SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 15 de junio de 2017, las 15h20.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes disponen**:** ; **i)** Agregar al expediente el informe SCPM-IIPD-05-2017 de fecha 20 de febrero de 2017, constante en ocho (8) páginas, **ii)** Agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., recibido en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM) el 02 de junio de 2017, a las 12h15, constante en cuatro (4) páginas. En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.-

La Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI), es competente para resolver el presente expediente de investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM), en concordancia con el artículo 71 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante Reglamento de la LORCPM).

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

2.1 El operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., alega "***Nulidad del proceso-preclusión/caducidad de la facultad de investigación y formulación de cargos"***, al respecto el doctor Holger Lucero en su obra Doctrina y Práctica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa refiere: *"(...) caducidad en la extinción de una facultad por no haberla reclamado dentro de tiempo que estipula la norma; es decir, la acción para ejercerla se halla delimitada por el periodo de tiempo que concede la ley para ejercerla",* en el caso que nos ocupa, según el Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en el artículo 6 literal b) inciso 3 y 4 (reformado por el artículo único de la resolución de la Superintendencia e Control del Poder de Mercado No. 79, publicada en R.O. 662 de 5 de enero de 2016, vale la pena aclarar que el operador económico Nestlé del Ecuador S.A. funda su alegación de 2 de junio a las 12h15, basando el argumento de nulidad en una norma que no es aplicable al presente caso, es decir, la resolución No. SCPM-DS-012-2017 del 16 de marzo de 2017, que no estaba en vigencia al momento de tramitar la investigación y la sustanciación del presente caso), la norma aplicable en el presente caso determina: *"(...) El informe para la formulación o no de cargos del Intendente y el informe de resultados emitido por el Director correspondiente se lo hará en el término de quince (15) días, dando inicio a la fase cuatro (4) denominada de sustanciación informando el cambio de fase o archivo a la Coordinación General de Planificación, con el respectivo medio de verificación. La etapa de investigación concluirá con la elaboración de un informe de resultados emitido por el Director correspondiente en el término de quince días, dando inicio a la fase cuatro (4) denominada de sustanciación, informando del cambio de fase o archivo a la Coordinación General de*

Planificación, con el respectivo medio de verificación. En esta fase de sustanciación se notificará al solicitante y denunciado para que este último conteste o deduzca excepciones (....)" en ese orden de ideas la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales en el informe Nro. 15 de fecha 29 de marzo de 2017, evidencia la línea temporal a fin de ilustrar las acciones realizadas, justificando que se ha dado cumplimiento al Instructivo de Gestión Procesal Administrativa cumpliendo con el tiempo efectivo establecido para la formulación de cargos: *"En razón de la norma antes citada la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales ha solicitado al Secretario de Sustanciación la línea temporal a fin de ilustrar a su autoridad sobre las acciones realizadas por este órgano de investigación y se determina lo siguiente:*

1. *Con fecha 24 de julio de 2014, se emite la Resolución de Investigación preliminar, la cual dura 180 días término;*
2. *Con fecha 30 de marzo de 2015, se emite el Informe de Investigación Preliminar (día 180);*
3. *Con fecha 14 de abril de 2015, se notifica al operador económico a fin de que presente las debidas explicaciones;*
4. *Con fecha 07 de mayo de 2015, el operador económico presenta ante este órgano de investigación sus explicaciones;*
5. *Con fecha 21 de mayo de 2015, se da inicio la etapa de investigación formal (180 días plazo);*
6. *Con fecha 16 de noviembre de 2015, este órgano de investigación emite la respectiva providencia en la que se amplía la investigación formal por 180 días plazo adicionales (se dicta la providencia el día 179);*
7. *Con fecha 13 de mayo de 2016, se emite el informe de resultados de la investigación para la formulación de cargos (día 179), y se abre la etapa de sustanciación conforme el Instructivo de Gestión Procesal de la SCPM.*
8. *Con fecha 02 de junio de 2016, dentro de la fase de sustanciación se corre traslado al operador económico el informe de resultados y la formulación de cargos, para proseguir el trámite correspondiente.*

De la línea temporal puesta a su conocimiento se desprende que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales ha dado cumplimiento al Instructivo de Gestión Procesal Administrativa transcrito en líneas anteriores, el cual se encuentra en concordancia con la LORCPM y el RLORCPM en el numeral 6 de la línea temporal expuesta ante ustedes."

No existe tiempo determinado por la normativa para la formulación de cargos, tanto más que esta fue realizada en la fase de sustanciación que ya estaba abierta en ese momento. El informe de resultados del Director salió el 13 de mayo de 2016 y es evidente que el Intendente Nacional necesita un tiempo prudencial para evaluar el informe de resultados y pronunciarse respecto de las recomendaciones existentes en el mencionado informe. Es necesario destacar que el operador económico Nestlé Ecuador S.A., con la notificación del Informe de resultados, la Formulación de Cargos y la solicitud del Ministerio de Salud Pública, contó con los insumos y piezas procesales necesarias para ejercer adecuadamente su derecho a la defensa en concordancia con el artículo 68 del RLORCPM. En conclusión no se ha violado el debido proceso ni existe mérito para declarar la nulidad de lo actuado.

2.2 El operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A, alega además "***Nulidad del proceso- la imputación de la IIPD en contra de Nestlé se deriva de una indebida actuación y valoración de la prueba"*,** manifestando que *"Como se expuso en la audiencia, la acusación de la IIPD de supuestos actos de engaño imputado a Nestlé se deriva del uso no autorizado del logo del Ministerio de Salud Pública ("MSP") en el folleto "Principios y Responsabilidad" de Nestlé (el Folleto), que supuestamente tendrían la potencialidad de inducir a error se sustenta única y exclusivamente en los resultados de las encuestas formuladas a médicos pediatras (la "Encuesta") conforme se desprende de la conclusión del informe Final [...]"* al respecto tanto el operador económico como la Intendencia de Prácticas Desleales en la audiencia oral realizada el 17 de marzo de 2017 en las instalaciones de la SCPM, expusieron los elementos de carácter probatorio tanto de cargo como de descargo, enumerado por su parte la Intendencia de Investigación de Prácticas desleales las sus pruebas tales como: encuestas, toma de testimonios, la existencia del tríptico con la inclusión del logo del Ministerio de Salud Pública sin autorización de esta institución que constan dentro de los recaudos procesales, consecuentemente en el desarrollo de la audiencia enunció el análisis Semiótico del Folleto Informativo "Principios y Responsabilidades y Análisis Neurocientífico, estudio que fue aportado por el operador económico denunciado. El presente argumento es materia de fondo de la presente causa por lo que será tratado a lo largo de esta resolución.

2.3. En definitiva, el presente proceso para la imposición de sanciones por la comisión de prácticas desleales ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento de la LORCPM, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar y que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación preliminar.-

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM), mediante resolución de 24 de julio de 2014, a las 17h00, mediante la cual resuelve abrir un expediente y conducir una investigación preliminar por 180 días; con Informe de Investigación Preliminar del expediente No. SCPM-IIPD-2014-016, de 30 de marzo de 2015 a las 16h45, mediante el cual recomienda, una vez notificado el operador con el contenido del informe y tras recibir las explicaciones, en caso de que estas no sean satisfactorias, disponer el inicio de la etapa de investigación.

3.2. Formulación de cargos.-

La Formulación de Cargos de 02 de junio de 2016, a las 16h30, dispuesto por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en su parte pertinente señala: *"Emitir la presente formulación de cargos contra el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., de conformidad a los resultados de la investigación elaborados por la Dirección Nacional de*

Investigación de Prácticas Desleales, por presuntamente haber incurrido en la práctica desleal de engaño tipificada en el artículo 27, numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), conducta que consistió en haber realizado a nivel nacional estrategias de ventas dirigidas a los médicos por considerarse el vínculo de comercialización entre las empresas productoras de sucedáneos de leche y los consumidores finales, dentro del mercado de sucedáneos de leche materna, a través de la difusión de trípticos en los que se incluía el cumplimiento de normas nacionales e internacionales dentro de las cuales se agregó o incluyó el logo del MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA del Ecuador – MSP, lo cual induce a error y por ende engaña a los profesionales de la salud, a los eventuales consumidores finales y al público en general, sobre una supuesta aprobación, autorización, confianza, acreditación o aval por parte del ente rector en materia de salud pública, respecto de los sucedáneos de leche materna publicitados en el tríptico de NESTLÉ, hecho que atenta al bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, distorsiona la competencia y atenta a la eficiencia económica." Las infracciones se habrían cometido en eventos verificados en los meses de octubre y noviembre de 2012 y en mayo del 2013.

3.3.- Informe de resultados y formulación de cargos.-

"...La DNIPD considera que de los resultados de investigación se desprende que existen méritos para que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales formule cargos contra el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. por el presunto cometimiento de prácticas desleales contempladas en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que en virtud a lo dispuesto en el artículo 58 ibídem, se debe proceder a notificar a dicho operador económico con la denuncia, formulación de cargos e informe de resultados obtenidos en esta investigación a efectos de que presenten sus excepciones.". La Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales en su Informe de Resultados de la Investigación de 13 de mayo de 2016 a las 16h30, en sus conclusiones tanto económicas, como jurídicas, expuso lo siguiente: "(...) ***4.5. Conclusiones del análisis económico*** *(i) En el mercado de los sucedáneos de leche materna las estrategias de venta han estado dirigidas en mayor medida a los médicos por considerarse el vínculo de comercialización entre las empresas productoras de sucedáneos de leche materna y los consumidores finales. (ii) Del análisis cuantitativo y cualitativo se determinó que los productos sucedáneos de leche materna de las empresas Nestle, Abbott Laboratorios, Aspenpharma, Mead Jhonson, Ordesa, Nutrivida se comportan como sustitutos. (iii) El mercado relevante de este mercado está conformado por los sucedáneos de leche materna de las empresas antes mencionadas a nivel nacional. (iv) En el mercado relevante la empresa Nestle ha mantenido la mayor cuota de mercado en el período 2011-2014. Sin embargo, no se observa la obtención de una ventaja competitiva significativa causada por el posible cometimiento de violación de norma denunciada. (...)* ***6.- CONCLUSIONES JURÍDICAS*** *1. El operador económico NESTLE S.A. podría estar infringiendo la LORCPM en su Art. 27 numeral 2, al publicitar información errónea e inexacta engañando a los médicos (pediatras) y posteriormente al consumidor final. 2. La decisión de los usuarios y/o consumidores de los sucedáneos de la leche materna, debe mantenerse protegida de publicidad o información engañosa, las cuales efectivamente*

comprometen la ponderación de uno u otro producto. 3. Del análisis generado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, se han encontrado indicios de la práctica desleal de engaño (Art. 27 numeral 2), debido al uso indebido del logo del Ministerio de Salud Pública del Ecuador en material informativo del operador económico Nestle S.A. 4. Respecto de la violación de normas, la Dirección puede concluir basado en el estudio económico realizado que no se ha generado una ventaja competitiva significativa como consecuencia de la presunta práctica desleal cometida. 5. Una investigación por prácticas desleales que se lleva a cabo en esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene como finalidad el que se restablezca el orden concurrencial en el mercado, salvaguardando el interés general o el bienestar de los consumidores o usuarios, pero en ningún caso busca satisfacer pretensiones de carácter personal o intereses particulares en conflicto". De igual manera en el mismo informe, la Dirección recomendó: "La DNIPD considera que de los resultados de investigación se desprende que existen méritos para que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales formule cargos contra el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. por el presunto cometimiento de prácticas desleales contempladas en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que en virtud a lo dispuesto en el artículo 58 ibídem, se debe proceder a notificar a dicho operador económico con la denuncia, formulación de cargos e informe de resultados obtenidos en esta investigación a efectos de que presenten sus excepciones.".

