercado relevante de la miel de abeja, en este sector se aprecia la concurrencia de numerosos oferentes, no obstante, se destaca la participación de las siguientes empresas: **Corporación El Rosado, Terrafertil y la Favorita, que en conjunto representaron en 2020 más del 50% de las ventas.**
>
> En este contexto, el mercado relevante de la miel de abeja aparece como un mercado medianamente concentrado (HHI de 1348,9334), **lo cual puede ser explicado por el liderazgo de ciertas empresas y la existencia de muchas pequeñas empresas con participaciones por debajo del 8%.**
>
> En el caso de Terrafertil, la empresa ocupó el segundo puesto en ventas del sector, con una participación en el año 2020 de 16%; según información de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la empresa fue fundada en 2005 con el objeto social de "comercialización y compraventa de toda clase de bienes y productos elaborados y semielaborados para uso industrial....", durante este tiempo, la empresa Terrafertil ha logrado posicionarse en el mercado con su marca Nature´s Heart, la cual está asociada a la idea de alimentos y bebidas saludables(…)
>
> Además, en el año 2018, la empresa **Nestlé adquirió un paquete mayoritario de la compañía Terrafertil** (…), en este sentido, la empresa cuenta con el respaldo de capital extranjero. En resumen, a criterio de esta Dirección, las características de esta empresa reflejan una cierta posición de privilegio, en lo principal, debido al posicionamiento de su marca en el mercado, la consecuente fidelización de los clientes y el apoyo de capital externo.
>
> Con relación a la persona **natural Camacho Chiriboga Margarita Estefanía, en el año 2020 obtuvo una participación de 3%** en el mercado de la miel de abeja, con su marca "La Qabra Tira al Monte"; según información del Servicio de Rentas Internas (SRI), la empresa inició sus actividades en el año 2008 en la actividad económica "Elaboración de otros productos alimenticios no clasificados en otra parte". Y se ha mantenido como una MIPYMES. **En consecuencia, con base en la participación de la empresa en el mercado y conforme sus características, esta Dirección considera que sus actuaciones no podrían incidir en el comportamiento de los demás operadores en el mercado.**
>
> Respecto a la persona natural **Mena Tito Henry Patricio, en el año 2020 obtuvo una participación en el mercado de la miel de abeja de 2%, mediante la comercialización de la marca "La Abejita". Según información del SRI, el operador inició sus actividades en 1991 en la actividad económica "Producción de Miel de Abeja"; en este sentido, no se aprecia una prevalencia importante de este**

operador, así como conforme sus características, indicaría la poca capacidad de distorsionar el mercado relevante analizado.

Por lo tanto, de las características del mercado relevante así como de los operadores económicos investigados, esta Dirección considera que, en el caso de los operadores **Camacho Chiriboga Margarita Estefanía y Mena Tito Henry Patricio sus actuaciones no tendrían la capacidad de distorsionar el mercado relevante.**

En el caso de la empresa **TERRAFERTIL S.A.,** al presentar una posición importante en el mercado, mediante un fuerte posicionamiento de la marca, así como, por contar con el respaldo de capital externo, si podría generar potencialmente un falseamiento de la competencia en este mercado, **al afectar a la igualdad de condiciones de los participantes en este mercado, así como al afectar el principio de libre elección de los consumidores.**

Por otro lado, en cuanto al público objetivo, la Dirección en su informe, manifestó:

Conforme se desprende del análisis de sustitución de la demanda, el principal factor que motiva el consumo de la miel de abeja por parte de la **población es el medicinal (73%); en este sentido el perfil del consumidor se caracteriza, en lo principal, por buscar un producto saludable y con ciertas propiedades curativas a determinadas molestias, como: afecciones en el sistema respiratorio.**

En este sentido, ante una práctica de **adulteración o alteración del producto, los consumidores estarían en una situación de asimetría de la información**, que les limitaría conocer acerca de la pureza y calidad del producto que están adquiriendo y en este sentido, se les podría catalogar como vulnerables.

No obstante, esta Dirección considera relevante mencionar que, debido a la presencia en **el mercado de numerosas marcas de miel de abeja, los consumidores tendrían mayor poder de negociación y no se comportarían como precios aceptantes.**

Finalmente, en relación a la cuantificación de la afectación real o potencial de las conductas desleales investigadas, la DNICPD identificó:

(…) En tal virtud, se considera relevante realizar una comparación del costo de producción de la miel de abeja y las mieles con las que se puede realizar la adulteración de este producto.

(…) Por otro lado, el costo de producción de un kilogramo de jarabe de azúcar se ubica aproximadamente **en $1,50 el kilogramo, lo cual hace que las condiciones de competencia entre un producto adulterado y un producto genuino no sean las mismas; evidenciándose una clara desventaja del segundo frente al primero.**

> De igual manera, lo anterior también se evidencia en el precio de mercado de la miel de abeja, por ejemplo, este producto en presentación 300 gramos registró en **el año 2019 un precio promedio por unidad de $3,85, mientras que la miel de caña de azúcar, en la misma presentación, tuvo un precio de $1,8938. En tal virtud, el margen de ganancia de la venta de un producto adulterado con relación a la miel de abeja pura es significativamente mayor, lo cual, a criterio de la DNICPD podría afectar la igualdad de condiciones de los operadores económicos en el mercado de la miel de abeja envasada, ya que, los operadores económicos que concurrirían al mercado con un producto adulterado tendrían un ahorro en los costos que podrían afectar al régimen de competencia.**
>
> En este sentido, con el fin de cuantificar una posible afectación, esta Dirección identificó los márgenes de ganancia de una miel genuina y una adulterada, de la siguiente manera:
>
> En este orden de ideas, conforme la normativa citada ut supra, estaría prohibida la comercialización de una miel de abeja alterada, por lo tanto, las ventas realizadas por el operador TERRAFERTIL de evidenciarse su incumplimiento y al tratarse del mismo lote de producto, configurarían la totalidad de la cuantificación de las afectaciones reales generadas al mercado por el cometimiento de la presunta práctica desleal.
>
> Por lo tanto, dadas las características del operador económico TERRAFERTIL S.A., como, el contar con una importante participación en el mercado, tener un fuerte posicionamiento de la marca, y contar con **el respaldo de capital externo, a criterio de esta Dirección sus actuaciones tendría la capacidad de distorsionar el mercado relevante de la miel de abeja.**
>
> Además, debido a la existencia de **asimetría de información respecto de la calidad** de la miel de abeja, se aprecia la existencia de un público objetivo vulnerable.
>
> En este sentido, por las razones antes expuestas, esta Dirección **considera que en el presente caso, de configurarse las conductas desleales investigadas, el operador TERRAFERTIL S.A., si podría falsear el régimen de competencia**. Mientras que los operadores, Camacho Chiriboga Margarita Estefanía y Mena Tito Henry Patricio, por sus características, **no podrían falsear el régimen de competencia conforme el mercado relevante determinado en la presente investigación.** (Énfasis añadido)[10]

En conclusión, el órgano de investigación al evidenciar que el operador TERRAFERTIL mantuvo una posición estratégica, la cual devendría de un fuerte posicionamiento de la marca, así como contar con el apoyo de capital externo, concluyó que el

[10] Tomando de https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/01/Resolucion-29-10-2021-EXP-SCPM-IGT-INICPD-003-2020-version-publica.pdf

comportamiento del operador podía limitar la capacidad de elección de los consumidores.

En complemento, debido a la existencia de asimetría de la información, respecto de la calidad de la miel de abeja que el consumidor adquiere, el público objetivo sería considerado vulnerable. Por otro lado, del análisis de los márgenes de ganancia de un producto adulterado frente a uno natural, se demostró que podría falsear el régimen de competencia.

