

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-007-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 28 de junio de 2018, las 17h00.- **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. En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- Las atribuciones y facultades del órgano de sustanciación y resolución se encuentran contempladas en los artículos 213, 283, 284 numeral 8, 304 numeral 6 y 336 de la Constitución de la República, y en los artículos 1, 2, 37, 38 y 77 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en lo sucesivo LORCPM), respecto a los operadores económicos que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, la autoridad de control interviene para cautelar el proceso competitivo, el comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios. Por consiguiente, la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) es competente para conocer y resolver el presente expediente, conforme a las disposiciones constitucionales y legales antes invocadas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente proceso para la imposición de sanciones por la comisión de prácticas desleales de actos de denigración y comparación tipificadas en el artículo 27 numeral 4 literales a) y c) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 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.-

Teniendo como antecedente el oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014 emitido por Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, la Intendencia de Prácticas Desleales "(...)pudo evidenciar que la matriz de excel adjunta al Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014, a



esta Intendencia, contiene un LISTADO DE PRODUCTOS” y “ANÁLISIS” de entre otros aspectos, sobre el “PARÁMETRO LIGHT”: “Cumple” o “No cumple”, y “En qué parámetro cumple”, desprendiéndose de la misma, dos productos del operador económico expendidos con la característica “light” indicándose en la misma que “No Cumple” el parámetro light (...))”

Mediante Informe de Investigación Preliminar de fecha 19 de Diciembre del 2016, después del análisis respectivo se recomendó lo siguiente: “(...) *Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta dentro del proceso y habiendo evidenciado indicios sobre el cometimiento de actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar de consumidores y usuarios, se concluye que presuntamente el operador económico Ecuaquimica C. A. con su producto ENSOY LIGHT ha incurrido en actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en los artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a), respectivamente de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe y se corra traslado a los operadores económicos para que presenten sus explicaciones, y posteriormente se resuelva sobre el indicio de la investigación formal (...))”*

3.1.2.- Con resolución de fecha 19 de diciembre del 2016, a las 16:30, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dispuso: “(...) *agregar, acoger y notificar el Informe de Investigación Preliminar emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales emitido el 19 de diciembre del 2016 a las 12:00, al presunto responsable ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C.A., con su producto ENSOY LIGHT, por presuntamente haber incurrido en actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 a), respectivamente de la LORCPM. Concediéndoles el término de 15 días a fin de que presenten sus explicaciones conforme lo dispone el artículo 56 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

3.2.- Fase de Investigación Formal

Conforme a la decisión de 26 de enero de 2017 a las 17:15 la Intendencia de Prácticas Desleales resolvió: “(...) *Iniciar la investigación formal del expediente No. SCPM-IIPD-EXP-031-2016, por cuanto se presume la existencia de prácticas de engaño de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM; la existencia de la presunta práctica desleal contemplada en el artículo 27 numeral 10 literal a) de la LORCPM, por parte del operador económico ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C.A., a fin de determinar al amparo de las facultades investigativas señaladas en la LORCPM, la existencia o no de dichas infracciones; y,*

de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de esta autoridad (...)”

3.3.- Informe de Resultados.-

De acuerdo con el Informe de Resultados emitido el 24 de julio de 2017, a las 12h00, por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, se recomendó lo siguiente: “(...) *Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta dentro del proceso y habiendo evidenciado indicios sobre el cometimiento de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar de consumidores y usuarios, se concluye que presuntamente el operador económico ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS, con su producto “Ensoy Light” ha incurrido en actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en los artículo 27 numerales 2, y 10 literal a), respectivamente de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe (...)*”.

3.4.- Formulación de Cargos.-

Mediante providencia de 25 de julio del 2017, a las 15h00, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, ordenó acoger el Informe de Resultados y notificar con la Formulación de Cargos en contra del operador económico **ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C.A**, al expresar que: “(...) *por haber incurrido en las prácticas desleales de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, tipificadas en el artículo 27, numerales 2 y 10, literal a, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al presuntamente existir (considerando el pronunciamiento contenido en el Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero de 2014 de la autoridad sanitaria competente) un incumplimiento por parte del operador económico investigado en cuanto a la composición de los productos, como a la idoneidad de los mismos para cumplir con el objetivo de que anunciaba en su publicidad y como especificó la autoridad sanitaria que conlleva a que la aseveración en el producto, no fuera veraz ni exacta, pudiendo inducir a error y de esta manera incidir en el comportamiento económico de los consumidores. De la misma manera se presume la existencia de aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, los comerciantes, distribuidores y cadenas de autoservicio, toda vez que los referidos adquirirían su producto desconociendo la realidad técnica del parámetro light presuntamente incumplido, lo que podía conllevar a mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario intermediario, como del parámetro light presuntamente incumplido, con el consumidor final en relación con el bien (...)*”.



3.5.- Excepciones planteadas por el operador económico ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C.A.

El operador económico **ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA C.A.**, en su escrito de excepciones presentado el 10 de agosto del 2017, interpone principalmente las siguientes excepciones: la caducidad de las facultades de investigación de la Intendencia; que el expediente se abrió por solicitud de otro órgano de la administración pública; falta de competencia de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, para investigar las conductas analizadas; inexistencia de elementos de convicción que demuestren un acto de engaño.

3.6.- Término de Prueba.-

3.6.1.- Mediante providencia emitida el 21 de agosto del 2017 a las 14:00 se ordenó la apertura del término probatorio por 60 días, el mismo que fue prorrogado por treinta (30) días más, según providencia de 16 de noviembre del 2017 a las 12:00.

3.6.2.- Con providencia emitida el 3 de enero del 2018 a las 17h15 se declaró concluido el término probatorio y de conformidad con el artículo 59 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se concedió el término de 10 días al operador económico **ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA C.A.**, a fin de que presente sus alegatos.

3.6.3.- Según se desprende del escrito presentado el 17 de enero del 2018, el operador económico **ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA C.A.**, presenta sus alegatos dentro del término concedido por la ley.

3.6.4.- Mediante memorando **SCPM-IIPD-15-2018-M** de 24 de enero de 2018, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se remite a esta Comisión a través del sistema ANKU de 24 de enero de 2018, constante en una (1) pagina, el Informe Final **No.SCPM-IIPD-002-2018**, de 24 de enero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, constante en cincuenta (50) páginas, dentro del expediente principal **No.SCPM-IIPD-2016-031**.

3.7.- Alegaciones del operador económico ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA C.A.,

En su escrito presentado el 17 de enero de 2018, el operador económico **ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA C.A.**, principalmente alega lo siguiente:

3.7.1.- *“(...) De los fundamentos de hecho expresados por la propia Intendencia, es evidente que las facultades de investigación de la Autoridad en este caso han caducado, así como también se desprende que la Intendencia no cuenta con ni un solo*

elemento de prueba para formular sus alegaciones, delegando la obligación impuesta por la Ley a la SCPM, a organismos que no tienen competencia para juzgar infracciones a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM). En otras palabras la Intendencia fundamenta todo su caso en función de una hoja de papel que carece de todo valor probatorio, la cual ha sido desconocida por los funcionarios de la propia Agencia de regulación y Control Sanitario, como si fuera suficiente que una alegación, sin motivación ni justificación alguna de otra entidad de la administración pública, fuera suficiente para determinar responsabilidades que deben ser probadas de forma motivada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”.

3.7.2.- *“(...) Si el pronunciamiento del ARCOSA que determina que los productos de mi representada no cumplieran con el parámetro para ser considerados como ligeros tuviera validez, es el ARCOSA quien hubiera sancionado tales incumplimientos por el simple hecho de que dicho documento no tiene eficacia de ningún tipo para el regulador sanitario, pero curiosamente es el único elemento probatorio que la Intendencia utiliza para ejercer una potestad sancionatoria de forma abusiva (...)*”.

3.7.3.- *“(...) Ante la falta de cualquier elemento probatorio idóneo, pertinente y conducente que determine la responsabilidad de mi representada, el artículo 38 de la LORCPM impone la obligación a la Intendencia de determinar el archivo de este proceso, obligación que como muchas otras ha sido completamente obviada por esta dependencia (...)*”.

3.7.4.- *“(...) Como ha afirmado la Intendencia en su informe final, el pronunciamiento del ARCOSA, se limitó a revisar “información que ha sido analizada a fin de verificar el incumplimiento del etiquetado, más no con la característica del producto que constaba dentro del empaque, que es materia de la presente investigación referente a su condición y los parámetros que debía cumplir para ser considerado light (...)*”.

3.7.5.- *“(...) Si la propia Intendencia ha reconocido que la alegación del ARCOSA corresponde a un análisis por fuera del ámbito de esta investigación que se limita a realizar una revisión de etiqueta así no de las características del producto, como es posible que se pretenda utilizar dicho pronunciamiento, que es irrelevante para los ámbitos de competencia de la SCPM, como el fundamento para recomendar una sanción, al determinar que los productos investigados no cumplieran con las características para ser considerados como ligeros. (...)*”.

3.8.- Alegaciones de la INTENDENCIA DE INVESTIGACIÓN DE PRACTICAS DESLEALES.-

3.8.1.- Sobre la supuesta caducidad de las facultades de investigación de la Intendencia y que el procedimiento inició por solicitud de otro órgano de la administración.

... la facultad para iniciar el proceso administrativo de oficio o petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el



día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción...”. En la especie, la Intendencia, conforme consta en autos, inició el procedimiento de investigación de oficio el 2 de marzo del 2016 y dentro del plazo que la ley le otorga, por lo que carece de asidero la excepción planteada, así como también la excepción de que el presente caso de investigación fue abierto por solicitud de otro órgano de la administración pública, lo cual ya fue categóricamente señalado al momento de resolver el inicio de la investigación en razón de que se tuvo conocimiento del Oficio ARCSA-DE-2014-022-O (...).”

3.8.2.- Sobre la falta de competencia de la Intendencia para investigar las conductas analizadas.