3.4.- Término de prueba.-

Con sujeción a lo previsto en el artículo 59 de la LORCPM, mediante providencia *"(...) de 11 de agosto de 2016 a las 10h15, mediante la cual la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dispuso abrir el término de prueba por 60 días prorrogables por 30 días adicionales a criterio de su Autoridad." "La providencia de 11 de octubre de 2016, a las 09h30, mediante la cual el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales dispuso dejar sin efecto, la providencia de 09 de agosto de 2016 dictada dentro del presente expediente" "La providencia de 08 de noviembre de 2016 a las 15h00, mediante la cual el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales dispone prorrogar la etapa probatoria por hasta 30 días término a contarse desde el fenecimiento de los 60 días término dispuesto mediante providencia de 11 de agosto de 2016 a las 10h15."*

3.5.- Informe Final.

Con fecha 11 de enero de 2017, a las 17h00, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, remitió a esta Comisión el informe final dentro del expediente Nro. SCPM-IIPD-2014-016 en el que en la parte pertinente de sus conclusiones manifiesta *"(...) toda vez que existe mérito para proseguir con el procedimiento conforme ha sido analizado en el presente informe, esta Autoridad procede a remitir a la Comisión de Regulación de Primera Instancia el contenido del presente informe, así como su expediente. De la misma manera, se concluye que el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., ha incurrido en prácticas de engaño, conforme a lo previsto en el artículo 27, numeral 2, de la LORCPM, al usar sin autorización el logotipo del Ministerio de Salud Pública en el folleto "Principios y Responsabilidad", mismo que fue distribuido a nivel nacional, afectando potencialmente de esta manera la*

eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores y usuarios (...)"

3.6.- Avoca conocimiento la CRPI.

Con providencia de fecha 16 de enero de 2017, la Comisión de resolución de Primera Instancia resuelve: "2*) **AVOCAR** conocimiento del Informe Final de Investigación dentro del expediente administrativo No. SCPM-IIPD-2014-01, remitido por la abogada María Luisa Alvear Tapia, Intendenta de Investigación de Prácticas Desleales (S) **3)** Signar al procedimiento con el número de trámite **SCPM-CRPI-2016-005-2017**. (...)"*

3.7.- Audiencia publica

Mediante providencia de 16 de marzo de 2017, a las 08h43, la CRPI en uso de sus atribuciones legales dispone *"(...) **2)** En atención a la petición formulada por el operador económico Nestlé Ecuador S.A., se vuelve a fijar para el **día viernes 17 de marzo de 2017, a las 10h00**, a fin de que tenga lugar la audiencia conforme solicita, la misma que se cumplirá en el Salón Auditórium de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM) (...)",*

3.8.- Informe No. 15 de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, con fecha 29 de marzo de 2017 remite el informe No. 15 sobre *"Informe solicitado mediante providencia de 21 de marzo de 2017"*

CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR EL OPERADOR ECONOMICO *NESTLÉ ECUADOR S.A.*

4.1.- Explicaciones.- *"(...) Mediante Oficio Nro. MSP-SDM-10-2013-2316-O, de 26 de septiembre de 2013, ingresado a través de Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 04 de octubre de 2013 a las 11h56, mediante el cual la Ministra de Salud Pública comunica de la utilización del logo del Ministerio de Salud Pública en una actividad de promoción y publicidad de Nestlé del Ecuador S.A., a efectos de que se proceda con la realización de una investigación por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado."*

4.1.1. Nulidad del proceso-Caducidad de la facultad de investigación y formulación de cargos.

4.1.1.2. Emisión extemporánea del Informe de Resultados de la Investigación y de la Formulación de Cargos. El artículo 76, numeral 31, de la Constitución "(…) *Con fecha 16 de noviembre de 2015, la IIPD dispuso la ampliación de plazo de la investigación por 180 días adicionales; plazo que venció fatalmente el 16 de mayo de 2016. Sin embargo, el Informe de Resultados de la Investigación y la Formulación de Cargos solamente fueron notificados a Nestlé con providencia de fecha 2 de junio de 2016; es decir, luego de vencido el plazo perentorio establecido por el artículo 62 del RALORCPM y el artículo 6 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder*

de Mercado' para concluir la etapa de investigación y cerrar la investigación o formular cargos (...)".

4.1.2.-El uso no autorizado del logotipo del Ministerio de Salud Pública ("MSP") en el Folleto no constituye un acto de engaño. *"(...) Nestlé ha reconocido en el proceso, que no contaba con la autorización del MSP para incorporar su logotipo en el Folleto. Sin embargo, no existe prueba ni fundamento alguno para sustentar la conclusión del Informe Final según la cual la falta de autorización del logotipo, constituiría un acto de engaño. Las premisas utilizadas en el Informe Final, de ninguna manera llevan a la conclusión relativa a la comisión de un acto de engaño. La conducta de falta de autorización es irrelevante en materia de competencia. (...)"*

4.1.2.1 Folleto no constituye publicidad *"(...) El Informe Final parte de un significativo error al afirmar que el Folleto constituye* ***publicidad*** *por el hecho de contener el signo Nestlé. El Folleto de ninguna manera constituye publicidad, visto que no promociona ningún producto o servicio, sino que destaca el soporte de Nestlé a la lactancia materna y el apego de Nestlé a las normas legales locales e internacionales que regulan la comercialización de productos sucedáneos de leche materna (los* ***"Productos SLM").*** *Es de suma importancia considerar que el Folleto no contiene ningún elemento publicitario y en él, no figura ninguna de las marcas con las que Nestlé comercializa sus Productos SLM (...)".*

4.1.2.2. La información contenida en el Folleto es veraz y objetiva y no induce a error *(...) Como se ha explicado y evidenciado dentro del presente expediente el objetivo del Folleto fue informar a los profesionales de la salud (médicos pediatras con conocimientos especializados en lactantes y lactancia materna) que Nestlé: i)desde sus inicios, tiene un compromiso con el fomento de la lactancia materna; ii) que como empresa apoya, respeta y cumple la regulación nacional e internacional de fomento a la lactancia materna, así como las restricciones para la publicidad y promoción de productos sucedáneos de leche materna; y, iii) fruto de su irrestricto cumplimiento a dichos principios y normativa ha sido incluida en el índice FTSE4Good, conforme se grafica a continuación (...)"*

4.1.2.3. El Informe Final violenta el principio de veracidad *"(...)Aún en el no consentido caso de que el Folleto pudiere considerarse publicidad, el Informe de Resultados de la Investigación y la Formulación de Cargos, así como el Informe Final omiten someter el Folleto a un análisis o "test" de veracidad. Ello vulnera la aplicación del principio de veracidad, en virtud del cual se pretende proteger al consumidor a través de acudir a un criterio objetivo subjetivo, por medio del cual se logre determinar el grado de idoneidad del material en cuestión para inducir a error. Si las expresiones poseen carácter informativo, son concretas y comprobables y se pueden establecer pautas objetivas que permitan establecer su exactitud, como se demostró en el acápite precedente respecto del Folleto, entonces se llega a la conclusión de que no ha existido vulneración del principio de veracidad. No existe ningún análisis al respecto, sino una determinación basada únicamente en el resultado de una encuesta preparada directamente por la IIPD, realizada de manera anti técnica y formulada a médicos pediatras13, solamente 11 de los cuales respondieron a la encuesta (...)"*

4.1.2.4. El uso del logotipo del MSP no induce a error — la imputación de la IIPD en contra de Nestlé se deriva de una indebida actuación y valoración de la prueba *"(...) Como se ha indicado previamente, la acusación de la IIPD de supuesto acto de engaño imputado a Nestlé, se deriva del uso no autorizado del logotipo del MSP en el Folleto, que supuestamente tendría la potencialidad de inducir a error a los destinatarios del Folleto. Esta supuesta potencialidad de inducción a error se sustenta única y exclusivamente en los resultados de una encuesta realizada médicos pediatras sobre un universo mínimo de 11 respuestas recibidas (la "Encuesta"). Para mejor referencia, se transcribe a continuación la conclusión del acápite 3.2.1.4 del Informe Final:*

4.1.3.- Alegato subsidiario- Falta de Tipicidad y Antijuridicidad *"(...) En subsidio de lo anterior, sin que pueda entenderse que la distribución del Folleto tenga carácter desleal, pues su finalidad como quedó demostrado es comunicar la existencia de la normativa local e internacional en cuestión, Nestlé sostiene que la práctica desleal imputada en el Informe Final no es punible a la luz de lo previsto en la LORCPM.*

4.1.4.- Segundo alegato subsidiario *"(...) En caso de que, en función de las recomendaciones y conclusiones del Informe Final, y a pesar de los legítimos alegatos planteados por Nestlé, la CRPI resuelva que la potencialidad de inducción a error derivada del uso no autorizado del logotipo del MSP en el Folleto, alegada por la IIPD con base en la Encuesta, constituye competencia desleal punible al amparo de la LORCPM, solicitamos tener en consideración que a lo largo de todo el proceso Nestlé ha colaborado aportando oportunamente la información que le ha sido requerida por la IIPD28."*

4.2.- Excepciones interpuestas.-

4.2.1 Sobre la Caducidad de la facultad de investigación y formulación de cargos.

4.2.2 El Folleto no constituye publicidad"; "El Folleto no se refiere a ningún producto sucedáneo de leche materna ("SLM").

4.2.3 La información contenida en el Folleto es veraz y objetiva y no induce a error.

4.2.4 El Informe de Resultados de la Investigación y la Formulación de Cargos violentan el principio de veracidad; El uso del logotipo del MSP no induce a error.

4.2.5 Falta de motivación.

4.2.6 Falta de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

4.2.7 La conducta supuestamente infractora está en conocimiento de los jueces competentes.

4.3- Síntesis de los fundamentos de la Contestación del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A.

a). La facultad de la IIPD para adelantar esta investigación y formulación de cargos, y específicamente para la notificación del Informe de Resultados de la Investigación y la Formulación de Cargos caducó por la expiración del plazo máximo establecido legal y

reglamentariamente para el efecto; y, por tanto, acarreando la nulidad del procedimiento, lo cual así debe declararse y disponerse su archivo.

b). El Folleto no se refiere a ningún Producto SLM y en esa medida no constituye publicidad, por lo que mal pueden aplicar las normas sobre actos de engaño invocadas en el Informe Final.

c). La información contenida en el Folleto es veraz y objetiva y no induce a error, máxime, considerando que Nestlé ha aportado pruebas sobre el grado de especialización de los destinatarios del material informativo y sobre su incapacidad de inducir a error.

d). A pesar de que la carga de la prueba recae en la IIPD, no se ha aportado ninguna prueba conducente, más allá de la Encuesta que carece de los elementos básicos para que pudiese tener valor probatorio.

e). Existe una inadecuada e ilegal valoración de la prueba que soporta las conclusiones e imputación del Informe Final en una prueba mal actuada, sin considerar las evidencias aportadas por Nestlé que demuestran de manera técnica e incontestada que el uso del logotipo del MSP en el Folleto no induce a sus destinatarios a error, ni siquiera potencialmente.

f). La conducta investigada carece de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de Nestlé y no es punible al amparo de la LORCPM.