No obstante, el operador TERRAFERTIL fue investigado por el presunto cometimiento de violación de normas, establecido en el numeral 9, del artículo 27 de la LORCPM, que establece como uno de los elementos constitutivos de la configuración de la conducta el "*prevalecer en el mercado mediante una ventaja competitiva significativa adquirida del incumplimiento normativo",* ante esto, el análisis económico determinó:

> A tal efecto, el Grafico N° 3 evidencia la participación de los operadores en el mercado de la miel de abeja durante el periodo 2017-2020; como se puede ver, en el caso de TERRAFERTIL, **tanto en los años previos al presunto cometimiento de la práctica desleal (2017 y 2018), como durante el período en el que la presuntamente la práctica desleal se habría suscitado (2019 en adelante), la empresa ocupó un segundo puesto en el mercado.**
>
> En este sentido, con relación a la prevalencia de la empresa, esta Dirección aprecia una posición de ventaja de la empresa TERRAFERTIL en este mercado incluso durante el período previo al presunto cometimiento de la práctica desleal, en tal virtud, a criterio de esta Dirección, **esta condición de superioridad de la empresa se podría explicar por otros factores y características de la misma, como el contar con un fuerte posicionamiento de la marca y su asociación de productos saludables.**
>
> En este orden de ideas, respecto a la obtención de una ventaja competitiva significativa concatenada al cometimiento de una práctica desleal de violación de norma, esta Dirección considera que el crecimiento de la empresa durante el período en el que presuntamente se habrían cometido las prácticas desleales no muestran una diferencia significativa respecto al período previo al cometimiento de la práctica desleal, por lo que, a criterio de esta Dirección no se aprecia la obtención de una ventaja competitiva significativa, como consecuencia, del incumplimiento de la norma referida.
>
> Asimismo, como se explicó antes, la condición de **prevalencia de la empresa es evidente previo al período del presunto cometimiento de la práctica desleal, por lo que esta Dirección no considera que la empresa TERRAFERTIL haya alcanzado esta condición por el cometimiento de la violación de norma investigada.**

> En ese sentido, esta DNICPD considera que no existiría la identificación de una ventaja competitiva que deviene del incumplimiento de la norma infringida, además, el operador, previo a la infracción normativa, habría tenido una prevalencia en el mercado como consecuencia del posicionamiento de su marca y la asociación de sus productos con comida saludable.
>
> En tal virtud, **esta Dirección identifica que, en el caso de TERRAFERTIL S.A., en relación con la conducta desleal de violación de normas conforme el numeral 9 del artículo 27 de la LORCPM, no se cumple con los dos elementos, esto es el prevalecer en el mercado mediante una ventaja competitiva significativa adquirida del incumplimiento normativo, por lo que, no se configuran los elementos tipo de la conducta desleal investigada. (Énfasis añadido)**

En este sentido, el órgano de investigación resolvió el archivo en contra de todos los operadores económicos investigados por cuanto dos de ellos, por sus características, no pudieron falsear el régimen de competencia en el mercado relevante determinado, mientras que, por otro lado, el comportamiento del operador TERRAFERTIL no configuró los elementos de prevalencia y ventaja competitiva significativa conforme lo tipifica la conducta de violación de normas en el marco de la LORCPM.

- **Pronunciamientos expedidos por el órgano de resolución**

Manteniendo la línea de los precedentes institucionales, es indispensable referir los pronunciamientos de la CRPI relacionados con conductas desleales:

Resolución de 29 de octubre de 2021/Expediente SCPM-CRPI-016-2021

La Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del expediente SCPM-CRPI-016-2021, declaró: "…el operador económico COSTACRUCEROS S.A., cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, violación de normas y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida, específicamente a través del aprovechamiento de la debilidad o el desconocimiento del consumidor, de conformidad con los numerales 2, 9, 10 literal a) del artículo 27 de la LORCPM".

En relación al falseamiento al régimen de competencia, la CRPI señaló:

> "…Para establecer la afectación del mercado, la CRPI considera que no es necesario que el operador económico que realizó los actos de competencia desleal tenga posición de dominio en el mercado. Por lo tanto, se procederá a analizar la posición e influencia del operador económico COSTACRUCEROS en el mercado relevante.
>
> De las cifras presentadas se desprende que el operador económico **COSTACRUCEROS pasó de ser segundo con una cuota de % en 2016 a ser el líder del mercado con una cuota de % en 2017. De ahí en adelante consolidó su liderazgo, lo que nos indica que**

a través de sus actos tiene la potencialidad de afectar al mercado y generar cambios en la elección del consumidor.

Los actos de competencia desleal realizados por el operador económico COSTACRUCEROS tuvieron un gran impacto en el mercado, por lo siguiente:

(i) Falsearon y distorsionaron la competencia, **ya que mediante las prácticas de engaño, violación de normas y de aprovechamiento de la debilidad o el desconocimiento del consumidor afectaron su libre elección**, que es en últimas el elemento dinamizador de la competencia en cualquier mercado. En un escenario de libre y sana competencia la elección del consumidor debe darse de forma espontánea, con conocimiento de causa, esto es fundamental. Las prácticas de engaño tenía como objeto mermar la capacidad de elección del consumidor como se demostró claramente.

(ii) **Atentaron contra el derecho de los consumidores de manera generalizada, ya que el modus operandi del operador COSTACRUCEROS se ha mantenido de manera sostenida durante años,** impactando sin lugar a dudas a un grupo de población seguramente abundante. De las quejas presentadas ante la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Turismo y las demandas ante los jueces, se puede captar la dimensión de su actuación.

Es muy importante tener en cuenta que el consumidor de los servicios turísticos es un "**consumidor medio, es decir, aquel normalmente informado y que es realmente influenciable. Además, es de un grupo económico medio y medio alto, con un rango de edad entre 28 y 65 años. Esto no es un detalle menor, ya que ahí está representado un grupo importante para la economía nacional. Por esto es que el impacto real y potencial es muy alto.**
(…) **La cantidad de clientes del operador económicos COSTACRUCEROS S.A., ha incrementado desde el año 2015 al 2018; pasando de 360 a 2349 clientes.**

Ahora bien, la Defensoría del Pueblo, mediante oficios Nro. DPEDGCBPCM-2018-0258-O50 y Nro. DPE-DGCBPCM-2019-099-O51, **reportó un total de 88 quejas presentadas por consumidores en contra del operador COSTACRUCEROS S.A.**

Por otro lado, el Ministerio de Turismo, mediante oficio Nro. MT-MINTUR2020-6736-OF, remitió **23 quejas presentadas** en contra del operador investigado.

(…) Respecto al efecto en el mercado, esta Dirección identifica, que existía un **efecto real y potencial, debido a que el operador COSTACRUCEROS ha comercializado alrededor 5.107 "paquetes de descuentos" y que mantiene tasas de crecimiento importantes, durante el periodo 2015-2019**, por lo que, al encontrarse en varios puntos de afluencia y por la modalidad utilizada para captar clientes, como consecuencia de conductas desleales, podría impedir,

> restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.
>
> (…) es importante señalar, las características de **la modalidad de comercialización el cual sería a través de incentivos "premios" o por la publicidad, los cuales podrían ser percibidos por el consumidor de distintas maneras,** de acuerdo a su entorno en el que se encuentra adquiriendo el servicio; (…) hace un énfasis en considerar la forma en que fueron abordados los consumidores, el ambiente e incluso la forma de venta del servicio (…)
>
> Dadas las condiciones del mercado, las características del servicio y el método de comercialización aplicado por el operador económico COSTACRUCEROS, es plausible establecer que los actos desarrollados **habrían atentado contra los derechos de los usuarios y el bienestar general. También falsearon la competencia porque utilizó un mecanismo ilegal para prevalecer en el mercado y restarle presencia a los otros competidores.** (Énfasis añadido)[11]

Del caso referido, la CRPI tuvo como elementos de convicción para demostrar el falseamiento al régimen de competencia: el crecimiento de la cuota de participación, la duración de las conductas, las características o vulnerabilidad del consumidor medio, el incremento de clientes desde la duración de la conducta, el número de quejas presentadas en distintas instancias en contra del operador infractor, el número de paquetes de descuentos comercializados, y la modalidad de venta. Esto permitió evidenciar el efecto económico como consecuencia de las conductas desleales cometidas por COSTACRUCEROS.