“(...) Al respecto, hay que señalar que de conformidad con los artículos 1, 25, 26, 27 y 53 de la LORCPM, artículos 54 y 58 del Reglamento a la LORCPM, en armonía con el Estatuto por procesos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a este órgano de investigación la corresponde “Conocer e investigar la consecución prácticas desleales previstas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para determinar la responsabilidad de los operadores económicos”, por lo que carece de asidero lo manifestado por el operador económico, ya que durante la investigación se ha demostrado la existencia de hechos que constituirían competencia desleal, es decir, las conductas señaladas en los numerales 2 y 9 del artículo 27 de la LORCPM, y de ningún modo el ejercicio sancionatorio en materia sanitaria como infundadamente sostiene ECUAQUIMICA, para tal efecto basta con revisar el escrito de formulación de cargos en el que se indica categóricamente que se sigue en “... contra el operador económico, ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA por haber incurrido en las prácticas desleales de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, tipificadas en el artículo 27, numerales 2 y 10, literal a, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado...” (...).”

3.8.3.- Sobre la supuesta inexistencia de los elementos de convicción que demuestre las prácticas investigadas.

“(...) Los artículos 25 y 26 de la LORCPM, establecen qué se considera desleal y lo que se encuentra prohibido en esta materia, respectivamente. De tales disposiciones se desprende que desleal es (i) todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas incluyendo aquellas realizadas en o a través de las actividades publicitarias; (ii) que la determinación de su existencia no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil; (iii) que no es 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 la LORCPM; y, (iv) que quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la LORCPM, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando

impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios (...)”

“(...) Conforme la formulación de cargos e informe de resultados, este órgano de investigación atribuyó al operador económico ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA y a otro, la comisión de las infracciones contenidas en los numerales 2 y 10 letra a, del artículo 27 de la LORCPM, es decir, actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad del consumidor y usuario.

Sobre los actos de engaño, el artículo 3 de la LORCPM establece: La primacía de la realidad.- para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos; el artículo 27 numeral 2, ibidem expresa que se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión; así como configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos; y, en el numeral 10 letra a) del mismo artículo, contempla la conducta aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, es decir, el aprovecharse de la falta de conocimiento general por parte de los consumidores, incluyendo el aprovechamiento de su debilidad, viendo a este último como sujeto de protección. (...)”.

“(...) Conforme ha quedado acreditado en el expediente y en el presente informe, el operador económico ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA solicitó y obtuvo el registro sanitario del producto ENSOY LIGHT, a efectos de contar con los permisos para su comercialización en el mercado ecuatoriano. Dicho registro sanitario fue aprobado a través de un trámite realizado y registrado en el Dossier (Expedientes de los Registros Sanitarios), que fueron entregados por la ARCSA dentro del término de prueba y que fue reproducido como prueba de la Intendencia, es decir, la Intendencia ha acreditado la existencia del producto infractor del operador ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA y su comercialización en el mercado ecuatoriano a nivel nacional.

Así mismo, ha quedado acreditado dentro del expediente de investigación la existencia del Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-022-O de fecha 3 de enero de 2014, emitido por la ARCSA y su documento adjunto denominado como Dictamen Técnico sobre la composición de los productos (reducción de calorías o nutrientes) y sobre la idoneidad de los productos para cumplir con el objeto que se anuncia en su publicidad (alimento de referencia en el mercado y efecto light), en el que constan como incumplidor de parámetro light el producto del operador ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA (...)”

“(...) Por otra parte, ha quedado acreditado dentro del expediente que las conclusiones contenidas Oficio ARCSA-DE-2014-0022-O, devino del análisis o



evaluación en consideración a los reglamentos y normativa de etiquetado existentes a la fecha de la emisión del referido oficio, los cuales correspondían a lo establecido en el Reglamento Sanitario de Etiquetado (Acuerdo 4522), el cual señaló el cumplimiento obligatorio de la norma INEN 1334-3 que contempla el ROTULADO DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS PARA CONSUMO HUMANO. PARTE 3. REQUISITOS PARA DECLARACIONES NUTRICIONALES Y DECLARACIONES SALUDABLES, la cual contiene el criterio técnico para evaluar el cumplimiento del parámetro light, lo cual no impide el ejercicio de investigación por parte de esta Intendencia, toda vez que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado desde su publicación en el Registro Oficial el 13 de octubre de 2011, autoriza a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado prevenir, prohibir y sancionar la comisión de prácticas desleales, como son el presente caso la comisión de actos de engaño o aprovechamiento de la debilidad del consumidor, toda vez que están dentro de la protección de sus bienes jurídicos el mercado y el bienestar general de los consumidores y usuarios (...)".

"(...) Por otra parte, contrario a lo que sostiene en el escrito de excepciones ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA, la ARCSA mediante el Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTC-DTRSNSOYA-2017-3536-O suscrito por Dra. Hemplen Zambrano Sáenz Directora Técnica de Registro Sanitario, Notificación Sanitario Obligatoria y Autorizaciones informó a esta autoridad, que "La etiqueta que consta en nuestras bases de datos presenta la palabra light como parte de la marca "ENSOY LIGHT", por lo cual el rotulado cumplía con la normativa referida hasta el 29 de mayo del 2014, a partir de esa fecha la etiqueta del producto no ha cumplido por no haber incluido la declaración de comparación de nutrientes conforme se estableció en el Registro Oficial 134 del 29 de Noviembre de 2013, Art. 23, y sexta transitoria" (...)".

"(...) Así mismo, ha quedado acreditado en este expediente, conforme se ha pronunciado la ARCSA que el producto investigado de la compañía ECUAQUIMICA, presentaban en sus etiquetas la palabra "light" y no presentaban la declaración de nutrientes según la NTE 1334-3 letra c.

Se evidencia del pronunciamiento del ARCSA que el operador económico no realizó la modificación la etiqueta y comercializó el producto hasta Diciembre del 2014. La Resolución 14413 de fecha 22 de agosto del 2014 que fuera publicada mediante Registro Oficial Suplemento 2 No. 318 el 25 de agosto del 2014; la misma que en su disposición transitoria Segunda les extiende el plazo hasta el 29 de agosto del 2014, esto es, 5 días después de emitida la misma. Este plazo es una prórroga adicional y eso no está en discusión, lo que sí es controvertido y suma un elemento de prueba más, es que la fecha para el cambio del etiquetado venció inicialmente el 29 de mayo del 2014 y hasta esa fecha no se reportó ninguna solicitud, ni modificación de etiquetado a los registros sanitarios del operador económico referente al producto investigado; ya que la resolución, la disposición transitoria segunda referente al numeral 5.5., del Acuerdo Ministerial 14413 (...)".

“(…) Más la misma disposición dice en Título 5 Requisitos, El rotulado de los productos alimenticios procesados envasados y empaquetados debe cumplir con lo establecido en el capítulo de Requisitos de las normas NTE INEN 1334-1 y NTE INEN 1334-2 VIGENTES (mayúscula y negrillas son más), y con el Artículo 14 de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor. Y para el cumplimiento de esta disposición no se extiende la prórroga del plazo, al referirse a las normas NTE INEN 1334-1 y 1334-2 las cataloga como vigentes por lo tanto eran de cumplimiento obligatorio (...)”

“(…) La promulgación del Reglamento publicado en el registro oficial Suplemento 318 del 25 de agosto de 2014, transitoria cuarta que modificó mediante Acuerdo Ministerial No. 15199 ya que efectivamente les daba el plazo para el producto perchado, más no para que siguieran produciendo, comercializando y/o distribuyendo bajo la misma etiqueta, cuestión que se verifica de la facturación remitida por el operador económico en la que se prueba que siguió comercializando el producto calificado por el propio ARCSA como incumplidor del parámetro “light”. (...)”

“(…) El presente expediente de investigación no se ha basado en la violación de normas sanitarias, pues la ARCSA es el ente regulador encargado de esta materia, sin embargo, como órgano de investigación la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales constituye obligación de esta dependencia en el marco de las funciones asignadas la regulación de la competencia, la investigación de los hechos que derivan en posibles conductas anticompetitivas que puedan afectar el mercado, el interés general o el bienestar de los consumidores (...)”

“(…) Nótese por ejemplo, que a lo largo de esta investigación se ha señalado que en la actualidad la población tiene tendencia a consumir productos alimenticios “light” (10% de los productos que se comercializan son light), por sus bajas calorías, bajo nivel de grasas, entre otros; lo cual lleva implícito el mensaje de que dichos productos no engordan o son apropiados para consumir en dietas bajas en grasas y calorías. Este fenómeno hace que los productos light sean atractivos para el consumidor, y por ende tengan altos niveles de ventas que redundan en precios más elevados (...)”

“(…) En materia de alimentos de consumo de suplementos alimenticios está en un creciente aumento de ingesta diaria, lo que se ha visto reflejado en el incremento de la producción y comercialización de este tipo de productos en todos los supermercados a nivel mundial y nacional.

Basados en estos datos y centrándonos en la normativa de competencia que vela el interés general y el bienestar de los consumidores, el operador económico ECUAQUIMICA al introducir al mercado un producto cuya etiqueta tuvo el término de los productos exhibidos y que esto influencia en la decisión de comprarlos y obviamente consumirlos (...)”



“(...) Al año 2013 y 2014 fechas en las que el operador económico ECUAQUIMICA concurrió en este mercado y sólo existió como único operador económico que proporcionó el suplemento alimenticio bajo el término LIGHT, se concluye sin lugar a dudas que incidió en el público que los consumió creyendo que el producto que se encontraba dentro del empaque efectivamente era reducido en el porcentaje para ser considerado light, conclusión contenida en el informe técnico del ARCSA del 3 de enero de 2014 y que, correspondiéndole al anunciante ECUAQUIMICA demostrar su veracidad y exactitud, no ha sido desvirtuada por esta, manteniéndose la presunta comisión del acto de engaño y aprovechamiento del consumidor (...).”