QUINTO.- PRUEBAS DE LOS INTERVINIENTES.-

5.1.- Prueba presentada por la Intendencia de Prácticas Desleales y por parte del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A.

5.1.1.- Oficio Nro. MSP-SDM-10-2013-2316-O de 26 de septiembre de 2013, suscrito por la Ministra de Salud Pública.

5.1.2.- Informe de la Dirección Nacional de Estudios e Investigación de Prácticas Desleales sobre la información enviada por el Ministerio de Salud Pública, de 26 de mayo de 2014.
5.1.3.- Acta de reunión y anexos de 12 de junio de 2014.
5.1.4.- Oficio Nro. MSP-CGAJ-2014-0014 y anexos presentados el 16 de junio de 2014, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública.
5.1.5.- Oficio Nro. MSP-CGAJ-2014-0016 y anexo presentados el 18 de junio de 2014, suscrito por la Coordinadora General de Asesoría Jurídica Subrogante del Ministerio de Salud Pública.

5.1.6.- Informe de la Dirección Nacional de Estudios e Investigación de Prácticas Desleales sobre información enviada por parte del Ministerio de Salud Pública acerca de presuntas prácticas desleales cometidas por la compañía Nestlé Ecuador S.A., de 23 de julio de 2014.

5.1.7.- Oficio No. 000808-SCS-048-05-2014 y anexos de 15 de septiembre de 2014, suscrito por el Director Provincial de Salud del Azuay encargado.

5.1.8.- Escrito presentado el 30 de octubre de 2014, suscrito por la Primera Suplente del Gerente General de Nestlé Ecuador S.A., y su abogado patrocinador.

5.1.9.- Oficio Nro. MSP-DPSPI-2014-0155-O y anexos de 11 de noviembre de 2014, suscrito por el Director Provincial de Salud de Pichincha.

5.1.10.- Oficio Nro. MSP-SNPSI-2014-0222-O y anexos de 18 de noviembre de 2014, suscrito por el Subsecretario Nacional de Promoción de la Salud e Igualdad subrogante.

5.1.11.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 05 de febrero de 2015, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.12.- Informe de Investigación Preliminar de 30 de marzo de 2015.

5.1.13.- Escrito de explicaciones y anexos presentados el 07 de mayo de 2015, suscrito por la abogada patrocinadora de Nestlé Ecuador S.A.

5.1.14.- Resolución de 21 de mayo de 2015 a las 16h45, suscrita por el abogado Javier Freire Núñez, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales.

5.1.15.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 05 de noviembre de 2015, suscrito por el Apoderado General del operador económico QUIFATEX S.A.

5.1.16.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 06 de noviembre de 2015, suscrito por el Representante Legal del operador económico Mead Johnson Nutrition (Ecuador) CIA. LTDA.

5.1.17.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 06 de noviembre de 2015, suscrito por el Gerente General del operador económico Alimentos Clínicos Nutrivida Ecuador S.A.

5.1.18.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 12 de noviembre de 2015, suscrito por el Apoderado Especial del operador económico Abbott Laboratorios del Ecuador Cía. Ltda.

5.1.19.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 16 de noviembre de 2015, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.20.- Oficio Nro. SCVS-SG-2015-0023169-OF y anexo presentados el 10 de noviembre de 2015, suscrito por la Secretaria General de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

5.1.21.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 19 de noviembre de 2015, suscrito por la Gerencia General del Operador Económico Aspenpharma S.A.

5.1.22.- Acta de reunión de 08 de diciembre de 2015, en su parte no confidencial.

5.1.23.- Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DAJ-2015-0175-O y anexos presentados el 08 de diciembre de 2015, suscrito por el Director de Asesoría Jurídica Enc., subrogante de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, en su parte no confidencial.

5.1.24.- Escrito y anexos en su parte no confidencial, presentados el 09 de diciembre de 2015, suscrito por la abogada patrocinadora del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.25.- Oficio Nro. INEN-DE-2015-1256-OF y anexos presentados el 17 de diciembre de 2015, suscrito por el Director Ejecutivo del Servicio Ecuatoriano de Normalización, en su parte no confidencial.

5.1.26.- Oficio Nro. IESS-HJCA-DIRTEC-2016-0006-O y anexos presentados el 11 de enero de 2016, suscrito por el Director Técnico del IESS Hospital José Carrasco Arteaga, en su parte no confidencial.

5.1.27.- Escrito y anexos presentados el 16 de febrero de 2016, suscrito por la abogada patrocinadora del operador económico Nestlé Ecuador S.A, en su parte no confidencial.

5.1.28.- Escrito y anexos presentados el 29 de abril de 2016, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Nestlé Ecuador S.A, en su parte no confidencia.

5.1.29.- Informe de Resultados de la Investigación de 13 de mayo de 2016.

5.1.30.- Formulación de Cargos de 02 de junio de 2016 a las 16h30, suscrita por el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales.

5.1.31.- Escrito de excepciones presentado el 24 de junio de 2016, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.32.- Escrito presentado el 08 de diciembre de 2016, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.33.- Cuestionario I remitido por la médica pediatra Dora Carrera, el 08 de diciembre de 2016.

5.1.34.- Cuestionario I remitido por la médica Silvia Cecilia López Segovia, el 08 de diciembre de 2016.

5.1.35.- Cuestionario I remitido por el médico José Reinoso Torres, el 12 de diciembre de 2016.

5.1.36.- Cuestionario I remitido por la médico pediatra Clarita Isabel Cabezas Pazmiño, el 13 de diciembre de 2016.

5.1.37.- Escrito presentado el 14 de diciembre de 2016, suscrito por la abogada patrocinadora del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.38.- Testimonio/declaración rendida por el doctor Oswaldo Patricio Espinel Burbano, el día 14 de diciembre de 2016.

5.1.39.- Testimonio/declaración rendida por el doctor Fernando Montaño Prado, el día 14 de diciembre de 2016.

5.1.40.- Escrito presentado el 14 de diciembre de 2016, suscrito por la doctora Rosa Miriam del Carmen Romero Cisneros.

5.1.41.- Escrito presentado el 16 de diciembre de 2016, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.42.- Escrito y anexos presentados el 16 de diciembre de 2016, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Nestlé Ecuador S.A.

5.1.43.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 16 de diciembre de 2016, suscrito por el Representante Legal del operador económico Alimentos Clínicos Nutrivida Ecuador S.A.

5.1.44.- Acta de Rendición de Testimonio del señor Rodrigo Camacho Rodríguez Gerente General de NESTLÉ ECUADOR S.A., de 19 de diciembre de 2016, en su parte no confidencial.

5.1.45.- Escrito y anexos presentados el 19 de diciembre de 2016, suscrito por la abogada patrocinadora del operador económico Nestlé Ecuador S.A, en su parte no confidencial.

5.1.46.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 19 de diciembre de 2016, suscrito por el abogado patrocinador del operador económico Abbott Laboratorios del Ecuador Cía. Ltda.

5.1.47.- Testimonio/declaración rendida por el doctor Francisco Bayas, el día 19 de diciembre de 2016.

5.1.48.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 20 de diciembre de 2016, suscrito por la Contadora General del operador económico Mead Johnson Nutrition (Ecuador) CIA. LTDA.

5.1.49.- Oficio Nro. MSP-DNJ-2016-1147-O, presentado el 20 de diciembre de 2016, suscrito por el Director Nacional Jurídico del Ministerio de Salud Pública.

5.1.50.- Cuestionario I remitido por el médico pediatra Jorge Alberto Naranjo Pinto, el 20 de diciembre de 2016.

5.1.51.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 20 de diciembre de 2016, suscrito por el Apoderado General del operador económico QUIFATEX S.A.

5.1.52.- Escrito y anexos no confidenciales presentados el 21 de diciembre de 2016, suscrito por el abogado patrocinador del Operador Económico Aspenpharma S.A.

5.1.53.- Testimonio/declaración rendida por la magister Pamela Villavicencio, el día 21 de diciembre de 2016.

5.1.54.- Oficio Nro. MSP-DNJ-2016-1156-O, presentado el 22 de diciembre de 2016, suscrito por el Director Nacional Jurídico Subrogante del Ministerio de Salud Pública.

5.1.55.- Oficio 203-SEPP-FXJ-16 y anexos de 27 de diciembre de 2016, suscrito por el Presidente de la Sociedad Ecuatoriana de Pediatría de Pichincha.

5.2 OTRAS PRUEBAS DENTRO DEL EXPEDIENTE.

5.2.1 Observación de la Organización Mundial de la Salud sobre el uso de materiales de la OMS en acercamientos comerciales de NESTLÉ. ***"(…)*** *Al respeto constan dentro del expediente, la comunicación dirigida al operador económico NESTLÉ S.A., matriz Suiza, de fecha 02 de agosto de 2013, por parte de la Organización Mundial de la Salud, en la persona de su consejero legal quien comenta: Nuestra atención se ha visto centrada en un documento titulado "Nestlé – Principios y Responsabilidades" el cual ha sido distribuido en hospitales y otros centros de salud en la Provincia de Cuenca, Ecuador. El propósito de este documento es mostrar a los profesionales de la salud que Nestlé es una compañía ética que cumple, entre otras cosas, con el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna de la Organización Mundial de la Salud. El documento muestra el logo de la Organización Mundial de la Salud en una de sus carillas. Conforme a una resolución adoptada en la primera Asamblea Mundial de Salud, el nombre y emblema de la Organización Mundial de la Salud no puede ser usado, en particular para propósitos comerciales, sin autorización previa de la Dirección-General. Adicionalmente, el documento contiene referencia a: la OMS, en particular al Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna de la OMS. La forma en la que la OMS está siendo referida y representada brinda la impresión de que la OMS se encuentra de acuerdo con los acercamientos comerciales de Nestlé. La OMS no apoya los acercamientos comerciales o productos de ninguna compañía, incluida Nestlé. Debo requerir que su compañía cese de inmediato todo uso del logo de la OMS. El uso de los materiales de la OMS es sujeto de autorización previa. De la misma manera, no deseamos ver el uso de nuestro nombre en una manera que implique que la OMS aprueba los acercamientos comerciales de su compañía. Apreciaría recibir la confirmación de que realizaron las acciones necesarias (traducción propia de la Intendencia)."*

"En atención a dicho comentario NESTLÉ (Suiza) señaló: Estimado Señor Burci, En relación a su carta de 02 de Agosto y mi correo de 07 de Agosto, 2013 en el asunto antes mencionado, hemos investigado la situación con nuestros colegas en Ecuador. En cuanto al folleto en cuestión, podemos informarles que fue usado como parte de un material usado en las actividades de los profesionales de la salud en Octubre 2012 en Ecuador. El logo de la OMS no fue utilizado para promover formulas infantiles. Fue solamente usado para el

propósito de explicar a los profesionales de la salud el marco de referencia internacional para la comercialización de los sucedáneos de leche materna. En junio 2013, la Organización Panamericana de Salud trajo a la atención de nuestro equipo local el uso del logo de la OMS. Nosotros inmediatamente procedimos a escala nacional con la acción de recuperación de los folletos restantes. Como la distribución ya ocurrió hace algunos meses atrás, solo fuimos capaces de colectar unos pocos folletos de las oficinas de nuestros contactos médicos y hospitales. En la mayoría de casos, los doctores no se quedaron con estos folletos por un largo periodo de tiempo. De los cuales usted remitió una copia o fueron encontrados antes de Junio 2013 o fueron los restantes que no pudieron ser identificados con nuestra acción de recuperación. Nuevamente, lamentamos que esto haya sucedido y le agradecemos por compartir este inconveniente con nosotros. Nosotros reconocemos que esta no fue la manera adecuada de proceder y hemos tomado medidas en orden a prevenir que esto vuelva a ocurrir en cualquier otro país (el subrayado me pertenece). Saludos cordiales, Sébastien Vitali Consejero Legal - Nestlé Nutrition (Traducción propia de la Intendencia)."