Resolución de 15 de marzo de 2022/Expediente SCPM-CRPI-042-2021

Sobre este caso, la Comisión resolvió: "…que el operador económico CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en modalidad de engaño de conformidad con el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM".

En cuanto al falseamiento al régimen de competencia, la CRPI consideró:

> "…La CRPI considera que los argumentos esgrimidos por la Intendencia son correctos. Además, es pertinente anotar que la Comisión considera que para establecer la existencia de una afectación al mercado, **no es necesario que el operador económico que realizó los actos de competencia desleal tenga posición de dominio en el mercado**.

[11]Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/02/Resolucion-29-10-2021-EXP-SCPM-CRPI-016-2021-Version-no-confidencial-y-publica-.pdf

Por lo tanto, se procederá a analizar la posición e influencia del operador económico CLOROX en el mercado relevante.

De las cifras presentadas previamente y representadas en el siguiente gráfico, se desprende que el operador económico **CLOROX se ha mantenido consistentemente entre los tres operadores económicos más importantes del mercado de quitamanchas para tejidos de color blanco entre 2016 y 2019, consiguiendo convertirse en la empresa líder en el año 2020 con una participación superior a un tercio del mercado**, **el cual es altamente concentrado,** lo que nos indica que a través de sus **actos tiene la potencialidad de afectar al mercado de quitamanchas para ropa blanca y generar cambios en la elección del consumidor.**

Los actos de competencia desleal realizados por el operador económico CLOROX pudieron haber impactado en el mercado por lo siguiente:

i. Falsearon y distorsionaron la competencia, ya que mediante las prácticas de engaño, **afectaron la libre elección del consumidor,** que es en definitiva el elemento dinamizador de la competencia en cualquier mercado. La publicidad de CLOROX difunde la noción de que su producto es apto para su uso en todo tipo de telas blancas sin distinción, no obstante al dirigirse a la parte posterior de la etiqueta se informa en letras de menor tamaño la advertencia que no se debe usar en tres tipos de tejido, lo cual desnaturaliza el mensaje principal. **La campaña publicitaria de CLOROX indujo a error a los consumidores respecto a las características y bondades en la aplicación del quitamanchas.**

En un escenario de libre y sana competencia la elección del consumidor debe darse de forma espontánea, con conocimiento de causa, esto es fundamental. La práctica de engaño tenía como objeto reducir la capacidad de elección del consumidor como se demostró claramente.

ii. Atentaron contra **el derecho de los consumidores de manera generalizada**, ya que los envases con la etiqueta controvertida, así como la publicidad infractora **se ha mantenido de manera sostenida durante un periodo considerable, impactando sin lugar a dudas a un volumen de población seguramente importante.** Acorde con los datos proporcionados por CLOROX, el operador económico **ofertó y vendió al mercado una cantidad considerable de productos, alcanzó un incremento de 11,3 puntos porcentuales** de participación del mercado entre el año 2019 y 2020, de igual forma los productos publicitarios habrían tenido una amplia difusión.

Es muy importante recordar que el consumidor del producto relevante es un consumidor medio, es decir, aquel normalmente informado y que es realmente influenciable. **Además, que se compone de jefes y jefas de hogar entre la edad de 20 a 55 años y el producto relevante se trata de uno de consumo masivo.**

> **Esto no es un detalle menor, ya que ahí está representado un grupo importante dentro de la economía nacional.** Por esto es que el impacto real del presunto engaño es muy alto.
>
> Dadas las condiciones del mercado y las características del producto es plausible establecer que los actos desarrollados por el operador económico CLOROX habrían **atentado contra los derechos de los consumidores y el bienestar general.** También **falsearon la competencia porque utilizó un mecanismo ilegal para aprovecharse y beneficiarse del mercado, generando en éste una reducción del dinamismo competitivo, limitando probablemente la participación de otros competidores en el mercado.** (Énfasis añadido)[12]

De acuerdo a lo analizado por la CRPI: la naturaleza de la conducta desleal, su alcance en el público objetivo, la participación del infractor y su incremento en ventas, las características del consumidor medio, y la limitación de otros concurrentes en el mercado de quitamanchas, permitieron formar el criterio de que el operador CLOROX DEL ECUADOR S.A. ECUACLOROX falseó el régimen de competencia en el mercado relevante definido para el caso en concreto.

- **Pronunciamientos expedidos por la máxima autoridad**

Finalmente, es de suma importancia referir que los lineamientos desarrollados en la presente Guía han sido considerados por la máxima autoridad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado al momento de resolver impugnaciones relacionadas con conductas desleales.

Resolución de 10 de junio de 2021/Expediente SCPM-DS-INJ-RA-007-2021

La máxima autoridad, dentro del expediente referido, resolvió:

> "…NEGAR el Recurso de Apelación presentado por el operador económico BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. –PRODUBANCO- el 10 de marzo de 2021, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 187763, en contra de las Resoluciones de 16 de noviembre de 2020 y 8 de febrero de 2021 (…) dentro de los Expedientes Administrativos signados con los números SCPM-IGT-INICPD-016-2020 y SCPM-IGT-INICPD-021-2020, **respectivamente; por cuanto conforme se ha indicado en el análisis, los hechos enunciados no se encasillan dentro de los presupuestos normativos de los artículos 25 y 26 de la LOCRPM".**

[12]Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/04/Resolucion-15-03-2022-EXP-SCPM-CRPI-042-2021-Version-no-confidencial-y-publicas.pdf

En cuanto al falseamiento al régimen de competencia, el SCPM consideró:

> Bajo esta línea de pensamiento, de la revisión de los elementos que forman parte del caso, así como de los actos administrativos impugnados, se colige que la INICPD realiza una **valoración completa** de las piezas procesales que forman parte del expediente administrativo considerando los parámetros legales y económicos que la norma establece. Así, mediante la Resolución de 08 de febrero de 2021, el órgano de investigación recalca que el mecanismo de estudio por caso debe cumplir con ciertos estándares básicos como son:
>
> - **"Naturaleza de la conducta investigada**
> - **Actuación en el mercado relevante del o los operadores infractores: caracterización del operador y su función dentro del mercado**
> - **Público afectado**
> - **Cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas […]"**
>
> Ahora bien, ya se ha demostrado que el operador económico PRODUCREDIT S.A. –hasta la emisión de la Resolución de 16 de noviembre de 2020- percibió ingresos por quinientos ochenta y tres dólares de los Estados Unidos de América **(USD $583,00)**- no posee la capacidad de impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, pues su participación en el mercado es inferior al 1%, siendo mínima para efectos de repercutir con su conducta –dentro del marco anticompetitivo- a la competencia, la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, sea actual o potencial; sin perjuicio de las acciones privadas que el denunciante pueda activar en otras instancias a las cuales se crea asistido.
>
> Con lo anterior, esta autoridad considera que, dentro del ámbito normativo, los elementos procesales **no resultan conducentes para considerar la existencia de yerros dentro de la investigación que deben ser analizados a la luz de la prohibición de la conducta denunciada.**
>
> (…) Por esto último, se enfatiza el hecho de que una práctica podrá ser caracterizada como desleal a la luz de la LORCPM si y solo si sus efectos potenciales o reales resultan nocivos para el mercado. **Es importante considerar que la LORCPM tipifica a las prácticas desleales como una especie de ilícito antitrust. Un acto de naturaleza deshonesta o contraria a las buenas prácticas mercantiles es violatorio a las normas de competencia si y solo si afecta al nivel de bienestar en el mercado.** La afectación al mercado es una condición necesaria para que un acto sea catalogado como desleal al amparo