3.8.4.- Sobre la excepción de que se ha violado el debido proceso.

“(...) El debido proceso dentro de los procesos administrativos, la administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos, que es una declaración unilateral y concreta de la Administración pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, a la parte que aplica el derecho al hecho controvertido. Es decir que el acto administrativo produce efectos singulares, particulares o individuales, dirigido a una persona o caso concreto, estos actos tienen principio mínimos que deben ser observados al momento de ser producidos por el órgano estatal y esto son los determinados en el debido proceso quienes lo revisten en última instancia la legalidad y legitimidad a estos casos para que nazcan y causen efectos en la vida jurídica son que se tomen arbitrarios. Para esto se define al debido proceso lo consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (...).”

“(...) Dentro de la revisión del físico y digital del expediente de investigación, la misma ha iniciado, se ha desarrollado y concluye respetando y haciendo efectivo los presupuestos, principios y normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el derecho, con la finalidad de alcanzar una justa Administración, pues se ha satisfecho todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derechos material (...).”

“(...) Esta Intendencia ha limitado su actuar dentro de los principios de idoneidad siguiendo una secuencia definida por la LORCPM, siendo éste un mecanismo de protección adecuado y eficaz tanto para el Administrador como para el administrado; Esta Intendencia ha actuado dentro de las facultades que la ley determina.

Así como también dentro del principio de imparcialidad, pues del desarrollo de la investigación se colige que todas las solicitudes efectuadas por el operador económico, han sido atendidas sin favoritismo, ni desafecto hacia el operador económico, y, no habiéndose detectado vínculos ni personales o procesales con uno de los extremos de la confrontación, cuidando el principio de igualdad, pues los operadores económicos han recibido el mismo trato enmarcado en el respeto, neutralidad e imparcialidad y sin discriminación así como el derecho a la seguridad jurídica (...).”

“(...) Sin dejar a un lado especialmente la transparencia pues todas las actuaciones a partir de que existieron partes procesales dentro de esta investigación han sido puestas en conocimiento de los interesados, y la información que fue declarada confidencial y reservada fue a base de la petición de los mismos operadores económicos por tratarse de información sensible de su negocio y de conformidad con el artículo 3 del Reglamento de la LORCPM.

Se ha contemplado el principio de contradicción permitiendo el derecho a la defensa y a la igualdad, pues han sido notificaciones en debida y legal forma, de todas las providencias y resoluciones que atañen a sus intereses, tanto así, que se evidencia la participación de sus abogados patrocinadores en uso de su defensa técnica dentro de todo el proceso (...).”

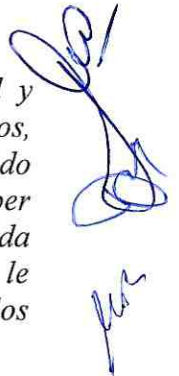
“(...) Referente al principio de evidencia, se ha atendido a las constancias que han sido exhibidas para acreditar una afirmación, y se ha demostrado razonablemente que se han producidos hechos exigidos por una norma de carácter orgánica, como es la LORCPM, habiéndose probado y no solamente invocado. Siendo la prueba encontrada dentro de la investigación determinante e irrefutable que permite demostrar la verdad de un hecho y se ha seguido los criterios que impone la ley (...).”

3.8.5.- Sobre la aseveración del fraude procesal.

“(...) Si tomamos en cuenta que el fraude procesal es considerado como toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares, que tienda a obtener o dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada o la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos, o a impedir su pronunciamiento o ejecución, mal podría el operador económico calificar ligeramente la presente investigación, como un proceso fraudulento sin determinar cuál es el documento o la parte del proceso que es falso y que ha sido utilizado en su contra, o ha servido para inducir al error a la autoridad. La utilización de documentos, criterios plasmados, conclusiones de informes sea de manera completa o la parte pertinente de los mismos no es fraudulento, pues no se ha demostrado su falsedad por ningún medio y tampoco ha sido invocada esta calidad dentro del proceso o se ha solicitado la verificación de la idoneidad del mismo ante autoridad competente (...).”

3.8.6.- Sobre la nulidad alegada informe final y la formulación de cargos.

“(...) Sobre la nulidad por la supuesta falta de motivación del informe final y formulación de cargos, se descarta dicha afirmación pues estos actos administrativos, han expuesto los motivos y las razones por las que se toma la decisión, se ha explicado extensamente la posición o decisión de esta Intendencia, cumpliendo así con el deber constitucional, dándole a conocer al operador económico el por qué se tomó cada decisión dentro de este proceso y el operador económico tuvo el término que le concede la ley para realizar la impugnación de dichas decisiones a través de los recursos que la LORCPM establece.



Las resoluciones que contienen la decisión del Intendente han mantenido la coherencia necesaria entre lo que es la materia de la decisión, las pruebas, los principios y leyes aplicados, guardando así la exigible congruencia.

Dentro de las resoluciones y/o providencias se han atendido y absuelto todos los puntos planteados como principales, sin dejarse de resolver ninguno que hayan tenido íntima vinculación con lo que se decidió (...)”.

“(...) Existe abundante jurisprudencia y pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a que la alegación de la violación al debido proceso no solo debe ser alegada e invocada y dar la tarea al juzgador de buscar en todo el expediente cuales serían las supuestas violaciones sufridas, es obligación de quien las alega, individualizar con fecha, lugar forma y modo la violación al debido proceso que sufrió y en el presente caso no basta la sola alegación, pues el operador económico ha alegado que ha existido violación al debido proceso, por el simple hecho de que la investigación continúo su trámite legal y su requerimiento de archivo no fue atendido.

Por todo lo expuesto son improcedentes las excepciones planteadas por el operador económico, particular que se pone a consideración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia para su resolución (...)”.

3.9.- Informe Final de Investigación.-

Mediante memorando **SCPM-IIPD-15-2018-M** de 24 de enero de 2018, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se remite a esta Comisión a través del sistema ANKU el Informe Final **No.SCPM-IIPD-002-2018** de 24 de enero de 2018, dentro del expediente principal **No.SCPM-IIPD-2016-031**.

3.10.- Avoca conocimiento la CRPI.

Con providencia de 26 de enero de 2018, esta Comisión avocó conocimiento Informe Final **No.SCPM-IIPD-002-2018**, de 24 de enero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, constante en cincuenta (50) páginas, dentro del Expediente **No.SCPM-IIPD-2016-031**, decreto procesal administrativo mediante el cual dispuso: “4) *Córrase traslado al operador económico ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS (ECUAQUIMICA) con el Informe Final No.SCPM-IIPD-002-2018 de 24 de enero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, relativo al expediente principal de investigación signado con el No. SCPM-IIPD-2016-031, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la recepción de la notificación de la presente providencia, en uso de su derecho a la legítima defensa y, en observancia de lo previsto en el artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, presente las alegaciones a la que se creyere asistido*”

3.11.- Audiencia publica

Conforme a la providencia expedida el 01 de marzo de 2018, a las 16h38, se convocó a las partes intervinientes en el presente procedimiento administrativo, a audiencia pública para el día martes seis (6) de abril de 2018, a las 15h00, la cual se realizó en el día y hora señaladas, con la presencia de la partes procesales.

CUARTO.- PRUEBAS PRACTICADA POR LOS INTERVINIENTES EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

1. *Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014 emitido por Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria en adelante ARCSA, que contiene un Dictamen Técnico sobre la composición de los productos (reducción de calorías o nutrientes) y sobre la idoneidad de los productos para cumplir con el objetivo que se anuncia en su publicidad (alimento en referencia en el mercado y efecto light).*
2. *Listado de operadores económicos fabricantes, importadores y distribuidores de productos que compiten con los productos investigados, información utilizada para el análisis económico.*
3. *Oficio Nro. SENAE-DPC-2016-0931-OF suscrito por Econ. Mario Eduardo Cazar Godoy en su calidad de Director de Planificación y control de Gestión Documental sobre las importaciones de suplementos alimenticios información que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*
4. *Escrito suscrito por Daniel Castelo Guerrero en representación de ABBOTT ECUADOR, mediante el cual remite la información de ventas de suplementos alimenticios información que fue utilizada para el análisis económico.*
5. *Escrito suscrito por Ab. Gilberto Gutiérrez en representación de FARMACIAS Y COMISARIATOS DE MEDICINAS S.A. FARCOMED, mediante el cual remite la información de las ventas de suplementos alimenticios, información que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*
6. *Escrito de explicaciones presentadas por el representante legal y abogado patrocinador del operador económico Ecuaquímica Ecuatoriana de Productos Químicos C.A., información que fue contrastada con la que reposa en el proceso y se pudo determinar que no fueron satisfactorias pues el operador económico no desvirtuó las presunciones señaladas de forma específica en el Informe de Investigación Preliminar.*

Escrito de excepciones presentadas por el representante legal y abogado patrocinador del operador económico Ecuaquímica Ecuatoriana de Productos



Químicos C.A., mediante el cual plantea la caducidad de las facultades de investigación de la Intendencia y la inexistencia de elementos de convicción que demuestren un acto de engaño, excepciones que serán atendidas en el análisis jurídico del presente informe.