5.2.2 Análisis Semiótico del Folleto Informativo "Principios y Responsabilidades; Análisis Neurocientífico del Folleto "Principios y Responsabilidades. Análisis de los resultados del análisis neurocientífico del Folleto "Principios y Responsabilidades" en el que concluye. "(…) Las conclusiones del análisis semiótico del referido folleto fueron las siguientes: *"1. El folleto no es un objeto publicitario, es una pieza gráfica de diseño editorial cuya información es una ayuda visual para la explicación de información dada a un médico pediatra en una visita. 2. En relación al isotipo MSP, este no representa un signo de certificación con relación a su ubicación en el folleto, ni su enunciado lo identifica como tal, solamente cumple la función de representar a la institución en mención en relación a la ley de la lactancia; además y no se usa la marca MSP por completo (como se mencionó anteriormente, la marca MSP se compone de isotipo y logotipo), solamente como ícono o pictografía (isotipo); y su ubicación en el plano visual y la jerarquía secundaria de la carilla asignada en el folleto no presenta una lectura ambigua, es muy claro que es parte de una diagrama de flujo o infografia que que (sic.) ilustra las leyes, códigos y normas relacionadas a la lactancia materna. 3. El público al que se entregó el folleto, que son los médicos pediatras, por su formación profesional, tienen niveles de lectura sofisticados, y compresiones claras de las normas de salud y la diferenciación entre sellos de certificación y marcas, no deben ser tomados como personas de bajos niveles de compresión capaces de confundirse en lecturas tan elementales. 4. La infografia como recurso visual en la explicación del cumplimiento, es el mejor recurso para demostrar cuales son las normas, leyes, códigos, manuales y/o políticas que entran en juego cuando se trata de fomentar la lactancia materna. Su esquematización es clara y sus textos que en comunicación combinada con la imagen, dejan por sentado que se trata de la expresión de quienes rigen y manejan estas leyes y códigos."*.

5.2.3 El operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, agregó como prueba a su favor la presentación en Power Point, del Análisis Neurocientífico del Folleto "Principios y Responsabilidades", realizado por la empresa consultora Profits Consoulting Group; mismo que en la parte final concluye*: "1. Contrastando el material con la asimilación de*

información por parte del receptor del mensaje, se concluye que existe CONGRUENCIA entre lo que transmite el material versus el mensaje que se recepta. 2. El material causa altos niveles de atención e interés, el cual está centrado en el 87% en las zonas de interés, lo cual viabiliza la recordación del mensaje".

5.2.4 El operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, presenta como prueba a su favor el Análisis de los resultados del análisis neurocientífico del Folleto "Principios y Responsabilidades", elaborado por Pamela Villavicencio Romero, Magister en Dirección en Comunicación Institucional, Coordinadora de la Carrera de Diseño Gráfico y Comunicación Visual de la Universidad Casa Grande, y del análisis realizado concluye lo siguiente: *"Se confirma la congruencia visual que obtiene con resultados del Eyetracker, aunque este no es un análisis sobre el diseño del folleto o su estética, es importante indicar que es una pieza gráfica de baja complejidad en su diseño y contenido, su información es mínima con mucho peso en imágenes más que en texto, y que sus carillas y orden de lectura no se presta a confusiones en el rol que tiene cada página, pretender ver a este folleto como un material que sugestione al lector es ignorar el nivel de educación que tienen los médicos pediatra que está acostumbrados (sic.) a leer información sumamente compleja.".*

5.2.5 Como prueba, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales recibió el testimonio a la Magister Pamela Villavicencio, de lo cual se obtuvieron los siguientes resultados:
"La declarante comenta que el documento no cuenta con mucho texto y que mayoritariamente el documento se encuentra graficado;" "La declarante manifiesta que el documento no se presta a ningún tipo de interpretaciones ambiguas." "De la misma manera indica que la pieza fue entregada a un perfil, que son los médicos, y que los referidos están acostumbrados a leer e interpretar piezas de muy alta complejidad; "En cuanto a las marcas, la declarante señala que las mismas se vuelven el representante, la cara y el vocero de una organización y las marcas utilizadas en el documento cumplen ese rol;" "Define al documento como un folleto informativo de difusión. En cuanto al orden del documento aclara que la carilla siguiente a la de los logotipos, es la de la certificación FTSE4GOOD. Y en relación a si recomendaría el uso de logotipos en documentos informativos, la declarante señala que el uso de logotipos ayuda a que al lector le sea más fácil entender que existen leyes y códigos y adicionalmente indica que estamos hablando de personas que necesitan leer rápido, indica de la misma manera que un médico no se va a sentar a leer tan detenido, debe tener en cuenta el tiempo del observador y considera que sí recomendaría poner un logo para graficarlo, para que sea más rápida la lectura, así como para que no tengan que leer largos textos:" "Finalmente, en relación a la autorización de logos para su uso, la declarante manifiesta que el Ministerio de Salud Pública no tiene los apartados para autorización de uso de su logo y que al no contar con eso significa que el Ministerio no requiere autorización para uso de su logo."

SEXTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

6.1.- Fundamentos de Hecho.-

6.1.1. La Mediante Oficio Nro. MSP-SDM-10-2013-2316-O, de 26 de septiembre de 2013, ingresado a través de Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 04 de octubre de 2013 a las 11h56, mediante el cual la Ministra de Salud Pública comunica de la utilización del logo del Ministerio de Salud Pública en una actividad de promoción y publicidad de Nestlé del Ecuador S.A., a efectos de que se proceda con la realización de una investigación por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

6.1.2. La Intendencia de Prácticas Desleales emite la resolución de 24 de julio de 2014, a las 17h00, mediante la cual resuelve abrir un expediente y conducir una investigación preliminar por 180 días. Mediante Informe de Investigación Preliminar del expediente No. SCPM-IIPD-2014- 016, de 30 de marzo de 2015 a las 16h45, recomienda, una vez notificado el operador con el contenido del informe y tras recibir las explicaciones, en caso de que estas no sean satisfactorias, disponer el inicio de la etapa de investigación".

6.1.3. Mediante providencia de 14 de abril de 2015 a las 11h37, mediante la cual se notifica con el contenido del informe al operador económico **NESTLE ECUADOR S.A**., y se le concede 15 días término a fin de que presente las respectivas explicaciones al mismo.

6.1.4. Mediante escrito presentado por parte del operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., ingresado a través de Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 07 de mayo de 2015 a las 14h30, mediante el cual presenta explicaciones en relación con el expediente SCPM-IIPD-2014-016 y el Informe de Investigación Preliminar de la Dirección Nacional de Estudios e Investigación de Prácticas Desleales emitido el 30 de marzo de 2015.

6.1.5. La resolución de 21 de mayo de 2015 a las 16h45, mediante la cual el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales resuelve ordenar el inicio de la etapa de investigación teniendo en consideración como presunto responsable a la empresa **NESTLÉ DEL ECUADOR S.A**., de presuntos actos de engaño y violación de norma.

6.1.6. Con providencia de 16 de noviembre de 2015 a las 08h23, mediante la cual la Intendenta de Investigación de Prácticas Desleales resuelve ampliar por hasta 180 días adicionales el plazo de investigación dispuesto mediante resolución de inicio de investigación notificada el 22 de mayo de 2015.

6.1.7. Informe de Resultados de la Investigación de 13 de mayo de 2016 a las 16h30, elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, el cual en su parte pertinente indica: *"...La DNIPD considera que de los resultados de investigación se desprende que existen méritos para que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales formule cargos contra el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. por el presunto cometimiento de prácticas desleales contempladas en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que en virtud a lo dispuesto en el artículo 58 ibídem, se debe proceder*

a notificar a dicho operador económico con la denuncia, formulación de cargos e informe de resultados obtenidos en esta investigación a efectos de que presenten sus excepciones.".

6.1.8. En la formulación de Cargos de 02 de junio de 2016, a las 16h30, dispuesto por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, misma que en su parte pertinente manifiesta: *"(...) Emitir la presente formulación de cargos contra el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., de conformidad a los resultados de la investigación elaborados por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, por presuntamente haber incurrido en la práctica desleal de engaño tipificada en el artículo 27, numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), conducta que consistió en haber realizado a nivel nacional estrategias de ventas dirigidas a los médicos por considerarse el vínculo de comercialización entre las empresas productoras de sucedáneos de leche y los consumidores finales, dentro del mercado de sucedáneos de leche materna, a través de la difusión de trípticos en los que se incluía el cumplimiento de normas nacionales e internacionales dentro de las cuales se agregó o incluyó el logo del MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA del Ecuador – MSP, lo cual induce a error y por ende engaña a los profesionales de la salud, a los eventuales consumidores finales y al público en general, sobre una supuesta aprobación, autorización, confianza, acreditación o aval por parte del ente rector en materia de salud pública, respecto de los sucedáneos de leche materna publicitados en el tríptico de NESTLÉ, hecho que atenta al bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, distorsiona la competencia y atenta a la eficiencia económica (...)".*