> de la LORCPM, independientemente de la verificación de alguna afectación particular (Énfasis añadido)[13]

Conforme lo expuesto, para formar su criterio respecto del falseamiento al régimen de competencia, la resolución consideró: la naturaleza de la conducta investigada, la actuación en el mercado relevante del o los operadores infractores, la caracterización del operador y su función dentro del mercado, el público afectado y la cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas, de las cuales se evidenció una facturación del posible infractor de quinientos ochenta y tres dólares de los Estados Unidos de América. En consecuencia, la máxima autoridad ratificó el argumento del órgano de investigación y negó el recurso de apelación presentado por el operador económico BANCO DE LA PRODUCCIÓN S.A. – PRODUBANCO.

Resolución de 27 de enero de 2022/Expediente SCPM-DS-INJ-RA-021-2021

El órgano de alzada, dentro del aludido expediente, dispuso:

> "…NEGAR el Recurso de Apelación presentado el 23 de noviembre de 2021 por el operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, por sus propios derechos, quien señala ser titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 216610 en contra de la Resolución de 22 de octubre de 2021 (…) dentro del Expediente Administrativo signado con el número SCPMIGT-INICPD-002-2021.-**."**

En relación, al falseamiento al régimen de competencia, la resolución desarrolla:

> El acto administrativo de 22 de octubre de 2021 cuenta con un análisis que está directamente relacionado con el efecto real o potencial que pudo haber generado directamente la difusión de la publicidad en distintos medios por parte del operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO, para lo cual la INICPD enfatizó que:
>
> > "[…] Ahora bien, respecto del análisis del falseamiento de la libre competencia, la Dirección utilizó el siguiente esquema:
> > • Naturaleza de la conducta investigada
> > • Público objetivo
> > • Cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas

[13]Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/12/Resolucion-10-06-2021-SCPM-DS-INJ-RA-007-2021.pdf

Al respecto, resulta relevante analizar la estructura de mercado de los helados artesanales, así como las características del operador económico denunciado, con la finalidad de determinar, por un lado, las probabilidades que tendría este mercado de ser afectado, y por otro, la capacidad del operador económico para influir en el régimen de competencia.

Por su parte, en el mercado relevante, se evidencia que el mercado comprendido por helados artesanales, con un HHI (…) superior a los 2.000 puntos, demostrando un mercado altamente concentrado.

En línea con lo anterior, con base en la determinación del mercado relevante, esta Dirección aprecia que, desde el año 2017 hasta el año 2020, se ha mantenido con un mercado altamente concentrado.

Por otro lado, esta Dirección identificó que, para el año 2020, una razón de concentración C2 de 60% y un C4, de 80% de participación; es decir, que los cuatro principales operadores del sector, en conjunto, representarían la mayor venta de helados artesanales en el mercado ecuatoriano.

Además, conforme el índice de dominancia Stenbacka39, para los años 2019 y 2020, al corresponder a 0,44 y 0,51, que en contraste con las participaciones individuales, ningún operador poseería dominancia en este mercado […]"

Aún con los resultados expuestos en el acto administrativo impugnado y con el objeto de entender la dinámica del mercado, **así como la tendencia de cuotas de participación de los operadores económicos, la INICPD proporciona un análisis complementario de los años 2017, 2018, 2019 y 2020, evidenciándose que:**

> "[…] no se identifica una diferencia en las cuotas de participación y crecimientos importantes en las unidades comercializadas por el operador económico denunciado, por el contrario, su tendencia es semejante a la de su competidor y líder de la categoría.
>
> Incluso considerando que, conforme la temporalidad de las conductas, difícilmente, en 3 meses del año 2021, el comportamiento del operador denunciado, podría incidir de manera significativa en el mercado relevante determinado, en consecuencia, no se evidencian efectos reales o potenciales que el operador BOGATI pueda afectar la estructura del mercado relevante analizado. […]"

Todos los elementos que han sido señalados en la Resolución de 22 de octubre de 2021 emitida por la INICPD y que han sido revisados por esta autoridad dentro de la tramitación del presente expediente administrativo, **conllevan a la misma conclusión, es decir, que el operador económico BOGATI HELADOS CON**

QUESO no posee la capacidad real ni potencial de producir un efecto al mercado, y consecuentemente, no se ha demostrado que los actos en los que presuntamente ha incurrido el denunciado "impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios".

El acto administrativo impugnado hace un análisis respecto del efecto distorsionador del mercado en general con base en la capacidad que el denunciado tenía para ello. En el mercado relevante delimitado por órgano investigativo, **si bien la autoridad acreditó la existencia de los actos deshonestos ocurridos en el desarrollo de la actividad económica publicitaria, en cuanto a la capacidad que tenía en esa actividad el denunciado para cubrir el mandato del artículo 26 de la LORCPM, es decir, que exista una afectación al orden público económico, se logra evidenciar que –de forma motivada-** basado en el estudio de la naturaleza de la conducta, el público afectado, y la cuantificación de la afectación, de acuerdo a la estructura de mercado, el análisis de cuotas de participación e incidencia del operador económico denunciado, este no representó un agente con las características para lograr (potencialidad) un daño el régimen de competencia. **El análisis de la autoridad se fundó en la capacidad del agente y no meramente en el verbo de la forma de afectación conductual, haciendo que la conclusión no merme validez por tratarse de un único denunciado.**

Con base a los elementos que han sido valorados por el órgano de investigación y los argumentos esgrimidos por el apelante, esta autoridad considera que no se han presentado los argumentos suficientes que desvirtúen el análisis de la INICPD, especialmente cuando del cotejamiento de ambos documentos se desprende que la administración ha realizado actuaciones complementarias que permiten **determinar la incapacidad del denunciado de afectar de cualquier manera al mercado de comercialización de helados artesanales**. Por otro lado, tampoco se evidencia que el operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX desacredite técnicamente el análisis realizado por la INICPD, tomando en cuenta que la objeción neurálgica de su impugnación versa respecto de las conclusiones técnico-económicas. Por otro lado, el operador económico alega que la INICPD ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 26 de la LORCPM**, ya que se ha afirmado que existe una afectación al bienestar de los consumidores,** empero de la lectura completa de la Resolución de 22 de octubre de 2021 se **entiende que la publicidad del denunciado efectivamente podría causar confusión al consumidor**, sin embargo**, del análisis global del caso, se concluye que el alcance de la publicidad, la duración de las presuntas conductas y la participación del operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO no son suficientes para que exista una afectación objetivamente verificable, pues tal como se ha señalado anteriormente(…)**

> Así, se concluye que ambas publicidades no tuvieron **un amplio alcance temporal ni en los consumidores, situación que ha sido demostrada por la INICPD.** Por otro lado, es importante recalcar que no existen indicios presentados por el denunciante, ni tampoco recabados por el órgano de investigación que permitan presumir que el crecimiento del operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO, respecto del número de locales se deba específicamente a las consecuencias generadas por la emisión de la cuña publicitaria en la radio y por el video de FACEBOOK, pues dicha expansión puede estar atada directamente a su eficiencia.
>
> Sobre este punto, tal como se ha señalado en el desarrollo de la presente resolución, la INICPD ha demostrado que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO, tiene una participación baja en el mercado investigado, específicamente del 4,6%, y se encuentra debajo de cinco operadores económicos que poseen altas cuotas de participación; adicionalmente el mercado no ha presentado **cambios considerables y por el contrario mantiene una tendencia dinámica, consecuentemente y por ende no tiene la capacidad de producir efectos ni a largo ni a corto plazo**.
>
> Es importante aclarar al operador económico GELATOMIX que esta institución es un organismo técnico de control que tiene competencias claramente establecidas por la LORCPM y su normativa complementaria, las cuales establecen los límites de actuación de los órganos de investigación.
>
> En el ámbito de las conductas tipificadas como prácticas desleales, es necesario reconocer que si bien algunas conductas, **como el acto de denigración, requieren que exista un competidor afectado, es indispensable que la misma exceda una afectación particular, pues en ese caso,** el denunciante podrá accionar cuantos procedimientos considere necesarios ante la autoridad administrativa competente. En el presente caso, no existe una afectación al orden público económico, sin perjuicio de que existan indicios de que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO ha actuado de manera deshonesta. (Énfasis añadido)[14]

La resolución referida, motiva su criterio respecto del falseamiento al régimen de competencia, enfocándose en los siguientes puntos: la naturaleza de la conducta investigada, el público objetivo y la cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas, del cual, se evidenció que las afirmaciones realizadas en el marco de un conducta de denigración, y el medio por el cual, fue difundido no

[14]Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/06/Resolucion-27-01-2022-EXP-SCPM-DS-INJ-RA-021-2021.pdf

fueron relevantes o de un alcance significativo como para el infractor logre falsear el régimen de competencia en el mercado relevante de helados artesanales.

5. Falseamiento al régimen de competencia: Perspectiva de agencias pares

Con el objetivo de brindar mayores elementos de análisis respecto del falseamiento de la competencia por prácticas desleales, la presente Guía ha considerado incluir algunos de los pronunciamientos más relevantes de autoridades internacionales pares, específicamente de aquellos expedidos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, cuyo régimen normativo[15] sirvió de inspiración para la promulgación de la LORCPM.

Entre los parámetros contemplados por la agencia española para la determinación del falseamiento a la libre competencia se encuentran:

1) Quién realiza las conductas (caracterización del operador infractor);
2) A quién afectan dichas conductas (público afectado);
3) El alcance cualificado de las mismas (cuantificación de los efectos); y,
4) Las características particulares de los mercados en las que se llevan a cabo (estructura del mercado).[16]

En esta línea de análisis comparado, la afectación al interés público ha comprendido algunos conceptos o situaciones concretas, las cuales se resaltan en las siguientes líneas:

- La aptitud para **restringir la competencia efectiva** en el mercado (Resolución de la CNMC de 20 de junio del 2019. Expte S/DS/0552/12 AGIC).
- La obstaculización de la **liberalización de un servicio de interés general** (Resoluciones de la CNC de 29 de julio del 2011, as. Gas Natural, y 24 de febrero del 2012, as. Iberdrola Sur).
- El tratarse de un **input básico para empresas y consumidores** (Resolución de la CNC de 24 de febrero del 2012, as. Iberdrola Sur).
- La **afectación de una demanda muy numerosa** (Resolución de la CNC de 29 de julio del 2012, as. Gas Natural).

[15] España: Ley 15 /2007, de Defensa de la Competencia Ley 3/1991 de Competencia desleal
[16] Cerda Martínez Pujalte, C. (2018). Últimas tendencias en la aplicación del artículo 3 de la LDC : especial consideración al requisito de afectación al interés público. España.

- La **distorsión importante** de la competencia (Resoluciones de la CNC de 11 de marzo del 2008, as. Tu billete, 28 de julio del 2012, as. La Sexta, y 29 de julio del 2011, as. Gas Natural).[17]

En ese orden, a continuación se citan algunas de las resoluciones sancionatorias y de archivo de la referida agencia de competencia española, haciendo énfasis en el criterio técnico que permite identificar la configuración del falseamiento a la competencia:

Resolución de 29 de julio de 2011/Expediente S/0184/09 ATR GAS NATURAL

En este caso, la investigación recayó sobre la empresa GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG S.A., por el cometimiento de presuntos actos de denigración a las empresas en el sector de distribución y comercialización de gas natural. El extinto Consejo Nacional de Competencia de España calificó efectivamente el cometimiento de actos de denigración por parte de la empresa, posteriormente, para la determinación de la afectación al interés público por falsear la competencia, analizó las características del operador infractor y el alcance de la conducta.

En este caso particular, la presunta infractora era una empresa que funcionó durante mucho tiempo como única en el mercado, que gozaba de una popularidad o conocimiento previo del sector, por lo tanto, se consideró que sus pronunciamientos no solo afectaron a la empresa que puso en conocimiento este comportamiento sino a todos los oferentes presentes y futuros.

En particular, el referido órgano de resolución señaló:

> Afirmada la deslealtad competitiva del contenido de la carta, la existencia de una infracción del art. 3 de la LDC requiere aún **la afectación al interés público por falsear la libre competencia.** En este sentido cabe destacar que a través de la carta, el GRUPO GAS NATURAL (en la carta no se especifica qué empresa del grupo es la que la remite) se infunden dudas no solo sobre la integridad de un concreto competidor, sino sobre todos ellos, de manera que por exclusión se induce a confiar exclusivamente en el Grupo empresarial al que pertenece el emisor de la carta, siendo precisamente dicho grupo el que al ser el incumbente en este mercado, es el que goza de **una popularidad o conocimiento previo del que los demás carecen y contra el que deben competir.**
>
> El alcance de la carta abarca así a la **totalidad de los oferentes** que están intentando entrar en un mercado donde deben competir con la fuerza de la única empresa consolidada en este mercado, empresa que goza del prestigio y la confianza que le otorga el haber sido durante mucho tiempo la única marca

[17] Gómez-Acebo & Pombo Abogados (2013) Notas de Competencia. El falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Madrid-España.

> comercial presente en el mercado por haber sido un servicio prestado en régimen de monopolio. En este sentido, resulta relevante remarcar que la carta utiliza el conocido anagrama del grupo GAS NATURAL y el remitente se identifica como GAS NATURAL, siendo sólo que a requerimiento de la Dirección de Investigación se afirma que su autor fue la comercializadora del grupo GAS NATURAL (…)
>
> Toda la información elaborada por la CNE disponible a través de su página web permite observar que desde el momento en que los consumidores tienen la posibilidad de acceder a otros suministradores que entran en el mercado tras la liberalización de este sector, el Grupo gas natural ha estado **perdiendo clientes a favor de esos nuevos operadores presentes en el mercado.** Partiendo de una cuota del 100 % procedente del monopolio regulado existente en este mercado, su número de clientes **se ha ido reduciendo paulatinamente**, y más aún el volumen de gas natural suministrado, ya que los grandes clientes fueron los primeros en salir al mercado libre, y son los que mayor volumen de consumo representan.
>
> Sin embargo, analizando los datos **mensuales en número de consumidores** del grupo GAS NATURAL que constan en los informes trimestrales publicados por la CNE en su labor de supervisión de los mercados minoristas de gas natural se puede observar como esa tendencia **de reducción mes a mes del número de clientes tuvo un cambio muy significativo en el mes de julio de 2009**, es decir, dos meses después de empezar GAS NATURAL con su campaña masiva a sus cinco **millones de clientes de las tarifas T1 y T2,** el grupo GAS NATURAL no solo no perdió clientes ese mes, sino que , según la información pública a la que nos referimos, **habría ganado más de cien mil clientes**. Dada la coincidencia de estos hechos, este Consejo no puede por menos que concluir que entre ambos hechos bien puede existir una relación de causalidad. Estos datos, que aparecen descritos en el FD sexto, han sido tenidos en cuenta para constar la existencia de efectos de la conducta.[18] (Énfasis añadido)

En sumo, en el presente caso, el referido órgano comprobó el falseamiento a la competencia a partir de: el análisis del sector, análisis y caracterización del infractor, el análisis de las barreras de entrada que obstruyeron el ingreso de nuevas empresas, el método de comercialización y el alcance de la práctica que por su magnitud tuvieron efectos en el mercado.

Asimismo, se verificó que el infractor realizó una campaña comunicacional en la que divulgó manifestaciones denigratorias[19], las cuales tuvieron un alcance importante y lograron generar un incremento significativo de clientes. Lo indicado, permitió concluir

[18] CNMC Resolución (expte. s/0184/09 gas natural), tomado de: https://www.cnmc.es/sites/default/files/74304_10.pdf

[19] Donde no se aludió directamente a una empresa, sino por el contrario, se infundieron sobre todos los demás concurrentes.

que como consecuencia de la conducta desleal se falseó la competencia en dicho mercado relevante.

Resolución de 24 de febrero de 2012/Expediente S/0213/10 IBERDROLA SUR

Este caso inició por la denuncia presentada por Gas Natural Servicios SDG, S.A. y Unión Fenosa Comercial, S.L., contra Iberdrola Comercialización de último Recurso, S.A.U (IBERCUR), Iberdrola S.A., (IBERDROLA) e Iberdrola Distribución Eléctrica S.A., (IBERDROLA DISTRIBUCION) por el traspaso de contratos desde la comercializadora de último recuso hasta la comercializadora en mercado libre, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial.

Respecto de la actividad económica del Grupo Iberdrola, se conoció que:

> …es un grupo energético español, con presencia internacional. Presente en el sector eléctrico desde sus inicios, desde 2001 actúa también en el sector gasista, operando actualmente en toda la cadena. La actividad de comercialización de electricidad en mercado libre del GRUPO IBERDROLA ha sido llevada a cabo por IBERDROLA, cabecera del grupo, hasta enero de 2010, cuando ha pasado a ser asumida por IBERDROLA GENERACIÓN. IBERCUR se encarga del suministro de último recurso. Por su parte, la cuota de mercado de IBERDROLA, en el segundo trimestre de 2010, a **través de comercializador libre, en el mercado de suministro minorista de electricidad fue del 38,3%, por número de clientes, y del 22,6%, en términos de energía, ocupando el segundo lugar** tras Endesa…

El Consejo estableció la existencia de una conducta desleal por "la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial", para la determinación del falseamiento a la competencia, consideró "*que como consecuencia de dicha actuación se produjo un importante incremento en* ***la cuota de fidelización a IBERDROLA****, importante en términos absolutos teniendo en cuenta la cuota de Iberdrola en este mercado, y una* ***reducción del tamaño del mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores****, reforzando* ***la barrera de entrada*** *a dicho mercado".*

En este contexto, la Autoridad evaluó el falseamiento del mercado en consideración del número de consumidores fidelizados como consecuencia de la conducta desleal:

> "… Ante estos datos es evidente que este incremento de la fidelización, importante en términos absolutos teniendo en cuenta la cuota de IBERDROLA en este mercado, está reflejando un reforzamiento **de la barrera de entrada que supone la**

> **fidelización de los consumidores respecto de los distribuidores** y, por tanto, de la que tienen respecto de la comercializadora del grupo…". [20]

Así también, respecto de la afectación del interés público, explicó:

> "…Por lo tanto, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta imputada, la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad, el colectivo al que se dirigió, pequeñas y medianas empresas, y el servicio afectado, **un input básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos, para este Consejo no hay duda de que la conducta ha afectado al interés público**…"

Este criterio fue finalmente confirmado por el Tribunal Supremo de España que, en sentencia de 3 febrero de 2017, señaló[21]:

> "Pone de manifiesto por tanto la sentencia recurrida que las sociedades recurrentes, con el traspaso de contratos de 268.001 clientes en las condiciones expresadas dentro de su propio grupo empresarial, **evitaron que un número importante de clientes saliera al mercado, y redujeron de esta manera sensiblemente el mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, en situación de desventaja respecto de dichos clientes, con aumento de su cuota de fidelización, lo que supone un reforzamiento de la barrera de entrada,** por lo que compartimos la conclusión a que llega la sentencia impugnada de que dicha conducta alteró o falseo sensiblemente la competencia en el mercado de suministro de electricidad afectado por la conducta descrita". (Énfasis añadido).

De igual manera, la resolución consideró la afectación al interés público por las características del público afectado (pequeñas y medias empresas), así como la naturaleza de producto objeto de investigación, que al ser el servicio eléctrico se consideró un input básico de las empresas, así como el análisis del método de comercialización y medios de difusión que utilizó la compañía.

Resolución de 11 de junio de 2012/Expediente S/0304/10 ENDESA

Los actos desleales investigados en el caso referido, guardan relación con "la conducta llevada a cabo por ENDESA consistente en el traspaso al mercado libre de los clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (en adelante, TUR) que están siendo transitoriamente suministrados por ENDESA, **sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial, lo cual, constituyó una infracción**

[20] CNMC Resolución (expte. s/0213/10 IBERDROLA SUR), tomado de: https://www.cnmc.es/expedientes/vs021310

[21] Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso; Roj: STS 349/2017 - ECLI: ES:TS:2017:349 Id Cendoj: 28079130032017100048.

tipificada en el artículo 3 de la LDC, puesto que ha producido el falseamiento a la libre competencia que afecta, además el interés público".

Respecto al falseamiento de la competencia, la Agencia se pronunció de la siguiente manera:

> "Por ello, el extinto Consejo concluía que resultaba innegable que se había producido una afectación de la competencia, en la medida en que el resto de comercializadoras se habían visto en desventaja para atraer a estos consumidores, lo que generó barreras adicionales al cambio de suministrador planificado por el legislador. Adicionalmente, la Resolución consideraba que dicha afectación era sensible o significativa. En primer lugar, por quién realizaba la conducta y su posición en el mercado. En segundo lugar, por la naturaleza de la conducta, que **atentaba contra la apertura del mercado, contra la igualdad de condiciones de todos los operadores en el mismo y contra el principio de la libre elección del consumidor.** En tercer lugar, por su alcance, que debía valorarse no respecto al total del mercado, **sino de los consumidores sin derecho a TUR penalizados que podían salir al mercado libre, a los que los que los competidores hubieran podido optar** (…)
>
> Al adelantarse a los demás competidores y haber incurrido en **menos costes de captación**, ENDESA pudo obtener unos beneficios superiores a los que podrían haber obtenido sus competidores. **Los márgenes con los que contaban los comercializadores, para ofertar después del primer cambio, podrían ser insuficientes para conseguir el cambio, especialmente teniendo en cuenta que el porcentaje de consumidores que cambian más de una vez de comercializador es del 0,1%.**
>
> Por todo lo anterior, la DI concluye que, al infringir la normativa que regula la actividad concurrencial, ENDESA ha provocado un falseamiento de la libre competencia en el mercado, tanto desde una perspectiva estructural, obstaculizando en un momento temporal **relevante el acceso de los competidores** en el mercado, como desde una perspectiva funcional, reforzando la pasividad de los consumidores afectados en la elección de comercializador. Subraya la DI el hecho de que más del **[30-40] % de los clientes traspasados automáticamente a ENDESA el 1 de julio de 2009, siguen vinculados a la misma**.
>
> (…) La conducta afecta a **un servicio esencial** como es el suministro eléctrico y se ha desarrollado en pleno calendario de supresión del sistema tarifario integral y de liberalización del mercado de comercialización de energía eléctrica. La actuación de ENDESA ha obstaculizado **la posibilidad de los demás comercializadores de competir por** estos consumidores y a éstos de encontrar mejores alternativas de suministro, lo que ha provocado una distorsión de la situación competitiva en un mercado de

> gran relevancia para el consumidor, por tratarse de un servicio de primera necesidad. En vista de ello, la afección al interés público resulta indiscutible.[22] (Énfasis añadido)

Como se puede apreciar, los puntos analizados en la resolución citada fueron: análisis del sector; análisis del operador económico que realizaba la conducta, naturaleza de la conducta, y la cualificación del alcance de la infracción, en relación a sus clientes captados, ahorros de costos de captación, barreras de entrada, entre otros.

Resolución de 17 de septiembre de 2013/Expediente S/410/12, Ascensores -2

Otro ejemplo de lo referido, se encuentra contenido en la resolución de 17 de septiembre de 2013, dictada por la CNC dentro del expediente No. S/410/12, Ascensores -2. En este caso el Consejo consideró que una conducta desleal puede falsear la libre competencia cuando pueda afectar a la capacidad de competir de otras empresas o altera el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad y afectando al interés público:

> "… La mayoría de las alegantes manifiestan que no hay suficientes comunicaciones para probar que existe un ilícito de conformidad con el artículo 3 LDC y niegan la afectación de la conducta en el mercado, pero a juicio de este Consejo constan en el expediente una muestra elocuente del comportamiento de las empresas integradas verticalmente **respecto de los nuevos entrantes en el mercado de reparación y mantenimiento de aparatos elevadores**. No hay que olvidar que las imputadas cuentan con un **número de clientes considerable**, siendo algunas de ellas las principales empresas en el sector de los ascensores actuando en todo territorio nacional. Además, el hecho de que no exista un registro por parte de estas empresas que permita cuantificar el número de misivas de contenido desleal enviadas a los clientes, e incluso en su intento de cuantificarlas como hace SCHINDLER, no impide que estemos ante una práctica conocida en el sector puesto que algunas imputadas (OTIS, SCHINDLER, IMEM) han reconocido que muchas de esas comunicaciones son modelos y que han sido enviados en más ocasiones que las que constan en el presente caso (…)
>
> (…) Este Consejo considera que las misivas enviadas por SCHINDLER, OTIS, IMEM y ENINTER contienen manifestaciones que **sin ser exactas y verdaderas, observadas en su conjunto y sin perder de vista el contexto jurídico y económico en el que se enmarcan,** son aptas para desacreditar, menospreciar o denigrar a los competidores en el mercado del mantenimiento y reparación de ascensores. Los actos desleales falsean la libre competencia **cuando afectan a la capacidad de competir de otras**

[22] CNMC Resolución (Expte S/0304/10 ENDESA), Tomado de https://www.cnmc.es/sites/default/files/188400_13.pdf

> **empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad y afectando al interés público.** El Consejo coincide con la DI en que la conducta desarrollada por las imputadas tiene aptitud para falsear la competencia (…)
>
> (…).En definitiva, teniendo en cuenta todo lo expuesto, este Consejo considera que las misivas enviadas por SCHINDLER, OTIS, IMEM y ENINTER contienen manifestaciones que sin ser exactas y verdaderas, observadas en su conjunto y sin perder de vista el contexto jurídico y económico en el que se enmarcan, son aptas para desacreditar, menospreciar o denigrar a los competidores en el mercado del mantenimiento y reparación de ascensores. **Los actos desleales falsean la libre competencia cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad y afectando al interés público.** El Consejo coincide con la DI en que la conducta desarrollada por las imputadas tiene aptitud para falsear la competencia… (Énfasis añadido)[23]

Como antesala del caso, resulta necesario contextualizar que se presentaron denuncias en contra de cinco empresas (SCHINDLER S.A., ZARDOYA OTIS, S.A., ASCENSORES ENINTER S.L., ASCENSORES IMEM S.L., INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN S.A.) por actos de denigración, engaño e infracción contractual.

En relación al análisis del falseamiento a la competencia el Consejo consideró: *"… Con ello, OTIS, SCHINDLER, ENINTER e IMEM refuerzan las barreras a la entrada en el mercado de terceros competidores mantenedores que no se encuentran verticalmente integrados, obstaculizando la competencia y entorpeciendo la consolidación de las pequeñas empresas dedicadas al mantenimiento y reparación de ascensores fabricados e instalados por otros operadores".*

Finalmente, el Consejo resolvió la existencia de actos de denigración por parte de las empresas los cuales habrían falseado la competencia en el mercado relevante.

Ya en sede judicial, el Tribunal Supremo español en sentencia de 1 de octubre de 2018, al resolver el recurso de casación presentado contra la sentencia de instancia que derivó de la resolución No. S/410/12, manifestó:

> Vemos así que, según la jurisprudencia de esta Sala, no toda manifestación de competencia desleal será constitutiva de infracción sancionable por la CNMC pues para ello será necesario, como señala artículo 3 de la Ley 15/2007, que se trate de actos de competencia desleal " que por falsear la libre competencia afecten al interés público" . **Y ello sucederá cuando la propia entidad de la conducta o la**

[23] CNMC Resolución (expte. S/410/12, Ascensores -2), tomado de: https://www.cnmc.es/expedientes/vs041012

> **circunstancias concurrentes en su realización -piénsese, por ejemplo, en la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos, la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado, u otras circunstancias o factores semejantes- permitan afirmar la existencia de un falseamiento de la competencia con afectación del interés público.** Pues bien, debemos afirmar que esta exigencia del tipo infractor se cumple en el caso que nos ocupa. (Énfasis añadido)

Teniendo en cuenta lo referido, el estudio sobre falseamiento del presente caso se centró en primer lugar en un análisis del sector, en el cual se determinó que existían empresas integradas verticalmente y una alta concentración, de igual manera, se analizó a los operadores económicos que realizaban la práctica; y, en consecuencia su capacidad para generar barreras de entrada a las empresas que no se encuentran integradas.

Además, se destaca que la agencia de competencia española, para demostrar el falseamiento al régimen de competencia no solo tomó en cuenta la cuota de participación de los operadores investigados, sino que utilizó parámetros como el número de clientes, cartas enviadas, correos electrónicos, análisis de la cadena de valor y caracterización del público afectado, entre otras variables, las cuales permitieron a la autoridad de competencia cuantificar el efecto real o potencial como consecuencia de una conducta desleal.

Resolución de 7 de febrero de 2019/Expediente S/DC/0577/16 VOLKWAGEN

El caso analizó el comportamiento del operador "FACUA contra VOLKSWAGEN por supuestas conductas restrictivas de la competencia contrarias al artículo 3 de la LDC, consistentes en la comercialización de vehículos cuyos motores diésel poseían un software que limitaba la emisión de gases nocivos para la salud y para el medio ambiente en el momento de la inspección técnica, pero que no actuaba cuando el vehículo circulaba por carretera".

Respecto de la actividad económica del operador denunciado, la agencia consideró:

> Son sociedades cuyo objeto es la **fabricación, importación o comercialización de vehículos de motor, partes, piezas de recambio y accesorios de las marcas Volkswagen,** Seat, Audi y Skoda en España, así como cualesquiera otras actividades y operaciones complementarias relacionadas con la actividad principal, entre las que se incluyen la prestación de asistencia técnica y servicios. **Ambas sociedades son filiales al 100%, de forma indirecta, de Volkswagen A.G., matriz del grupo Volkswagen.**

En cuanto a los hechos, el operador VOLKSWAGEN habría reconocido que comercializó autos cuyos motores diésel mantenía un software que, en apariencia, limitaba la emisión de gases nocivos para la salud y el medio ambiente, lo que en la práctica no sucedía, convirtiéndose en una posible publicidad engañosa.

En relación al falseamiento de la competencia la agencia señaló:

> "En este sentido, en el periodo en el que se produce la conducta analizada (2009-2015), las variables **más relevantes de cara a la elección de un turismo eran el precio, las prestaciones del turismo o la imagen de marca asociada al mismo**. Por el contrario, las emisiones de **gases contaminantes publicadas por cada turismo solían tener un papel secundario en la mayor parte de los demandantes a la hora de tomar su decisión de compra de un vehículo.** por lo que, sin necesidad de entrar a valorar si existiese o no competencia desleal, **no existen indicios para considerar que la conducta tiene aptitud para afectar a la competencia en el mercado o para distorsionar de forma significativa la dinámica competitiva del mercado afectado** ni por tanto de que se cumplan las exigencias para aplicar el artículo 3 LDC4 . Todo lo anterior lleva a concluir que no existen indicios de que la conducta de VOLKSWAGEN denunciada por FACUA tenga aptitud, por sí misma[24]. (Énfasis añadido)

En consecuencia, la CNMC resolvió que, los gases contaminantes al mantener un papel secundario en la decisión de los consumidores, no podría considerarse indicios de un posible falseamiento al régimen de competencia, en consecuencia decidió archivar el caso.

6. Reflexiones técnicas

El análisis del falseamiento a la competencia, por lo general, debe realizarse de forma posterior a la identificación del cometimiento de una práctica desleal, sin perjuicio de que en etapas previas a la investigación se puedan identificar o descartar los indicios razonables respecto del posible falseamiento al régimen de competencia y de los supuestos comportamientos desleales.

Por otro lado, el análisis del falseamiento a la competencia depende de las características de cada caso, sin embargo, el análisis técnico debe cumplir, al menos, con el estudio de la naturaleza de la conducta, la estructura de mercado, la determinación del público objetivo y la cuantificación de los efectos reales o potenciales como consecuencia de una conducta desleal.

[24]CNMC Resolución de 07 de febrero de 2019, expte S/DC/0577/16 VOLKWAGEN tomado de: https://www.cnmc.es/expedientes/sdc057716

Para sustentar, la afectación al interés general y derechos de los consumidores, desde la perspectiva económica, es necesario partir de las características del público afectado, y la cuantificación de las afectaciones reales o potenciales generadas por la práctica desleal, el mismo que comprende la caracterización de los productos o servicios afectados.

Así también, es relevante recalcar que, para la determinación del falseamiento al régimen de competencia, es indispensable que se haya comprobado el cometimiento de la conducta desleal y se haya delimitado el mercado relevante, elementos que por su complejidad pueden ser determinados técnicamente en el informe de resultados expedido en la culminación de la etapa de investigación**.**

Finalmente, es importante señalar que, el artículo 26 de la LORCPM, fue reformado el 17 de agosto de 2022, en particular, la cláusula prohibitiva fue extendida a los actos de competencia desleal que afecten o puedan **afectar de forma masiva o la generalidad de los consumidores o usuarios,** independientemente de que puedan o no falsear el régimen de competencia. En consecuencia, el análisis económico para este tipo de casos deberá ser abordado en una Guía específica que permita referir lineamientos claros y específicos respecto de este nuevo parámetro de punibilidad.

7. Bibliografía

Autores:

- Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Ámbito Objetivo, en Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Thomson Reuters, 2011, Pamplona, España.

- Cerda Martínez Pujalte, C. (2018). Últimas tendencias en la aplicación del artículo 3 de la LDC : especial consideración al requisito de afectación al interés público. España.

- Gómez-Acebo & Pombo Abogados (2013) Notas de Competencia. El falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Madrid-España.

- Jose Massaguer, Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Editores Madrid Civitas, 1999, España.

- SCPM, Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la LORCPM. Obtenido de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf

Resoluciones:

Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

- Resolución de 16 de noviembre de 2020, expte SCPM-IGT-INICPD-010-2019. Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wpcontent/uploads/2022/11/Resolucion-1611-2020-EXP-SCPM-IGT-INICPD-0010-2019.pdf

- Resolución de 03 de agosto de 2020, expte SCPM-IGT-INICPD-0025-2018. Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/01/RESOLUCION-SCPM-IGT-INICPD-0025-2018.pdf

- Resolución de 12 de marzo de 2021, expte SCPM-IGT-INICPD-0021-2018 Tomando de:

  https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/11/Resolucion-12-03-2021-EXP-SCPM-IGT-INICPD-021-2018.pdf

- Resolución de 29 de octubre de 2021, expte SCPM-IGT-INICPD-003-2020. Tomando de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/01/Resolucion-29-10-2021-EXP-SCPM-IGT-INICPD-003-2020-version-publica.pdf

Comisión de Resolución de Primera Instancia

- Resolución de 29 de octubre de 2021, expte SCPM-CRPI-016-2021. Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/02/Resolucion-29-10-2021-EXP-SCPM-CRPI-016-2021-Version-no-confidencial-y-publica-.pdf

- Resolución de 15 de marzo de 2022, expte SCPM-CRPI-042-2021.Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/04/Resolucion-15-03-2022-EXP-SCPM-CRPI-042-2021-Version-no-confidencial-y-publicas.pdf

Superintendente de Control del Poder de Mercado

- Resolución de 10 de junio de 2021, expte SCPM-DS-INJ-RA-007-2021. Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2021/12/Resolucion-10-06-2021-SCPM-DS-INJ-RA-007-2021.pdf

- Resolución de 27 de enero de 2022, expte SCPM-DS-INJ-RA-021-2021 Tomado de: https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/06/Resolucion-27-01-2022-EXP-SCPM-DS-INJ-RA-021-2021.pdf

Resoluciones Internacionales

- Resolución de 29 de julio de 2011, expte S/0184/09 ATR GAS NATURAL, CNMC. Tomado de: https://www.cnmc.es/sites/default/files/74304_10.pdf

- Resolución de 24 de febrero de 2012, expt S/0213/10 IBERDROLA SUR, CNMC. Tomado de: https://www.cnmc.es/expedientes/vs021310

- Resolución de 11 de junio de 2012, expte S/0304/10 ENDESA y Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso; Roj: STS 349/2017 - ECLI: ES:TS:2017:349 Id Cendoj: 28079130032017100048.

- Resolución de 17 de septiembre de 2013, expte S/410/12, Ascensores -2, CNMC. Tomado de: https://www.cnmc.es/expedientes/vs041012

- Resolución de 07 de febrero de 2019, expte S/DC/0577/16 VOLKWAGEN, CNMC. Tomado de: https://www.cnmc.es/expedientes/sdc057716

Leyes nacionales

- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

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

Aprobado:

Danilo Sylva Pazmiño

Superintendente de Control del Poder de Mercado

Ricardo Freire Granja

Intendente General Técnico

Revisado:

Carlos Andrés Álvarez Duque

Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Elaborado:

María Victoria Santamaría Urgiles

Experta de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Gabriela Mishel Arias Barros

Directora Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales

Aportes:

Andrea Alexandra Suntaxi Beltrán

Gabriela Janeth Vinueza Almachi

Franklin Alexander Arévalo Vásquez

Analistas -DNICPD

Revisión:

Eddy Manuel Ojeda Cueva

Alex Germánico Molina Ruiz

Analistas-DNICPD