8. *Escrito suscrito por Luis González Victorica en su calidad de Gerente General de MEAD JOHNSON NUTRITION ECUADOR CIA. LTDA., mediante el cual remite la información solicitada, misma que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*

9. *Escrito suscrito por Ab. Daniel Castelo en representación de ABBOTT LABORATORIOS DEL ECUADOR CIA. LTDA., mediante el cual remite la información solicitada, la misma que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*

10. *Escrito suscrito por Ab. Marco Rubio Valverde en representación de ECUAQUIMICA, mediante el cual remite la información solicitada, la misma que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*

11. *Escrito suscrito por Jenny Pérez M. Gerente Comercial de TV VENTAS, mediante el cual remite la información solicitada, la misma que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*

12. *Escrito suscrito por Ab. Arturo Zapato, gerente de SERES LABORATORIO FARMACEUTICO, mediante el cual remite la información solicitada, la misma que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*

13. *Escrito suscrito por Milton Lupercio vicepresidente Ejecutivo de DLIP INDUSTRIAL S.A., mediante el cual remite la información solicitada, la misma que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*

14. *Oficio nro. MSP-SNVSP-2017-0073 suscrito por Dra. María Belén Moran Gortaire en su calidad de Subsecretaria Nacional de Vigilancia de la Salud Pública, mediante el cual remita la información solicitada, la misma que fue utilizada para el análisis económico respectivo.*

15. *Se requirió a los siguientes operadores económicos: AGRICOLA GANARADERA REYSAHIWALL AGR S.A., AGROREPRIN S.A., ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS ALPIECUADOR S. A., ARCA ECUADOR S. A., BANANA LIGHT, BANALIGHT C.A., BARTELL CORPORTATION, BBR REPRESENTACIONES CIA. LTDA., BEBIDAS GASEOSAS EL ORO S. A. (BEGORO), CANDY PLANET S.A., EMPRESA CAROZZI, CASA LUCKER, CERVECERIA NACIONAL CN S.A., CHIFLES DON GONZALO, ECUATORIANA*

PRODUCTORA DE DERIVADOS DE COCO C.A., ECUACOCOA, COMERCIAL IMPORTADORA ROSA COMPROSA CIA. LTDA., COMESTIBLES NACIONALES C.A. COMNACA, COMPAÑÍA AZUCARERA VALDEZ S.A., COMPAÑÍA ECUATORIANA DE TE C.A., CONFITES ECUATORIANOS C.A. CONFITECA, CORPORACION DISTRIBUDORA DE ALIMENTOS CORDIALSA, DATU TRIUJILLO IMPORTACIONES CIA. LTDA., DAULE FOODS S.A. DAFUDSA, DIMEVAR DISTRIBUCIONES DE MERCADERIAS VARIAS CIA. LTDA., DISLUB CIA. LTDA., ECUADOR BOTTLING COMPANY CORP., ECUAQUIMICA C.A., ECUAVEGETAL S.A., EMPRESA PESQUERA ECUATORIANA S.A., ESKIMO S.A., FABRICA JURIS CIA. LTDA., FERALIM C.A., FRANCISCO JAVIER GUERRON CEVALLOS, GALAPESCA S.A., IMPORTADORA EL ROSADO S.A., INDUSTRIA CONSERVERA DEL GUAYAS S.A., INDUSTRIA ECUATORINA PRODUCTORA DE ALIMENTO A C.A. INEPACA, INDUSTRIAS LACTEAS TONI S.A., JANET CORDOVA, LA INDUSTRIA HARINERA S.A., MAXIN S.A., MICROEMPRESA DE ELABORADOS DE CAFÉ, NEGOCIOS INDUSTRIALES REAL, OTELO S.A., PAMILLA IMPORT & EXPORT CIA. LTDA., PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS C.A. PRONACA, PRODUCTOS ALIMENTICIOS Y LICORES CIA. LTDA. PROALCO, PRODUCTOS CRIS CIA. LTDA., PRODUCTOS LACTEOS ROMA, PROLACHIV S.A., PROMARISCOS S.A., QUIFATEX S.A., REFRESCOS SIN GAS S.A. RESGASA, SIPIA S.A., SOCIEDAD AGRICOLA SAN CARLOS S.A., SUMESA S.A., SUPERMERCADOS LA FAVORITA C.A., TIOSA S.A., UNIDAL ECUADOR S.A., UNILEVER ANDINA ECUADOR S.A., XITOE S.A., CERVECERIA NACIONAL y ABINSA ABASTECIMIENTO INDUSTRIALES S.A. para que remitan y respondan de manera completa, clara y detallada al Cuestionario I y matriz I que consistía en que adjuntaran la información de ventas mensuales, copia de los registros sanitarios, canales de distribución y comercialización y las etiquetas de los productos investigados.

16. Mediante providencia de fecha 18 de agosto del 2016 a las 14.30 la Intendencia dispuso requirió información a los siguientes operadores económicos: FYBECASA S.A., ABBOTT LABORARIOS DEL ECUADOR CIA. LTDA., y al SENAE remita las importaciones del suplemento alimenticio ENSOY LIGHT en el período 2011-2016.

17. Mediante providencia de fecha 21 de febrero del 2017 a las 17.05 entre otras cosas se dispuso lo siguientes: Remitir atento oficio al Ministerio de Salud a fin de que remita el informe técnico nutricional del producto ENSOY LIGHT, cual es la diferencia con el producto ENSOY regular, a que personas se recomienda el consumo de ENSOY LIGHT, y si puede sustituirse el consumo de ENSOY LIGHT por el consumo de ENSOY REGULAR e indicar otros posibles sustitutos del producto. Remitir atento oficio a ARCSA a fin de que remita el listado de suplementos alimenticios que



contengan la palabra “light” “reducidos en calorías” y “ligero”. Remitir atento oficio al operador económico ECUAQUIMICA a fin de que remita los costos variables unitarios en representación de 40 gramos de la empresa en la producción o comercialización de suplementos alimenticios light y/o regular, en el período 2011-2015, remita el perfil del consumidor al que estaban dirigidos los productos ENSOY LIGHT y ENSOY REGULAR y el listado de ventas de los suplementos alimenticios tipo light y regular comercializados a nivel nacional en el período 2011-2016. Remitir atento oficio a los siguientes operadores económicos: SERES LABORATORIO FARMACEUTICO S.A., ABBOTT LABORATORIOS DEL ECUADOR CIA. LTDA., DAVALOS LARREATEGUI INDUSTRIAS PROCESADORA, IMPORT MOVA S.A., MEAD JOHNSON NUTRITION ECUADOR CIA. LTDA y TELEVISION Y VENTAS TELEVEN a fin de que remitan la siguiente información: los costos variables unitarios en presentaciones de 400 gramos de la empresa en la producción o comercialización de suplementos alimenticios light y/o regular, en el período 2011-2015, las ventas de los suplementos alimenticios tipo light y regular comercializados a nivel nacional en el período 2011-2016.

18. *Mediante providencia de fecha 8 de mayo del 2017 a las 15:00 se dispuso lo siguiente: “Al amparo de lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, remítase atento oficio al señor Luis Monteverde en su calidad de Coordinador Técnico de Certificación de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACION, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA a fin de realizar una reunión de trabajo en relación al dictamen técnico remitido por dicha institución, misma que se realizará en las oficinas de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA en Ciudadela Samanes, Av. Francisco de Orellana y Av. Paseo del Parque, Bloque 5, Ciudad de Guayaquil, el día martes 9 de mayo de 2017 a las 14h00”. Reunión que se llevó a cabo con la Ab. María Alvear Tapia Directora Nacional de Investigación de Prácticas Desleales a esa fecha, quedando constancia audio de la misma.*

19. *Acta Reunión de Trabajo con ARCSA mediante la cual se analizaron las Normas NTE INEN relativas al caso, contó con la presencia de Dr. Luis Monteverde Coordinador General de Certificaciones, Dr. Mauricio Barcos Coordinador de Control y Vigilancia Posterior y Daniel Daqui Asistente de Alimentos Procesados por parte del ARCSA y Ab. María Luisa Alvear por delegación de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.*

20. *Mediante providencia de fecha 18 de mayo del 2017 a las 15h45 se dispuso lo siguiente: “PRIMERO.-Agréguese al expediente el acta de reunión y audio digital de la reunión mantenida con la Agencia de Regulación y Control sanitaria ARCSA el 09 de mayo de 2017. SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de*

la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, remítase atento oficio al señor Luis Monteverde en su calidad de Coordinador Técnico de Certificación de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA, a fin de que en el término de cinco (5) días contados desde la notificación con la presente providencia, remita en base a los compromisos dispuestos en el acta de reunión agregada en el primer considerando de esta providencia: a) Fundamento normativo o técnico del Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-022-0 de fecha 03 de enero de 2014 remitido a esta Intendencia; b) Fuentes históricas normativas que fundamentaron el oficio en mención así como la legislación aplicable a la fecha en temas light; c) Determinar si el operador económico ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C. A., cumplía o no en el momento de la remisión del Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-022-0 de fecha 03 de enero de 2014 la normativa aplicable al término light o de ser el caso si éste a adecuado (determinación de fecha exacta) su comportamiento a las normas vigentes en la actualidad. TERCERO.- Al amparo de lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, remítase atento oficio al señor Mauricio Barcos en su calidad de Coordinador de Control y Vigilancia Posterior de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA, remita en base a los compromisos dispuestos en el acta de reunión agregada en el primer considerando de esta providencia: a) Remita el examen post-registro realizado al producto denominado ENSOY LIGHT, Registro Sanitario No. 8660INHCAE0912, con anterioridad a la fecha 03 de enero de 2014 o con posterioridad al mismo. CUARTO.- De la revisión del proceso se colige por parte de la analista económica Victoria Santamaría, que las siguientes entidades públicas no han remitido la información solicitada; MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA y AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA, por lo que se dispone se oficie por segunda vez a estas entidades a fin de que remitan la información requerida.

21. Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTC-DTRSNSOYA-2017-3623-O suscrito por Dra. Hemplen Lorena Zambrano Saenz de Viteri en su calidad de Directora Técnica de Registro Sanitario, Notificación Sanitaria Obligatoria y Autorizaciones mediante el cual indica lo siguientes: "...En referencia al oficio Nro. ARCSA-DE-2014-022-0 emitido con fecha 3 de enero de 2014, suscrito por la Dra. Diana Alexandra Rodríguez Ávila, Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, en la fecha referida, en la cual se adjuntó la matriz de análisis productos Light" en respuesta al oficio SCPM-IIPD-2013-027-OF; al respecto esta Dirección aclara que la información remitida en esa época en un análisis documental según el estado de cada producto presentado a la fecha de revisión independientemente al plazo estipulado en el Acuerdo No. 00004522 con



Registro Oficial No. 134 de fecha 29/11/2013 CAPITULO VIII disposiciones Transitorias SEXTA.