6.1.9. "*…La DNIPD considera que de los resultados de investigación se desprende que existen méritos para que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales formule cargos contra el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. por el presunto cometimiento de prácticas desleales contempladas en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que en virtud a lo dispuesto en el artículo 58 ibídem, se debe proceder a notificar a dicho operador económico con la denuncia, formulación de cargos e informe de resultados obtenidos en esta investigación a efectos de que presenten sus excepciones." "La Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales en su Informe de Resultados de la Investigación de 13 de mayo de 2016 a las 16h30, en sus conclusiones tanto económicas, como jurídicas, expuso lo siguiente: "(...)* ***4.5. Conclusiones del análisis económico*** *(i) En el mercado de los sucedáneos de leche materna las estrategias de venta han estado dirigidas en mayor medida a los médicos por considerarse el vínculo de comercialización entre las empresas productoras de sucedáneos de leche materna y los consumidores finales. (ii) Del análisis cuantitativo y cualitativo se determinó que los productos sucedáneos de leche materna de las empresas Nestle, Abbott Laboratorios, Aspenpharma, Mead Jhonson, Ordesa, Nutrivida se comportan como sustitutos. (iii) El mercado relevante de este mercado está conformado por los sucedáneos de leche materna de las empresas antes mencionadas a nivel nacional. (iv) En el mercado relevante la empresa Nestle ha mantenido la mayor cuota de mercado en el período 2011-2014. Sin embargo, no se observa la obtención de una ventaja competitiva significativa causada por el posible cometimiento de violación de norma denunciada. (...)* ***6.- CONCLUSIONES JURÍDICAS*** *1. El operador económico NESTLE*

S.A. podría estar infringiendo la LORCPM en su Art. 27 numeral 2, al publicitar información errónea e inexacta engañando a los médicos (pediatras) y posteriormente al consumidor final. 2. La decisión de los usuarios y/o consumidores de los sucedáneos de la leche materna, debe mantenerse protegida de publicidad o información engañosa, las cuales efectivamente comprometen la ponderación de uno u otro producto. 3. Del análisis generado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, se han encontrado indicios de la práctica desleal de engaño (Art. 27 numeral 2), debido al uso indebido del logo del Ministerio de Salud Pública del Ecuador en material informativo del operador económico Nestle S.A. 4. Respecto de la violación de normas, la Dirección puede concluir basado en el estudio económico realizado que no se ha generado una ventaja competitiva significativa como consecuencia de la presunta práctica desleal cometida. 5. Una investigación por prácticas desleales que se lleva a cabo en esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, tiene como finalidad el que se restablezca el orden concurrencial en el mercado, salvaguardando el interés general o el bienestar de los consumidores o usuarios, pero en ningún caso busca satisfacer pretensiones de carácter personal o intereses particulares en conflicto". De igual manera en el mismo informe, la Dirección recomendó:" "La DNIPD considera que de los resultados de investigación se desprende que existen méritos para que la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales formule cargos contra el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A. por el presunto cometimiento de prácticas desleales contempladas en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, por lo que en virtud a lo dispuesto en el artículo 58 ibídem, se debe proceder a notificar a dicho operador económico con la denuncia, formulación de cargos e informe de resultados obtenidos en esta investigación a efectos de que presenten sus excepciones."

6.2.- Fundamentos de Derecho.-

6.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

Art. 76.- "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. […]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. […]

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos".

Art. 66, numerales 15, 25 y 26, garantizan "[…] el derecho a desarrollar actividades económicas, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental […] el derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características […] el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental […]".

Art. 304, numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo "[…] evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado […]".

Art. 335 impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, "[…] cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas […] definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal […]".

Art. 336, determina que "[…] El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley."

6.2.2.- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado – LORCPM.-

Art. 1 "El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas […]".

Art. 2 "Están sometidos todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que lo agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional […]".

Art. 4 los lineamientos que se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia del mismo cuerpo legal, son: "[…] 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado […]".

Art. 25.- Definición.- "[…] Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras […]". "[…] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo con lo establecido en esta Ley […]"

Art. 26.- Prohibición.- "[…] Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera que sea la forma que adopten y cualquiera que sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia […]".

Art. 27.- Prácticas Desleales.- "[…] Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 1. Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. 2. Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa la actividad empresarial. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje […]".

Art. 77.- Sujetos infractores.- "[…] Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley […]".

6.2.3. Derecho administrativo sancionador.-

6.2.3.1. El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene: *[…] proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justifican dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador […]".*[1]

6.2.3.2. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 20114, se indica que: *"[…] Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente.[…] Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general […] el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo Mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado […]".*

6.2.4. Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales.-

6.2.4.1.- El principio de legalidad significa*:"[…] El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale,*

[1] Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito-Ecuador 2011, Páginas 322 y 323

el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[…]".[2]

6.2.4.2.- El derecho al debido proceso implica*:"[…] El artículo 76 de la Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, y establece además que corresponde a toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas, así como que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; y así también la garantía del debido proceso consolida, a su vez la seguridad jurídica que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución en donde la ley se concreta en la confiabilidad, en el orden jurídico, en la certeza sobre el derecho escrito y vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica[…]".*[3]

6.2.4.3.- El derecho a la defensa comporta: *"[…] el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos[…]". "[…] El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés […]".*[4]

6.2.4.4.- El derecho a la seguridad jurídica entraña*: "[…] Como lo ha señalado esta Corte, la seguridad jurídica se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y en que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela.[…]".*

"[…] En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución

---

[2] Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.

[3] Sentencia No.056-12-SEP-CC CAS No.0850-10-EP 27 de marzo de 2012.

[4] Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita [...]".[5]

SÉPTIMO.- IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS.-

De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad que encaja en el tipo de infracción que se imputa al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., se encuentra tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, norma que fue violada por el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.,** al haber incurrido en un acto de engaño, por publicitar información errónea e inexacta en el mercado relevante de los sucedáneos de la leche materna. El operador económico Nestlé del Ecuador S.A., no contó con la autorización de la autoridad de salud del Ecuador, Ministerio de Salud Pública para usar el logotipo de esa entidad en sus campañas publicitarias. Infracción determinada en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM, ajustándose la conducta a lo que establece el artículo 25 de la citada Ley.

OCTAVO.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA PRESENTADA POR LOS INTERVINIENTES.-

A efectos de la valoración de la prueba se hace en función del cargo imputado por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, esto es, por el presunto acto de engaño, contemplado en el artículo 27 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, y las excepciones propuestas por el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., a efectos de concluir sobre la presunta existencia de la práctica desleales.

De la prueba aportada y actuada, específicamente del oficio Nro. MSP-DNJ-2016-1147-O, remitido por el Ministerio de Salud Pública, así como del testimonio del Gerente General del operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., se desprende que el referido operador hizo uso del logotipo del Ministerio de Salud Pública sin alguna autorización, en una publicidad que destaca la cualidades o atributos del operador económico respecto de su línea de productos, esto es, la venta de sucedáneos de leche materna, lo cual se encuadra en lo señalado en el artículo 25 de la LORCPM, en lo relacionado a que no es necesario acreditar conciencia o voluntad en la comisión de la infracción, y al artículo 27, numeral 2 ibídem.

Así mismo de los testimonios de los propios de los médicos que presentaron certificaciones a favor de **NESTLÉ ECUADOR S.A**., se desprende la existencia de una práctica desleal toda vez que se demuestra el uso de logotipo MSP sin autorización, la presentación con dicho logo del MSP a través de la publicidad ofertada o puesta a la vista de los médicos pediatras o profesionales de la salud a nivel nacional, a efectos de promocionar su marca respecto de los sucedáneos de leche materna que coloca en el mercado. Esta práctica desleal es independiente del potencialmente daño que pudo ocasionar en el mercado, se la sanciona de manera "per se", de conformidad con la ley.

[5] Sentencia No.109-12-SEP-CC, CASO No.0246-10-EP, 08 de marzo de 2012.

El operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., establece como prueba a su favor el Análisis de los resultados del análisis neurocientífico del Folleto "Principios y Responsabilidades", elaborado por Pamela Villavicencio Romero, Magister en Dirección en Comunicación Institucional, Coordinadora de la Carrera de Diseño Gráfico y Comunicación Visual de la Universidad Casa Grande, y del análisis realizado concluye lo siguiente: *"Se confirma la congruencia visual que obtiene con resultados del Eyetracker, aunque este no es un análisis sobre el diseño del folleto o su estética, es importante indicar que es una pieza gráfica de baja complejidad en su diseño y contenido, su información es mínima con mucho peso en imágenes más que en texto, y que sus carillas y orden de lectura no se presta a confusiones en el rol que tiene cada página, pretender ver a este folleto como un material que sugestione al lector es ignorar el nivel de educación que tienen los médicos pediatra que está acostumbrados (sic.) a leer información sumamente compleja."*.

De lo expresado ut supra se desprende la existencia de tipicidad, o descripción de la conducta o práctica desleal como acto de engaño, publicidad engañosa. En cuanto a la antijuridicidad, se determinó que el operador económico investigado realizó el tipo normativo de práctica desleal, acto de engaño, al haber utilizado el logotipo del Ministerio de Salud Pública sin autorización, pudiendo generar error en el vínculo de comercialización y por lo tanto daños potenciales en el mercado de sucedáneos de leche materna. Finalmente la culpabilidad o determinación del nexo causal entre el uso sin autorización del logotipo y la determinación de la práctica desleal.

El operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., no ha podido justificar el uso del logotipo del Ministerio de Salud Pública, en una publicidad que destaca las cualidades o atributos del operador económico respecto de su línea de productos, esto es, la venta de sucedáneos de leche materna, por lo tanto ha incurrido en actos de engaño.

El operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., presenta como prueba a su favor el Análisis de los resultados del análisis neurocientífico del Folleto "Principios y Responsabilidades", elaborado por Pamela Villavicencio Romero, Magister en Dirección en Comunicación Institucional, Coordinadora de la Carrera de Diseño Gráfico y Comunicación Visual de la Universidad Casa Grande, y del análisis realizado concluye lo siguiente: *"Se confirma la congruencia visual que obtiene con resultados del Eyetracker, aunque este no es un análisis sobre el diseño del folleto o su estética, es importante indicar que es una pieza gráfica de baja complejidad en su diseño y contenido, su información es mínima con mucho peso en imágenes más que en texto, y que sus carillas y orden de lectura no se presta a confusiones en el rol que tiene cada página, pretender ver a este folleto como un material que sugestione al lector es ignorar el nivel de educación que tienen los médicos pediatra que está acostumbrados (sic.) a leer información sumamente compleja."*. El operador económico investigado expone como argumento técnico que en el folleto "Principios y Responsabilidad", que fue distribuido a nivel nacional, y los peritajes de Análisis Semiótico y el de Análisis de Resultados Neuroresearch presentados concluyen entre otras cosas que el documento presenta más gráficos que texto, que el documento fue dirigido a médicos que tienen un grado más elevado de conocimiento que el consumidor promedio, que los médicos

tienden a leer rápido un documento, no deteniéndose en el texto, por lo que el uso de logotipos son una forma de apoyo para graficar las ideas, por lo que no existiría infracción. Sin embargo, y no obstante lo determinado en los resultados de la prueba presentada por el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., la comisión de la infracción en materia de prácticas desleales, no requiere que exista daño efectivo, bastando constatar que dicho acto sea potencial.

Finalmente del informe de actuaciones complementarias solicitadas por la CRPI., con fecha 13 de febrero de 2017, el mismo que es remitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales con Informe No. SCPM-IIPD-05-2017 de 20 de febrero de 2017 en el que establece que: *"(...)* ***3.1 PRONUNCIAMIENTO DEL MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA EN RELACIÓN AL FOLLETO MATERIA DE LA LITIS:*** *Dentro del Juicio Contencioso Administrativo No. 17811-2014-1894 propuesto por el Dr. Xavier Rosales Kuri, Apoderado Especial de Nestlé Ecuador S.A., en contra del Director General de Salud de la Subsecretaria Nacional de Vigilancia de la Salud Pública, Ministra de Salud Pública; y, Procurador General del Estado, en la página ochenta (80) del referido expediente se encuentra el Memorando Nro. MSP-DNPPS-AN-2013-0988 de 21 de mayo de 2013 dirigido a la Directora Nacional de Comunicación, Imagen y Prensa, suscrito por el Coordinador Nacional de Nutrición / Gerente del Proyecto Desnutrición Cero; en relación al apartado "****c) Observaciones adicionales dirigidas al contenido del material****", la autoridad competente del Ministerio de Salud expresa: "El material dirigido a personal de salud es promocional de la empresa"; "Finalmente, cabe mencionar que Nestlé exhibe en una de las páginas del folleto el logo del Ministerio de Salud Pública, acción que ocasionaría confusión al presumir que dicho material se encuentra avalado por el Ministerio. Es importante mencionar que el logo es usado como imagen de la Ley que es emitida por el Congreso de la República, siendo injustificable el uso del mismo".* Consiguiendo establecerse que efectivamente **el Ministerio de Salud Pública jamás autorizo el uso del logotipo de su institución,** existiendo actualmente un proceso propuesto por el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., por la indebida utilización del logotipo del Ministerio de Salud Pública. Adicionalmente se debe manifestar que constan dentro del expediente, la comunicación dirigida al operador económico NESTLÉ S.A., matriz Suiza, de fecha 02 de agosto de 2013, por parte de la Organización Mundial de la Salud, en la persona de su consejero legal quien manifiesta: "(…) *Nuestra atención se ha visto centrada en un documento titulado "Nestlé – Principios y Responsabilidades" el cual ha sido distribuido en hospitales y otros centros de salud en la Provincia de Cuenca, Ecuador. El propósito de este documento es mostrar a los profesionales de la salud que Nestlé es una compañía ética que cumple, entre otras cosas, con el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna de la Organización Mundial de la Salud. El documento muestra el logo de la Organización Mundial de la Salud en una de sus carillas. Conforme a una resolución adoptada en la primera Asamblea Mundial de Salud, el nombre y emblema de la Organización Mundial de la Salud no puede ser usado,* requiriendo al operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A *"(...) que su compañía cese de inmediato todo uso del logo de la OMS. El uso de los materiales de la OMS es sujeto de autorización previa. De la misma manera, no deseamos ver el uso de nuestro nombre en una manera que implique que la OMS aprueba los acercamientos comerciales de su compañía.* Contestando al respecto el operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A *"(...) Nuevamente, lamentamos que esto haya sucedido y le agradecemos por compartir este inconveniente con nosotros. Nosotros*

reconocemos que esta no fue la manera adecuada de proceder y hemos tomado medidas en orden a prevenir que esto vuelva a ocurrir en cualquier otro país (...)"

NOVENO.- DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN Y RESPONSABILIDAD QUE CORRESPONDA A SUS AUTORES.-

La Comisión de Resolución de Primera Instancia sustenta su resolución de la siguiente manera:

9.1 El operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.,** ha incurrido en prácticas de engaño, conforme a lo previsto en el artículo 27, numeral 2, de la LORCPM, al usar sin autorización el logotipo del Ministerio de Salud Pública en el folleto "Principios y Responsabilidad", mismo que fue distribuido a nivel nacional, afectando potencialmente de esta manera la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores y usuarios, presupuesto de hecho que se ajusta a lo previsto en la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la LORCPM.

9.2 Dentro de la lógica de mercadeo, es importante influir en la toma de decisiones de los consumidores, para este efecto está la promoción como uno de los componentes fundamentales del mercadeo. La promoción es una categoría desarrollada por los técnicos en mercadeo conjuntamente con el producto, el precio, la plaza y los mercados a los que va dirigido el producto. La promoción en términos generales, suele tener cuatro momentos en el proceso de decisión de compra por parte del consumidor: el primero es llamar la atención del consumidor, el segundo es generar el interés del consumidor en el producto, el tercero es engendrar el deseo de comprar el producto; y, finalmente la decisión de comprar el producto materia de la promoción, sea de manera directa como en el caso de productos de venta libre o en su defecto por intermedio de canales de recomendación, como lo pueden hacer a través de médicos como en el presente caso. Existe una gran variedad de estrategias de promoción de los productos que se encuentran funcionando en el mercado. Tanto el diseño, el desarrollo y la implementación de las estrategias de comercialización no son ilícitas, siempre y cuando en este proceso no se recurra a conductas infractoras de deslealtad con el mercado o los consumidores. De ahí que el principio de veracidad en materia publicitaria consiste en el derecho que tiene el consumidor a tener acceso a la verdad informativa y a la obligación que tiene el oferente de respetar la verdad en toda actividad publicitaria; en las que podría encontrarse la publicidad falsa y la inducción al engaño entre otras; la violación a este principio deriva en un acto de competencia desleal por engaño, desde que la actividad comercial es uno de los mecanismos que disponen los oferentes para atraer a los consumidores.

En la actualidad existe un gran interés por consumir productos garantizados, en el presente caso existe mayor seguridad respecto al producto a comercializar al incorporal el logotipo del Ministerio de Salud Pública, por lo que la oferta de productos al estar supuestamente abalizado por el Ministerio de Salud Pública, garantiza la seguridad en el consumo o recomendación del producto. En estas circunstancias, al usar sin autorización el logotipo del Ministerio de Salud Pública en el folleto "Principios y Responsabilidad", trasmiten la idea

que el producto esta abalizado y garantizado por el Ministerio de Salud Pública, publicidad que induce a los consumidores y/o a sus canales al consumo de estos productos, incurriendo en prácticas de engaño por parte del operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**

9.3 El Folleto no constituye publicidad"; "El Folleto no se refiere a ningún producto sucedáneo de leche materna ("SLM"). El operador económico NESTLÉ DEL ECUADOR S.A., dentro de su escrito de excepciones manifiesta: *"El Folleto no hace referencia a ningún producto o servicio, por lo cual mal podría calificarse como publicidad. (...) el Folleto constituye material informativo sobre los beneficios de la lactancia materna y, al respecto, el Folleto transmite un mensaje informativo de carácter objetivo. Es decir, todos los hechos referidos en el Folleto son informativos, reales y demostrables. El Informe de Resultados de la Investigación no contiene ningún análisis ni hace ninguna imputación a que los mensajes informativos del Folleto fueren falsos o irreales. Sin embargo, confunde el concepto de publicidad con el de información."*.

De la misma manera, el operador económico investigado agrega: *"La simple revisión del Folleto permite evidenciar que no contiene referencia alguna a los productos SLM que comercializa Nestlé, a sus marcas ni a sus características, ni si quiera (sic) de modo general contiene referencia a ningún segmento o categoría de productos, de manera que la propia formulación de cargos parte de una premisa falsa, pues el Folleto no publicita ningún producto, y menos SLM. El Folleto tiene por objeto informar de manera objetiva sobre los beneficios de la lactancia materna y las políticas y programas desarrollados por Nestlé para ese efecto. Sin embargo, ni el Informe de Resultados de la Investigación ni la Formulación de Cargos analizan el contenido del Folleto, ni la existencia del mensaje informativo de carácter objetivo sobre el impulso a la lactancia materna establecido en el Folleto."*
En relación al término "publicidad" la autora Sandra Vilajoana Alejandre, nos indica: *"Los académicos y profesionales del sector definen la publicidad como aquella comunicación persuasiva y/o informativa sobre los productos, servicios, marcas, etc., de un anunciante, difundida por medio, fundamentalmente, de anuncios suscritos y pagados por el mismo, con el objetivo de incidir directa o indirectamente en los comportamientos de compra y de consumo de los públicos a los que se dirige (...)"*De lo descrito por la autora precitada, así como de la información recabada en los testimonios realizados a médicos pediatras y al Gerente General del operador económico investigado, proveedor de sucedáneos de leche en el mercado ecuatoriano y a nivel mundial, se desprende que el "folleto", materia de la Litis, al ser un comunicado de carácter informativo, pese a no referirse a uno o varios productos de sucedáneos de leche materna como alega el operador para que pueda tratarse de una publicidad, si muestra *(i)* la marca **NESTLÉ** del operador económico **NESTLÉ DEL ECUADOR S.A**. a los profesionales de la salud. *(ii)* certificación internacional como la única empresa de sucedáneos de leche materna, y entre otros, *(iii)* los logos del Ministerios de Salud Pública y de la Organización Mundial de la Salud (OMS); inclusive, el propio operador económico señala en su escrito de excepciones que *"... El Folleto tiene por objeto informar de manera objetiva sobre los beneficios de la lactancia materna y las políticas y programas desarrollados por Nestlé para ese efecto...*" En consecuencia, la comunicación materia de la Litis constituye un medio de publicidad de la marca relacionada con sucedáneos de leche materna, nótese por ejemplo, que de los recaudos probatorios consta que la venta de

sucedáneos de leche forma parte del portafolio de productos de Nestlé del Ecuador S.A. (léase al respecto la parte económica del presente informe, así como las declaraciones del señor Gerente General de Nestlé); que el medio o canal a través del cual se logra la captación de eventuales clientes es por medio de los médicos pediatras, poniéndose a disposición de los mismos las características de los productos, certificaciones científicas de los mismos, y certificaciones del propio proveedor relacionadas con el o los eventuales productos que buscan destacar las cualidades de sus productos y del proveedor, por lo que no se podría catalogar a la actividad de ubicar entre los médicos pediatras información sobre las cualidades de un proveedor de sucedáneos de leche materna a nivel nacional, sino de verdadera publicidad con los efectos que busca ésta, es decir, quedarse en el inconsciente del consumidor, a través del médico pediatra, como canal y la compra directa de usuarios y consumidores.

9.4 La información contenida en el Folleto es veraz y objetiva y no induce a error. El operador económico investigado, en relación a este apartado, expone: *"Como se ha explicado y evidenciado dentro del presente procedimiento de investigación, el objetivo del Folleto fue informar a los profesionales de la salud (**médicos pediatras con conocimientos especializados en lactantes y la lactancia**) que Nestlé: i) desde sus inicios, tiene un compromiso con el fomento de la lactancia materna; ii) que como empresa apoya, respeta y cumple la regulación nacional e internacional de fomento a la lactancia materna, así como las restricciones para la publicidad y promoción de productos sucedáneos de leche materna; y, iii) fruto de su irrestricto cumplimiento a dichos principios y normativa ha sido incluida en el índice FTSE4Good. (...)Esta información sobre el cumplimiento irrestricto de Nestlé de la regulación nacional e internacional sobre fomento y protección de la lactancia materna es veraz, adecuada y no induce a error. El uso del logotipo del Ministerio de Salud Pública como emisor de la regulación local encargado de su cumplimiento se efectúa exclusivamente como recurso gráfico, precisamente para destacar el cumplimiento de Nestlé de dicha normativa. No señala el Folleto, expresa ni implícitamente, en ninguna parte ni de otra manera induce a pensar ni sugiere, que los SLM o la actividad de Nestlé esté avalada, aprobada, certificada ni reconocida por el Ministerio de Salud Pública, ni por ninguna otra entidad, ni existen elementos que técnicamente analizados individualmente o en su conjunto podrían llevar a dicha conclusión."*.

En relación a este punto, la doctrina relacionada con la materia expone: *"**Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros dispositivos de calidad** (...) El art. 21 LCD, bajo el epígrafe «Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad», tipifica como desleal per se las siguientes prácticas: (...) ● Afirmar que un empresario o profesional (incluidas sus prácticas comerciales) o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado cuando éste no sea el caso, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización. ● Exhibir un sello de confianza o de calidad o un distintivo equivalente sin haber obtenido la necesaria autorización…"* En relación a este punto, los autores Ghersi Rassi y Arosemena Burbano nos exponen que *"… la regla per se nos invita a condenar definitivamente una clase entera de prácticas por considerar que su naturaleza es contraria a los principios básicos de la legislación de competencia…"* De la prueba actuada, específicamente del oficio Nro. MSP-DNJ-2016-1147-O, remitido por el Ministerio de Salud Pública, así como del testimonio del Gerente General del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., se desprende que el referido operador hizo uso del logotipo del Ministerio

de Salud Pública sin alguna autorización, en una publicidad que destaca la cualidades o atributos del operador económico respecto de su línea de productos, esto es, la oferta de sucedáneos de leche materna, lo cual se encuadra en lo señalado en el artículo 25 de la LORCPM, en lo relacionado a que no es necesario acreditar conciencia o voluntad en la comisión de la infracción, y al artículo 27, numeral 2 ibídem.

9.5 El Informe de Resultados de la Investigación y la Formulación de Cargos violentan el principio de veracidad"; "El uso del logotipo del MSP no induce a error. NESTLÉ ECUADOR S.A., en relación al primer apartado expone: *"Aún en el no consentido caso de que el Folleto pudiere considerarse publicidad, el Informe de Resultados de la Investigación y la Formulación de Cargos omiten someter al Folleto a un análisis o "test" de veracidad. Ello vulnera la aplicación del principio de veracidad, en virtud del cual se pretende proteger al consumidor a través de acudir a un criterio objetivo-subjetivo, por medio del cual se logre determinar el grado de idoneidad del material en cuestión para inducir a error. Si las expresiones poseen carácter informativo, son concretas y comprobables y se pueden establecer pautas objetivas que permitan establecer su exactitud, como se demostró en el acápite precedente respecto del Folleto, entonces se llega a la conclusión de que no ha existido vulneración del principio de veracidad. No existe ningún análisis al respecto, sino una determinación subjetiva de supuestas presunciones que carecen de respaldo objetivo (...) el Folleto no se encuentra inmerso en ninguno de los criterios elaborados por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia para determinar una publicidad como engañosa, aun asumiendo que el Folleto constituya publicidad, lo cual insistimos en rechazar. Por otro lado, de la revisión de los principios generales y criterios transcritos, se evidencia la alta responsabilidad y cuidado que requiere la evaluación objetiva y técnica de conductas que impliquen supuestas prácticas de engaño, evaluación que dista de meras apreciaciones subjetivas por parte del evaluador."*. En cuanto al segundo acápite expresa: *"Como se ha indicado previamente, los cargos relacionados con supuestos actos de engaño formulados contra Nestlé se derivan del uso no autorizado del logo del MSP al afirmar que* ***induce a error y por ende engaña a los profesionales de la salud****, a los eventuales consumidores finales, al público en general, sobre una supuesta aprobación, autorización, confianza, acreditación o aval por parte del ente rector en materia de salud pública, respecto de los sucedáneos de leche materna publicitados en el tríptico de Nestlé. Como señalado, ni en el Informe de Resultados de la Investigación ni en la Formulación de Cargos, se determina cómo supuestamente operaría la inducción a error, ni lo ha sustentado objetivamente, por lo que esta alegación constituye una mera opinión o apreciación sin fundamento, violando el principio de veracidad. (...) Se desprende de los apartes transcritos, que el Informe de Resultados de la Investigación pretende realizar un análisis en abstracto, sin analizar el cuándo; cómo y dónde del Folleto, siendo este el punto de partida evidente para determinar la potencialidad de inducción a error. La Doctrina es clara al considerar que el anuncio debe ser imputado al empresario anunciante tal y como lo interprete el público destinatario del anuncio17. Debe partirse de determinar la condición del destinatario, para luego determinar el sentido que dicho destinatario atribuye al mensaje, analizado en su conjunto. (...) Así, previo a afirmar que el uso del logotipo del MSP en el Folleto... induce a error, por ende engaña a los profesionales de la salud, tanto el Informe de Resultados de la Investigación como la Formulación de Cargos debieron considerar que Folleto fue dirigido y exclusivamente entregado a profesionales de la salud, que tienen una formación y conocimiento profesional, muy por sobre lo que podría considerarse un*

"consumidor medio" hacia el mensaje entregado. (...) En adición a la anterior, se debe considerar que las normas sobre engaño no sancionan la falsedad en sí misma, más allá de que el Folleto no contiene ninguna información falsa. Para que la supuesta falsedad sea relevante en materia de competencia, es necesario que el mensaje que se transmite, por las circunstancias y el contexto en que se presenta, sea susceptible de inducir a error a sus destinatarios. Y como se evidencia de lo señalado en párrafos anteriores, no existe razón para suponer objetivamente ni evidencia alguna de que el Folleto, a través de la inclusión del logotipo del Ministerio de Salud, pudiere ser susceptible de inducir a error a los médicos pediatras a quienes estuvo destinado y quienes fueron sus únicos receptores. La finalidad de los logos visibles en el folleto, como quedó dicho, es únicamente identificar visualmente a los emisores de las distintas normativas y regulaciones citadas. Ya en su contexto completo, el folleto tiene como finalidad complementar la alta formación técnica de los profesionales de la salud, con información regulatoria en cuanto al marco legal y regulatorio relativo a los SLM y al fomento de la lactancia." Al respecto doctrina especializada en la materia manifiesta: *"(...) se considera desleal, por engañoso, afirmar, sin ser cierto, "que un empresario o profesional, sus prácticas comerciales, o un bien o servicio ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado, o haber esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización" (...) se prohíbe engañar al consumidor en relación con una supuesta aprobación, aceptación o autorización que verse sobre las prácticas comerciales, los bienes o servicios del empresario o sobre la propia condición de éste. (...) es una práctica engañosa "la exhibición de un sello de confianza o de calidad o de un distintivo equivalente, sin haber obtenido la necesaria autorización" (art. 21.2 LCD). Se prohíbe, por tanto, la utilización fraudulenta de un signo externo capaz de generar ciertos niveles de calidad y que, por su propia naturaleza, puede distorsionar el comportamiento económico del consumidor. Se veda el aprovechamiento no autorizado de una marca, pues eso provoca falsas expectativas en relación con el origen, el prestigio, el modo de elaboración o cualquier otro elemento cuya simulación termina por alterar la percepción del consumidor medio.". De la contestación a cuestionarios por parte de profesionales de la salud se desprendió que el 46% de los encuestados consideran que el logotipo del MSP le brinda la idea de que el producto cuenta con el auspicio del MSP y una mayor seguridad respecto de los productos comercializados por la empresa y el 55% de los médicos respondieron que SI preferirían recomendar a sus pacientes un producto sucedáneo de leche materna avalado por el MSP; lo que, sin perjuicio de que el artículo 25 inciso 3 de la LORCPM, esto es que "(...) Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico (...)"*, por consiguiente la utilización del logotipo del Ministerio de Salud Pública, sin autorización, en una publicidad dirigida a profesionales de la salud, encaja plenamente en la conducta señalada en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM.

9.6 La conducta supuestamente infractora está en conocimiento de los jueces competentes Para concluir el escrito de excepciones, NESTLÉ ECUADOR S.A., indica: *"Es importante considerar que se encuentra pendiente de resolución por parte del Tribunal Contencioso Administrativo, la impugnación presentada por Nestlé en relación a la resolución sancionatoria que versa exactamente sobre los mismos hechos que son materia del Informe de Resultados de la Investigación y de la Formulación de Cargos, a saber: la distribución a profesionales de la salud, de material informativo de Nestlé, que incluye el logo del MSP, sin que dicho uso haya sido autorizado. Por lo que cualquier pronunciamiento*

de la IIPD o de cualquier otro órgano de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en relación a la legalidad y legitimidad del material informativo y el supuesto potencial acto de engaño derivado del uso no autorizado del logo del MSP, en forma previa a la existencia de una sentencia ejecutoriada, constituiría una intromisión ilegítima en la administración de justicia y la consecuente violación del principio de unidad jurisdiccional consagrado en el numeral 3 del artículo 168 de la Constitución (...).".

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 76, numeral 7, letra i), señala *"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".* Al respecto la doctrina relacionada a la materia determina: *"(...) para ser utilizada eficazmente dicha excepción (non bis in idem), es preciso que concurran la circunstancia esencial e importantísima de la identidad de cosas, de personas y de acciones entre la causa definitivamente sentenciada ya y la nuevamente promovida, en que fuere alegada dicha excepción, pues de no existir la identidad en esos tres conceptos no podría tener aplicación el principio jurídico en que se funda (...)"*
En el caso que nos ocupa se puede determinar en cuanto a la identidad subjetiva, la concurrencia del mismo accionante y accionado, es decir existe misma identidad subjetiva en el sentido de la intervención de las mismas partes procesales. En cuanto a la identidad objetiva (eadem res): consiste en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho. En cuanto al objeto, es decir lo que se reclama en el proceso, se desprende que se refiere a los mismos hechos, la distribución a médicos pediatras de un folleto que cuenta con el logo del Ministerio de Salud Pública el que no se encuentra autorizado. No obstante, en cuanto a la identidad de la causa, el proceso iniciado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado se fundamenta en materia de competencia y no en asuntos de autorizaciones administrativas, es decir, un mismo acto puede tener diferentes consecuencias jurídicas, en el presente caso el mismo acto tiene efectos administrativos respecto del Ministerio de Salud Pública y también en materia de competencia por lo que la SCPM, inició la presente causa.

Conforme a lo expresado anteriormente se debe manifestar para que opere el principio non bis in ídem contemplado en nuestra Constitución es necesario que entre los dos casos concurra la identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad en la que comparecen. Así, de lo analizado se desprende la inexistencia de la referida concurrencia de identidades, por lo que se descarta el principio de non bis in ídem.

Finalmente, en cuanto a la excepción de intromisión ilegítima en la administración de justicia y la consecuente violación del principio de unidad jurisdiccional, resta señalar que la Superintendencia de Control del Poder del Estado forma parte de la Función de Transparencia y Control Social, mas no de la Función Judicial, por lo que, siendo ramas distintas en la división de funciones del Estado y descartando la existencia de Litis pendencia o cosa juzgada, se desprende que no es viable la excepción planteada por el operador económico investigado, además que de conformidad con el último inciso del artículo 25 de la LORCPM, el cual indica: "*Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal,*

sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia",

9.7 El operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, realiza un análisis sobre la deslealtad de su conducta y advierte que no se ha probado que haya tenido como efecto engañar o inducir a error a los consumidores, aduce a su favor que el objetivo del folleto fue informar a los profesionales de la salud, que Nestlé mantiene un compromiso histórico con el respeto y fomento de la lactancia y que se ha violado en principio de veracidad ya que se debe realizar un entendimiento racional sobre hacia quien está dirigido el anuncio publicitario. Adicionalmente, señala que las prácticas desleales no son punibles, salvo que afecten al interés general, ya en su contexto completo el folleto tiene como objeto completar la alta información técnica de los profesionales de la salud. Al respecto señalamos que la doctora Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica, incluido en la publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015) manifiesta que "*[…] La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla de minimis, o si el volumen de ventas podría afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está dentro de los criterios delimitadores de la deslealtad […]"*[6] de lo que se desprende que las conductas desleales típicas antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia se sancionan por el sólo evento de realizarlas. No se atiende los efectos en los mercados como lo señala la misma autora especialista en competencia desleal, *"En este modelo la regulación contra la deslealtad, tiene puntos de conexión con el derecho de propiedad intelectual, la defensa del consumidor y las normas de competencia principalmente. Sin embargo, se diferencia de ellas, porque la primera sanciona per sé la deslealtad sin importar sus efectos económicos ni el origen de la deslealtad […]"*el artículo 25 de la LORCPM amplía el entendimiento de lo manifestado, que en su parte pertinente dice: Definición.- *Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.- […] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil.* ***Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial****, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.- Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.-.[…]"*. Se concluye entonces que no se necesita probar que el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, haya tenido la

[6] Alvear Peña Patricia. Derecho de corrección económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Derecho administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Pág. 83

intención de cometer la infracción, si no tuvo esa intención, entonces, tan solo, basta que revisemos los efectos (no del mercado) sino del resultado del engaño ya que no cuenta con la autorización del Ministerio de Salud Pública., y que efectivamente su efecto, es dar mayor seguridad respecto a los productos comercializados por el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., sea directamente a los consumidores y usuarios o a través de los médicos pediatras como canal de recomendación para el consumo de los productos del operador económico Nestlé Ecuador S.A., dentro de lo que el Código Civil establece para los cuasi delitos en su artículo 2184 dice *"Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes.- Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito."*. Se concluye también que la marginal participación en el mercado o la baja incidencia en el mismo, su conducta desleal no exime al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., de las sanciones previstas en la LORCPM.

9.8 El artículo 78 de la LORCPM, dice que las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves. El numeral 2 del artículo mencionado dice que serán infracciones graves y a continuación establece, entre otras, el literal "c" de la referida norma que dice *"El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta ley"*, que se ha probado plenamente tanto en la etapa de investigación y en la de sustanciación del caso "ut supra". El artículo 79 de la LORCPM establece que "*La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, a las siguientes sanciones: […] b. Las infracciones graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa u operador económico infractor en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa."*: artículo 97 del RLORCPM., establece: *"(…) - Información.- Con el fin de determinar el volumen de negocios de un operador económico, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado utilizará los mejores datos disponibles sobre dicho operador económico.* Se perfecciona la figura punible de la conducta infractora en este punto.

9.9 El cálculo del ventas en el mercado relevante determinado para el año 2016, en el presente caso asciende a la cuantía de USD [redacted] y servirá para la determinación de la base para el cálculo del importe

DÉCIMO.- APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE LA MULTA.-

La aplicación de la metodología para el cálculo de la multa establecida por la Junta de Regulación en la Resolución No.12 del 22 de septiembre de 2016, en la Junta de Regulación resuelve expedir la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

10.1 Metodología para la aplicación de multas

10.1.1 Mercado relevante: Sucedáneo de leche materna

Aplicación General de la Metodología:

10.1.2 Ventas en el mercado relevante: USD$ [redacted] dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.
1.1.1 Factor de gravedad y factor de afectación: 0,01
1.1.2 Importe Base Operador= 1.1*1.1.1= [redacted]
1.1.3 Duración de la infracción: 1
1.1.4 Importe Base Operador * Duración de la infracción = [redacted]
1.1.5 Factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes = 0,85
1.1.6 1.1.4 * 1.1.5 = [redacted]

10.2 Desarrollo de la Aplicación General de la Metodología

10.2.1. El factor de gravedad y factor de afectación se calculan:

Factores	Valores	Explicación
Factor de gravedad (α)	1,47436144	la participación del Operador económico Nestlé en el Mercado Relevante, la cobertura geográfica (nivel nacional) y el tipo de infracción: Grave
Factor de afectación (Θ)	0,19	La dimensión del MR afectado con HHI normalizado
Naturaleza de la infracción grave	1	Coeficiente de gravedad de la infracción
Coeficiente de ponderación de sanciones graves	0,00433604	Establecido en la Resolución de la Junta de Regulación.
Total (ß) (Factor de gravedad + factor de afectación) * (naturaleza de la infracción * coeficiente de ponderación.	**0,01**	**Factor ß**

10.3 Cálculo del factor de gravedad se calcula:

Componente	**Cálculo**	**Valor**
Cuota del operador económico en el mercado relevante	Participación por ventas en el Mercado Relevante	0,37
Cobertura geográfica de la infracción: Nivel nacional	Valor por alcance geográfico de la infracción	1
Tipo de infracción: Grave	Porcentaje Infracción	1
Total Coeficiente α = (0,37+1+(1*0,1))		**1,47**

10.4 El factor de afectación se calcula:

Indicador	**Valor**
Indicador de la dimensión del mercado afectado	0,10
Índice de Herfindahl Hirschman normalizado	0,09
Índice de Herfindahl Hirschman	*0,24*
Número de firmas	*6*
Total factor Ɵ	**0,19**

10.4.1 El índice Herfindahl Hirschman se calcula sumando el cuadrado de las participaciones de las 6 firmas que existen en el mercado relevante, en el presente caso es 0,24. El índice Herfindahl Hirschman normalizado calculamos con la siguiente fórmula: es una relación en la que el numerador se compone por el índice (Herfindahl Hirschman) – (uno dividido para el número de operadores económicos); como denominador, (uno) – (uno dividido para el número de operadores económicos). Así: [(0,24)-(1/6)]/[1-(1/6)] = 0,19

10.5 La duración de la Infracción se calcula: Para este efecto, se considera como tiempos de la infracción los eventos de promoción por el operador económico realizados en octubre y noviembre de 2012 y mayo del 2013; se les asigna el coeficiente de 0,5 (menores de 6 meses) de conformidad a lo establecido por el artículo 98 del RLORCPM.

Año	**Meses**	**Coeficiente**
2012	Octubre y Noviembre	**0,5**
2013	Mayo	**0,5**
Total	Suma de coeficientes	**1**

10.6 Cálculo del factor proporcional a las circunstancias agravantes y atenuantes:

Circunstancias Agravantes	**Si / No**	**Ponderación**
La comisión reiterada de infracciones tipificadas en la presente ley	No	0
La posición de responsable o instigador de la infracción	No	0
La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas	No	0
La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infractor independiente , según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g)	No	0
Total agravantes	**No**	**0**

Circunstancias atenuantes	**Si / No**	**Ponderación**
La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción	Si	1
La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas	No	0

La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado	No	0
La colaboración activa y efectiva con la SCPM llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley	Si	1
Total Circunstancias Atenuantes:		**2**
Total (Agravantes - Atenuantes) (0-2)		**-2**
Coeficiente Factor proporcional para (-2)	**0,85**	

Resultado de la aplicación de la metodología de cálculo de multas nos da como resultado: USD**$ 157.807 dólares de los Estados Unidos de América con 26/100.**

El volumen de negocios total del operador económico NESTLÉ ECUADOR S.A., para el ejercicio económico 2016, asciende a un valor de [redacted] e los Estados Unidos de América. [redacted] siendo el [redacted] el importe total de la multa de ciento siete millones sesenta y nueve mil doscientos seis con 88/100 ($107.0692016, 88) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, constituyéndose este valor en el techo máximo de sanción por una infracción clasificada como grave según la LORCPM. En consecuencia, la aplicación de la cuantía de la multa sancionadora expresada en la presente resolución, no viola los parámetros máximos de multa establecida para estos casos.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de las facultades, competencias y atribuciones establecidas en la ley.

RESUELVE:

1. Acoger parcialmente el Informe Final, de 11 de enero de 2017, a las 17h00, dentro del expediente SCPM-IIPD-2014-016, emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas desleales.

2. **Multar** al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., por un valor de USD. **($157.807,26) CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CIETE** dólares de los Estados Unidos de América con 26/100, por haber incurrido en la conducta infractora establecida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.

3. Ordenar al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., que la multa sancionadora sea pagada dentro del término máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, para cuyo efecto deberá depositar éstos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico Nro. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a esta Comisión.

4. Imponer como medida correctiva, que el operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A**., realice una campaña publicitaria, en los principales medios de comunicación masivo, incluyendo prensa, radio, televisión y redes sociales, mediante la cual se difunda las consecuencias en materia de competencia por la indebida utilización del logotipo o insignias sean del Ministerio de Salud Pública o de otra entidad del Estado o entidad internacional sin la debida autorización. Esta campaña tendrá la duración que señale la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales la que deberá coordinar con la Dirección de Comunicación de la SCPM.

5. El estudio y diseño de la campaña publicitaria deberá ser presentada por parte del operador económico Nestlé Ecuador S.A., para la aprobación de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en un término máximo de 45 días. La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales contará con el término máximo de cinco días para aprobar la agenda y el tiempo para la ejecución discurrirá inmediatamente de aprobado el plan. Los costos de las diferentes etapas de la campaña publicitaria correrán a cargo del operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**

6. Que dentro de la campaña publicitaria se anunciará que se está dando cumplimiento a una medida correctiva adoptada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como sanción al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**

7. Se dispone a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, la realización del seguimiento y control del cumplimiento de las medidas correctivas dispuestas en la presente resolución. La Intendencia presentará a ésta Comisión informes mensuales respecto del cumplimiento de la medida correctiva.

8. Notifíquese la presente resolución al operador económico **NESTLÉ ECUADOR S.A.**, y a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.

9. Actué en calidad de Secretario de la Comisión el abogado Christian Torres Tierra. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-**

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: MARCELO HERNAN ORTEGA RODRIGUEZ
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO
Hora oficial Ecuador: 15/06/2017 17:01

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO PRESIDENTE

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: AGAPITO VALDEZ QUINONEZ
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA
Hora oficial Ecuador: 15/06/2017 17:06

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

CERTIFICACIÓN ELECTRÓNICA
BANCO CENTRAL DEL ECUADOR
Firmado Digitalmente por: DIEGO XAVIER JIMENEZ BORJA
Razon Social: SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO
Cargo: COMISIONADO DE LA COMISION DE RESOLUCION DE PRIMERA INSTANCIA
Hora oficial Ecuador: 15/06/2017 16:39

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO