-118- ciento dieciocho

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-019-2018

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 05 de julio de 2018, las 16h50.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado y al doctor Diego Xavier Jiménez Borja, Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes. En lo principal, por corresponder al estado procesal del expediente el de resolver, para hacerlo se considera:

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

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente proceso para la imposición de sanciones por la comisión de prácticas desleales de actos de denigración y comparación tipificadas en el artículo 27 numeral 4 literales a) y c) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones contenidas tanto en la LORCPM como en el Reglamento de la LORCPM, observando las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, por tanto no existe error, vicio o nulidad que declarar y que hubiere influido en la decisión del presente expediente, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación Preliminar.-

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

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

Mediante Informe de Investigación Preliminar de fecha 30 de Diciembre del 2016, después del análisis respectivo se recomendó lo siguiente: *"(...) Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta dentro del proceso y habiendo evidenciado indicios sobre el cometimiento de actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar de consumidores y usuarios, se concluye que presuntamente el operador económico. 2. ECUAVEGETAL S.A., con los productos BEBIDAS DE DURAZNO EN CALORIAS "FACUNDO LIGHT", NECTAR DE DURAZNO BAJO EN CALORIAS "FACUNDO LIGTH" [...]. Estos operadores posiblemente han incurrido en actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en los artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a), respectivamente de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe y se corra traslado a los operadores económicos para que presenten sus explicaciones, y posteriormente se resuelva sobre el indicio de la investigación formal (...)"*

3.1.2.- Con resolución de fecha 05 de enero del 2017, a las 15:43, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dispuso: *"(...) PRIMERO.- Agregar al expediente el Informe de Investigación Preliminar emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales emitido el 30 de diciembre del 2016. SEGUNDO.-Ordenar la notificación, [...], ECUAVEGETAL. [...] por presuntamente haber incurrido en actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 a), respectivamente de la LORCPM. Concediéndoles el término de 15 días a fin de que presenten sus explicaciones conforme lo dispone el artículo 56 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

3.2.- Fase de Investigación Formal

Conforme a la decisión de 03 de febrero de 2017 a las 17:15 la Intendencia de Prácticas Desleales resolvió: *"(...) Iniciar la investigación formal dentro del expediente No. SCPM-IIPD-EXP-040-2016, 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; b) La existencia de la presunta práctica desleal contemplada en el artículo 27 numeral 10 literal a) de la LORCPM, por parte del operador económico [...] ECUAVEGETAL S.A. (VECONSAS.A.) por los productos BEBIDA DE DURAZNO BAJA EN CALORIAS "FACUNDO"; FACUNDO LIGHT" y NECTAR DE DURAZNO BAJO EN CALORIAS "FACUNDO LIGHT" a fin de determinar al amparo de las facultades investigativas señaladas en la LORCPM, la existencia o no*

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

de dichas infracciones; y, de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de esta autoridad (...)"

3.3.- Informe de Resultados.-

De acuerdo con el Informe de Resultados emitido el 16 de agosto de 2017, a las 10h00, por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, se recomendó lo siguiente: *"(...) 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 [...] VECONSA S.A., están incurriendo en las prácticas desleales tipificadas en los números 2 y 10, letra a) del artículo 27 de la LORCPM, por lo cual esta Dirección recomienda proseguir con la etapa de sustanciación respectiva así como el trámite establecido (...)".*

3.4.- Formulación de Cargos.-

Mediante informe de resultados de 26 de julio de 2017, a las 10h30, expidió formulación de cargos en contra el operador económico: *"(...) VECONSA S.A., por haber incurrido en las prácticas desleales de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, tipificadas en el artículo 27, numerales 2 y 10, literal a, de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado al presuntamente existir (considerando el pronunciamiento contenido en el Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero de 2014 de la autoridad sanitaria competente) un incumplimiento por parte del operador económico investigado en cuanto a la composición de los productos, como a la idoneidad de los mismos para cumplir con el objetivo de que anunciaba en su publicidad y como especificó la autoridad sanitaria que conlleva a que la aseveración en el producto, no fuera veraz ni exacta, pudiendo inducir a error y de esta manera incidir en el comportamiento económico de los consumidores. De la misma manera se presume la existencia de aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, los comerciantes, distribuidores y cadenas de autoservicio, toda vez que los referidos adquirían su producto desconociendo la realidad técnica del parámetro light presuntamente incumplido, lo que podía conllevar a mermar de manera significativa la libertad de elección o conducta del destinatario intermediario, como del parámetro light presuntamente incumplido, como del consumidor final en relación con el bien (...)".*

3.5.- Excepciones y alegatos planteadas por el operador económico VECONSA S.A., ante la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.-

"(...) ***violación a los derechos constitucionales al debido proceso y defensa.*** *VECONSA S.A. aduce que se ha vulnerado el artículo constitucional 76, número 7, letras a, b y h, relacionados con el derecho a la defensa en todas las etapas del procedi miento, contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa y actuaciones del procedimiento, así como a contradecir las pruebas que obren en su contra.*

Según el operador económico, no se le ha permitido el acceso al control posregistro que ARCSA realizó a nivel nacional del 14 al 16 de octubre dc 2013. Además expone que el oficio ARCSA-DE-2014-022-0 de 3 de enero de 2014 es el centro de la investigación de esta autoridad, y por tal razón esta Intendencia debió conceder acceso a VECONSA a toda la documentación relacionada al mismo.

El operador económico alega que el 20 de febrero de 2017 solicitó copia de los resultados de laboratorio de la prueba realizada por el ARCSA, así como copia certificada de todo audio, acta, alcance, resolución o comunicación cursada entre SCPM y ARCSA, en relación con esta investigación; y, según explica, la IIPD nunca le habría entregado dicha información.

Agrega que no se le ha concedido acceso al dictamen técnico que refiere esta Intendencia a lo largo de la Investigación, lo cual resulta violatorio a los derechos al debido proceso y a la defensa; sin embargo, cabe recalcar que en esta parte el operador económico no dice cuándo solicitó dicho acceso y mediante que providencia o actuación esta Intendencia le ha denegado el acceso al expediente (...)".

*"(...). **No existe conducta ilegal, por lo que no existe práctica de engaño** VECONSA aduce que sus productos cumplen con el parámetro light, toda vez el características nutricionales, como azúcares, grasas, calorías, etc., al amparo de lo dispuesto por la norma NTE INEN 1334-3:2011 en los requisitos 5.1.1 literal d).*

Explica también que en la elaboración de sus productos se utiliza suclarosa (edulcorante no calórico) el cual es 600 veces más dulce que el azúcar, reduciendo el uso de azúcar común.

El operador económico menciona que el parámetro para medir a las bebidas y néctares light es el azúcar, y no las calorías.

Para sustentar lo dicho, VECON SA remite análisis BRIX, el cuál según explica, es un análisis relativamente sencillo y forma parte de los controles de proceso para todas las bebidas.

De acuerdo con los análisis de BRIX, VECONSA habría reducido el 43% de azúcar en relación en néctares y el 30% en bebidas. Sin embargo, el operador económico no toma en cuenta que el etiquetado del néctar, se promociona como bajo en calorías, y en sus escritos no hace ninguna demostración de la reducción calórica anunciada, sino únicamente del azúcar.

Por otra parte sostiene que ARCSA en cambio no tiene respaldos técnicos para firmar que los productos del operador económico incumplen con el parámetro light (...)".

"(...) ***La intendencia es incompetente para conocer este caso porque no existe un daño al interés general, en los términos del artículo 26 de la LORCPM.*** *VECON SA dice que la afectación al interés general es requisito indispensable para que se configure una práctica desleal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 26 de la LORCPM, por cuanto, según dice el operador económico: "El sentido constitucional del Derecho de competencia desleal es la violación o abuso del derecho a la libre iniciativa económica... ".*

Los néctares light representarían apenas el 1 .3% de las ventas de facundo, por lo que, aduce no serían representativas en el mercado.

En relación a las bebidas light, establece que estas dejaron de ser comercializadas en 20 12, sin especificar la cuota de mercado que tenían cuando fueron comercializadas (....)".

"(...) ***No existe aprovechamiento de la debilidad del consumidor.*** *En relación a esta conducta, el operador asume que la intención del legislador es la de reprimir en sentido general las practicas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida sobre los consumidores, es decir, que el número 10 del artículo 27, de la LORCPM necesita ser analizado en contexto (...)".*

"(...) ***Petición****. Con base en lo expuesto, el operador económico solicita:*

Que se declare la nulidad del proceso, por haberse violado las garantías básicas del debido proceso.

Que la Intendencia se declare incompetente para conocer la denuncia porque no existe afectación al mercado, como mande el artículo 26 de la LORCPM.

Que se declare el archivo por cuanto no existe cometimiento de prácticas de engaño, ni de aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor (....)".

7.3.2.- Del escrito de alegatos.-

"(...) En su escrito de alegatos, el operador económico establece las siguientes puntualizaciones:

7.3.2.2. ***Sobre la caducidad de la facultad de investigación:***

El operador económico señala que conforme el artículo 55 del Reglamento a la LORCPM, la IIPD debió emitir su informe de investigación preliminar el 18 de diciembre de 2014, término en el cual se cumplieron los 180 días desde que se inició la investigación contra VECONSA, entonces a IIPD habría excedido el término previsto en el Reglamento por lo que su facultada caducó. De igual manera señala que la figura de la prescripción es inaplicable porque el expediente de la referencia inició efectivamente el 3 de enero de 2014, y solo tiene cabida respecto de la facultad

de iniciar el procedimiento administrativo, y no para aquel término perentorio del artículo 55 del Reglamento a la LORCPM de expedir el informe de investigación preliminar en el término de 180 días. El no haber dispuesto el archivo se viola el artículo 76 numeral 3 de la Constitución que ordena "Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento".

7.3.2.3. Violación del derecho a la defensa de VECONSA:

La IIPD hizo caso omiso en cumplir los requerimientos de información, por lo que solicitó reiteradamente el oficio SCPM-IIPD-20 13-027-0F al que se refiere el Oficio ARCSA-DE-20 14-0, de enero de 2014. El oficio solicitado el 20 y 23 de febrero, 14 de marzo, 6 de abril, 3 y 19 de mayo de 2017 "... era clave para conocer en qué consistió el requerimiento de información solicitado por la TIPO que dio como origen el OFICIO ARCSA-DE-2014-022 -0, y que inició el expediente de la referencia".

La IIPD negó el acceso a estos documentos, no justificó por qué los consideraba reservados o confidenciales, y no puso en conocimiento de las partes los extractos públicos de los documentos confidenciales.

La IIPD impidió que VECONSA cuente con el tiempo y los medios para la preparación de su defensa y pueda acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. Fundamenta su petición en el derecho del inculpado a conocer previa y detalladamente la acusación que se le formula (A11. 8.2.b CADH), sobre lo señalado por la Corte Constitucional, Corte Comunidad Europea (acceso a expediente); es decir, VECONCSA tenía derecho a acceder al expediente, y la IIDP no estaba autorizada para arbitrariamente seleccionar aquellos documentos que si pueden ser trasladados al operador económico sin motivación.

Por otra parte aduce que la falta de traslado a VECONSA de la reunión de trabajo de manera evidente vulneró el derecho a la defensa de mi representada, además que la misma fue puesta en conocimiento de VECONSA un mes después. Con esto, VECONSA hubiera solicitado el archivo correspondiente, para tal efecto, cita una decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas por el cual "... basta con demostrar que la decisión de no dar traslado de determinados documentos contenidos en dicho expediente pudo incluir, en detrimento de la interesada, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la Decisión".

Finalmente argumenta que solicitaron copias íntegras del expediente los días 3 y 19 de mayo, y 14 de diciembre de 2017, sin embargo no tienen los extractos públicos de ninguno de los documentos, por tal razón impidió que conocer qué documentos existen y como se realizaron las declaratorias de confidencialidad, además alega que se violó el derecho a la defensa, momento de notificar la matriz incompleta de Excel, así, señala que de la página 8 a la 19 el informe de investigación preliminar, se aprecia la matriz incompleta sin las columnas sobre cumplimiento por parámetros.

En resumen señala que violó el derecho a la defensa por no permitirle contar con tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, no permitirle el acceso al expediente y notificar pruebas incompletas.

7.3.2.4. Informes de la IIPD que condujeron esta investigación están indebidamente te motivados:

El operador señala que la IIPD sostiene equivocadamente que la carta enviada por ARCSA constituye un dictamen técnico simplemente porque no hacerlo echaría abajo la teoría del caso. La evidencia demuestra que el documento no es un dictamen técnico o un acto administrativo. Al respecto señala que de la reunión del 9 de mayo la funcionaria de ARCSA reconoció que no existe un dictamen técnico.

Adicionalmente señala que conforme el Oficio ARCSA-ARCSA-CGTVYCP-201 7-0465-0 de 1O de julio se indica a la IIPD que el Oficio Nro. ARCSA-DE-201 4-022-0 "contiene únicamente un análisis documental de cumple/no cumple con el parámetro "light" (...) no se ejecutaron informe técnicos de control post registro de cumplimiento o incumplimiento del parámetro "light" de los productos en mención", de igual manera en el acta de inspección de 18 de octubre de 2017, se desprende que "... El funcionario Luis Araujo dice que no se evidencia la existencia de informes técnico, análisis postregistro de nivel 1y nivel 2, que respalden la información contenida en el archivo EXCEL referido".

Señala que resulta inentendible que cómo sin un solo informe de laboratorio o dictamen técnico la IIPD pueda decir que VECONSA ha fallado en dar cumplimiento la normativa técnica en relación a Ja composición de productos. Esto es una flagrante falta de motivación para iniciar el expediente de referencia, toda vez que la misma ARCSA reconoce que no existe dictamen técnico que puede acarrear responsabilidad a VECONSA por incumplimiento, ya que por el artículo 48 de la LORCPM la IIPD debió haber ignorado el Oficio ARCSA-ARCSA-DE-2014-0022-0.

7.3.2.5. El documento que dio inicio a esta investigación es nulo:

Esta afirmación la realiza en virtud de que un área que es incompetente lo produjo y no es un acto administrativo.

Al respecto señala que es nulo porque un área incompetente para realizar el análisis de los productos se arrogó funciones que no le corresponden, es decir hubo una ilegal arrogación de funciones para emitir el Oficio ARCSA-DE-2014-0022-0 de 3 de enero M de 2014 y la matriz Excel, lo que además viola el 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

No sería un acto administrativo porque no cumple los requisitos de validez, esto es, que lo emita la autoridad competente y siguiendo el procedimiento correspondiente.

El oficio fue emitido por la ARCSA y la matriz por el área de certificaciones. En el caso existe una falta de competencia relativa, y la matriz carece de legitimidad no haber sido realizada por el área de control posterior y laboratorios de referencia. Para tal efecto, señala que el propio Director del ARCSA reconoce que el documento no tiene una firma de responsabilidad por lo que la IIPD no puede reconocer validez.

El archivo en formato Excel no sería un acto administrativo porque no es motivado, no tiene objeto lícito, cierto, posible y determinado. En definitiva no es acto administrativo porque no cumple competencia y procedimiento, voluntad administrativa, objeto legítimo y motivación.

7.3.2.6. VECONSA cumplió la normativa legal aplicable para utilizar el término light dentro de sus productos:

Señala que no existió un daño al interés general sobre la base de lo prescrito en el artículo 26 y no se evidenció acto de engaño ni aprovechamiento de la debilidad del consumidor.

Los néctares light representarían apenas el 1.3% de las ventas de facundo, por lo que, aduce no serían representativas en el mercado.

En relación a las bebidas light, establece que estas dejaron de ser comercializadas en 2012, sin especificar la cuota de mercado que tenían cuando fueron comercial izadas.

7.3.2.6. No existe acto de engaño de VECONSA:

Toda la publicidad del producto se ha realizado sobre la base de la exactitud y veracidad, ya que adjuntan informes de laboratorios y la A RCSA señala que no existen controles post registro. No existen pruebas, toma de muestras, análisis científicos de Laboratorio, informe científico de resultados, y la IIPD sostiene que un cuadro Excel es suficiente prueba. VECONSA cumplió a cabalidad toda la normativa aplicable en virtud de la reducción del porcentaje de azúcar.

7.3.2.7. No existió aprovechamiento de la debilidad del consumidor:

Todas las bebidas y néctares han obtenido los registros sanitarios correspondientes, además de haber pasado las pruebas de laboratorio que demuestran de manera fehaciente que sus contenidos están dentro de los parámetros establecidos, por lo que no puede haber abuso del desconocimiento del consumidor cuando se han cumplido las normas estrictas que permitan la comercialización bajo los parámetros light. Los productos FACUNDO únicamente han transmitido la información dentro del marco establecido y aceptado por los reguladores relevantes. En este sentido, explica que no ha incurrido en los presupuestos fácticos contemplados en el número 2 del artículo 27 de la LORCPM (...)".

3.6.- Término de Prueba.-

3.6.1.- Mediante providencia emitida el 07 de septiembre del 2017 a las 17h15, se ordenó la apertura del término probatorio por 60 días, el mismo que fue prorrogado por treinta (30) días más, según providencia de 04 de diciembre de 2017 a las 17h15.

3.6.2.- Con providencia emitida el 22 de enero del 2018 a las 17h15 se declaró concluido el término probatorio, a partir de su fenecimiento y se dispuso la división de la continencia de la causa dentro del expediente principal.

3.6.3.- Mediante providencia de 14 de febrero de 2018, a las 09h45, se dispuso el desglose del expediente SCPM-IIPD-2016-040, y la asignación del expediente SCPM-IIPD-2016-040 para el operador económico VECONSA S.A.

3.6.4.- El 14 de febrero de 2018, el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, remite a esta Comisión el Informe Final **No.SCPM-IIPD-12-2018**, de fecha 14 de febrero de 2018, constante en cincuenta y cuatro (54) páginas, dentro del expediente principal **No.SCPM-IIPD-2016-040.**

3.7.- Alegaciones del operador económico VECONSA S.A., ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

En su escrito presentado en la Secretaría General de la SCPM el 06 de marzo de 2018, a las 16h47, el operador económico **VECONSA S.A.**, en resumen alega lo siguiente:

3.7.1.- *(...)". **El proceso es nulo por violaciones al derecho al debido proceso**. A lo largo del procedimiento se han violado recurrentemente las garantías al debido proceso, por lo que el expediente es nulo (...)".*

3.7.2.- *"(...) La IIPD **[1.1.] Inició el expediente pese a que había caducado la facultad de investigación.** La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales ("IIPD") inició la fase de investigación preliminar dentro del expediente SCPM-IIPD-2013-015 el 20 de junio de 2013. Esta investigación iba dirigida a todos los productos light. El 28 de octubre de 2013, a través del Oficio No.SCPM-IIPD-2013-027-OF, la SCPM solicita a Diana Rodríguez, en ese entonces directora de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ("ARCSA"), que tome en consideración las solicitudes realizadas al ARCSA mediante providencia de 24 y 28 de octubre de 2013. El 3 de enero de 2014, sobre la base de la providencia de 24 de octubre de 2013, mediante Oficio No. ARCSA-DE 2014-00022-0, la ARCSA adjunta documento Excel que contiene el análisis de productos light. Dentro de la fase de investigación preliminar del expediente No.SCPM-IIPD-2013-015, la IIPD realizó requerimientos de información al ARCSA respecto de varios productos light que se encontraban dentro de la base de datos del ARCSA. Entre ellos se encontraban los productos light de Veconsa (...)". En este caso, se debió haber notificado a Veconsa el 11 de marzo de 2014. Todas las piezas procesales que constan dentro del expediente, iniciando con el memorando SCPM-IIPD-11-2016-M de 2 de marzo de*

2016 denotan la caducidad de la facultad de investigación, pues fueron realizadas fuera de plazo legal establecido en el artículo 55 del Reglamento a la LORCPM (...)"

3.7.3.- ***[1.2] violó el principio de congruencia procesal.*** *Se trabó la litis en el expediente sobre la base de que existía un supuesto incumpliendo por parte de Veconsa al no cumplir por el parámetro light. Ahora el Informe Final, después de reconocer que los productos de Veconsa cumplen con el parámetro light, determina que Veconsa es responsable de prácticas desleales de engaño por omisión y aprovechamiento de la debilidad del consumidor por no haber informado a los consumidores, a través del etiquetado, la comparación entre dos productos. Esto constituye violación expresa al principio de congruencia. El fallo de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia determina que el principio de la congruencia, [...] delimita el contenido de la sentencia en tanto cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aludidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. Por ello la Corte ha Corte ha determinado que "es consecuencia el que los Jueces y Tribunales al resolver, deben atenerse a los puntos que se les ha sometido oportuna y debidamente a la decisión o sea en los términos en que quedó trabada la litis" (...)"*

3.7.4.- ***[1.3] violó el derecho a la defensa de mi representada al no entregar toda la información relevante.*** *Veconsa efectivamente solicitó en varias oportunidades los documentos relevantes, y estos únicamente fueron entregados el 29 de enero de 2018, a las 16h00, una vez había terminado el período de prueba y cuando era imposible aportar más documentos. Antes de esta fecha, la Intendencia decidió negar o simplemente ignorar el pedido de documentos relevantes. Esto demuestra que la IIPD ha violado el derecho al debido proceso al no garantizar su derecho a la defensa, de manera específica, a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa (...)".*

3.7.5.- ***[1.3]*** *aplicó la normativa técnica ecuatoriana INEN 1334:3-2011 a pesar de que no estaba vigente al momento que inició el expediente (...)" La ARCSA ha reconocido reiteradas veces que (i) Veconsa cumplía la normativa aplicable (ii) la norma NTE INEN 1334-3-2011 no es aplicable al expediente en virtud de que no estaba vigente al momento en que se emitió el Oficio No. ARCSA-DE- 2014-0022-0 de 3 de enero de 2014. Por ello, el Oficio No. ARCSA-ARCSA CGTVYCP-2017-0465-0 de 10 de julio de 2017 (...)".*

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

"(...) En virtud de los elementos probatorios recabados y reproducidos durante la etapa probatoria, y en respuesta a las excepciones y alegatos expuestos por el operador económico VECONSA S.A., esta Intendencia ha arribado a las consideraciones que se analizan a continuación.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

7.4.1. De la caducidad

VECONSA S.A. confunde la prescripción con la caducidad. La prescripción opera cuando ha nacido un derecho u obligación, pero por un lapso determinado en el que no se lo ejecuta se agota su eficacia jurídica. En cambio la caducidad, opera cuando no se ha ejercido un derecho subjetivo, en el tiempo que establezca la norma jurídica.

La presente investigación no ha prescrito ni ha precluido, pues de la revisión del expediente se ha establecido que todos los términos y plazos de cada una de las fases investigativas a partir de la Resolución de Inicio se han cumplido a cabalidad.

El artículo 70 de la LORCPM estatuye:

"'La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio o a petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción o, en el/ caso de infracciones continuadas, desde el que día en que hayan cesado.
Las sanciones impuestas por el cometimiento de infracciones prescribirán a los ocho años.
La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración con conocimiento formal del interesado tendiente al cumplimiento de la Ley y por los actos realizados por los interesados con el objeto de asegurar, cumplir o ejecutar las resoluciones correspondientes".

(...) El operador económico asume que la Investigación Preliminar inició el 3 de enero de 2014, lo cual es falso, pues como se puso en su conocimiento mediante la notificación del Informe de Resultados, la resolución de inicio de investigación preliminar de la que habla el artículo 55 del Reglamento de Aplicación de la LORCPM, se dio el 19 de abril de 2016, es decir, dentro del período de 4 años antes de que opere la prescripción, pues el Oficio ARCSA-DE-022 -20 1 4 tiene como efecto jurídico únicamente poner en conocimiento de la autoridad de competencia , del posible cometimiento de prácticas desleales.

En este sentido, el plazo de prescripción inicia a partir del oficio de 3 de enero de 2014, y se interrumpe con la emisión de la resolución de inicio de Investigación Preliminar el 19 de abril de 2016.

7.4.2. De la incompetencia de la IIPD

La excepción y el alegato de VECONSA S.A. relacionada a la incompetencia material no tienen sustento, pues el propio operador económico reconoce que ARCSA es la autoridad competente en materia sanitaria (regulación, control y vigilancia).

Esta Intendencia no ha resuelto nunca que sea competente en materia sanitaria, sino todo lo contrario, el fundamento jurídico para avocar conocimiento de

esta investigación, se basa únicamente en el cumplimiento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

En ejercicio de las potestades definidas por la LORCPM, esta autoridad es plenamente competente para conocer e investigar los actos de competencia desleal tipificados como tal.

En tal sentido, y en apego al principio de primacía de la realidad, independientes de la regulación sectorial, esta autoridad tiene competencia si sus prácticas lesionan los bienes jurídicos tutelados por el Derecho de represión de la competencia desleal, por lo que tiene la obligación de intervenir para buscar un mercado eficiente, así como la guarda y tutela de los derechos de los concurrentes y/o consumidores, dependiendo de cada caso concreto.

Sin embargo, el operador económico solicita simultáneamente que esta autoridad declare la nulidad del proceso, se declare incompetente y que archive el expediente por no existir conductas anticompetitivas.

En este sentido, las excepciones y los alegatos referentes a la nulidad y la incompetencia que aduce el operador económico, quedan insubsistentes toda vez que al solicitar que esta Intendencia se pronuncie sobre el archivo de la investigación por no existir prácticas anticompetitivas, reconoce la validez del expediente y la competencia de esta Intendencia para resolver sobre el fondo de la litis.

7.4.3. Inexistencia de prácticas desleales

De acuerdo con VECONSA S.A. no se configura el cometimiento de actos de engaño y aprovechamiento, toda vez que ha cumplido con las normas y requerimientos exigidos por la autoridad competente en materia sanitaria y la legislación aplicable para la obtención de los Registros Sanitarios.

De las propias explicaciones y alegatos expuestos por el operador económico, así como del análisis del Decreto Ejecutivo No. 1290, Registro Oficial Suplemento 788 de 13 de septiembre de 2012, artículos 9 y 10 se puede colegir que la ARCSA es competente en materia sanitaria (control y regulación).

De acuerdo con el artículo 37 de la LORCPM, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es el órgano competente para prevenir, controlar y sancionar el cometimiento de prácticas anticompetitivas en el mercado. El artículo referido estatuye:

Art. 37.- *Facultad de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.- 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***

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictictivas, 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(lo resaltado nos pertenece*

En este sentido, la ARCSA no tiene la competencia para prevenir, controlar o sancionar el cometimiento de prácticas desleales en materia económica, y para el caso concreto, las prácticas de engaño (art. 27. Núm. 2) y aprovechamiento del desconocimiento y debilidad del consumidor (art. 27. Núm. 10, a) tipificadas por la LORCPM.

El artículo 3 de la LORCPM dispone:

"*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 efectué sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyantes a dichos actos.*

El principio de primacía de la realidad implica que el análisis jurídico que ha de realizar la SCPM, debe partir de la realidad y efecto económico de las conductas presuntamente anticompetitivas puestas a su conocimiento.

Por este motivo, pesar de que un operador económico tenga la autorización sanitaria para comercializar algún producto, esto no le exime de su obligación de cumplir con la LORCPM, cuyo objeto jurídico no es directamente el control de los registros sanitarios, sino del cometimiento de actos de competencia desleal, en que pudieran incurrir los agentes del mercado, aún a pesar de cumplir con las normas de concurrencia propias de un mercado específico.

Bajo esta perspectiva , sin un operador cuenta las autorizaciones correspondientes para concurrir en el mercado; pero la inclusión del término light en el etiquetado aprobado por la autoridad SANITARIA, transmite un mensaje erróneo a los consumidores acerca del producto que está consumiendo; y, si este etiquetado genera una falsa expectativa a los consumidores, como asumir que van bajar de peso o van a mejorar su salud, entre otros aspectos, pero el producto no cumple dichas expectativas, es la labor de esta SCPM tutelar sus derechos como consumidores del mercado, frente a los actos de engaño, los mismos que se configuran no solo por comisión, sino también por omisión.

Asimismo, el artículo 27, núm. 10, letra a) de la LORCPM, tipifica como desleal el aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor. No hace falta causar este estado de desconocimiento, sino aprovecharse de un mercado en el que los consumidores desconocen las características de ciertos bienes y servicios, para incurrir en este tipo administrativo.

Por ello, esta autoridad debe analizar, bajo los presupuestos de la LORCPM, si el uso del término light en el etiquetado de los productos investigados, transmite a los consumidores un concepto erróneo de sus características y beneficios. Este análisis no lo realiza ARCSA, pues su competencia se enfoca en materia sanitaria, y no en competencia desleal.

Asimismo, de conformidad con el artículo 25 de la LORCPM, no es necesario que el operador económico actúe con la voluntad y conciencia de afectar a uno de los tres bienes jurídicos tutelados por el Derecho contra la Competencia Desleal, (derechos del concurrente, consumidores y el bien público económico), sino que se asume como cuasidelito de conformidad con los presupuestos del Código Civil.

Por esta razón, esta autoridad, en su rol de garantista del debido proceso y los derechos constitucionales, abrió la etapa de prueba sobre la base de una formulación de cargos que contiene los elementos sobre los cuales se traba la litis, es decir, el posible cometimiento de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad del consumidor por parte de VECONSA S.A.

La apertura de la etapa de prueba, en su debido momento, no significa la declaración de responsabilidad administrativa de VECONSA S.A., sino todo lo contrario, es brindarle la oportunidad al operador económico para que también ejerza su derecho a la defensa y no se le sancione solo con el Oficio de ARCSA de 3 de enero de 2014.

Por ello, durante la etapa de prueba, sin perjuicio de la obligación de la carga de la prueba le corresponde a la IIPD, VECONSA S.A. pudo solicitar y contradecir pruebas, como en efecto lo hizo, de tal suerte que esta Intendencia, motivó las razones para iniciar la etapa probatoria, en ejercicio de su potestad discrecional, sin que ello signifique arbitrariedad.

Cabe recalcar, que el Oficio de ARCSA de 3 de enero de 2014, constituye una noticia de una posible infracción, por lo que a esta autoridad le corresponde no solo probar, sino también valorar la comisión de prácticas desleales, ya que dicha función no le compete a ARCSA.

En este sentido, durante la etapa de prueba, la IIPD obtuvo elementos probatorios que le permiten tener elementos para mejor resolver por parte del órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sobre la base de una verdad procesal fuerte.

Asimismo, el operador económico pretende que esta autoridad declare la nulidad del Oficio de ARCSA de 3 de enero de 2014 y la invalidez jurídica del archivo en Excel que se adjunta a dicho documento. Sin embargo, el operador económico no ha demostrad o documentadamente que ARCSA o algún órgano judicial haya declarado la invalidez jurídica o la nulidad del referido oficio, por lo cual, dicho documento, así como su anexo son plenamente válidos y al tratarse de una actuación administrativa interórganica, se presume su validez, ejecutoriedad y eficacia (...)".

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

7.4.3.1. De las peticiones del operador económico

"(…) El operador económico solicita simultáneamente que se declara la nulidad del proceso, así como que se declare incompetente para conocer la presente investigación en razón de que no existe afectación al interés general.

Sin embargo, en el mismo escrito solicita que esta autoridad declare el archivo del expediente, por cuanto no existirían méritos para investigar a VECONSA S.A.

Al realizar esta última petición, y no solicitarla en forma supletoria, el operador económico reconoce que el procedimiento es válido y la competencia de esta autoridad, para resolver las cuestiones de fondo (falta de mérito).

Sin embargo, en forma subsidiaria, a pesar del reconocimiento implícito que hace el operador económico sobre la validez del procedimiento y la competencia de esta autoridad, se le aclara que en todo momento tuvo acceso al expediente y a solicitar copias del mismo, y esta autoridad no ha utilizado ningún elemento que no conste en el expediente para determinar la responsabilidad o ratificar el estado de inocencia del operador económico.

Asimismo, en relación a la competencia, de conformidad con el artículo 25 de la LORCPM, esta autoridad tutela tres bienes jurídicos, los derechos de los consumidores, el orden económico en general y los derechos de los concurrentes.

7.5. De la determinación de la responsabilidad administrativa de VECONSA S.A.

7.5.1. Antecedentes

"(...) Esta Intendencia formuló cargos en contra de VECONSA S.A. a raíz del Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-022-0 de 3 de enero de 2014 y su anexo, actuación administrativa, con carácter interorgánico que de conformidad con el artículo 125, número 1 del ERJAFE, se presumen válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Este oficio de ARCSA, establece que los productos investigados correspondientes a VECONSA S.A., incumplirían el parámetro light, de conformidad con la normativa vigente en esa fecha. Esta actuación administrativa de ARCSA no ha sido expresamente revocada por la autoridad que lo emitió.

Por ello, esta Intendencia en aras de tutelar los derechos de los consumidores y de no determinar la responsabilidad administrativa de VECONSA S.A. solo con fundamento en el oficio de la referencia, apertura la etapa de prueba, con el fin de obtener elementos de prueba, objetivos y razonables que le permitan tomar una decisión acertada, en beneficio de los actores del mercado ya mencionados.

Durante la etapa de prueba, esta Intendencia prueba, al realizar la diligencia de inspección documental, y la obtención de los expedientes de registro sanitarios, pudo obtener mejores elementos probatorios que le lleven a una convicción acertada para mejor resolver de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (...)".

7.5.2. Contexto del término light

El uso del término light genera en los consumidores diferentes expectativas, de acuerdo con la propia construcción social, la difusión de los medios de comunicación, las campañas de marketing, entre otros aspectos. A lo que se suma la falta de concreción jurídica en sentido estricto del término light, que apenas se subsana en alguna medida, desde el punto de vista sanitario, mediante la expedición del Reglamento sanitario de etiquetado de alimentos procesados para el consumo humano, del Ministerio de Salud Pública, publicado mediante Registro Oficial Suplemento, No.
134 de 29 de noviembre de 2013, que establece algunos lineamientos para la utilización del término light, al menos para efectos de la regulación el etiquetado de los productos light por parte de ARCSA.

El Reglamento referido uf supra, en su disposición transitoria sexta determina:

"Los representantes legales de los registros sanitarios de los alimentos procesados comercializados en territorio nacional que presenten la palabra "ligth" en su etiquetado deberán declarar según lo previsto en el Art. 23 del presente Reglamento, la "Declaración de comparación de nutrientes", para lo cual se deberá realizar la modificación del Registro Sanitario a la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria en un plazo no mayor a 180 días contados a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficial".

Y, el artículo 23 de esta norma estatuye:

"Art. 23. - Los alimentos procesados que contemplen una declaración de propiedades que compara los niveles de nutrientes y/o el valor energético de dos o más alimentos deberán contener palabras en castellano que expresen esta declaración, de conformidad a la Norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 1334 – 3"'.

La norma Técnica Ecuatoriana NTE INEN 1334-3, entró en vigencia con carácter voluntaria mediante su promulgación en el Registro Oficial 481, de 30 de junio de 2011, (Rotulado de productos alimenticios para consumo humano. Parte 3. Requisitos para declaraciones nutricionales y declaraciones saludables), que establece los requisitos mínimos que deben cumplir los rótulos o etiquetas en los envases o empaques en que se expenden los productos alimenticios para consumo humano, en los cuales se hagan, de manera voluntaria, declaraciones de propiedades nutricionales y saludables.

Esta norma, en su apéndice Z2, establece que, para su elaboración, se tomó en cuenta como bases de estudio el Programa Conjunto FAO/OMS sobre normas Alimentarias Comisión del Codex Alimentarius Directrices para el uso de declaraciones nutricionales y saludables CAC/GL 23-1997 Adoptadas en 1997. Revisadas en 2004. Enmendadas en 2001, 2008 y 2009. Anexo adoptado en 2009, el Programa Conjunto FAO/OMS sobre normas Alimentarias Comisión del Codex Alimentarius Directrices generales sobre declaraciones de propiedades CAC/GL l - 1979 Adoptados 1979. Revisión 1991. Enmienda 2009, y el Reglamento técnico sobre requisitos de rotulado o etiquetado nutricional que deben cumplir los alimentos envasados para consumo humano. Colombia 2008.

Con lo que se colige que, incluso previo a la expedición del Reglamento sanitario de etiquetado de alimentos procesados para el consumo humano, del Ministerio de Salud Pública, existían lineamientos generales para que los operadores económicos declaren La comparación de nutrientes de sus productos. Sin embargo, ante la informalidad y el uso indiscriminado del término light (sin regulación concreta y vinculante), el Ministerio de Salud Pública, mediante el reglamento mencionado, incorpora una cláusula de remisión para el término light a las norma técnica INEN 1334-3.

En tal virtud, la aprobación de los etiquetados, desde el punto de vista sanitario, no debe ser vinculante para la SCPM, pues hay que determinar si desde el Derecho de Competencia, y en aplicación del principio de primacía de la realidad, existe algún tipo de daño a uno de los bienes jurídico tutelado por este Derecho Administrativo Sancionador, esto es, los derechos de los concurrentes, de los consumidores o del orden público económico. Así, el esquema argumentativo que utiliza el Derecho de Competencia, resulta diferente del esquema subsuntivo aplicado por ARCSA, que no tiene competencia para determinar responsabilidad por prácticas desleales.

7.5.3. De la subsunción de los hechos imputables al operador económico, en las prácticas tipificadas como desleales.

"(...) VECONSA S.A. obtiene el registro sanitario para la comercialización de los dos productos investigados, al realizar los trámites pertinentes ante la autoridad sanitaria.

A pesar de que ARCSA no tiene competencia para determinar prácticas desleales, y si a esto se suma el hecho de que el otorgamiento del registro sanitario se da en un período en el que la autoridad sanitaria no analizaba requisitos para determinar si un producto es light, la consecuencia es un estado de desconocimiento y de indefensión de los consumidores y el uso indiscriminado del término light por parte de los operadores económicos.

A esto se conoce como aprovechamiento de la debilidad y desconocimiento del consumidor, aunque dicho desconocimiento no haya sido generado por el operador económico, además de que no existía una definición de light en concreto que conocer.

Solo basta con incurrir en un mercado en el que las personas consumidoras desconocen o tienen una errónea percepción de los productos adquiridos.

Por esta razón, esta Intendencia debe argumentar jurídicamente, si la inclusión del término light en el etiquetado de los productos investigados, a pesar de tener registros sanitarios, conlleva actos de engaño y el aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento de los consumidores. Esto es, si las expectativas que tiene el consumidor del producto, en efecto, y bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad, se cumplen a cabalidad.

El mensaje transmitido a través del uso del término light, genera en el consumidor, dentro del presente caso concreto, la expectativa de una reducción mínima del contenido de calorías hasta el extremo de pensar que el producto podría no contiene calorías.

Asimismo, si bien el operador econom1co afirma y argumenta haber cumplido a cabalidad la normativa aplicable al etiquetado de los productos alimenticios, también es importante señalar, que esta autoridad necesita un parámetro claro, objetivo para determinar sin VECONSA S.A. ha incurrido o no en las prácticas desleales imputadas.

Por este motivo, sin que ello signifique prórroga de competencia en razón de materia, esta autoridad considera como parámetro meramente referencial, los presupuestos normativos emanados del INEN a fin de determinar un criterio sobre el cual medir el aprovechamiento de la debilidad del consumidor y/o los actos de engaño (...)".

3.9.- Informe Final de Investigación.-

El 14 de febrero de 2018, 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 SCPM-IIPD-12-2018, dentro del expediente principal **No.SCPM-IIPD-2016-040.**

3.10.- Avoca conocimiento la CRPI.

Con providencia de 19 de febrero de 2018, esta Comisión avocó conocimiento Informe Final **No.SCPM-IIPD-12-2018**, de 14 de febrero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, constante en cincuenta y cuatro (54) páginas, dentro del Expediente **No.SCPM-IIPD-2016-040**, decreto procesal administrativo mediante el cual dispuso: *"4) Córrase traslado al operador económico VECONSA S.A., con el Informe Final No.SCPM-IIPD-12-2018 de 14 de febrero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, relativo al expediente principal de investigación signado con el No. SCPM-IIPD-2016-040, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la recepción de la notificación de la presente providencia, en uso de su derecho a la legítima defensa y, en observancia de*

lo previsto en el artículo 71 del Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, presente las alegaciones a la que se creyere asistido"

3.11.- Audiencia publica

Conforme a la providencia expedida el 04 de abril de 2018, a las 15h30, se convocó a las partes intervinientes en el presente procedimiento administrativo, a audiencia pública para el viernes seis (6) 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 POR LOS INTERVINIENTES EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

"(...)"1. Oficio Nro. ARCSA-DE-201 4-0022-0 de 3 de enero del 2014 emitido por Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria en adelante ARCSA, que contiene un Dictamen Técnico sobre la composición de los productos (reducción de calorías o nutrientes) y sobre la idoneidad de los productos para cumplir con el objetivo que se anuncia en su publicidad (alimento en referencia en el mercado y efecto light).

2. Listado de operadores económicos fabricantes, importadores y distribuidores de productos que compiten con los productos investigados, información utilizada para el análisis económico.

3. Informe de Investigación Preliminar de fecha 30 de diciembre de 2016.

4. Informe de Resultados de 16 de agosto del año 2017.

5. El escrito presentado por Ronald Mauricio Vizhnay Avilés, en su calidad de Presidente Ejecutivo de Veconsa S.A., presentado en la Secretaría General de la SCPM el 22 de febrero de 2017 a las 16h25, signado con el número de trámite 36787;

6. El escrito suscrito por Mario Navarrete Serrano, en calidad de Abogado Patrocinador del operador económico VECONSA S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 03 de mayo de 2017 a las 14hl O, trámite ID 47935;

7. El escrito suscrito por Mario Navarrete Serrano, en calidad de Abogado Patrocinador del operador económico VECONSA S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 03 de mayo de 2017 a las 14hl 5, trámite ID 47940;

8. El escrito suscrito por Mario Navarrete Serrano, en calidad de Abogado Patrocinador del operador económico VECONSA S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 19 de mayo de 2017 a las 17hl 7, trámite ID 49653 ;

9. El escrito suscrito por Mario Navarrete Serrano, en calidad de Abogado Patrocinador del operador económico VECONSA S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 19 de mayo de 2017 a las 17h19, trámite ID 49654;

1O. El acta de reunión y audio digital de Ja reunión mantenida con la Agencia de Regulación y Control Sanitaria ARCSA el 09 de mayo de 2017;

11. El oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTC-2017-0116-0 , suscrito por el Dr. Luis Alberto Monteverde Rodríguez, en su calidad de COORDINADOR TÉCNICO DE CERTIFICACIONES de la AGENCIA NACIONAL DE REGULAC IÓ , CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA , presentado en la Secretaría General de la SCPM el 13 de ju lio de 2017 a las lOh02, signado con número de trámite 54561;

12. El oficio Nro. ARCSA-ARCSA -CGTC-2017-01 16-0, suscrito por el Dr. Luis Alberto Monteverde Rodríguez, en su calidad de COORDINADOR TÉCNICO DE CERTIFICACIONES de Ja AGENCIA NACIONAL DE REGULAC IÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANJTARIA, presentado en la Secretaría General de la SCPM el 13 de julio de 201 7 a las 1Oh05, signado con número de trámite 54562;

13. El oficio suscrito por Rigoberto Moncayo Malina, en calidad de gerente del operador económico LÁCTEOS SAN ANTONIO C.A., ingresado a la Secretaría General de Ja Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 13 de ju lio de 201 7 a las l4h04 , signado con número de trámite 54589;

14. El oficio y anexo suscrito por el Ab. Ma11ín Vásconez Merino, en calidad de Procurador del operador económico CORPORACIÓN FAVORITA C.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 14 de julio de 20 17 a las 15h23, trámite ID 54731;

15. El escrito suscrito por Kevin Raúl Barcia, en calidad de representante legal del operador económico ECOPACIFlC S.A: ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 17 de julio de 2017 a las 14h43, trámite ID 54852;

16. El oficio suscrito por el Ing. Shubert Bacigalupo B., en calidad de Gerente General de INDUSTRIAS LÁCTEAS CHIMBORAZO CIA. LTOA., ingresado a la

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 17 de julio de 2017 a las l5h47, trámite ID 54867;

17. El escrito presentado por el Ab. Daniel Castelo Guerrero, a nombre del operador económico LECHERÍA ANDINA S.A. LEANSA., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 17 de julio de 2017 a las l 6H35, trámite ID 54876;

18. EJ escrito suscrito por el Dr. Alfredo Corral Ponce, en calidad de procurador judicial del operador económico QUALA ECUADOR S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 18 de julio de 2017 a las 13H18, trámite ID 54987;

l 9. El oficio y anexos suscrito por María de los Ángeles Lombeyda, en calidad de apoderada especial del operador económico THE TESALIA SPRINGS COMPAN Y S.A., ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 18 de julio de 2017 a las l 5hl 4, trámite ID 55003;

20. El oficio suscrito por Gabriel Alejandro Eisemberg, en calidad de Gerente General de la compañía PRODUCTOS ALIMENTICIOS ALPIECUADOR S.A., ingresado a Ja Secretaría General de la SCPM el 18 de julio de 2017 a las l 4h48, trámite ID 54996;

21. El oficio y anexos suscrito por Johnny Adum Farah, en calidad de Presidente de la compañía TROPJCALIMENTOS S.A., ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 18 de julio de 201 7 a las 14h48, trámite ID 54996;

22. El oficio y anexos suscrito por José Manuel Terán Dávila, en calidad de Segundo Suplente del Gerente General de Nestlé Ecuador S.A., ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 18 de julio de 2017 a las 09h20, trámite ID 54901;

23. El oficio y anexos suscrito por Rodrigo Dueñas Petit, en calidad de Gerente General - División Lácteos y representante legal de la compañía REYBANPAC, REY BANANO DEL PACÍFICO C.A., ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 19 de julio de 2017 a las l 4h44, trámite ID 55121;

24. El oficio suscrito por Paúl Saltos Vargas, en calidad de abogado de ALMACENES JUAN ELJURI CÍA LTDA., ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 19 de julio de 2017 a las l 9h28, trámite ID 55235;

25. El oficio y anexo suscrito por Jenny Loor, en calidad de Jefe Administrativa de REAL VEGETALES S.A. REALVEG, ingresado a la Secretaría General de Ja SCPM el 19 de julio de 201 7 a las 20h l 9, trámite ID 55237;

26. El oficio y anexo suscrito por Ricardo Merino, en calidad de Gerente Comercial de QUICORNAC S.A., ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 20 de julio de 2017 a las l6h42, trámite ID 55305;

27. El oficio y anexo suscrito por Gabriel Rosero Astudillo, en calidad de Gerente de COMPAÑÍA LECHERA ANDINA S.A. LEANSA, ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 20 de julio de 2017 a las 16hl 6, trámite ID 55301;

28. El escrito y anexo presentado por David Spcrber V. en su calidad de abogado patrocinador de Procesadora Nacional de Alimentos C.A. PRONACA en la Secretaría General de la SCPM el 24 de julio de 2017 a las 16h59, signado con el número de trámite 55533;

29. El oficio suscrito por el Ab. Víctor Hugo Loayza Icaza, en calidad de apoderado especial del operador económico LA FABRIL S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 26 de julio de 2017 a las 10H56, trámite ID 55718;

30. El oficio suscrito por el Ing. Shubert Bacigalupo B., en calidad de Gerente General de INDUSTRIAS LÁCTEAS CHIMBORAZO CIA. LTDA., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 17 de julio de 2017 a las l 5h47, trámite ID 54867;

31. El escrito suscrito por Mario Navarrete Serrano, en su calidad de abogado autorizado por el operador económico VECONSA S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 26 de julio de 2017 a las 12h02, trámite ID 55749;

32. El escrito suscrito por Mario Navarrete Serrano, en calidad de abogado autorizado por el operador económico TROPICALIMENTOS S.A., ingresado a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 26 de julio de 2017 a las ll h58, trámite ID 55747;

33. El oficio suscrito por María de los Ángeles Lombeyda, en calidad de apoderada especial del operador económico THE TESALIA SPIUNGS COMPAN Y S.A., ingresado a la Secretaría General de la SCPM el 27 de julio de 2017 a las 09h24, trámite ID 55845;

34. El escrito y anexo presentado por el Dr. Alfredo Peñaherrera Wright, en su calidad de procurador de la Compm1ía CORPORACIÓN FAVORITA C.A., en la Secretaría General de la SCPM el 02 de agosto de 2017 a las 13h23, signado con el número de trámite 56430;

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

35. El escrito y anexo presentado por Mario Navarrete Serrano, autorizado por la Compañía VECONSA S.A., en la Secretaría General de la SCPM el 03 de agosto de 2017 a las 15h09, signado con el número de trámite 56561;

36. El oficio suscrito por la Dra. Hemplen Lorena Zambrano Saenz de Viteri, en su calidad de DIRECTORA TÉCNICA DE REGISTRO SANITARIO, NOTIFICACIÓN SANITARIA OBLIGATORIA Y AUTORIZACIONES de la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA, ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el 08 de julio de 2017 a las 09h08, número de ID 56865;

37. El escrito y anexo presentado por José Ignacio Mena abogado del operador económico ARCA CONTINENTAL S.A.B DE C.V. (antes ARCA Ecuador S.A.), en la Secretaría General de la SCPM el 08 de agosto de 2017 a las ll hl 6, signado con el número de trámite 56895;

38. El escrito y anexos presentado por el Dr. Alfredo Peñaherrera Wright, en su calidad de procurador de la Compañía CORPORACIÓN FAVORITA C.A., en la Secretaría General de la SCPM el 09 de agosto de 2017 a las 14hl7, signado con el número de trámite 57041;

39. El escrito y anexos presentados por Ely Maure Moreno, en su calidad de Gerente General del operador económico TROPICALIMENTOS S.A., en la Secretaría General de la SCPM el 14 de agosto de 2017 a las 141157, signado con el número de trámite 57287;

40. La Formulación de Cargos elaborada por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de 16 de julio de 2017 a las 141100;

41. El oficio y anexo suscrito Daniel Mármol C. a nombre de TERRAFERTIL S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el 21 de agosto de 2017 a las 101135, número de ID 57794;

42. El escrito de excepciones presentado por Johnny Adum Farah, en su calidad de Presidente Ejecutivo de VECONSA S.A. en la Secretaría General de la SCPM el 06 de septiembre de 2017 a las 12h46, signado con el número de trámite 59360;

43. El escrito y anexo presentado por Johnny Adum Farah, en su calidad de VECONSA S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el 11 de septiembre de 2017 a las 13h06, número de ID 59853;

44. El Oficio Nro. ARCSA-ARCSA-CGTC-201 7-0181-0, de 15 de septiembre de 2017, suscrito por el Dr. Luís Alberto Monteverde Rodríguez, en su calidad de Coordinador General Técnico de Ce1iificaciones dela Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA), presentado en la Secretaría General de la SCPM el 19 de septiembre de 201 7 a las 14h l 0, signado con el número de trámite 61662;

45. El Acta de Inspección en la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria y su audio, llevada a cabo en las instalaciones de ARCSA, en la ciudad de Guayaquil el día 18 de octubre de 2017 a partir de las 16h00;

46. El escrito presentado por Johnny Adum Farah, en su calidad de VECONSA S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el 17 de octubre de 2017 a las 14hl 4, número de ID 67127;

47. El escrito y anexo presentado por Johnny Adum Farah, en su calidad de VECONSA S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el 18 de octubre de 2017 a las 11hh43, número de ID 67242;

48. El oficio presentado por Johnny Jacobo Czarninski Baier, en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de Corporación El Rosado, ingresado a través de Secretaría General el 19 de octubre de 2017 a las 17h08, con número de ID 67494;

49. El oficio y anexos presentados por Ricardo Peñaherrera , en su calidad de abogado patrocinador de la compañía Corporación Favorita C.A., ingresado a través de Secretaría General el 20 de octubre de 2017 a las 16h38, con número de ID 67679 ;

50. El escrito presentado por Joh1my Adum Farah, en su calidad de VECONSA S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el 23 de octubre de 201 7 a las 14h00, número de ID 67846;

51. Los oficios y anexos remitidos por Daniel Castelo Guerrero, ofreciendo poder y ratificación a nombre de Tiendas Industriales Asociadas (TÍA) S.A., presentado en la Secretaría General de la SCPM el día 23 de octubre de 2017 a las 16h26, signado con el ID 67887; y por María Rosa Fabara, en su calidad de Apoderada Especial de Tiendas Industriales Asociadas (TIA) S.A., presentado en la Secretaría General de la SCPM el día 27 de octubre de 2017, a las 10h47, signado con el ID 68317, ratificando la intervención de Daniel Castelo G.;

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

52. El escrito presentado por Mario Navarrete Serrano, en su calidad de abogado patrocinador de VECONSA S.A., ingresado a través de Ja Secretaría General de la SCPM el 08 de noviembre de 2017 a las 15h27, número de ID 69379;

53. El escrito y anexo presentados por el Ab. Daniel Castelo Guerrero, a nombre de TIENDAS INDUSTRIALES ASOCIADAS (TIA) S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 13 de noviembre de 2017, a las 1Oh50, con ID 69819;

54. El escrito y anexo presentados por el Ab. Ricardo Peñaherrera Peñaherrera, a nombre de CORPORACIÓN FAVORITA C.A., ingresados a través de la Secretaría General de la SCPM el día 13 de noviembre de 2017, a las 12h23, con ID 69858;

55. Los escritos y anexos presentados por Ely Maure Moreno, en su calidad de Gerente General de TROPICALIMENTOS S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 14 de noviembre de 2017, a las 12h58, con ID 69990, y por Mario Navarrete Serrano, en calidad de abogado patrocinador del operador económico Tropicalimentos, el día 20 de noviembre de 2017, a las 16h06, con ID 70557;

56. El oficio DATH-2016-2945 y anexo, presentado por Andrea Cisneros, en su calidad de Directora de Administración del Talento Humano del Ministerio del Interior, ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 14 de noviembre de 2017 a las l 5h46, con ID 70028;

57. El oficio GCM-JPM-R2-512 l -2017, presentado por la Ab. Yesenia Cabezas, en su calidad Analista Jurídico de Posventa R2 de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones E.P., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 15 de noviembre de 2017 a las 14h20, con ID 70131;

58. El oficio MDI-CGJ-DPJ-201 7-0188-0 y anexo, presentados por el Ab. Manuel Alexander Velepucha Ríos, en su calidad de Directora de Administración del Talento Humano del Ministerio del Interior, ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 16 de noviembre de 2017 a las 12hl 8, con ID 70289;

59. El escrito y anexo, presentados por la Ab. María Femanda Azanza Arias, Mat. 11935 CAP, quien comparece dando contestación al oficio IIPD-201 7-722, que esta Intendencia remitió a MEGA SANTA MARÍA S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 17 de noviembre de 2017 a las 08h42, con ID 70351;

60. El acta y el audio del testimonio rendido por Juan Carlos Galarza Oleas, Director Ejecutivo de ARCSA el día 17 de noviembre de 2017 a las 14h30

61. Et escrito presentado por Johnny Adum Farah, en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de VECONSA S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el 20 de noviembre de 2017 a las 15h29, número de ID 70549;

62. La copia certificada del oficio de ARCSA número ARCSA-ARCSA-DTLR-201 7- 0056-0 de 31 de julio de 2017, con número ID Anexo 123365;

63. El oficio DINARDAP-CGRS-2017-0398-0F, presentado por la Ing. María Ximena Fiallo K., en su calidad de COORDINADORA GESTIÓN, REGISTRO Y SEGUIMIENTO (ENCARGADA) de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, ingresad o a través de Secretaría General el 22 de noviembre de 2017, a las 14h03 con ID 70796;

64. El oficio Nro. GCM-JPM-R2-5494-201 7, suscrito por la Ab. Yesenia Cabezas, en su calidad de Analista Jurídico de Posventa R2 de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT E.P., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 12 de diciembre de 2017 a las 15h07, con ID 7233 l ;

65. El escrito presentado por Mariana de Jesús Pastrano, en su calidad de Presidente Ejecutiva de MEGA SANTAMARIA S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 1 3 de diciembre de 2017 a las 1 1h14, con ID 72442;

66. El escrito y anexos presentados por Gad Czarninski, en su calidad de Vicepresidente y representante legal de Corporación El Rosado S.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 13 de diciembre de 2017 a las 12hl2, con ID 72451 ;

67. El acta y el audio del testimonio rendido por Johnny Adum Farah el día 28 de diciembre de 2017 a las 08h40

68. El escrito presentado por el Dr. Alfred o Peñaherrera Wright, en su calidad de Procurador de la compañía Corporación Favorita C.A., ingresado a través de la Secretaría General de la SCPM el día 13 de diciembre de 2017 a las 14h4 7, con ID 72466;

69. Los escritos presentados por Johnny Adum Farah, en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de V ECONSA S.A., el 13 de diciembre de 2017 a las 15h39, con ID 72472 ; el 14 de diciembre de 2017 a las 14h01; y 21 de diciembre de 2017 a las 16h48;

70. El "Acta de entrega recepción de los expedientes de los registros sanitarios por parte de ARCSA a la Intendencia de Investigación de Práctica s Desleales", suscrita el día 13 de diciembre de 2017 a las l Oh25 en las instalaciones de ARCSA,

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

ubicadas en Ciudadela Samanes, Av. Francisco Orellana y Av. Paseo del Parque, Bloque 5 de la ciudad de Guayaquil;

71. Los expedientes de registro sanitario correspondientes a los productos: BEBIDA DE DURAZNO BAJA EN CALORÍAS "FACUNDO"; "FACUNDO LIGHT" y NÉCTAR DE DURAZNO BAJO EN CALORÍAS "FACUNDO LIGHT;

72. Los escritos presentado s por Johnny Adum Farah, en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal de VECONSA S.A., el 27 de diciembre de 20 17 a las 12h32, con ID 73582;

73. El escrito presentado por Diana Rodríguez Ávila el día 03 de enero de 201 8 a las 11h25, con ID 73992;

74. Los escritos presentados V ECONSA S.A., el 03 de enero de 2018 a las l7h04, con ID 74093 y a las 17h06, con ID 74095;

75. Los escritos y anexos presentados VECONSA S.A., el 08 de enero de 2018 a las 14hl 4 , con ID 74318; el 09 de enero de 2018, a las 16h48, con ID 74472 ; el 12 de enero de 2018, a las 16h32, con ID 74797, ID Anexo 148497; el día 15 de enero de 2018, a las 16h53, con ID 74898; y, el 17 de enero de 2018, a las 16h40, con ID 75175;

76. El acta y el audio del testimonio rendido por Diana Alexandra Rodríguez Ávila, en su calidad de ex Directora de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, el día 08 de enero de 2018, a las l5h00 en las instalaciones de la zonal 6, en la ciudad de Cuenca

77. El Oficio Nro. MDI-CGJ-DPJ-201 8-0034-0 de 9 de enero de 2018, presentado por el Abg. Manuel Alexander Velepucha Ríos, en su calidad de Director de Patrocinio Judicial, el día 10 de enero de 2018, a las 10h29, con ID 74512.

QUINTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

5.1.- Fundamentos de Hecho.-

5.1.1. Teniendo como antecedente el oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014 emitido por Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, la Intendencia de Prácticas Desleales *"(...)pudo evidenciar que la matriz de excel remitida adjunta al Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014, a esta Intendencia, contiene un LISTADO DE PRODUCTOS" y "ANÁLISIS" de entre otros aspectos, sobre el "PARÁMETRO LIGHT": "Cumple" o "No cumple", y "En qué parámetro cumple", desprendiéndose de la misma, dos productos del operador*

económico expendidos con la característica "light" indicándose en la misma que "No Cumple" el parámetro light (...)"

Mediante Informe de Investigación Preliminar de fecha 30 de Diciembre del 2016, después del análisis respectivo se recomendó lo siguiente: *"(...) Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta dentro del proceso y habiendo evidenciado indicios sobre el cometimiento de actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar de consumidores y usuarios, se concluye que presuntamente el operador económico. 2. ECUAVEGETAL S.A., con los productos BEBIDAS DE DURAZNO EN CALORIAS "FACUNDO LIGHT", NECTAR DE DURAZNO BAJO EN CALORIAS "FACUNDO LIGTH" [...]. Estos operadores posiblemente han incurrido en actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en los artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a), respectivamente de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe y se corra traslado a los operadores económicos para que presenten sus explicaciones, y posteriormente se resuelva sobre el indicio de la investigación formal (...)"*

5.1.2.- Con resolución de fecha 05 de enero del 2017, a las 15:43, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales dispuso: *"(...) PRIMERO.- Agregar al expediente el Informe de Investigación Preliminar emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales emitido el 30 de diciembre del 2016. SEGUNDO.-Ordenar la notificación, [...], ECUAVEGETAL. [...] por presuntamente haber incurrido en actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad del consumidor, contempladas como prácticas desleales en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 a), respectivamente de la LORCPM. Concediéndoles el término de 15 días a fin de que presenten sus explicaciones conforme lo dispone el artículo 56 del Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

5.1.3.- Conforme a la decisión de 03 de febrero de 2017 a las 17:15 la Intendencia de Prácticas Desleales resolvió: *"(...) Iniciar la investigación formal dentro del expediente No. SCPM-IIPD-EXP-040-2016, 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; b) La existencia de la presunta práctica desleal contemplada en el artículo 27 numeral 10 literal a) de la LORCPM, por parte del operador económico [...] ECUAVEGETAL S.A. (VECONSAS.A.) por los productos BEBIDA DE DURAZNO BAJA EN CALORIAS "FACUNDO"; FACUNDO LIGHT" y NECTAR DE DURAZNO BAJO EN CALORIAS "FACUNDO LIGHT" a fin de determinar al amparo de las facultades investigativas señaladas en la LORCPM, la existencia o no*

de dichas infracciones; y, de las posibles conductas que son o podrían ser objeto de la investigación dentro del ámbito de las competencias de esta autoridad (...)"

5.2.- Fundamentos de Derecho.-

5.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

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

La ley establecerá los mecanismos de control y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor".

El artículo 66 en el numeral 25 consagra: "El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre contenido y características".

El artículo 76 en relación a las garantías básicas del derecho al debido proceso no dice: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 213 se refiere a las Superintendencias en los siguientes términos: "Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley".

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

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

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

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

El artículo 335 en el inciso segundo respecto al intercambio y transacciones económicas señala lo siguiente: "El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar

cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal".

El. 336 en cuanto al comercio justo estatuye: "El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley."

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

El artículo 1 indica que: "El objeto de la presente ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible ".

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

El artículo 4 sobre los lineamientos para la regulación y principios para la aplicación nos indica lo siguiente: "En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en materia de esta ley son los siguientes: 1. El reconocimiento del ser humano como sujeto y fin del sistema económico; 2. La defensa del interés general de la sociedad, que prevalece sobre el interés particular; y, 5. El derecho a desarrollar actividades económicas y la libre concurrencia de los operadores económicos al mercado ".

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

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

posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo y el tiempo requerido para la sustitución.

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

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto".

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

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

El artículo 27 considera como prácticas desleales las siguientes: "2. Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad,

precio, condiciones de venta, 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.

5.2.5.- Derecho administrativo sancionador.-

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

5.2.5.2. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 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*

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

Mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado [...]".

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

5.2.5.3.1.- El principio de legalidad significa:*"[...] El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]".*[2]

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

5.2.5.3.3.- El derecho a la defensa comporta: *"[...] el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos[...]". "[...] El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza*

---

[2] Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.
[3] Sentencia No.056-12-SEP-CC CAS No.0850-10-EP 27 de marzo de 2012.

procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés [...]".[4]

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

"[...] En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita [...]".[5]

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

De expuesto en líneas precedentes, se determina que la conducta típica y antijurídica se encuentra prevista en el artículo 27, numerales 2 y 10, literal a) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya comisión se le imputa al operador **VECONSA S.A.**, es decir, actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad del consumidor y usuario. *"(...) Sobre los actos de engaño, el artículo 3 de la LORCPM establece: La primacía de la realidad.- para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos; el artículo 27 numeral 2, ibídem expresa que se considera desleal toda conducta que tenga por*

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

objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión; así como configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos; y, en el numeral 10 letra a) del mismo artículo, contempla la conducta aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, es decir, el aprovecharse de la falta de conocimiento general por parte de los consumidores, incluyendo el aprovechamiento de su debilidad, viendo a este último como sujeto de protección. Conforme ha quedado acreditado en el expediente y en el presente informe, el operador económico VECONSA S.A. solicitó y obtuvo el registro sanitario del producto BEBIDA DE DURAZNO BAJA EN CALORIAS "FACUNDO"; "FACUNDO LIGHT", a efectos de contar con los permisos para su comercialización en el mercado ecuatoriano (...)".

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

7.1.- La prueba como garantía constitucional.-

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

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

Sobre este punto la Corte Constitucional sostiene: *"(...) De una manera somera, diremos que el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado audialteram parte, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por una abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...)".* Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Corporación de estudios y Publicaciones. Tomo VII. Junio 2012. Página 506.

En otro fallo la Corte Constitucional sustenta: *"(...) El segundo principio del debido proceso es el derecho a la defensa, que en palabras del tratadista Bernal Pulido, "se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso". Según este autor una de las razones más importantes que justifican la existencia del derecho a la defensa es la necesidad que tiene cada individuo de saber*

si en su contra se tramitan procesos, de intervenir en ellos y de controvertir las acusaciones y las pruebas que allí se obren". A criterio de esta Corte, el derecho a la defensa constituye un principio fundamental del debido proceso mediante el cual se faculta a una persona a formar parte de un proceso para presentar y contradecir los alegatos y pruebas que se presenten (...)" Sentencia No.093-12-SEP-CC Caso No.0358-09-EP de 03 de abril de 2012. S.R.O. No.718 de 6 de junio del 2012.

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

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

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

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

El nuestro sistema jurídico rige el sistema de valoración de las reglas de la sana crítica, reglas que no constan en normas de derecho positivo, sino son básicamente la aplicación del correcto entendimiento humano con especiales fundamentos en la lógica jurídica y la justicia, método que en la opinión del connotado jurisconsulto uruguayo Eduardo Couture *"(...) Las reglas de la sana crítica son, ante todo las*

reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas (...)" FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL. Ediciones Depalma. Buenos Aires 11° 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 intelectivo o volitivo, todo el conjunto de las prácticas legalmente, sin que le sea obligatorio al juzgador expresarlo en su resolución, sino solamente las que fueren decisivas para emitir el pronunciamiento objetado (...)"* Gaceta Judicial Serie XVII No.7. p.1899.

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

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

7.3.- Análisis y valoración de la prueba documental que sirve de sustento al Informe Final No.SCPM-IIPD-12-2018 de 14 de febrero de 2018, firmado por el abogado Marlon Vinueza Armijos, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, consistente en el Oficio Nro. ARCSA-DE-2014-0022-O de 3 de enero del 2014 emitido por Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria en adelante ARCSA.

En la resolución expedida el 31 de mayo de 2018, a las 12h00, por parte del Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa, MA, Superintendente de Control del Poder de Mercado, dentro del proceso de apelación **No.SCPM-IIPD-0033-2016-A-0007-2018-DS**, interpuesto por los operadores económicos **PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS C.A. PRONACA** y su adhesión planteada por **FABRICA JURIS CIA LTDA**, sustanciado ante esta Comisión con el No.SCPM-CRPI-008-2018, en el pronunciamiento de la referencia en la parte pertinente se señala lo siguiente:

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

"(...) c) Que, dentro de la inspección llevada a cabo por el órgano de investigación, se ha establecido que no existe un informe que sustente el oficio de enero de 2014. d) Que los operadores económicos Juris y Pronaca contaban con el Registro Sanitario para expender los productos materia de la investigación, es decir "dupla sanduchera queso cheddar FLORAL" y "jamón de pavo light" (JURIS), "salchichas de pavo light" y salchichas light" (PRONACA).e) Que, al momento del expendio de los productos materia de la investigación se encontraba en vigencia la normativa técnica INEN 1334-3, "Rotulado de productos alimenticios para consumo humano, respecto a los requisitos mínimos que deben cumplir los rótulos o etiquetas en los envases o empaques en que se expenden los productos alimenticios para consumo humano, en los cuales se hagan de manera voluntaria , declaraciones de propiedades nutricionales y saludables, es decir la norma se tornaba en no obligatoria para los

productores. f) Que, con fecha 29 de noviembre de 2013, se expide el Acuerdo No.4522 con registro Oficial No.134, el que contiene el "Reglamento sanitario de etiquetado de alimentos procesados para el consumo humano", dentro del cual se determina que debería insertarse en el etiquetado de los productos una "Declaración de comparación de nutrientes", lo cual implica la modificación del Registro Sanitario, para el efecto se concede un plazo no mayor a 180 días contados a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficial (...)".

"(...) la IIPD ha generado el proceso de investigación, ha sido la misma ARCSA quien ha manifestado no tener soporte técnico respecto del oficio No. ARCSA- DE-2014-0022-0, de 03 de enero de 2014, lo cual no es imputable a los investigados; lo que si ha sucedido durante la tramitación y a petición tanto de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, como de los operadores económicos es que el ARCSA ha emitido los registros sanitarios correspondientes, y frente a la ausencia de elementos de sustento del ya referido oficio, se debe considerar lo manifestado el espíritu garantitas y protector de la Constitución de la República del Ecuador concordante con lo manifestado en la doctrina respecto de la aplicación del principio del "indubio pro actione", que radica en la interpretación de la norma más favorable en este caso para el administrado (...)"

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

literal a) de la LORCMP, ni su efecto real o potencial en el mercado relevante determinado (...)

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

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

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador en el fallo expedido el 27 de febrero de 1998, instruye: *"(...) Enseña la doctrina, que lo administrativo está exento de simples solemnidades, sin embargo, la misma doctrina ha consagrado como principio universalmente aceptado el debido proceso, el mismo que exige el acatamiento irrestricto de la normatividad vigente, que no se la puede considerar simple formalidad, sino requisito esencial para el debido ejercicio de los derechos del administrado, entre otras el de legítima defensa. De allí que las omisiones de plazos, así como la intervención de funcionarios extraños a quienes están llamados a realizar los juicios sumarios administrativos correspondientes, no constituye la omisión de simples solemnidades sino una abierta violación del principio de legalidad, que es la base del accionar del acto administrativo reconocido por nuestra Constitución y las*

leyes. En consecuencia, tales omisiones e irregularidades obligan necesariamente al juzgador a declarar la ilegalidad del acto impugnado por más que la motivación de éste fuera aceptable y justificara la resolución adoptada (...)". Gaceta Judicial Año. XCVIII. Serie XVI No.11.p.2985.

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

RESUELVE:

1. **ACOGER** el pronunciamiento expedido el 31 de mayo de 2018, a las 12h00, por parte del Ingeniero Christian Ruiz Hinojosa MA, Superintendente de Control del Poder de Mercado encargado, en cuyo considerando segundo de su decisión señala: *"(...) SEGUNDO.- DE OFICIO y en aplicación del principio indubio pro administrado y en virtud de que la información emitida por el ARCSA, es contradictoria lo cual no es imputable a los operadores económicos, ni al órgano de investigación, se dispone el Archivo de la investigación, para lo cual deberá notificarse a la Comisión de Resolución de Primera Instancia a efectos de que proceda con el archivo del procedimiento que se instruye en esa instancia (...)".*

2. **ORDENAR** el archivo del presente procedimiento administrativo signado con el No.019-2018, tramitado en contra del operador económico **VECONSA S.A.,** con su producto **"BEBIDA DE DURAZNO BAJA EN CALORIAS "FACUNDO LIGTH"; "FACUNDO LIGHT".**

3. **NOTIFICAR** al operador económico **VECONSA S. A** y la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.

4. Actué en calidad de Secretario de la Comisión el abogado Mauricio Ordoñez Paredes. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-**

- 142 -
ciento cuarenta y dos

Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
PRESIDENTE

Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO

Dr. Diego X. Jiménez Borja
COMISIONADO