Fuentes históricas normativas que fundamentaron el oficio en mención así como la legislación aplicable a la fecha en temas light

FUENTES HISTORICAS QUE FUNDAMENTARON EL OFICIO NRO. ARCSA-DE-2014-0022-O

**15 de febrero de 2000 – NTE INEN 1334-1 ROTULADO DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS PARA CONSUMO HUMANO. PARTE 1. REQUISITOS, Numeral 5.6.1. La información obligatoria del rótulo, señalado en los numerales 5.1 y 5.2 de la presente norma, debe presentarse en idioma español, aceptándose que adicionalmente se repita ésta en otro idioma.*

**30 junio de 2011- Norma técnica Ecuatoriana NTE INEN 1334-3 “Rotulado de productos alimenticios para consumo humano. Parte 3 Requisitos para declaraciones nutricionales y declaraciones saludables”, establece la siguiente definición “3.1.4 Declaración de propiedades de comparación de nutrientes. Se entiende una declaración de propiedades que compara los niveles de nutrientes y/o valor energético de dos o más alimentos (ejemplos: “reducido”; “menos que”; “menos”; “aumentado”; “más que”,); así también establece “5.1.1 Declaraciones de propiedades comparativas. Se permiten declaraciones de propiedades comparativas, con sujeción a las siguientes condiciones y basándose en el alimento tal como se ofrece a la venta, teniendo en cuenta la preparación posterior requerida para su consumo de acuerdo con las instrucciones para su uso que se indica en la etiqueta: a) Los alimentos comparados deben ser versiones diferentes de un mismo alimento o alimentos similares. Los alimentos que se comparan deben ser identificados claramente. b) Se debe indicar la cuantía de la diferencia en el valor energético o el contenido de nutrientes. La información siguiente debe figurar cerca de la declaración comparativa; b.1) La cuantía de la diferencia relativa a la misma cantidad, expresada en porcentaje, en fracción o en una cantidad absoluta. Se deben incluir detalles completos de la comparación establecida. b.2) La identidad del alimento o alimentos con los cuales se compara el alimento en cuestión. El alimento o alimentos deben describirse de modo que el consumidor pueda identificarlos fácilmente. c) La comparación debe basarse en una diferencia relativa de al menos 25% en el valor energético o contenido de nutrientes entre los alimentos comparados, excepto para los micronutrientes para los cuales sería aceptable una diferencia en el valor de referencia de nutrientes (VDR) del 10% y una diferencia absoluta mínima en el valor energético o contenido de nutrientes equivalente a la cifra que se define como “de bajo contenido” o “fuente de” en la tabla 1(...) d) el uso del vocablo “ligero” debe*

seguir el mismo criterio que para “reducido” e incluir una indicación de las características que hacen que el alimento sea “ligero”.

*29 noviembre de 2013.- Acuerdo No. 4522 con Registro Oficial No. 134 Suplemento I, CAPITULO VIII Disposiciones Transitorias SEXTA.- “Los representantes legales de los registros sanitarios de los alimentos procesados comercializados en el territorio nacional que presenten la palabra “light” en su etiqueta deberán declarar según lo previsto en el Art. 23 del presente Reglamento, la “Declaración de comparación de nutrientes”, para lo cual se deberá realizar la modificación del Registro Sanitario a la Agencia Nacional de Regulación Control y Vigilancia Sanitaria en un plazo no mayor a 180 días contados a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficial”.

En el Acuerdo ibídem, en su artículo 12 dispone “Todo alimento procesado para el consumo humano, debe cumplir con el Reglamento Técnico Ecuatoriano RTE INEN 022 de Rotulado de productos alimenticios procesados, envasados y empaquetados (...)”. Así también en su CAPITULO VI Declaración de Comparación de Nutrientes, Art. 23 dispone: “Los alimentos procesados que contemplen una declaración de propiedades que compara los niveles de nutrientes y/o el valor energético de dos o más alimentos deberán contener palabras en castellano que exprese esta declaración, de conformidad a la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 1334-3”.

Legislación aplicable a la fecha en temas light

**28 de febrero de 2014.- NTE INEN 1334-1, NUMERAL 5.7.1 “La información obligatoria del rotulado, de la presente norma, debe presentarse en idioma castellano, aceptándose que adicionalmente se repita ésta en otro idioma”.

**30 junio de 2011.- Norma técnica Ecuatoriana NTE INEN 1334-3, 5.1.1 Declaraciones de propiedades comparativas (...).

** 17 diciembre de 2014 – REGLAMENTO TÉCNICO ECUATORIANO RTE INEN 022 (2R) “ROTULADO DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS PROCESADOS ENVASADOS Y EMPAQUETADOS”, Numeral 5.5.13 Los alimentos procesados que contemplen una declaración de propiedades que compara los niveles de nutrientes y/o valor energético de dos o más alimentos deberán declarar conforme a la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 1334-3.

Al referirse al operador económico indica lo siguiente: “La etiqueta que consta en nuestras bases de datos presenta la palabra light como parte de la marca “ENSOY LIGHT”, por lo cual el rotulado cumplía con la normativa referida hasta el 29 de mayo del 2014, a partir de esa fecha la etiqueta del producto no ha cumplido por no haber incluido la declaración de comparación de nutrientes conforme se estableció en el Registro Oficial 134 del 29 de Noviembre de 2013, Art. 23, y sexta transitoria”



22. *Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTC-DTRSNSOYA-2017-3536-O, suscrito por la Dra. Hemplen Lorena Zambrano Sáenz de Viteri en su calidad de directora Técnica de Registro Sanitario, Notificación Sanitaria Obligatoria y Autorizaciones mediante el cual indica lo siguiente: “Considerar que la información está en conformidad a lo definido en la **NORMATIVA TÉCNICA SANITARIA PARA LA OBTENCIÓN DE LA NOTIFICACION SANITARIA Y CONTROL DE SUPLEMENTOS ALIMENTICIOS Y DE LOS ESTABLECIMIENTOS EN DONDE SE FABRICAN, ALMACENAN, DISTRUYEN, IMPORTAN Y COMERCIALIZAN**, publicada en Registro Oficial No 937 el 3 de febrero de 2017, en su parte pertinente: “Suplementos Alimenticios.- También denominados complementos nutricionales, son productos alimenticios no convencionales destinados a complementar la ingesta dietaria mediante la incorporación de nutrientes en la dieta de personas sanas, en concentraciones que no generen indicaciones terapéuticas o sean aplicados a estados patológicos. Que se comercializan en formas sólidas (comprimidos, cápsulas, granuladas, polvos u otras), semisólidas (jaleas, geles u otras), líquidas (gotas, solución, jarabes u otras), u otras normas de absorción gastrointestinal”.*

23. *Oficio 26301 –DAEPCyCP suscrito por el Director de Asuntos Éticos, Participación Ciudadana y Control Patrimonial de la Contraloría General del Estado.*

24. *Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTC-2017-0179-O, suscrito por el Dr. Luis Monteverde Coordinador General Técnico de Certificaciones.*

25. *Providencia de 29 de septiembre del 2017 a las 13:00 emitida por la Intendencia, mediante la cual se dispuso la inspección y el acta de reunión de trabajo con ARCSA.*

26. *Acta y audio de la inspección en la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria.*

27. *Audio y Acta de Reunión de Trabajo realizada el 17 de octubre del 2017 llevada a cabo con personeros de la ARCSA.*

28. *Acta de entrega recepción de los expedientes de los registros sanitarios por parte de ARCSA a la IIPD, dentro del expediente 31-2016.*

QUINTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1.- Fundamentos de Hecho.-

5.1.1.- Teniendo como antecedente el oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014 emitido por Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, la Intendencia de Prácticas Desleales “(...)pudo evidenciar que la matriz de excel

remitida adjunta al Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014, a esta Intendencia, contiene un LISTADO DE PRODUCTOS” y “ANÁLISIS” de entre otros aspectos, sobre el “PARÁMETRO LIGHT”: “Cumple” o “No cumple”, y “En qué parámetro cumple”, desprendiéndose de la misma, dos productos del operador económico expendidos con la característica “light” indicándose en la misma que “No Cumple” el parámetro light (...)”

Mediante Informe de Investigación Preliminar de fecha 19 de Diciembre del 2016, después del análisis respectivo se recomendó lo siguiente: “(...) Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta dentro del proceso y habiendo evidenciado indicios sobre el cometimiento de actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar de consumidores y usuarios, se concluye que presuntamente el operador económico Ecuaquimica C. A. con su producto ENSOY LIGHT ha incurrido en actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en los artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a), respectivamente de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe y se corra traslado a los operadores económicos para que presenten sus explicaciones, y posteriormente se resuelva sobre el indicio de la investigación formal (...)”

5.1.2.- Conforme a la decisión de 26 de enero de 2017 a las 17:15 la Intendencia de Prácticas Desleales resolvió: “(...) Iniciar la investigación formal del expediente No. SCPM-IIPD-EXP-031-2016, por cuanto se presume la existencia de prácticas de engaño de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM; la existencia de la presunta práctica desleal contemplada en el artículo 27 numeral 10 literal a) de la LORCPM, por parte del operador económico ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C.A., a fin de determinar al amparo de las facultades investigativas señaladas en la LORCPM, la existencia o no de dichas infracciones; y, de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de esta autoridad (...)”

5.1.3.- De acuerdo con el Informe de Resultados emitido el 24 de julio de 2017, a las 12h00, por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, se recomendó lo siguiente: “(...) Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta dentro del proceso y habiendo evidenciado indicios sobre el cometimiento de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar de consumidores y usuarios, se concluye que presuntamente el operador económico ECUAQUIMICA



ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS, con su producto "Ensoy Light" ha incurrido en actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en los artículo 27 numerales 2, y 10 literal a), respectivamente de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe (...)"

5.1.4.- Mediante providencia de 25 de julio del 2017, a las 15h00, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, ordenó acoger el Informe de Resultados y notificar con la Formulación de Cargos en contra del operador económico ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C.A, al expresar que: *"(...) por haber incurrido en las prácticas desleales de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, tipificadas en el artículo 27, numerales 2 y 10, literal a, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al presuntamente existir (considerando el pronunciamiento contenido en el Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero de 2014 de la autoridad sanitaria competente) un incumplimiento por parte del operador económico investigado en cuanto a la composición de los productos, como a la idoneidad de los mismos para cumplir con el objetivo de que anunciaba en su publicidad y como especificó la autoridad sanitaria que conlleva a que la aseveración en el producto, no fuera veraz ni exacta, pudiendo inducir a error y de esta manera incidir en el comportamiento económico de los consumidores. De la misma manera se presume la existencia de aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, los comerciantes, distribuidores y cadenas de autoservicio, toda vez que los referidos adquirirían su producto desconociendo la realidad técnica del parámetro light presuntamente incumplido, lo que podía conllevar a mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario intermediario, como del parámetro light presuntamente incumplido, como del consumidor final en relación con el bien (...)"*

5.2.- Fundamentos de Derecho.-

5.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

El artículo 52 se refiere al derecho a contar bienes y servicios, y al respecto afirma: "Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.

La ley establecerá los mecanismos de control y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y

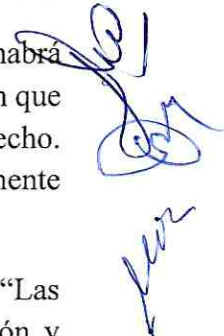
servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.

El artículo 66 en el numeral 25 consagra: “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 contenido y características”.

El artículo 76 en relación a las garantías básicas del derecho al debido proceso no dice: “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”.

El artículo 213 se refiere a las Superintendencias en los siguientes términos: “Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y



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

El artículo 283 sobre el sistema económico prescribe: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

El artículo 284 numeral 8 establece: “Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes”.

El artículo 304, numeral 6 determina que la política comercial tendrá como objetivo “Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado”.

El artículo 335 en el inciso segundo respecto al intercambio y transacciones económicas señala lo siguiente: “El Estado 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”.

El. 336 en cuanto al comercio justo estatuye: “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.”

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

El artículo 1 indica que: “El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los

mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible ”.

El artículo 2 prescribe: “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 ”.

El artículo 4 sobre los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación nos indica lo siguiente: “En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en materia de esta ley son los siguientes: 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 ”.

El artículo 5 en relación al mercado relevante nos dice: “A efectos de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

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

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de



intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto”.

El artículo 25 define: “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”

El artículo 26 prohíbe: “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”.

El artículo 27 considera como prácticas desleales las siguientes: “2. **Actos de engaño.-** Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje; numeral 10. Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los

consumidores, entre otras: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor”.

El artículo 37 trata de la Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado y dice: “Corresponde a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tendrá facultad para expedir normas con el carácter de generalmente obligatorias en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales y las regulaciones expedidas por la Junta de Regulación”.

El artículo 38 en cuanto a las atribuciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, entre otras, en su numeral 2 prescribe: “Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley”

El artículo 48 al referirse a las normas generales señala: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, antes de iniciar el expediente o en cualquier momento del procedimiento, podrá requerir a cualquier operador económico o institución u órgano del sector público o privado, los informes, información o documentos que estimare necesarios a efectos de realizar sus investigaciones, así como citar a declarar a quienes tengan relación con los casos de que se trate”.

“A esos efectos la Superintendencia podrá examinar, recuperar, buscar, utilizar y verificar tales documentos e información, obtener copias o realizar extractos de ellos. Esos informes o documentos deberán ser suministrados dentro del plazo que la Superintendencia determine

No será obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado atenerse, contra su convicción, al contenido de esos informes o información. Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por falta de ellos”

No se requiere aviso previo al denunciado o a la persona para requerir la información o documentación, previa a la apertura del expediente.

La carga de la prueba corresponderá a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sin perjuicio de las pruebas aportadas por el denunciante y el denunciado. Sin embargo, en el caso de los acuerdos y prácticas prohibidas de conformidad con el



artículo 11 de la presente Ley, si un operador económico o persona negare, dificultare o impidiere el acceso a información; dañare ocultare u omitiere información o entregase información falsa, fraudulenta, engañosa, falaz, fingida, artificiosa, irreal o dolosa requerida o relacionada al operador económico o persona en una investigación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se invertirá la carga de la prueba a dicho operador económico o persona, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado tiene la potestad de acceder, revisar, archivar, procesar y utilizar cualquier dato, que de modo exclusivo corresponda a la información y documentos pertinentes al proceso administrativo, respetando el derecho constitucional a la protección de esta información, para las investigaciones, casos o resoluciones dentro de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley.

La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúa sobre los verdaderos propósitos de la conducta que subyacen al acto jurídico que la expresa.”

El artículo 77 trata de los sujetos infractores cuando dice: “Serán sujetos infractores las personas naturales o jurídicas que incurran en las prohibiciones o ejecuten las acciones u omisiones tipificadas en esta Ley”.

El artículo 78 numeral 2, letra c) señala: 2. Son infracciones graves: literal c) “El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley”.

El artículo 79 en cuanto a las sanciones en el inciso primero y en el literal c) sustenta: “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, las siguientes sanciones: literal 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 imposición de la multa”.

El artículo 80 establece los criterios para la determinación del importe de las sanciones y al respecto indica: “El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.

- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables”.

5.2.3. Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del

Poder de Mercado.-

El artículo 1 establece que: “El presente Reglamento tiene por objeto establecer las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que en lo sucesivo se denominará la Ley”.

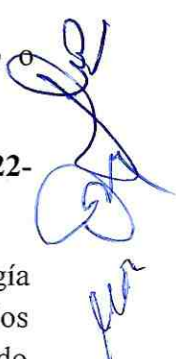
El artículo 4 señala el criterio general de evaluación al expresar que: “La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”

El artículo 95 al referirse al cálculo del importe de las multas nos dice: “El importe de las multas establecidas en el artículo 79 de la Ley será fijado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo, y según la metodología siguiente:

1. La Superintendencia determinará la base para el cálculo del importe de la multa para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.
2. La Superintendencia multiplicará el importe de base en función de la duración de la conducta.
3. La Superintendencia ajustará el importe de base total incrementándolo o reduciéndolo en base a una evaluación global de las circunstancias pertinentes”.

5.2.4.- Resolución de la Junta de Regulación No. 12 Registro Oficial 887 de 22- nov. 2016.

El artículo 1 en cuanto al objeto de la resolución señala.- Establecer la metodología a ser utilizada en el cálculo del importe de las sanciones establecidas en los artículos 78 y 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado



(LORCPM), en concordancia con los criterios establecidos en el artículo 80 y siguientes artículos del mismo cuerpo normativo, y su Reglamento. La expedición de esta metodología tiene como objetivo contribuir a la transparencia en la cuantificación del importe de la sanción así como en la objetividad del cálculo, potenciando su efecto disuasorio y favoreciendo la seguridad jurídica de los operadores económicos.

El artículo 2 habla de los criterios para la determinación del importe y al respecto reza: Criterios para la determinación del importe de las sanciones.- El importe de las sanciones se fijará conforme los criterios determinados en el artículo 80 de la LORCPM.

El artículo 3 se refiere a la cuantificación de la sanción: El cálculo del importe de la multa se realizará de acuerdo a lo establecido en el artículo 95 del Reglamento de Aplicación para la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

El artículo 4 trata del importe base: El importe base (IMB) es determinado para cada operador económico o asociación, unión o agrupación de operadores económicos.

El artículo 5 en cuanto al importe base establece: El importe base se calculará como una proporción del volumen de ventas del mercado relevante afectado por la infracción, dado por el producto de los ponderadores de la condición de restricción, según el tipo de sanción, y los factores de gravedad y afectación de la infracción.

El artículo 6 señala la base del importe de la sanción al expresa: El importe base de la sanción corresponde al monto preliminar para la cuantificación de la sanción que estará determinado en función del volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables, el alcance de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos interés de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos así como los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción.

El artículo 7 respecto a la base del importe nos dice: El importe base se obtendrá en aplicación de los siguientes criterios: a. Volumen de negocios en el mercado relevante.- corresponde al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por el operador económico responsable de la infracción. Se considerará la información de ventas durante el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, previa deducción del impuesto sobre el valor agregado y de otros impuestos al consumidor final directamente relacionados con el negocio, o las ventas del último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente. b. Factor proporcional a la

gravedad de la infracción (a).- con el objetivo de estimar la gravedad de la infracción de manera cuantitativa, se consideran los siguientes elementos: i. Cuota de mercado.- la gravedad de la infracción está directamente relacionada con la participación del infractor en el mercado relevante, a una mayor cuota de mercado, mayor será el perjuicio causado, porque habrá menores posibilidades de que los actores del mercado se desplacen hacia otras alternativas. Para la determinación de esta cuota de mercado se considerará el último ejercicio que corresponda a sus actividades ordinarias en el mercado relevante, o el último año calendario para el cual se cuente con la información, ajustado por la inflación correspondiente. ii. Naturaleza de la infracción.- corresponde a la especificidad de la conducta, la naturaleza se enmarca en las siguientes categorías: leve, grave o muy grave. iii. Alcance de la infracción.- corresponde a la cobertura geográfica que tuvo la infracción, considerando de mayor a menor, un alcance nacional, regional o local. c. Factor proporcional a la afectación de la infracción.- a fin de determinar de manera objetiva la afectación de la infracción, se consideran los siguientes elementos: i. Dimensión del mercado afectado.- corresponde a la valoración global del mercado afectado, en el cual el operador económico responsable u operadores económicos responsables cometieron la infracción. ii. Características del mercado afectado.- corresponde a la caracterización del mercado afectado en términos del nivel de concentración de dicho mercado.

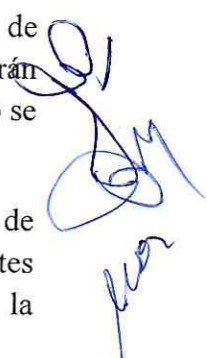
El artículo 8 sustenta: En los casos en los que no sea posible determinar esta información, a partir de fuentes oficiales, se puede también tomar en cuenta fuentes secundarias tales como estimaciones de los operadores económicos.

El artículo 9 estatuye.- El importe base de la sanción, determinado en el artículo 7, aumentará en función del tiempo que duró la infracción.

El artículo 10 prescribe: El importe base total se determinará multiplicando el importe base por el tiempo de duración de la infracción.

El artículo 11 establece: El importe base total se obtendrá en aplicación del siguiente parámetro: a. Factor proporcional a la duración de la infracción.- corresponde a la duración en años, y proporcionalmente, de meses en que, de acuerdo con la investigación, se llevó a cabo la conducta infractora a la LORCPM. Para fines de cálculo de la duración de la infracción, los periodos inferiores a un semestre contarán como medio año; y, los periodos de más de seis meses pero menor o igual a un año se contarán como un año completo.

El artículo 12 determina: El importe total de la multa se determinará en función de una evaluación global, que tendrá en cuenta, entre otras, las circunstancias agravantes y atenuantes estipuladas en el artículo 99 y artículo 100 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM.



El artículo 13 sostiene: El importe total de la multa se verá incrementado o reducido en función de las circunstancias agravantes o atenuantes, de conformidad con lo establecido en el artículo 81 y 82 de la Ley.

El artículo 14 fija: La aplicación de las circunstancias agravantes o atenuantes referidas en el numeral anterior supondrá un aumento o disminución del importe base total en un porcentaje de entre el 10% y 25%.

El artículo 15 puntualiza.- El importe se obtendrá en aplicación del siguiente criterio:
a. Factor proporcional de circunstancias agravantes y atenuantes: corresponde al resultado neto entre el número de circunstancias que se determinen para el caso materia de la investigación.

El artículo 16 dispone: Determinación del importe base cuando es posible determinar el volumen total de negocios.- Para el cálculo del importe base descrito en el artículo 7, cuando sea posible determinar el volumen total de negocios se aplicarán las siguientes fórmulas.

El artículo 17 instituye: Determinación del importe base cuando no es posible determinar el volumen total de negocios.- Para el cálculo del importe base descrito en el artículo 7, cuando no es posible determinar el volumen total de negocios, se aplicarán las siguientes fórmulas, considerando los rangos establecidos en el artículo 103 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM. a. Infracciones leves y graves:

El artículo 18 estipula: Determinación de la base total.- La base total para el cálculo del importe de la multa se obtiene aplicando la siguiente fórmula:(...)"

El artículo 19- indica: Determinación del importe total.- El importe total (IMTi) de la multa se determinará según la fórmula siguiente: (...)"

El artículo 20 expresa: Máximo legal.- El importe final de la sanción no podrá superar los límites máximos que, para cada tipo de infracciones establecidas en el artículo 79 de la LORCPM.

El artículo 21 manifiesta: Reincidencia.- En caso de reincidencia se determinará el importe de la multa de acuerdo al artículo 79 de la LORCPM.

El artículo 22 contempla: Excepciones.- Cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción, o beneficio ilícito del operador económico responsable u operadores económicos responsables, se aplicará lo establecido en el artículo 79 de la LORCPM.

5.2.5.- Derecho administrativo sancionador.-

5.2.5.1. 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 justificación 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

5.2.5.2. 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 2014, 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 [...]"*.

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

5.2.5.3.1.- 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, el mismo que ampliado*



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

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

5.2.5.3.2.- 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

5.2.5.3.3.- 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

5.2.5.3.4.- 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

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.

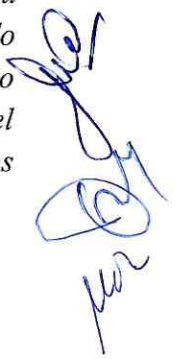
⁴ Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

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 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

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

De expuesto en líneas precedentes, se determina que la conducta típica y antijurídica se encuentra prevista en el artículo 27, numerales 2 y 10, literal a) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya comisión se le imputa al operador **ECUAQUIMICA ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS C.A.**, es decir, actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad del consumidor y usuario. *“(...) Sobre los actos de engaño, el artículo 3 de la LORCPM establece: La primacía de la realidad.- para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos; el artículo 27 numeral 2, ibídem expresa que se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión; así como configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos; y, en el numeral 10 letra a) del mismo artículo, contempla la conducta aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, es decir, el aprovecharse de la falta de conocimiento general por parte de los consumidores, incluyendo el aprovechamiento de su debilidad, viendo a este último como sujeto de protección. Conforme ha quedado acreditado en el expediente y en el presente informe, el operador económico **ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA** solicitó y obtuvo el registro sanitario del producto **ENSOY LIGHT**, a efectos de contar con los permisos para su comercialización en el mercado ecuatoriano (...)*”.



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

7.1.- La prueba como garantía constitucional.-

El artículo 76 numeral 7, letra h) de la Constitución de la República del Ecuador, consagra entre los derechos de las personas a la defensa, el de presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra

Como se puede apreciar la norma constitucional expresamente determina el derecho a la prueba como una garantía que tienen las personas, en este caso, en el procedimiento administrativo sancionador por infracciones a la LORCPM.

Sobre este punto la Corte Constitucional sostiene: “(...) *De una manera somera, diremos que 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 una abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...)*”. Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corporación de estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Página 506.

En otro fallo la Corte Constitucional sustenta: “(...) *El segundo principio del debido proceso es el derecho a la defensa, que en palabras del tratadista Bernal Pulido, “se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso”. Según este autor una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho a la defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí se obren”. A criterio de esta Corte, el derecho a la defensa constituye un principio fundamental del debido proceso mediante el cual se faculta a una persona a formar parte de un proceso para presentar y contradecir los alegatos y pruebas que se presenten (...)*” Sentencia No.093-12-SEP-CC Caso No.0358-09-EP de 03 de abril de 2012. S.R.O. No.718 de 6 de junio del 2012.

7.2.- Análisis, doctrinario, jurisprudencial y legal sobre la valoración de la prueba.-

La valoración de la prueba es una actividad intelectual y eminentemente mental por parte de la autoridad administrativa competente, cuyo objetivo es el grado de convicción que puede deducir al examinar y estimar debidamente los hechos y los medios de prueba suministrados por las partes en el expediente.

David Blanquer afirma: “(...) *La valoración de los resultados alcanzados mediante la práctica de las pruebas puede ser tasada (predeterminada por la norma aplicable), o libre pero razonada (si la prueba está encaminada a convencer a alguien y hay distintos medios de prueba, forzoso es analizar con criterios racionales que capacidad de persuasión resulta de cada uno de esos medios de prueba). Libre apreciación de la prueba no es lo mismo que soberana o arbitraria construcción del presupuesto de hecho al que hay que aplicar la norma. El fundamento de ponderación de la prueba estriba en máximas de la experiencia que no resultan de una constatación empírica e indubitable de los hechos, sino una proposición lógica y razonable fundada en la experiencia humana (...)*”. DERECHO ADMINISTRATIVO. Volumen 1. Editorial Blanch. Valencia 2010. Página 369.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sustentan que: “(...) *Es principio general en nuestro Derecho el de la prueba libre y, por lo tanto constituyen excepción los supuestos de prueba tasada o prueba legal, en los que el valor de las que se hayan practicado lo fija directamente la Ley (el documento público o el privado reconocido hacen prueba, lo mismo que la confesión): Este principio es aplicable igualmente en el ámbito del procedimiento administrativo y unido al de apreciación conjunta de las pruebas practicadas conforme a las reglas de la sana crítica (...)*” CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo II. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Página 499.

El nuestro sistema jurídico rige el sistema de valoración de las reglas de la sana crítica, reglas que no constan en normas de derecho positivo, sino son básicamente la aplicación del correcto entendimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica y la justicia, método que en la opinión del connotado jurisconsulto uruguayo Eduardo Couture “(...) *Las reglas de la sana crítica son, ante todo las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas (...)*” FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Ediciones Depalma. Buenos Aires 11^{ta} Reimpresión 1987. Página 270.

La Corte Constitucional del Ecuador, enseña: “(...) *Nuestro derecho procesal ha operado entre dos extremos: la prueba tasada y tarifaria, que entrañaba (...) la valoración de la prueba en la norma y la libre convicción que otorga total discrecionalidad al juzgador para establecer las formas de crearse convicción sobre la veracidad de los hechos probados. En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da*



cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción (...). Sentencia No.010-12 SEP-CC (S.R.O 30 de marzo-2012) CASO No.1277-10-EP.

De su parte la Corte Suprema de Justicia del Ecuador ilustra: “(...) *El sistema de la sana crítica procesalmente constituye el principio de valoración de la prueba atendiendo a las reglas del correcto entendimiento humano, donde se entrelazan la lógica y la experiencia del juez, a fin de conducir el descubrimiento de la verdad, mediante un proceso. Tal método de valoración probatoria, implica que necesariamente se debe apreciar en el proceso intelectual o volitivo, todo el conjunto de las prácticas legalmente, sin que le sea obligatorio al juzgador expresarlo en su resolución, sino solamente las que fueren decisivas para emitir el pronunciamiento objetado (...)*” Gaceta Judicial Serie XVII No.7. p.1899.

El inciso segundo del artículo 164 del COGEP, dispone: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá la obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”.

