

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-012-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 03 de julio de 2018, las 16h47.- **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 (o 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 (o en adelante CRPI) es competente para conocer y resolver el presente expediente, conforme a las disposiciones constitucionales y legales antes invocadas.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

2.1.- El operador económico **F& E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), en su presentación realizada el día miércoles cuatro (04) de abril de 2018, a las 11h00, en la audiencia pública celebrada en el presente procedimiento administrativo, expresa que el procedimiento se encuentra viciado de nulidad, cuando manifiesta lo siguiente:

"(...) El 28 de agosto de 2017, KOE ECUADOR presenta sus excepciones y un recurso de reposición en contra de la formulación de cargos (...)"

"(...) En el punto 1 del escrito de fecha 28 de agosto de 2017 a las 09h49 (día 15 del término para presentar excepciones), entre otras peticiones, KOE ECUADOR presentó al amparo de lo previsto en el artículo 58 de la LORCPM sus excepciones al Informe de Resultados de la Investigación y al documento de Formulación, notificado a KOE ECUADOR mediante providencia de 04 de agosto de 2017 a las 17h00 (...)"

"(...) En el punto cuarto de la providencia de 29 de agosto de 2017, a las 11h00, la Intendencia expresamente señala que los operadores económicos investigados, entre ellos KOE, han presentado sus excepciones (...)"

CUARTO.- Toda vez que ha culminado el término de quince días dispuesto por esta Intendencia, mediante providencia de 04 de agosto de 2017, a las 17h00, para que los operadores económicos **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE); **COMERCIALIZADORA I LIVE ENGLISH ECUADOR S.A.** (nombre comercial I LIVE ENGLISH); y **COMERCIALIZADORA INRALBE CIA LTDA.**, (mediante la cual se



maneja la operadora SPEAK OUT), contesten y deduzcan excepciones a la formulación de cargos realizada por esta Intendencia y al informe de resultados de la investigación de la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales: en virtud de que dentro del referido término los operadores económicos han presentado sus excepciones; por encontrarse el proceso en la fase procesal oportuna, se dispone la apertura de la etapa de prueba por el término de 60 días, el cual podrá ser ampliado por 30 días adicionales a criterio de esta autoridad (...)”.

“(...) Pese a lo anterior, Informe Final señala que KOE ECUADOR NO presentó excepciones dejándola en indefensión, consecuentemente el Informe Final (...)”

“(...) La Intendencia no ha tomado en cuenta los argumentos de KOE ECUADOR presentados en el proceso, específicamente sus excepciones. Aquello vulnera el derecho a la defensa de KOE ECUADOR, dejándola en indefensión y confirma que el Informe Final carece de sustento y motivación (...)”.

“(...) Acoger el Informe Final implicaría que la resolución de la CRPI no corregiría aquella vulneración a su derecho a la defensa e incurriría en una falta de motivación que convertiría en nula la resolución (...)”.

2.2.- Al haber expresado la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en su providencia de 29 de agosto de 2017, a las 11h00 que: *“(...) en virtud de que dentro del referido término los operadores económicos han presentado sus excepciones (...)*” consiste en un lapsus calamis que no afecta el fondo o la verdad del acto administrativo, conforme lo expresa el jurista ecuatoriano Marco Morales Tobar, al manifestar *“(...) La doctrina ha coincidido en que la rectificación de errores de “hecho o matemáticos”, según lo recoge nuestra legislación, no implica una revocación del acto en términos jurídicos. A criterio de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández (2004)” el acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equivoco”. (Tomo I.p.667) (...)*”

El operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.**, (nombre comercial KOE), no ha presentado escrito de contestación y deducción de excepciones a la formulación de cargos efectuada en su contra, en los términos previstos en el artículo 58 de la LORCPM; hecho que se comprueba con la simple revisión de las constancias procesales existentes en el presente procedimiento administrativo. El escrito al que se refiere el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.**, según el cual contestó y dedujo excepciones a la formulación de cargos, es un pedimento que contiene el recurso de reposición recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 28 de agosto de 2017 a las 09h49, el mismo que fue tramitado, atendido y resuelto por cuerda separada mediante expediente **No. SCPM-IIPD-2016-005-A**.

2.3.- En el escrito de reposición el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.**, en la parte concerniente sostiene y ofrece lo siguiente:

“(…) En virtud de lo antes expuesto y debido a que no hay prueba objetiva dentro del informe de investigación que demuestre que por la publicidad de mi representada, la libertad de elección del consumidor se vea disminuida y, por el contrario, el mismo informe de investigación señala que el contrato de mi representada y la información que se le entrega al consumidor antes de la firma del contrato, es claro en que el objeto del contrato es la venta de un material didáctico para el aprendizaje del idioma inglés, y no la prestación del servicio de enseñanza, de conformidad con lo señalado en el Art.66 de la LORCPM interpongo RECURSO DE REPOSICIÓN contra la Providencia de Formulación de Cargos contra F&E ECUATORIANA S.A., emitida el 03 de agosto de 2017 y notificada el 04 de agosto de 2017 y le solicito, señor Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, se sirva excluir a mi representada de la etapa de sustanciación y ordenar el archivo definitivo del expediente para F&E ECUATORIANA S.A. (…)”

“(…) Sin perjuicio de lo expuesto y del recurso de reposición interpuesto, y sin que se considere una aceptación por parte de mi representada, de haber incurrido en la práctica contemplada en el Art.27 numeral 2 de la LORCPM, pues como se argumentó anteriormente, no se ha probado que por la publicidad de mi representada, se disminuya la libertad de elección del consumidor o se la induzca a engaño, ya que el objeto del contrato de mi representada e (sic) claro y, además, no se presentó prueba objetiva en el informe de investigación, que sustente que supuestamente si existe tal práctica, consideramos que es importante hacer modificaciones a la publicidad de mi representada, para evitar equivocadas interpretaciones por parte de los consumidores (…)”

“(…) En tal sentido, de conformidad con lo señalado en el Art.63 de la LORCPM, en representación de F&E ECUATORIANA S.A., ofrezco ajustar la publicidad de mi representada, para que esté más acorde con el objeto del contrato. Para el efecto, mi representada se sujetará a las recomendaciones de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para realizar las modificaciones relacionadas con la publicidad de mi representada (…)”

2.4.- En tal virtud, no se ha privado al operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.**, del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, ni ha quedado en estado de indefensión, por cuanto se han observado las formalidades previstas en la Constitución y en la ley, y a la luz de lo que enseña la Corte Constitucional del Ecuador, cuando sostiene: *“(…) todas las facultades que tiene la administración pública, que se manifiestan a través de los actos administrativos que expide, deben siempre observar los procedimientos formales establecidos para el efecto y respetar los derechos constitucionales de las personas. Ese es precisamente su límite, sin que en ningún caso, ante la eventual transgresión a los derechos las personas estas queden en indefensión (…)”* Sentencia 156-12 SEP-Caso 0556-10-EP.

2.5.- En definitiva, el presente proceso para la imposición de sanciones por la comisión de prácticas desleales de actos de engaño tipificadas en el artículo 27 numeral 2 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 declare 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.-

3.1.1.- Mediante providencia de 18 de marzo de 2016, a las 14h30, el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales resuelve iniciar Investigación Preliminar de oficio por las siguientes conductas: “(...) 1) *Para identificar el cometimiento de prácticas desleales que se estarían realizando los institutos que ofrecen cursos de aprendizaje continuo del idioma inglés, lectura rápida y otros tipos de formación de educación para el desarrollo personal; ya que al momento de ofertar sus servicios, estarían entregando información incompleta, omitiendo información relevante, la cual podría inducir a error a los posibles contratantes al momento de adquirir los servicios ofertados en el mercado, práctica enmarcada en los numerales 2, 9 y 10, literal a) y e), del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.* 2) *Para examinar el presunto cometimiento de prácticas desleales que se estarían dando en las editoriales de textos escolares enmarcadas en el numeral 2 y 10, literal a), del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)*”.

3.1.2.- Con memorando No. SCPM-IIPD-DNIPD-80-2016-M de 02 de diciembre de 2016, el señor Director de Investigación de Prácticas Desleales, remite al señor Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, el Informe Preliminar, en donde “(...) *concluye con la presunción de que los operadores económicos KOE, I LIVE ENGLISH, SPEAK OUT y BERLITZ habrían posiblemente incurrido en actos de engaño, violación de norma y el aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, de conformidad a lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, numerales 2, 9 y 10, literal a); por lo que recomendó abrir la fase de investigación en contra de los referidos operadores económicos KOE, I LIVE ENGLISH, SPEAK OUT y BERLITZ (...)*”

3.1.3.- De conformidad con la providencia de 02 de diciembre de 2016 a las 15h00, el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales dispuso: “(...) *para efectos del ejercicio del debido proceso, notificar a los operadores económicos investigados a fin de que presenten sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar en el término de quince (15) días (...)*”.

3.2.- Fase de Investigación Formal.-

Mediante resolución de 07 de febrero de 2017 a las 17h15, la Intendenta de Investigación de Prácticas Desleales (S) resolvió: “(...) **SEGUNDO.-** *Iniciar la investigación formal al operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (NOMBRE COMERCIAL KOE), del expediente No. SCPM-IIPD-EXP-005-2016, por cuanto se presume: a) La existencia de prácticas de engaño de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM; así como, b) La existencia de la presunta práctica desleal contemplada en el artículo 27*

numeral 10 literal a) de la LORCPM, por parte del referido operador económico, 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.-

En su Informe de Resultados la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, analiza y recomienda lo siguiente:

1. “Realizando una comparación, entre el enunciado publicitario y el contrato efectivamente suscrito con los consumidores finales del servicio se desprende que el operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (nombre comercial KOE), dentro de su publicidad realiza una omisión de información en cuanto a que el objeto del servicio (conforme lo estipula su contrato) es la comercialización de material didáctico, por lo que se presume la existencia de la práctica contemplada en el artículo 27 numeral 2.

5. Pese a la existencia de omisión en la publicidad por parte de los operadores económicos F&E ECUATORIANA S.A. (nombre comercial KOE); (...) los referidos proporcionan toda la información relacionada al objeto del contrato, lo que conlleva a que no se evidencie una transgresión a la libertad de elección de los consumidores por falta de conocimiento o debilidad, por lo cual se desprende la inexistencia de la práctica contemplada en el artículo 27 numeral 10, literal a) (...).”

Recomendación:

“(...) De conformidad con el artículo 58 de la LORCPM, una vez concluida la investigación y en razón a que existen indicios y presunciones de que los operadores económicos F&E ECUATORIANA S.A. (nombre comercial KOE); “(...) estarían incurriendo en la práctica desleal tipificada en el numeral 2, del artículo 27 de la LORCPM, por lo cual esta Dirección recomienda proseguir con la etapa de sustanciación respectiva así como con el trámite establecido (...).”

Por su parte, el operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (NOMBRE COMERCIAL KOE) inicio la publicidad desde 2013 hasta diciembre de 2016, siendo en esta fecha el que es el último dato remitido por el operador económico (...).”

“(...) Es importante mencionar que la temporalidad de los operadores económicos se determina sin perjuicio que el operador pudiera mantener publicidad en redes sociales con ese contenido, determinando hasta la presente fecha del informe. (...).”

3.4.- Formulación de Cargos.-

(...) Esta Intendencia emitió su formulación de cargos “...en contra los operadores económicos F&E ECUATORIANA S.A., (nombre comercial KOE); (...), por haber incurrido en la práctica desleal de actos de engaño, tipificada en el artículo 27, numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), al presuntamente haber omitido información dentro de su publicidad, toda vez que el objeto



del servicio (conforme lo estipulan sus respectivos contratos) es la venta o comercialización de material didáctico, lo cual además vulnera el derecho constitucional de las personas "... a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características" contemplado en el artículo 52 la Constitución de la República del Ecuador, ya que induce a error a los consumidores sobre la verdadera naturaleza y características de los servicios ofertados por los operadores económicos."

3.5.- Excepciones planteadas por el operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (KOE).-

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales señala: "(...) El operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (nombre comercial KOE) no presentó escrito de excepciones dentro del presente proceso de investigación, en virtud de lo cual se entiende como la negativa de los fundamentos de hecho y de derecho, aseverados por esta intendencia en la formulación de cargos y resolución respectiva (...)"

3.6.- Alegaciones realizadas por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la SCPM.

"En la presente investigación se ha respetado el debido proceso, pues dentro de los procesos administrativos, la administración pública manifiesta su voluntad a través de actos administrativos, que son 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 principios mínimos que deben ser observados al momento de ser producidos por el órgano estatal y estos son los determinados en el debido proceso quienes lo revisten en última instancia de legalidad y legitimidad para que nazcan y causen efectos en la vida jurídica sin que se tornen arbitrarios.

Dentro de la revisión físico y digital del expediente de investigación, se inició, desarrolló 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 han satisfecho todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho 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, así como también dentro del principio de imparcialidad, pues del desarrollo de la investigación se colige que todas las solicitudes efectuadas por las partes, han sido atendidas sin favoritismo, ni desafecto hacia ninguno de los operadores económicos, 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 siempre el debido proceso, la primacía de la realidad, la tutela efectiva de los derechos de los operadores económicos, el principio de contradicción permitiendo el derecho a la defensa, las presentación de pruebas y a la igualdad, pues han sido notificados en debida y legal forma 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 producido 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.

El informe de resultados y la formulación de cargos, se encuentran debidamente motivados 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 a los operadores económicos, el por qué se tomó cada decisión dentro de este proceso y los operadores económicos tuvieron el término que le concede la ley para realizar las impugnaciones 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, los usos y costumbres honestos y los precedentes 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 intima vinculación con lo que se decidió.

Por todo lo expuesto son improcedentes las excepciones planteadas por los operadores económicos, particular que se pone a consideración de la Comisión de Resolución de Primera Instancia para su resolución”.

3.7.- Alegaciones del operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (nombre comercial KOE).



El operador económico **F& E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), en su presentación realizada el día miércoles cuatro (04) de abril de 2018, a las 11h00, en la audiencia pública celebrada en el presente procedimiento administrativo, básicamente alega lo siguiente:

“(...) El 28 de agosto de 2017, KOE ECUADOR presenta sus excepciones y un recurso de reposición en contra de la formulación de cargos (...)”

“(...) En el punto 1 del escrito de fecha 28 de agosto de 2017 a las 09h49 (día 15 del término para presentar excepciones), entre otras peticiones, KOE ECUADOR presentó al amparo de lo previsto en el artículo 58 de la LORCPM sus excepciones al Informe de Resultados de la Investigación y al documento de Formulación, notificado a KOE ECUADOR mediante providencia de 04 de agosto de 2017 a las 17h00 (...)”.

“(...) En el punto cuarto de la providencia de 29 de agosto de 2017, a las 11h00, la Intendencia expresamente señala que los operadores económicos investigados, entre ellos KOE, han presentado sus excepciones (...)”.

“(...) CUARTO.-Toda vez que ha culminado el término de quince días dispuesto por esta Intendencia, mediante providencia de 04 de agosto de 2017, a las 17h00, para que los operadores económicos F&E ECUATORIANA S.A.(nombre comercial KOE9; COMERCIALIZADORA I LIVE ENGLISH ECUADOR S.A.(nombre comercial I LIVE ENGLISH); y, COMERCIALIZADORA INRALBE CIA LTDA., (mediante la cual se maneja la operadora SPEAK OUT), contesten y deduzcan excepciones a la formulación de cargos realizada por esta Intendencia y al informe de resultados de la investigación de la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales: en virtud de que dentro del referido término los operadores económicos han presentado sus excepciones; por encontrarse el proceso en la fase procesal oportuna, se dispone la apertura de la etapa de prueba por el término de 60 días, el cual podrá ser ampliado por 30 días adicionales a criterio de esta autoridad (...)”.

“(...) Pese a lo anterior, Informe Final señala que KOE ECUADOR NO presentó excepciones dejándola en indefensión, consecuentemente el Informe Final contiene un grave error que es insubsanable (...)”.

“(...) 8.4.- EXCEPCIONES PLANTEADAS.-

8.4.1.- Operador económico F&E ECUATORIANA S. A.

“(...) El operador económico no presentó escrito de excepciones dentro del presente proceso de investigación, en virtud de lo cual se entiende como negativa de los fundamentos de hecho y de derecho, aseverados por esta intendencia en la en la formulación de cargos y resolución respectiva (...)”.

“(...) La Intendencia no ha tomado en cuenta los argumentos de KOE ECUADOR presentados en el proceso, específicamente sus excepciones. Aquello vulnera el derecho a la defensa de KOE ECUADOR, dejándola en indefensión y confirma que el Informe Final carece de sustento y motivación (...)”.

“(…) Acoger el Informe Final implicaría que la resolución de la CRPI no corregiría aquella vulneración a su derecho a la defensa e incurriría en una falta de motivación que convertiría en nula la resolución (…).”

“(…) Señalamiento del Informe Final sobre la práctica imputada a KOE ECUADOR (…).”

“(…) Además en su publicidad se detalla “Aprende Inglés con el mejor programa” “(…) Inscríbete en ahora y diviértete aprendiendo con nuestras monitorias y actividades 100% conversaciones, “KOE”, mucho más que una clase de inglés online (…), sin embargo, no hace referencia al material didáctico o libros que se entregan a los consumidores.

“(…) En el texto impreso de sus volantes, cuñas radiales, trípticos, dípticos, publicaciones en las redes sociales, se omite información que induce al engaño al consumidor, porque no se señala en la publicidad, que realmente se trata de una venta de libros en inglés, cds y acceso a una plataforma como se ha podido corroborar; y que el consumidor deberá realizar el aprendizaje de forma autodidáctica; y que la garantía de hablar inglés depende exclusivamente del consumidor; y finalmente porque de los contratos suscritos por los consumidores se puede colegir que no guardan relación con lo que se publican (…).”

“(…) La publicidad induce a creer al consumidor que aprenderá inglés de la manera convencional (clases, tutorías, en una aula y con profesor), pues así lo afirman los consumidores a través de las quejas presentadas en la defensoría del pueblo (…).”

“(…) En ese sentido, realizando una comparación entre los enunciados publicitarios y los contratos efectivamente suscritos con los consumidores finales del servicio, se desprende que el operador económico investigado realiza una omisión de información dentro de sus publicidad, ya que el objeto del servicio (conforme lo estipula su contrato) es la venta de material didáctico, lo cual no es detallado dentro de las publicidades que constan en el presente expediente (…).”

“(…) KOE ECUADOR es un programa de aprendizaje de inglés que incluye lo siguiente:

- 1. Material Didáctico.*
- 2. Clases de Monitoreo (2 por semana).*
- 3. Talleres. (Presenciales y en línea).*
- 4. Plataforma online de aprendizaje.*
- 5. Preparación para pruebas de idioma inglés (TOELF, TOEIC o IELTS al culminar el programa. (…).”*

“(…) La publicidad de KOE ECUADOR oferta un programa de inglés (…).”

“(…) Es incorrecto señalar que la oferta de KOE ECUADOR consiste en la venta de libros

“(…) KOE ECUADOR no ha cometido ninguna práctica desleal.

No existe la posibilidad, ni real ni potencial, de que un usuario no conozca en detalle el contenido del programa ofertado por KOE ECUADOR (…).”



“[...] en relación con el consumidor medio, una vez que se produzca la omisión necesaria, se deberá acreditar que esta influye en su capacidad de decisión, hasta el punto de que tome una decisión sobre una transacción, sin el debido conocimiento de causa, que, de otro modo, no hubiera tomado [...]”.

“(...) Las ventas de los programas de KOE ECUADOR se la realizan únicamente en persona, y, en su gran mayoría en visitas realizadas por vendedores de KOE ECUADOR donde se explica en detalle qué contiene el programa- la forma de adquisición del programa es solo presencial, imposible que exista engaño (...)”

“(...) A parte del vendedor hay un seguimiento realizado por personal de KOE ECUADOR donde se detalla aún más el programa- el consumidor está plenamente informado (...)”.

“(...) El contrato de KOE ECUADOR es sumamente claro y entendible para el consumidor, en este se detalla todo lo que incluye el programa (...)”.

“(...) El contrato no tiene términos complicados de entendimiento ni su extensión es considerable como para confundir o engañar al consumidor promedio (...)”.

“(...) Los medios por los cuales se difunde la publicidad limitan el desarrollo de todas las condiciones del programa-por eso: (i) se requiere al interesado que se comunique con los distintos canales de atención de KOE ECUADOR y (ii) se firma un contrato donde se establecen las condiciones (...)”.

“(...) la publicidad de KOE ECUADOR no omite información sustancial y no afecta a la decisión que pueda realizar el consumidor (...)”

“(...) Debido a que no se han tomado en cuenta las excepciones presentadas por KOE ECUADOR respetuosamente solicito que se declare la nulidad del presente proceso (...)”.

“(...) Subsidiariamente, en vista que en el presente caso no se cumplen con ninguna de las condiciones previstas ni elementos constitutivos de una infracción al artículo 27 numeral 2 de la LORCPM, respetuosamente solicito que su Autoridad mediante resolución motivada ordene el archivo del presente Expediente para F&E ECUATORIANA S.A (...)”

3.8.- Término de Prueba.-

3.8.1.- Mediante providencia expedida el 29 de agosto de 2017, a las 11h00, se ordenó la apertura del término probatorio por 60 días, el mismo que fue prorrogado por treinta (30) días adicionales, según providencia de 24 de noviembre del 2017 a las 13:30.

3.8.2.- Según providencia de 30 de enero de 2018, conforme a lo dispuesto en el artículo 66 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM se dispuso el desglose del expediente SCPM-IIPD-2016-05, correspondiéndole al presente caso la numeración principal SCPM-IIPD-2018-006.

3.8.3- Mediante memorando **SCPM-IIPD-21-2018-M** de 01 de febrero 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, el Informe Final No.SCPM-IIPD-006-2018, de 01 de febrero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, constante en veintiocho (28) páginas, dentro del expediente principal No.SCPM-IIPD-2018-005

3.9.- Mediante providencia de 06 de febrero de 2018, a las 09h20, esta Comisión avocó conocimiento del Informe Final de Investigación SCPM-IIPD-008-2018, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, constante en veintiocho (28) páginas, y dispuso correr traslado al operador económico, para que en el término de diez **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), (10) días contados a partir de la recepción de la notificación de la citada 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, requerimiento ante el cual el antes invocado operador económico no emitió pronunciamiento alguno por escrito sobre el contenido del Informe Final citado en líneas anteriores.

3.10.- Audiencia publica

Conforme a la providencia expedida el 28 de marzo de 2018, a las 11h00, se convocó a las partes intervinientes en el presente procedimiento administrativo, a audiencia pública para el día miércoles (4) de abril de 2018, a las 11h00, la cual se realizó en el día y hora señaladas, con la presencia de la partes procesales.

CUARTO.- PRUEBAS PRACTICADA EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

1. Escrito y anexos presentados por el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), ingresados a través de Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 22 de junio de 2016, a las 11h41, trámite ID 14578.

2. Escrito y anexo presentados por el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), ingresados a través de Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 25 de octubre de 2016, a las 14h27, trámite ID 26522.

3. Acta y audio de reunión de trabajo No. 001, de 21 de abril de 2017 a las 09h30, con el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE).

4. Oficio Nro. DPE-DGCBPCM-2017-0099-O y anexo, suscrito por la Directora General de Consumidores de Bienes y Productos de Consumo Masivo de la DEFENSORÍA DEL PUEBLO, ingresados a través de Secretaría General de la



Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 04 de mayo de 2017, a las 09h26, trámite ID 48009.

5. Acta de Inicio y Ocupación en la Diligencia Administrativa de Inspección al operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE) y anexos a la misma, de 08 de mayo de 2017.
6. Informe de Inspecciones No. SCPM-IIPD-2017-005, de 12 de mayo de 2017.
7. Informe de Resultados de la Investigación SCPM.IIPD-DNIPD-024-2017 del 3 de agosto del 2017.
8. Formulación de Cargos.
9. Providencia de 4 de agosto del 2017 emitida por la Intendencia.
10. Providencia de 4 de octubre del 2017 emitida por la Intendencia.
11. Providencia 16 de noviembre del 2017 emitida por la Intendencia.
12. Providencia de 24 noviembre del 2017 emitida por la Intendencia.
13. Providencia de 4 de enero del 2018 emitida por la Intendencia.

QUINTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1.- Fundamentos de Hecho.-

5.1.1.- Mediante providencia de 18 de marzo de 2016, a las 14h30, el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales resuelve iniciar Investigación Preliminar de oficio por las siguientes conductas: "(...) 1) Para identificar el cometimiento de prácticas desleales que se estarían realizando los institutos que ofrecen cursos de aprendizaje continuo del idioma inglés, lectura rápida y otros tipos de formación de educación para el desarrollo personal; ya que al momento de ofertar sus servicios, estarían entregando información incompleta, omitiendo información relevante, la cual podría inducir a error a los posibles contratantes al momento de adquirir los servicios ofertados en el mercado, práctica enmarcada en los numerales 2, 9 y 10, literal a) y e), del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. 2) Para examinar el presunto cometimiento de prácticas desleales que se estarían dando en las editoriales de textos escolares enmarcadas en el numeral 2 y 10, literal a), del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (...)"

5.1.2.- Con memorando No. SCPM-IIPD-DNIPD-80-2016-M de 02 de diciembre de 2016, el señor Director de Investigación de Prácticas Desleales, remite al señor Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, el Informe Preliminar, en donde "(...) concluye con la presunción de que los operadores económicos KOE, I LIVE ENGLISH, SPEAK OUT y BERLITZ habrían posiblemente incurrido en actos de engaño, violación de norma y el aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, de conformidad a lo establecido en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder

de Mercado, numerales 2, 9 y 10, literal a); por lo que recomendó abrir la fase de investigación en contra de los referidos operadores económicos KOE, I LIVE ENGLISH, SPEAK OUT y BERLITZ (...)"

5.1.3.- De conformidad con la providencia de 02 de diciembre de 2016 a las 15h00, el Intendente de Investigación de Prácticas Desleales dispuso: "(...) para efectos del ejercicio del debido proceso, notificar a los operadores económicos investigados a fin de que presenten sus explicaciones respecto del informe de investigación preliminar en el término de quince (15) días (...)"

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”.

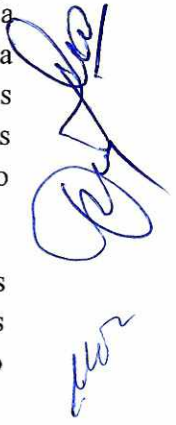
El artículo 2 prescribe: “Están sometidos todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que lo agrupan, 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, 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 concurran 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.

5.2.2.- Derecho administrativo sancionador.-

5.2.2.1. 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 [...].”

5.2.2.2. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

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

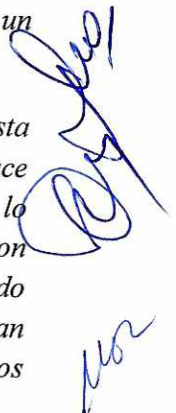
5.2.3.- Jurisprudencia de la Corte Constitucional de las Garantías Procesales.-

5.2.3.1.- 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 técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]”.

5.2.3.2.- 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[...].”

5.2.3.3.- 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 [...]”.

5.2.3.4.- 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 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 [...]”.

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, numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya comisión se le imputa al operador **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), al haber difundido desde 2013, hasta diciembre de 2016, con volantes en eventos promocionales y campañas, a través de radio, prensa escrita, cartas de dominio e internet por medios digitales, Facebook (...)” “Además en su publicidad se detalla “(...) *Aprende Inglés con el mejor programa*”, “(...) *Inscríbete en ahora diviértete aprendiendo con nuestras monitorias y actividades 100% conversaciones*”, KOE, *mucho más que una clase de inglés online (...)*”, “(...) *sin embargo, no se hace referencia al material didáctico o libros que se entregan a los consumidores (...)*”. “(...) *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 (...)*”.

SÉPTIMO.- 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 un 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° 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 las pruebas aportadas por las partes procesales.-

Por cuanto en la valoración de los medios de prueba para conocer el mérito de convicción y eficacia jurídica que se deduce de su contenido, efectuado por parte de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales y que constan en el Informe Final de Investigación, son correctos, esta Comisión acoge dicha apreciación y la hace suya en los siguientes términos:

“De la investigación se ha podido recabar información referente a la publicidad que utilizan los operadores económicos a través de volantes, cuñas radiales y de forma masiva por las redes sociales, donde ofrecen y garantizan a sus posibles clientes, usuarios y/o consumidores el aprendizaje del idioma inglés y a hablar en inglés.

En el texto impreso de sus volantes, cuñas radiales, trípticos, dípticos, publicaciones en las redes sociales, se omite información que induce al engaño al consumidor, porque no se señala que realmente se trata de venta de libros de inglés, cds y acceso a una plataforma; porque el consumidor deberá realizar el aprendizaje de forma autodidacta; porque la garantía de hablar inglés depende exclusivamente del consumidor; y finalmente porque de los contratos suscritos por los consumidores se puede colegir que no guardan relación con lo que publicitan,

La publicidad induce a creer al consumidor que aprenderá inglés de la manera convencional (clases, tutorías, en aula y con profesor), pues así lo afirman los consumidores a través de las quejas presentadas en la defensoría del pueblo.

La publicidad incide a creer al consumidor que está pagando en ciertos casos más de mil dólares por el servicio de aprendizaje de inglés y no por textos, cds de inglés o el acceso a una plataforma on line.

En definitiva los consumidores consienten en suscribir un contrato, a través de la publicidad engañosa que el operador económico transmite por diferentes medios, pensando que están contratando cursos de inglés, porque como ya se mencionó es ese el mensaje que el operador económico difunde.

La captación de clientes tendría una gran diferencia si su publicidad indicara claramente que lo que comercializan son la venta de libros de inglés, cds, de inglés y el acceso a una plataforma.

El acto de engaño investigado dentro del presente expediente no radica en si le hacen leer o no el contrato al usuario o consumidor al momento de firmarlo, se basa en que para captar clientes, usuarios y o consumidores utilizan publicidad engañosa, que no guarda relación con los contratos que los operadores económicos utilizan.

En ese sentido, realizando una comparación entre los enunciados publicitarios y los contratos efectivamente suscritos con los consumidores finales del servicio, se desprende



que los operadores económicos investigados realizan una omisión de información dentro de su publicidad, ya que el objeto del servicio (conforme lo estipula su contrato) es la venta de material didáctico, lo cual no es detallado dentro de las publicidades que constan en el presente expediente.

No obstante las etapas descritas por los operadores económicos, previo a firmar el contrato, se evidencia que la publicidad remitida y la información que consta dentro de dicha publicidad no contiene de manera específica los mismos elementos esenciales que constan en el Contrato que suscriben los consumidores finales del servicio.

A criterio de esta Intendencia el publicitar una cosa y realizar contratos por otra totalmente distinta se configura el engaño al consumidor, referente a esto en la doctrina encontramos al autor Enrique R. González Porras quien expone: "Actos de Engaño: Representa la difusión de información, aseveraciones o indicaciones falsas o incorrectas, así como la omisión de la información verdadera, que ante la característica de la información y del bien o servicio en cuestión pueda producir errores a las personas a las que va dirigida.", y, el autor Mauricio Velandia, en relación a los actos de engaño señala: "La verdadera afectación del engaño es crear una imagen irreal o inexistente acerca de los productos en un mercado, ya que de ello depende parte de las variables de la fidelidad de la marca, de sus bondades...".

Nuestra legislación - LORCPM, en cuanto a los actos de engaño 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".

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

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

8.1.- La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales establece lo siguiente:

De expuesto en líneas precedentes, se determina que la conducta típica y antijurídica se encuentra prevista en el artículo 27, numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya comisión se le imputa al operador F&E ECUATORIANA S.A., al haber difundido desde el año 2013 hasta el mes de diciembre de 2016, con volantes en eventos promocionales y campañas, a través de radio, prensa escrita, cartas de dominio e internet por medios digitales, Facebook (...) "Además en su publicidad se detalla "(...) Aprende Inglés con el mejor programa", "(...) Inscríbete en ahora diviértete aprendiendo con nuestras monitorias y actividades 100% conversaciones", KOE, mucho más que una clase de inglés online (...)", "(...) Sin embargo, no se hace referencia al material didáctico o libros que se entregan a los consumidores (...)"

“(...) De la investigación se ha podido recabar información referente a la publicidad que utiliza al (sic) operador económico a través de volantes, cuñas radiales y de forma masiva por las redes sociales, donde ofrecen y garantizan a sus posibles clientes, usuarios y/o consumidores el aprendizaje del idioma inglés y a hablar en inglés (...)

“(...) El operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (KOE), “en el texto impreso de sus volantes, cuñas radiales, trípticos, dípticos, publicaciones en las redes sociales, se omite información que induce al engaño al consumidor, porque no se señala que realmente se trata de venta de libros de inglés, cds y acceso a una plataforma; porque el consumidor deberá realizar el aprendizaje de forma autodidacta; porque la garantía de hablar inglés depende exclusivamente del consumidor; y finalmente porque de los contratos suscritos por los consumidores se puede colegir que no guardan relación con lo que publicitan (...)”

“(...) La publicidad induce a creer al consumidor que aprenderá inglés de la manera convencional (clases, tutorías, en aula y con profesor), pues así lo afirman los consumidores a través de las quejas presentadas en la defensoría del pueblo.

La publicidad incide a creer al consumidor que está pagando en ciertos casos más de mil dólares por el servicio de aprendizaje de inglés y no por textos, cds de inglés o el acceso a una plataforma on line (...)”.

“(...) En definitiva los consumidores consienten en suscribir un contrato, a través de la publicidad engañosa que el operador económico transmite por diferentes medios, pensando que están contratando cursos de inglés, porque como ya se mencionó es ese el mensaje que el operador económico difunde (...)”

“(...) 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 al consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar general de los consumidores y usuarios, se concluye que el operador económico F&E ECUATORIANA S.A. (KOE), ha incurrido en la comisión de la infracción prevista en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM (...)”.

8.2.- Dentro de la lógica de mercadeo, es importante influir en la toma de decisiones de los consumidores, para este efecto está la promoción como uno de los componentes fundamentales del mercadeo. La promoción es una categoría desarrollada por los técnicos en mercadeo conjuntamente con el producto, el precio, la plaza y los mercados a los que va dirigido el producto. La promoción en términos generales, suele tener cuatro momentos en el proceso de decisión de compra por parte del consumidor: el primero es llamar la atención del consumidor, el segundo es generar el interés del consumidor en el producto, el tercero es engendrar el deseo de comprar el producto; y, finalmente la decisión de comprar el producto materia de la promoción, sea de manera directa como en el caso de productos de venta libre o en su defecto por intermedio de canales de recomendación. Existe una gran variedad de estrategias de promoción de los productos que se encuentran funcionando en el mercado. Tanto el diseño, el desarrollo y la implementación de las



estrategias de comercialización no son ilícitas, siempre y cuando en este proceso no se recurra a conductas infractoras de deslealtad con el mercado o los consumidores. De ahí que el principio de veracidad en materia publicitaria consiste en el derecho que tiene el consumidor a tener acceso a la verdad informativa y a la obligación que tiene el oferente de respetar la verdad en toda actividad publicitaria; la violación a este principio deriva en un acto de competencia desleal por engaño, desde que la actividad comercial es uno de los mecanismos que disponen los oferentes para atraer a los consumidores.

Al respecto señalamos que la doctora Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica, incluido en la publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015) manifiesta que *“(...) La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla de minimis, o si el volumen de ventas podría afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está dentro de los criterios delimitadores de la deslealtad (...)”* de lo que se desprende que las conductas desleales típicas antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia se sancionan por el sólo evento de realizarlas. No se atiende los efectos en los mercados como lo señala la misma autora especialista en competencia desleal, *“En este modelo la regulación contra la deslealtad, tiene puntos de conexión con el derecho de propiedad intelectual, la defensa del consumidor y las normas de competencia principalmente. Sin embargo, se diferencia de ellas, porque la primera sanciona per sé la deslealtad sin importar sus efectos económicos ni el origen de la deslealtad (...)” el artículo 25 de la LORCPM amplía el entendimiento de lo manifestado, que en su parte pertinente dice: Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras (...) “(...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.- Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos (...)”*

8.3.- En tal virtud, según el análisis realizado en la presente resolución, sobre la base del Informe Final de Investigación **SCPM-IIPD-006-2018** de 01 de febrero de 2018, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, se ha comprobado la existencia de la infracción en el presente procedimiento administrativo, en contra del operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.**, por haber incurrido en las prácticas desleales de actos de engaño, tipificada en el artículo 27, numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. *“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". En definitiva, afectando potencialmente de esta manera la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores y usuarios, presupuesto de hecho que se ajusta a lo previsto en la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la LORCPM.

NOVENO.- CRITERIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MULTA.-

Para este efecto se ha considerado lo establecido por el artículo 80 de la LORCPM, El Reglamento para la Aplicación de la LORCPM y la normativa establecida en la Resolución No. 12 de la Junta de Regulación:

Metodología Junta de Regulación

	DESCRIPCIÓN	KOE
A	VOLUMEN DE NEGOCIO EN EL MERCADO RELEVANTE	\$ 5.017.301,00
B	$\beta = f(\text{gravedad } (\alpha), \text{afectación } (\Theta))$	0,0077
C = (A*B)	IMB=Importe Base de Operador	38.506,77
D	Duración de la infracción	3,5
E= (C*D)	BIM*DURACIÓN	134.773,68
E	Yi	1,15
F*E	AJUSTE DEL IMPORTE BASE TOTAL	154.989,73

Donde:

-D.- Se determina por: un semestre del año 2013, inicio de la LORCPM = 0,5

Todos los años 2014; 2015 y 2016, uno por año = 3

Total Duración de la infracción: 3,5

Circunstancias agravantes consideradas:



- La posición de responsable o instigador de la infracción
- La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas
- La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infractor independiente, según lo previsto en el artículo 78 numeral 1, literal g

Circunstancias atenuantes consideradas:

- La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

DÉCIMO: DECISIÓN.- En mérito de los razonamientos de orden jurídico que anteceden, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de sus atribuciones contempladas en el artículo 61 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en concordancia con el artículo 71 de su Reglamento de Aplicación.

RESUELVE:

1. Acoger parcialmente el Informe Final de Investigación **SCPM-IIPD-006-2018** de fecha 01 de febrero de 2018, suscrito por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Práctica Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, por haber encuadrado su conducta el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.**, (nombre comercial **KOE**) a lo prescribe el numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, al haber difundido desde el año 2013 hasta el mes de diciembre de 2016, con volantes en eventos promocionales y campañas, a través de radio, prensa escrita, cartas de dominio e internet por medios digitales, Facebook (...)” *“Además en su publicidad se detalla “(...) Aprende Inglés con el mejor programa”, “(...) Inscríbete en ahora diviértete aprendiendo con nuestras monitorias y actividades 100% conversaciones”, KOE, mucho más que una clase de inglés online (...)”, “(...)”*.
2. **IMPONER** al operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial **KOE**), la multa sancionadora de **CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y NUEVE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA CON SETENTA Y TRES CENTAVOS (US\$.154.989, 73)**, al haberse comprobado que en el presente procedimiento administrativo que *“omitió información dentro de su publicidad, toda vez que el objeto del servicio (conforme lo estipulan sus respectivos contratos) es la venta o comercialización de material didáctico, lo cual además vulnera el derecho constitucional de las personas “... a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”. “... a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características” contemplado en el artículo 52 la Constitución de la República*

del Ecuador, ya que induce a error a los consumidores sobre la verdadera naturaleza y características de los servicios ofertados por los operadores económicos (...)"

3. **ORDENAR** que el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), que las multa sancionadora establecida en esta resolución sea pagada dentro del término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, para cuyo efecto, deberán pagar estos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico, signada con el No. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

4. **Medidas Correctivas.**

4.1.- La corrección de la publicidad utilizada para promocionar sus programas de aprendizaje del idioma inglés, para lo cual el operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), presentará a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, los prospectos y formatos de la publicidad que vayan a circular por cualquier medio o canal de comunicación, a efectos de que sean aprobados por el órgano de investigación antes citado.

4.2.- Contribuir a las labores de la Intendencia de Abogacía de la Competencia de la SCPM en la realización de un seminario o congreso relacionados con temas de competencia, para lo cual deberá coordinar con la Intendencia de Prácticas Desleales.

5. Se dispone a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, la realización del seguimiento y control del cumplimiento de las medidas correctivas dispuestas en la presente resolución. La Intendencia presentará a ésta Comisión informes semestrales respecto del cumplimiento de la medida correctiva durante los próximos dos (2) años.

6. Notificar con la presente resolución al operador económico **F&E ECUATORIANA S.A.** (nombre comercial KOE), y a las Intendencias de Investigación de Prácticas Desleales e Intendencia de Abogacía de la Competencia.

7. Se ordena notificar a la Dirección Financiera de la SCPM, para efectos de control de cumplimiento del pago de la multa establecida en la presente resolución y a la Coordinación de Planificación para los fines pertinentes.

8. Actué en calidad de Secretario de la Comisión el abogado Freddy Pacheco Guevara.-
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRÉSIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO





Superintendencia de
Control del Poder de Mercado

PAGINA EN BLANCO