De su parte el inciso primero del artículo 70 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, señala que: “El informe final contendrá la enumeración y valoración de la prueba presentada durante el término de prueba”. Igualmente, el inciso segundo del artículo 71 del citado Reglamento, exige que en la resolución que expida el órgano de sustanciación y resolución, es decir, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, conste las pruebas presentadas por los interesados y su valoración”.

7.3.- Análisis y valoración de la prueba documental que sirve de sustento al Informe Final No.SCPM-IIPD-002-2018, de 24 de enero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, consistente en el Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014 emitido por Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria en adelante ARCSA.

En la resolución expedida el 31 de mayo de 2018, a las 12h00, por parte del Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA, Superintendente de Control del Poder de Mercado, dentro del proceso de apelación No.SCPM-IIPD-0033-2016-A-0007-2018-DS, interpuesto por los operadores económicos PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS C.A. PRONACA y su adhesión planteada por FABRICA JURIS

CIA LTDA, sustanciado ante esta Comisión con el No.SCPM-CRPI-008-2018, en el pronunciamiento de la referencia en la parte pertinente se señala lo siguiente:

“(...) de la revisión del expediente administrativo No.SCPM-IIPD-0033-2016, se desprende que inicia en fundamento al oficio No.ARCSA-DE-2014-0022-0 de 03 de enero de 2014, el cual contenía como anexo un dictamen técnico sobre la composición de los productos, la idoneidad de ellos para cumplir con el objetivo que se enunciaba en su publicidad(alimento en referencia en el mercado y efecto light), del cual se determinó que a criterio de la Agencia de Regulación y Control y Vigilancia Sanitaria, algunos productos no cumplían con el parámetro light, tal como se ofertaban a la época, indicio suficiente para que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado-SCPM- dentro de sus competencias, pueda instruir un procedimiento de investigación, esto de conformidad a lo manifestado en los Art. 38 y 53 de la LORCPM, amparado en la presunción de legalidad de la cual están investidos los documentos emitidos por autoridad competente (...)”

“(...) c) Que, dentro de la inspección llevada a cabo por el órgano de investigación, se ha establecido que no existe un informe que sustente el oficio de enero de 2014. d) Que los operadores económicos Juris y Pronaca contaban con el Registro Sanitario para expender los productos materia de la investigación, es decir “dupla sandwichera queso cheddar FLORAL” y “jamón de pavo light” (JURIS), “salchichas de pavo light” y salchichas light” (PRONACA).e) Que, al momento del expendio de los productos materia de la investigación se encontraba en vigencia la normativa técnica INEN 1334-3, “Rotulado de productos alimenticios para consumo humano, respecto a los requisitos mínimos que deben cumplir los rótulos o etiquetas en los envases o empaques en que se expenden los productos alimenticios para consumo humano, en los cuales se hagan de manera voluntaria , declaraciones de propiedades nutricionales y saludables, es decir la norma se tornaba en no obligatoria para los productores.f) Que, con fecha 29 de noviembre de 2013, se expide el Acuerdo No.4522 con registro Oficial No.134, el que contiene el “Reglamento sanitario de etiquetado de alimentos procesados para el consumo humano”, dentro del cual se determina que debería insertarse en el etiquetado de los productos una “Declaración de comparación de nutrientes”, lo cual implica la modificación del Registro Sanitario para el efecto se concede un plazo no mayor a 180 días contados a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficial (...)”.

“(...) la IIPD ha generado el proceso de investigación, ha sido la misma ARCSA quien ha manifestado no tener soporte técnico respecto del oficio No. ARCSA- DE-2014-0022-0, de 03 de enero de 2014, lo cual no es imputable a los investigados; lo que si ha sucedido durante la tramitación y a petición tanto de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, como de los operadores económicos es que el



ARCOSA ha emitido los registros sanitarios correspondientes, y frente a la ausencia de elementos de sustento del ya referido oficio, se debe considerar lo manifestado el espíritu garantista y protector de la Constitución de la República del Ecuador concordante con lo manifestado en la doctrina respecto de la aplicación del principio del “indubio pro actione”, que radica en la interpretación de la norma más favorable en este caso para el administrado (...)”

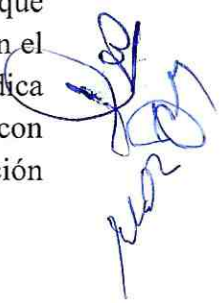
“(...) la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, en el “Seminario Judicial de la Federación Principios de Favorecimiento de la Acción (pro actione), de Subsanción de los Defectos Procesales y de Conservación de las Actuaciones, Integrantes del Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, su Aplicación en el Proceso”, ha argumentado “(...) En aplicación de estos principios, inspirados en el artículo 17 de la Constitución Federal y en el diverso numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están obligados: a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma (...)”; lo que implica que, si existe una contradicción o duda en la norma, pues existen elementos que hacen imposible establecer irrefutablemente que los operadores económicos investigados, han incurrido en prácticas desleales, generando un daño real o potencial en el mercado, se debe aplicar la misma en el sentido más favorable a ellos, con el fin de no causar un perjuicio a causa de una presunción. Por todo lo expuesto, se enfatiza que la contradicción en la información emitida por el ARCOSA, no es imputable a los operadores económicos ni al órgano de investigación, quien en base a la información proporcionada por el ARCOSA, no ha logrado establecer fehacientemente el cometimiento de las prácticas desleales determinadas en el Art.27 numerales 2 y 10 literal a) de la LORCMP, ni su efecto real o potencial en el mercado relevante determinado (...)”

7.4.- El señor Superintendente de Control del Poder de Mercado, en la decisión citada en líneas precedentes, “(...) RESUELVE: PRIMERO.- NEGAR el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico PRONACA S.A. y la ADHESIÓN planteada por el operador económico JURIS CIA LTDA, por cuanto el informe final emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, no es de naturaleza impugnabile. SEGUNDO.- DE OFICIO Y en aplicación del principio pro administrado y en virtud de que la información emitida por el ARCOSA, es contradictoria lo cual no es imputable a los operadores económicos, ni al órgano de investigación, se dispone el Archivo de la Investigación, para lo cual deberá notificarse a la Comisión de Resolución de Primera Instancia a efectos de que proceda con el archivo del procedimiento que se instruye en esa instancia (...)”

En cuanto al principio a favor del administrado el jurisconsulto nacional Dr. Marco Morales Tobar, nos dice: “(...) Este principio denominado también “*in dubio pro actione*” consagra en aras de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción de procurarse la superación de obstáculos de índole formal, privilegiando el tratamiento de las cuestiones de fondo que permitan la adopción de una resolución (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, p.478) (...)” Y agrega “(...) Dicho principio cincelado cuidadosamente por Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, de acuerdo a lo resumido por Manuel Diez (1965), involucra que la interpretación de las reclamaciones administrativas deba realizarse con espíritu de benignidad a favor de los administrados, mas no por la Administración, que inexcusablemente debe cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto de su modo de actuación, de conformidad con el principio de juricidad (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo V, p.188).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el fallo expedido el 27 de febrero de 1998, instruye: “(...) Enseña la doctrina, que lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el debido proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otras el de legítima defensa. De allí que las omisiones de plazos, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, no constituye la omisión de simples solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las leyes. En consecuencia, tales omisiones e irregularidades obligan necesariamente al juzgador a declarar la ilegalidad del acto impugnado por más que la motivación de éste fuera aceptable y justificara la resolución adoptada (...)”. *Gaceta Judicial Año. XCVIII. Serie XVI No.11.p.2985.*

OCTAVO: - DECISIÓN.- En mérito de los razonamientos de orden jurídico que anteceden y con fundamento en la valoración efectuada, descrita y especificada en el considerando precedente, mediante el cual se obtiene la convicción y eficacia jurídica que se deduce de su contenido, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia, con sujeción a lo previsto en los artículos 11, numerales 3, 5 y 9, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador.

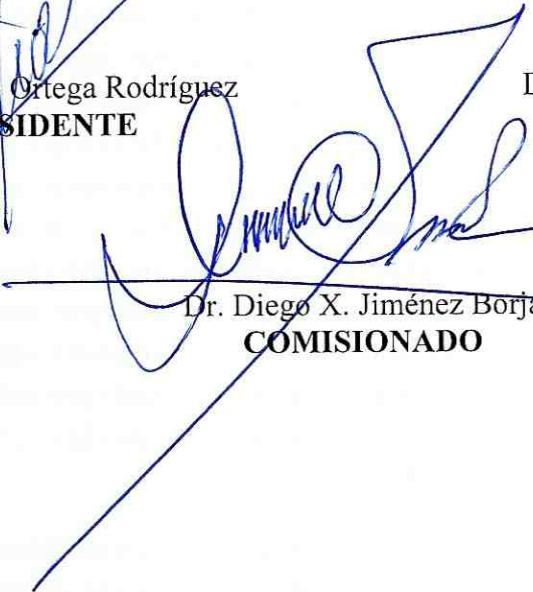


RESUELVE:

1. **ACOGER** el pronunciamiento expedido el 31 de mayo de 2018, a las 12h00, por parte del Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa MA, Superintendente de Control del Poder de Mercado encargado, en cuyo considerando segundo de su decisión señala: "(...) SEGUNDO.- DE OFICIO y en aplicación del principio indubio pro administrado y en virtud de que la información emitida por el ARCSA, es contradictoria lo cual no es imputable a los operadores económicos, ni al órgano de investigación, se dispone el Archivo de la investigación, para lo cual deberá notificarse a la Comisión de Resolución de Primera Instancia a efectos de que proceda con el archivo del procedimiento que se instruye en esa instancia (...)".
2. **NOTIFICAR** al operador económico **ECUATORIANA DE PRODUCTOS QUIMICOS ECUAQUIMICA C.A.** y la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.
3. Actué en calidad de Secretario de la Comisión el abogado Mauricio Ordoñez Paredes. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-**


Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE


Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO


Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO

