

EXPEDIENTE SCPM-CRPI-2015-076

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito, 11 de abril de 2016, las 16h30.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al doctor Marcelo Ortega Rodríguez, Presidente de la Comisión, al doctor Agapito Valdez Quiñonez, Comisionado; y, al doctor Diego 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.-

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

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.-

2.1 El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., ha alegado que el procedimiento administrativo es nulo por no haberse notificado el Informe Final, por haberse dividido la continencia de la causa de manera infundada y por haberse dispuesto diligencias probatorias en la fase resolutive, al respecto debemos manifestar que el Informe Final de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales adjunto al Memorando No. SCPM-IIPD- 353-2015-M del 16 de noviembre de 2015, suscrito por la abogada Patricia Ayala H., Intendente de Investigación de Prácticas desleales fue declarado confidencial por la CRPI en la providencia de 18 de diciembre de 2015 a las 15h30 en la que dice: “[...] c) *En cuanto a la declaratoria de confidencialidad del informe relacionado con el expediente administrativo No. SCPM-IIPD- 015-2013, tiene fundamento en lo que disponen los artículos 18 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, 47 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 3 de su Reglamento de Aplicación, en donde se colige que el sentido de la normas son claros y se entenderán en su sentido natural y obvio, razón por la cual, no requiere de explicación adicional alguna al respecto[...]*” para abundar en esta materia citamos lo que manifiesta la tratadista Leonor Rams Ramos, Profesora Contratada-Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos: “[...] *respecto de las razones que justifican la declaración de confidencialidad y los criterios que deben valorar la misma, la CNC se ha pronunciado en diversas resoluciones; en cuanto a las razones que justifican la declaración de la confidencialidad están, básicamente la protección del secreto comercial e industrial, así como otros documentos cuyo conocimiento por otras partes pudiera perjudicar a aquellos [...]*”¹ del mismo modo, la misma tratadista

¹ CUESTIONES ACTUALES DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN DERECHO DE LA COMPETENCIA. Varios autores. Javier Guillén Carames (Director). Editorial Aranzadi S.A. Pamplona España 2013.



aclara que “[...] a contrario, que la denegación de acceso a determinados documentos que forman parte del expediente no determina siempre una vulneración del derecho de defensa, por lo que cuando dicha denegación se produce respecto a documentos considerados como clasificados por referirse a secretos comerciales, documentos internos u otras informaciones confidenciales, ésta puede resultar lícita en la tramitación de procedimientos sancionadores, siempre que quede garantizado que la falta de conocimiento de dichos documentos no supone una vulneración del derecho de defensa.[...] Han sido la CNC a través de sus Resoluciones, y los Tribunales de Justicia en su jurisprudencia, quienes han ido concretando las razones que justifican esa declaración de confidencialidad, así como los criterios derechos e intereses que se deben valorar, con la finalidad de proteger los intereses de las partes y de quienes aportan información al procedimiento sancionador de que se trate.”² Recordemos que el derecho administrativo es de carácter dinámico, en las que, las decisiones de las autoridades administrativas en la materia van generando institucionalidad, siempre y cuando se garanticen los principios básicos del debido proceso y del derecho de defensa, derechos que no han sido conculcados en la presente causa. ¿Cuál es el interés de un operador económico en conocer el informe de imputación de otro operador económico?, al contrario, no deben ni tienen por qué saber las conclusiones que la autoridad de competencia ha establecido respecto de sus competidores. En consecuencia, no existe mérito para declarar la nulidad de lo actuado.

2.2 El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., manifiesta que el haber ordenado la división de la continencia de la causa resulta extemporánea ya que el artículo 66 del RLORCPM establece las formalidades para desglosar el expediente. La CRPI en providencia de 18 de diciembre de 2015 a las 15h30, manifestó: “*En relación a la división de la continencia de la causa, conforme a lo previsto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en materia de Regulación y Control del Poder de Mercado, se desprende que las causas no son iguales, ya que no contiene los mismos hechos; las conductas y las personas que intervienen son diversas y, con la finalidad de hacer efectivas las garantías constitucionales del debido proceso, derecho de defensa, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica que le asisten a los investigados, no cabe la tramitación de un solo procedimiento. Consecuentemente, con la finalidad de salvaguardar la confiabilidad, reserva y secreto de la información de cada uno de los operadores económicos en referencia hacen procedente la división de la continencia de la causa;*”. El pronunciamiento de la Comisión de Resolución de Primera Instancia es claro. La autoridad de competencia está haciendo uso de las herramientas jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico previsto como supletorio en la Disposición General Primera último inciso de la LORCPM. La actuación es en derecho por consiguiente no ha causado la nulidad del proceso.

² Ibídem

2.3 El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., dice existe otra causa de nulidad cuando la Comisión dispuso la práctica de diligencias probatorias en la etapa de resolución. Para este efecto cita: “[...] la *Intendencia de Investigación de Prácticas desleales* elabore un informe ampliatorio por cada uno de los operadores económicos investigados, mediante el cual determine: a) el volumen total de negocios y la posible sanción a imponerse a los operadores económicos [...] y b, las posibles medidas correctivas que podrán ser impuestas a los operadores económicos [...]. Al respecto, el último inciso del artículo 71 del Reglamento Para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, confiere atribución a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, para practicar actuaciones probatorias y en la “Etapa de Resolución”, y que en su tenor literal dice: **“Durante este período, si el órgano de sustanciación y resolución lo considera necesario, podrá solicitar que el órgano de investigación practique actuaciones complementarias que pudieren servir como prueba. El órgano de investigación remitirá al órgano de sustanciación y resolución un informe sobre los resultados de las actuaciones complementarias que hubiere realizado.”** (El resaltado es nuestro). De lo citado se desprende que, si la autoridad lo hubiera dispuesto, entonces, la Intendencia debía atender la disposición de la CRPI en los tiempos señalados para el efecto, por lo tanto, no existe causal de nulidad.

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

TERCERO: ANTECEDENTES.-

3.1. Investigación preliminar.-

La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM), mediante decisión de 20 de junio de 2013, a las 09h30, resolvió dar inicio a la investigación preliminar, al señalar: “[...] *Primero.- Abrir el presente expediente y conducir a una investigación preliminar, la cual concluirá con un informe que no podrá ser expedido en un término mayor a ciento ochenta (180) días. Segundo.- Declarar el presente proceso investigación preliminar de carácter reservado, excepto para las directamente involucradas, con las excepciones del artículo 3 de RALORCPM [...].*”

3.2. Investigación formal.-

A) Mediante providencia de 14 de abril de 2014, a las 15h00, la Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, resolvió dar inicio a la investigación formal dentro del Expediente SCPM-IIPD-2013-015, al manifestar: “[...] *Primero.- Ordenar*



el inicio de la etapa de investigación en el presente expediente, teniendo en consideración lo siguiente: i) Los presuntos responsables son [...] en su calidad de titulares de registro, fabricantes, comercializadores y anunciantes de productos “aceites light”; y [...] en su calidad de anunciantes y comercializadores de productos “aceites light”. Las referidas empresas son operadores independientes entre sí, por lo tanto, responden a intereses particulares que concurren al mismo mercado de productos, con otros competidores. La investigación preliminar que da origen a la presente causa fue iniciada de oficio, mediante resolución del 20 de junio de 2013, de conformidad con la atribución prevista por el artículo 53 de la LORCPM, por lo que no existen denunciante. ii) La conducta objeto de investigación es la comercialización de productos cuyo etiquetado presuntamente induciría a error público, debido a que: (i) no cumple con los parámetros “light”, distorsionándose la percepción del consumidor frente a dichos parámetros; y, (ii) la información de la etiqueta se encuentra en un idioma distinto al castellano [...]. iii) Los bienes o servicios que son objeto de la referida conducta son aceites vegetales, producto que consume la mayor parte de la población, y que se encuentra incluido dentro de la canasta básica que, en caso estarse dando una distorsión en la decisión del consumidor debido a una información errónea, podría ser objeto de la práctica de competencia desleal investigadas. iv) La duración de la conducta comprende el período que inicia en la promulgación de la LORCPM, el 13 de octubre de 2011, hasta el fin de la investigación, o hasta la fecha en la cual se constate el cese de las conductas analizadas. Las presuntas responsables se relacionan con la conducta en cuanto son titulares de registro sanitario, fabricantes, comercializadores y anunciantes de productos “aceites light” o anunciantes y comercializadores de tales productos. Los elementos de convicción hasta ahora existentes se refieren a un listado de los productos “aceites light” autorizados por ARCA, Dictamen Técnico sobre el listado de productos aceites light autorizados por ARCA un informe respecto al control pos registro que realizó a nivel nacional del 14 al 16 de octubre de 2013 de aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra “light”. v) Se motiva el inicio de la fase de investigación, en las circunstancias fácticas referidas en la presente resolución, lo que refleja la necesidad de esclarecer la comercialización de productos “aceites light” cuyo etiquetado presuntamente inducirá a error al público. vi) No existe, hasta lo que se conoce del presente caso, terceros que ostenten la condición de interesados. vii) El plazo de duración de la investigación no podrá exceder de ciento (180) días prorrogables, contados a partir de la emisión de esta resolución [...]” “[...] Segundo.- El tiempo procesal oportuno, de acuerdo a lo previsto en el artículo 66 del RALORCPM, se verifica la pertinencia de emitir una ampliación a la presente resolución con el fin de incluir en esta investigación, debido a la comercialización como “aceites light” de manera no conforme a su registro sanitario correspondiente, a los siguientes productos[...] 100% ACEITE DE SOYA LIGTH MI COMISARIATO: registro sanitario:2921INHCAE0407, cuyo titular de registro es Importadora el Rosado S.A. (sic) Para esto se dispone que la DNEIPD levante un informe al respecto [...]” “[...] Tercero.- A fin de aportar elementos de

prueba que permitan atender la presente investigación, y observar los principios del debido proceso y las garantías del derecho a la defensa de los investigados, a fin de que estos puedan conocer cada una de las piezas que han contribuido al desarrollo de este procedimiento, se agregan de manera formal al actual procedimiento, los siguientes elementos de convicción: 1. ARCSA presentó en formato digital un listado de los productos "aceites light" autorizados por la agencia según la base de datos publicada en la página web del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez", el 17 de septiembre de 2013.(CD2, foja 10 A del expediente) 2. Dictamen técnico sobre el listado de productos aceites light autorizados por la agencia presentado por ARCSA el 18 de febrero de 2014 (fojas 157 y 158 del expediente) 3. Informe respecto al control pos registro que se realizó a nivel nacional del 14 al 16 de octubre de 2013 de aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra "light" (fojas 198-203 del expediente) [...]"

B) Con providencia de mayo de 2014, a las 11h00, la Intendencia de Prácticas Desleales de la SCPM, resolvió ampliar la investigación al expresar: "[...] Primero.- Ampliar la Resolución de Inicio de Investigación en el presente expediente, teniendo en consideración lo siguiente: i. Que otros presuntos responsables de las conductas investigadas son: [. . .] IMPORTADORA EL ROSADO S.A., (sic) en sus calidades de titulares de los registros sanitarios y comercializadores de productos "aceites light". ii. Que las conductas objeto de investigación siguen siendo la comercialización de productos cuyo etiquetado puede inducir a error al público debido a que: (i) no cumple con los parámetros light y, (ii) la información de la etiqueta se encuentra en un idioma distinto al castellano; además de incluir con esta ampliación a, (iii) los productos que se comercializan como aceites "light" sin contar con los registros sanitarios correspondientes en cuyo caso, si se demuestra una ventaja significativa, nos encontraríamos también ante un acto de violación de normas. Las características de los bienes objeto de la conducta, además de los que ya están siendo investigados, serían tras la ampliación: [...] aceite 100% ACEITE DE SOYA LIGHT MI COMISARIATO con registro sanitario No.2921 INHCAE0407. Cabría verificar si se difundió respecto a estos productos, una campaña publicitaria que puede inducir a error al público, inclusive por omisión de información, y en general sobre las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, lo que también puede ser considerado como un acto de engaño, teniendo particularmente en cuenta que se configura como acto de engaño la difusión de la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactas. iii. Que la duración de la conducta comprende el período que inicia en la promulgación de la LORCPM, 13 de octubre de 2011, hasta el fin de la investigación, o hasta la/echa en la cual se constate el cese de las conductas analizadas. Las presuntas responsables se relacionan con la conducta en cuanto son titulares de registro sanitario, fabricantes, comercializadores y anunciantes de productos "aceites light", o anunciantes y comercializadores de tales productos. Los elementos de convicción hasta ahora existentes se refieren a un listado de los productos "aceites light" autorizados por ARCSA, Dictamen Técnico sobre el listado de productos



aceites light autorizados por ARCSA, y un Informe respecto al control pos registro que se realizó a nivel nacional del 14 al 16 de octubre de 2013 de aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra "light". iv. Que los hechos que motivan la ampliación de la resolución de inicio de investigación, se refieren a que los investigados son operadores independientes entre sí, por lo tanto, responden a intereses particulares que concurren al mismo mercado de productos, con otros competidores. Además, cabe tomar en cuenta que el mercado investigado es el mercado de aceites vegetales, producto que consume la mayor parte de la población, y es un producto incluido dentro de la canasta básica, por lo que si se estaría distorsionando la decisión del consumidor debido a la información o falta de información, la mayoría de la población se vería afectada. Así mismo queda pendiente de verificar si los operadores realizaron campañas de publicidad que fueron difundidas por televisión de manera masiva, ya que de ser el caso, se presume esta información llegó a una buena parte de la población, por lo que, si se llegara a configurar que es publicidad engañosa, sería una considerable parte de la sociedad la que recibió un mensaje que le induce a error, por lo que esto afectaría al interés general. v. No existiría, hasta lo que se conoce del presente caso, terceros que asienten la condición de interesados.vi. Que el plazo de duración de la investigación seguirá siendo el mismo iniciado mediante la resolución del 14 de marzo de 2014, las 15h00, es decir de ciento ochenta (180) días contados a partir de la emisión de la referida resolución; pues la presente resolución de ampliación no implica la ampliación del plazo, ya que para ello existe norma específica (artículo 62, inciso primero del RALORCPM). Segundo.- Notificar a [...] IMPORTADORA. EL ROSADO S.A, (sic) con el contenido de la presente resolución, para que en el término de quince (15) días de notificados presenten sus explicaciones. Conforme lo prevén los artículos 56, inciso tercero de la LORCPM, y 65 del RALORCPM, se recuerda a las partes su derecho de acceder al expediente, así como de requerir copias del mismo, salvo en lo que haya sido declarado como confidencial [...]"

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

Con providencia de 29 de abril de 2015, a las 15h00, la Intendencia de Prácticas Desleales, se pronunció sobre los resultados de la investigación, disponiendo notificar al operador económico Corporación el Rosado S.A, con el contenido del informe de resultados de la investigación realizada, concediéndole el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación para contestar y deducir excepciones. En el informe de resultados de la investigación la Intendencia de Prácticas Desleales, en lo principal expresa lo siguiente: “[...] En la resolución de inicio de investigación preliminar se consideró: "Que, en la actualidad, la población tiene tendencia a consumir productos alimenticios "light" (10% de los productos que se comercializan son light 1), por sus bajas calorías, bajo nivel de grasas, entre otros; lo cual lleva implícito el mensaje de que dichos productos no engordan o son apropiados para consumir en dietas bajas en grasas y calorías. Que este fenómeno hace que los productos light sean atractivos para el consumidor, y por ende tengan altos niveles

de ventas; sin embargo es muy importante que esta condición de productos light se cumpla, debido a que se pueden ofrecer productos a los que no se les haya dado el tratamiento correspondiente y que se comercialicen bajo la etiqueta de light, únicamente para aumentar sus ventas, prescindiendo de contar con los beneficios prometidos. Que no se ha encontrado definición o norma que regule el uso del término "light" para el etiquetado o promoción de los productos alimenticios. Que el artículo 10 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece "Ar.t. 10. - Idioma y Moneda. - Los datos y la información general expuesta en etiquetas, envases, empaques u otros recipientes de los bienes ofrecidos, así como la publicidad, información o anuncios relativos a la prestación de servicios, se expresarán en idioma castellano, en moneda de curso legal y en las unidades de medida de aplicación general en el país; sin perjuicio de que el proveedor pueda incluir, adicionalmente, esos mismos datos en otro idioma, unidad monetaria o de medida. "en concordancia con el artículo 8 de su reglamento establece: "Art. 8.- (. . .) los datos e información general de los productos importados se expresarán en castellano, mediante etiquetas o impresos complementarios, adheridos o adjuntados a los productos, salvo que en origen La información cumpla este requisito ", por su parte la Norma Técnica Ecuatoriana INEN 1334.1 en su artículo 5.4. 1 expresa: "La información obligatoria del rótulo, de la presente norma debe expresarse en idioma castellano, aceptándose que adicionalmente se repita ésta en otro idioma.", de igual manera el artículo 5. 5. 1 de la misma norma establece: "A más de la etiqueta original de los productos importados se podrá adicionar un rótulo o etiqueta adhesiva con toda la información obligatoria en castellano". Sin que la palabra "light" sea formalmente aceptada por la Real Academia de la Lengua Española. Que el artículo 143 de la Ley Orgánica de Salud establece: "La publicidad y promoción de los productos sujetos a registro sanitario deberá ajustarse a su verdadera naturaleza, composición, calidad u origen, de modo tal que se evite toda concepción errónea de sus cualidades o beneficios, Lo cual será controlado por la autoridad sanitaria nacional." En igual sentido la letra g) del artículo 146 de la misma norma ordena: "En materia de alimentos se prohíbe: La oferta de un alimento procesado con nombres, marcas, gráficos o etiquetas que hagan aseveraciones falsas o que omitan datos de manera que se confunda o lleve a error al consumidor". La norma Técnica Ecuatoriana JNEN 1334.1 al respecto expresa en el número 4.1: "Los alimentos procesados, envasados y empaquetados no deben describirse ni presentarse con un rótulo o rotulado en una forma que sea falsa, equívoca o engañosa, o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza". Por otra parte en cuanto a la identificación del producto alimenticio manifiesta el número 5. 1. 1. 1 "El nombre debe indicar la verdadera naturaleza del alimento, y normalmente, debe ser específico y no genérico, de acuerdo a las siguientes instrucciones: (. . .) b) Cuando no se disponga de tales nombres, se debe utilizar un nombre común o usual, consagrado por el uso corriente como término descriptivo apropiado, que no induzca a error o a engaño al consumidor". En igual sentido el número 5.1.1.2 de la misma norma técnica expresa: "En la cara principal de exhibición del rótulo, junto al



nombre del alimento, en forma legible, aparecerán las palabras o frases adicionales necesarias para evitar que se induzca a error o engaño al consumidor con respecto a la naturaleza, origen y condición física auténticas del alimento que incluyen pero no se limitan al tipo de medio de cobertura, la forma de presentación o su condición o el tipo de tratamiento al que ha sido sometido, por ejemplo, deshidratación, concentración, reconstitución, ahumado, etc. "finalmente el número 5. 6. 2.1 expresa: "Cuando se empleen designaciones de calidad, éstas deben ser fácilmente comprensibles, y no deben ser equívocas o engañosas en forma alguna". Por último el número 4.1 del Reglamento de Rotulado de Productos Procesados y Envasados establece: "Los productos envasados no deben describir ni presentar un rotulado en forma falsa, equivocada o engañosa o susceptible de crear en modo alguno una impresión errónea respecto de su naturaleza ningún aspecto". Que, en tal virtud es importante que las empresas comprueben efectivamente las características atribuibles a sus productos, a fin de no cometer actos de engaño. "La referida resolución de inicio de investigación preliminar plantea tres elementos específicos: (i) un análisis de la definición o norma que regula el uso del término "light" para el etiquetado o promoción de los productos alimenticios; (ii) un análisis de la utilización de palabras en un idioma distinto al castellano dentro del etiquetado de productos; y (iii) un análisis de la significación del vocablo light para el consumidor común, y la concepción errónea de sus cualidades o beneficios, en este caso concreto[...]"- Del Informe presentado por la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA).- “ [...] C) Sobre el control pos registro a nivel nacional el ARCSA (14 al 16 de octubre de 2013) aceites comestibles que contiene en su etiqueta la palabra light. Mediante oficio Nro. ARCSA - DE 2014-03 11 -0 de 20 de marzo de 2014, el ARCSA informa que realizó a nivel nacional del 14 al 16 de octubre de 2013, el control pos registro de aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra "light". Se encontró en dicho control que los productos que utilizan la palabra Aceite light", según la base de datos correspondientes a los registros sanitarios que están vigentes hasta la fecha: PRODUCTOS NO CONFORME a lo otorgado en el registro sanitario: ACEITE COMESTIBLE DE SOYA ALESOY A PREMIUN LIGHT: registro sanitario 01886-INGH-A1-N-04-07 (notificado con el informe técnico de inspección el 25 de febrero de 2014). En alusión a lo expuesto anteriormente, Corporación El Rosado comercializaba aceite con etiqueta "light", sin haber obtenido ni siquiera autorización para su uso con la autoridad respectiva, en este caso, no sólo que indujeron a cometer error a los consumidores sino que engañaron a los mismos[...]" (lo subrayado nos corresponde). De las prácticas desleales de modo general.- “[...] El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) fija como su objeto, en lo que respecta a prácticas desleales, el prevenirlas, prohibirlas y sancionarlas, "buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios". En concordancia con lo que establece el artículo 4 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (RLORCPM) que manifiesta 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 a los derechos de los consumidores o usuarios. Los artículos 25 y 26 de la LORCPM, definen dichas prácticas y establecen lo que se encuentra prohibido en esta materia, respectivamente. De tales disposiciones se desprende que su aplicación se dirige a las relaciones entre competidores en el mercado, por actos que inciden en el sistema económico. Los elementos que conforman una práctica desleal son: (i) la finalidad concurrential; y (ii) la afectación al proceso competitivo, es decir, la forma en la que los operadores participan, ya que al hablar de prácticas desleales interesa la forma en la que los operadores se relacionan entre sí (leal o deslealmente), debiendo garantizarse una relación de lealtad y sana competencia. Definición conforme el art. 25 de la LORCPM: "Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. (. . .) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley. "(Lo subrayado pertenece a esta DNEIPD) [...]".- Los presuntos actos de engaño "[...] La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado considera, en su artículo 27, numeral 2, como acto de engaño: "(. . .) toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje". Un acto de engaño es generado por un operador u ofertador de bienes y servicios, creando, con intencionalidad o no, una falsa impresión de sus



productos o servicios y que induce que el consumidor efectúe una decisión de consumo sin la información veraz, de tal forma que equivoca su elección. En el proceso 2013-015 el engaño se producido mediante la utilización y difusión de condiciones incorrectas y falsas en el etiquetado [...]". Prácticas de engaño a través de la publicidad "[...] El artículo 27 numeral 2 de la LORCPM transcrito en líneas anteriores, establece lo que ha de entenderse por actos de engaño como una práctica desleal. La característica principal de estas prácticas es que en ellas, como señala Marín Sevilla el "(...) agente económico contraviene la buena fe al generar frente al público de los consumidores una impresión falaz de sus propios productos o servicios, de forma tal que se expone al consumidor a adoptar una decisión inadecuada a sus intereses "8 (Resaltado corresponde a la Dirección). La Ley hace especial mención, en su inciso segundo, a las prácticas de engaño que se realizan a través de publicidad. Existe una especie de prohibición general "(. . .) de afirmaciones sobre productos o servicios que no fueran veraces y exactos en una suerte de cláusula general prohibitiva. Estas conductas son desleales debido a que son capaces de incrementar la confianza de los consumidores acerca del mensaje publicitario transmitidos "9. En este sentido existen pronunciamientos de autoridades internacionales en la materia. El Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), del Perú, en la Resolución N° 090 1-2004/TDCINDECOPI, se pronuncia de la siguiente manera: "La afectación al principio de veracidad se encuentra estrechamente relacionada con la vulneración del derecho a la información de los consumidores. Ello debido a la doble naturaleza de la infracción al principio de veracidad publicitaria, la cual constituye un ilícito concurrencial - es decir, un acto de competencia desleal, en la modalidad de actos de engaño- y, a la vez, una afectación al derecho de información de los consumidores". El acto de engaño se considera en un amplio sentido, no sólo en la difusión al público en general sino en la forma en sí de la difusión del mensaje publicitario que se realiza a través de diferentes medios y canales como por ejemplo folletos, etiquetas, envases, charlas, etc. La forma en que se evalúa el engaño parte de la capacidad del consumidor para conocer las diferencias. En el caso de análisis, el usuario no podría conocer si el aceite comestible era light o no, recayendo en un principio de buena fe y confianza que tenemos en los abastecedores de productos [...]"

3.4.- Término de prueba.-

Con sujeción a lo previsto en el artículo 59 de la LORCPM, mediante providencia de 17 de junio de 2015, a las 10h00, la Intendencia de Prácticas Desleales dispuso la apertura del período de prueba por el término de sesenta (60) días, el mismo que fue prorrogado por el término de treinta (30) días, con providencia de 09 de septiembre de 2015, a las 10h00.

3.5.- Informe Final Ampliatorio.-

Mediante memorando Nro. SCPM-IIPD-2015-366-M de 10 de diciembre de 2015, suscrito por la abogada Patricia Ayala Happe, Intendente de Investigación de Prácticas Desleales, remitió a esta Comisión el informe final ampliatorio dentro del expediente Nro. SCPM-IIPD-2013-015.

CUARTO.- ALEGACIONES ADUCIDAS POR EL OPERADOR ECONOMICO CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.-

4.1.- Explicaciones.-

"[...] Que CORPORACIÓN EL ROSADO ("El Rosado") es titular y cuenta con el registro Sanitario No.2921INHCAEO407 del producto denominado ACEITE COMESTIBLE DE SOYA, Marca: MI COMISARIATO, emitido el 11 de mayo de 2012 y con vigencia hasta el 11 de mayo del 2017. Que desde Noviembre del año 2013, CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. ("el Rosado"), no importa el producto denominado ACEITE COMESTIBLE DE SOYA, Marca: MI COMISARIATO, bajo el Registro Sanitario No.2921INHCAEO407. Que CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. ("El Rosado") como titular del registro No.291INHCAEO407 SI cumple con los parámetros especificados en dicho registro y que en virtud de la información de la nueva etiqueta presentada ante la AGENCIA NACIONAL DE REGULACIÓN Y VIGILANCIA SANITARIA bajo la solicitud no.16910119 para la modificación del registro sanitario de productos alimenticios no.2921INHCAEO407 del producto denominado ACEITE COMESTIBLE DE SOYA, marca MI COMISARIATO; se nos emitió una orden de pago No.A0080779 el 9 de mayo de 2014, para continuar el trámite..."

4.2.- Excepciones interpuestas.-

1. Incompetencia de la Intendencia de Prácticas Desleales en razón de la materia.
2. Incompetencia en razón del tiempo.
3. Licitud de todas las actuaciones de El Rosado.
4. Garantía constitucional de NOMB BIS IN IDEM.
5. El Rosado no importa, desde noviembre de 2013 el producto denominado "aceite comestible de soya" marca MI COMISARIATO.
6. El Rosado, ha cumplido con los parámetros especificados en el registro No. 2921INHCAEO407.
7. Ausencia de elementos constitutivos de la infracción contenida en el artículo 27 No.2 de la LORCPM.
8. Ausencia de Daño potencial o real al mercado.



9. Negativa que el Rosado con motivo de los hechos que se le imputan haya obtenido ventajas o beneficios por sobre sus competidores en el mercado relevante.

10. No existió publicidad en medios masivos, o campaña publicitaria alguna en relación con el producto objeto de la investigación.

11. No se allana a las causales de nulidad del procedimiento administrativo.

4.2.- Síntesis de los fundamentos de la Contestación del operador económico

Corporación el Rosado S.A.

a) El procedimiento administrativo es nulo por no haberse notificado el Informe Final, por haberse dividido infundadamente la continencia de la causa y por haberse dispuesto la práctica de diligencias probatoria en la fase resolutoria.

b) El Informe Final carece de sustento jurídico pues se han presentado y menos demostrado los elementos constitutivos de la infracción acusada. Particular, no se ha presentado ni probado que alguna conducta de El Rosado haya tenido como objeto o efecto inducir a error o engañar.

c) Ninguna conducta de El Rosado tenía la capacidad de afectar el interés general debido a su marginal participación en el mercado y a la existencia de publicidad en relación con el Producto.

d) El monto sugerido para la multa es improcedente pues su cálculo (i) utiliza información correspondiente a un mercado relevante deficientemente definido, (ii) viola los principios de razonabilidad y proporcionalidad, (iii) impone a El Rosado un tratamiento discriminatorio; y, (iv) omite considerar circunstancias atenuantes.

e) Los fundamentos económicos del Informe Final Ampliatorio son inteligible, incompletos, contradictorio o cerrados, según el caso.

f) Los coeficientes de correlación utilizados por la autoridad no permiten inferir la existencia de un mercado relevante conformado por los aceites vegetales regulares y los aceites light.

g) El análisis de elasticidad cruzada practicado por la Intendencia no es suficiente para sostener que los aceites vegetales ordinarios y los aceites light constituyen productos sustitutos.

h) La autoridad omitió recurrir al test, generalmente aceptado, del monopolista hipotético para la definición del mercado relevante. Debido a esa omisión, realizó una definición defectuosa que le llevo a concluir que los aceites vegetales regulares y los aceites light pertenecen al mismo mercado relevante.

QUINTO.- PRUEBAS DE LOS INTERVINIENTES.-

5.1.- Prueba presentada por la Intendencia de Prácticas Desleales.-

- a) El Oficio No. MSP-ARCSA-2013-0476-0, con fecha 11 de agosto de 2013, remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA en la que consta un listado de los productos "aceites light" autorizado el ARCSA (De foja 004).
- b) El Oficio No-MSP-ARCSA-2013-0762-0, con fecha 16 de septiembre de 2013 remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA en la que anexa en forma digital un CD, conteniendo un listado actualizado según la base de datos publicado en la página web del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" (De fojas 008, 008-A).
- c) El Oficio No-MSP-ARCSA-2013-0786-0, con fecha 18 de septiembre de 2013 remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, en la que anexa en forma digital un CD, conteniendo un listado actualizado, incluyendo el nombre del Titular del Registro Sanitario, según la base de datos publicada en la página web del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez". (Fojas 009, 010ª).
- d) El oficio No. MSP-ARCSA-DAJ-0016-2013-KJJB, con fecha 4 de octubre de 2013 remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control, y Vigilancia Sanitaria ARCSA, un listado de todos los productos "light" y sus anexos incluido un CD en la que consta el cocinero light, y Gustadina Rubino. (Fojas 138 a142).
- e) El oficio No. ARCSA-DE-2014-022-0, con fecha 3 de enero de 2014 y su anexo en forma digital CD, remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ARCSA, quien remite el dictamen técnico sobre la composición y la idoneidad de los productos para cumplir con el objetivo que se anuncian en su publicidad en el mercado y el efecto light el mismo que fue solicitado por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales en providencia de 24 de octubre de 2013. (155 al 158).
- f) El informe de la Etapa de Investigación Preliminar emitido por la Dirección Nacional de Estudios e Investigación de Prácticas Desleales con fecha 07 de marzo de 2014. (Fojas 163 hasta 177).
- g) El oficio No. ARCSA - DE- 2014-0311-0, con fecha 19 de marzo de 2014 y sus anexos, remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria quien remitió información de las acciones realizadas por



parte del ARCSA sobre el control de los aceites comestibles que contienen en sus etiquetas la palabra "Light". (Fojas 198 al 203).

h) La providencia de fecha 14 de abril de 2014, las 15h00 emitida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales resolviendo el inicio de la etapa de investigación. (Fojas 255 hasta 272).

i) La providencia de fecha 16 de mayo de 2014, las 11h00 emitida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales donde resuelve ampliar el inicio de la investigación contra los operadores económicos Industrias Ales C.A., y Corporación el Rosado. (336 hasta 339).

j) La información remitida por Corporación "El Rosado S.A.", presentado con fecha 04 de diciembre de 2014 en forma física y formato digital CD, conteniendo las respuestas del cuestionario V, y los anexos 5.1, 5.2, 5.3, 5.4 con información sobre el aceite comestible de soya Mi Comisariato en su presentación 1, 1.8 litro. (Fojas 468, 482) y de la (Fojas 483 a la 491) que fue declarado como confidencial en providencia 25 de febrero de 2015 que corresponde a la información presentada por Corporación el Rosado, el mismo que se refiere al mes, año, precio, cantidad, vendida, venta totales sin IV A, desde septiembre del 2011 hasta el 2014 para el aceite comestible de soya Mi Comisariato en presentación de 1 litro, 1,8 litro y sobre la publicidad del producto.

k) El oficio No. ARCSA - ARCSA-DAJ- 2014- DE- 2014-0183-0 y sus anexos, presentada con fecha 19 de diciembre de 2014, a la Secretaria General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado remitido por la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria expidiendo información solicitada, sobre el estado en que se encuentra el trámite de registro sanitario respecto de los aceites comestible de Soya Light "Mi Comisariato, y aceite comestible de soya Alesoya Premiun Light. (Fojas 519 al 527).

l) La información remitida por Corporación El Rosado S.A., con fecha 19 de enero de 2015 en forma física (Fojas 619, 623 a 629), y formato digital CD (Foja 630) conteniendo las respuestas del cuestionario Vil. (Fojas 623 hasta la 630) que corresponde a información declarada confidencial mediante providencia 25 de febrero de 2015, que se refiere a la información sobre ventas específicas de los productos de los aceites sin la denominación light, con la denominación light y las ventas totales desde el 2011 hasta el 2014; información sobre venta de aceite con la denominación light del producto comercial aceite soya mi comisariato de 1, 1,8 Lt con su precio, cantidades por unidades y venta totales del 2011 al 2014.

m) El Informe de Resultados emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, con fecha 06 de abril de 2015. (Fojas 1161a1194).

n) Informe de Resultados suscrito por el Intendente de Investigación de Práctica Desleales, de fecha 29 de abril de 2015. (1196 a la 1225).

ñ) La Formulación de Cargos emitida por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales con fecha 29 de abril de 2015. (Foja 1226).

5.2.- Pruebas presentadas por la Corporación el Rosado S.A.

1. Certificación de los operadores económicos dedicados a la publicidad televisiva, radial y escrita, en el que certifican que no ha recibido requerimientos o solicitudes de los últimos cinco años de que hayan suscrito contrato o prestado servicio de publicidad a la Corporación el Rosado en relación al producto aceite de soya light mi comisariato.
2. Información del Director Nacional de Aduana del Ecuador certificando la última importación efectuada por Corporación el Rosado del producto aceite mi comisariato en sus presentaciones de 1, 1.8 litros, con registro sanitario 292 I-INCAHE-0407.

SEXTO: FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO.-

6.1.- Fundamentos de Hecho.-

6.1.1. La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en lo posterior SCPM), mediante decisión de 20 de junio de 2013, a las 09h30, resolvió dar inicio a la investigación preliminar, al señalar: “[...] Primero.- Abrir el presente expediente y conducir a una investigación preliminar, la cual concluirá con un informe que no podrá ser expedido en un término mayor a ciento ochenta (180) días. Segundo.- Declarar el presente proceso investigación preliminar de carácter reservado, excepto para las directamente involucradas, con las excepciones del artículo 3 de RALORCPM [...]”.

6.1.2.- Ampliación de la resolución inicio de investigación de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales (IIPD) de fecha 16 de mayo de 2014, las 11 h00, órgano de investigación que resolvió: “[...] Primero.- Ampliar la Resolución de Inicio de Investigación en el presente expediente, teniendo en consideración lo siguiente: i. Que otros presuntos responsables de las conductas investigadas son: [...] IMPORTADORA EL ROSADO S.A., (sic) en sus calidades de titulares de los registros sanitarios y comercializadores de productos "aceites light". ii. Que las conductas objeto de investigación siguen siendo la comercialización de productos cuyo etiquetado puede inducir a error al público debido a que: (i) no cumple con los parámetros light y, (ii) la información de la etiqueta se encuentra en un idioma distinto al castellano;



además de incluir con esta ampliación a, (iii) los productos que se comercializan como aceites "light" sin contar con los registros sanitarios correspondientes en cuyo caso, si se demuestra una ventaja significativa, nos encontraríamos también ante un acto de violación de normas. Las características de los bienes objeto de la conducta, además de los que ya están siendo investigados, serían tras la ampliación: [...] aceite 100% ACEITE DE SOYA LIGHT MI COMISARIATO con registro sanitario No. 2921 INHCAE0407. Cabría verificar si se difundió respecto a estos productos, una campaña publicitaria que puede inducir a error al público, inclusive por omisión de información, y en general sobre las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, lo que también puede ser considerado como un acto de engaño, teniendo particularmente en cuenta que se configura como acto de engaño la difusión de la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactas. iii. Que la duración de la conducta comprende el período que inicia en la promulgación de la LORCPM, 13 de octubre de 2011, hasta el fin de la investigación, o hasta la/fecha en la cual se constate el cese de las conductas analizadas. Las presuntas responsables se relacionan con la conducta en cuanto son titulares de registro sanitario, fabricantes, comercializadores y anunciantes de productos "aceites light", o anunciantes y comercializadores de tales productos. Los elementos de convicción hasta ahora existentes se refieren a un listado de los productos "aceites light" "autorizados por ARCSA, Dictamen Técnico sobre el listado de productos- aceites light autorizados por ARCSA, y un Informe respecto al control pos registro que se realizó a nivel nacional del 14 al 16 de octubre de 2013 de aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra "light". iv. Que los hechos que motivan la ampliación de la resolución de inicio de investigación, se refieren a que los investigados son operadores independientes entre sí, por lo tanto, responden a intereses particulares que concurren al mismo mercado de productos, con otros competidores. Además, cabe tomar en cuenta que el mercado investigado es el mercado de aceites vegetales, producto que consume la mayor parte de la población, y es un producto incluido dentro de la canasta básica, por lo que si se estaría distorsionando la decisión del consumidor debido a la información o falta de información, la mayoría de la población se vería afectada. Así mismo queda pendiente de verificar si los operadores realizaron campañas de publicidad que fueron difundidas por televisión de manera masiva, ya que de ser el caso, se presume esta información llegó a una buena parte de la población, por lo que, si se llegara a configurar que es publicidad engañosa, sería una considerable parte de la sociedad la que recibió un mensaje que le induce a error, por lo que esto afectaría al interés general. v. No existiría, hasta lo que se conoce del presente caso, terceros que asienten la condición de interesados. vi. Que el plazo de duración de la investigación seguirá siendo el mismo iniciado mediante la resolución del 14 de marzo de 2014, las 15h00, es

decir de ciento ochenta (180) días contados a partir de la emisión de la referida resolución; pues la presente resolución de ampliación no implica la ampliación del plazo, ya que para ello existe norma específica (artículo 62, inciso primero del RALORCPM).

6.1.3.-Del Informe presentado por la Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria (ARCSA).- “[...] C) Sobre el control pos registro a nivel nacional el ARCSA (14 al 16 de octubre de 2013) aceites comestibles que contiene en su etiqueta la palabra light. Mediante oficio Nro. ARCSA - DE 2014-03 11 -0 de 20 de marzo de 2014, el ARCSA informa que realizo a nivel nacional del 14 al 16 de octubre de 2013, el control pos registro de aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra "light". Se encontró en dicho control que los productos que utilizan la palabra Aceite light", **según la base de datos correspondientes a los registros sanitarios que están vigentes hasta la fecha: PRODUCTOS NO CONFORME a lo otorgado en el registro sanitario: ACEITE COMESTIBLE DE SOYA ALESOY A PREMIUN LIGHT: registro sanitario 01886-INGH-A1-N-04-07 (notificado con el informe técnico de inspección el 25 de febrero de 2014).** En alusión a lo expuesto anteriormente, Corporación El Rosado comercializaba aceite con etiqueta "light", sin haber obtenido ni siquiera autorización para su uso con la autoridad respectiva, en este caso, no sólo que indujeron a cometer error a los consumidores sino que engañaron a los mismos[...]" (las negrillas y lo subrayado nos corresponde).

6.2.- Fundamentos de Derecho.-

6.2.1. - Constitución de la República del Ecuador.-

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. [...]
7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
 - a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
 - b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
 - c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. [...]



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 27.- Prácticas Desleales.- “[...] Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: 1. Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de



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

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

6.2.3. Derecho administrativo sancionador.-

6.2.3.1. El tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, citando a Alejandro Nieto, respecto a la potestad sancionadora de la administración sostiene: *[...] proporciona una base muy sólida al Derecho Administrativo Sancionador, puesto que, así queda anclado en el ámbito constitucional del Estado superando los planteamientos habituales tradicionales, más rudimentarios, que buscan su justifican dogmática en la sanción en el ilícito o, a todo lo más, en la organización administrativa. En el principio de todo Derecho está una potestad administrativa sancionadora y un ordenamiento jurídico administrativo sancionador es por lo que puede hablarse, con propiedad de un Derecho Administrativo Sancionador [...].*³

6.2.3.2. Carácter preventivo y disuasivo de la sanción.-

De acuerdo con el informe de la Fiscalía Nacional Económica de la República de Chile de 11 de noviembre de 2014, se indica que: *“[...] Las sanciones y remedios cumplen también una función preventiva, disuadiendo a los agentes económicos de infringir la ley. Las sanciones y remedios pueden cumplir una*

³ Manual de Derecho Procesal Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera Edición, Quito-Ecuador 2011, Páginas 322 y 323

función preventiva especial o general, según si buscan establecer incentivos para evitar que el infractor sancionado reincida, o para prevenir que el universo de posibles infractores transgreda la ley, respectivamente.[...] Por regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general [...] el ordenamiento reducirá las infracciones y cumplirá exitosamente con su función preventiva en medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia de involucrarse en una conducta ilegal. Por lo Mismo, una sanción será disuasiva en la medida en que asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado [...]”.

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

6.2.4.1.- El principio de legalidad significa: “*[...] El principio de legalidad, reserva de ley o tipicidad, en el ámbito de las infracciones y sanciones, tiene una radical importancia en el quehacer jurídico de la sociedad, puesto que posibilita que las personas alcancen certeza y certidumbre de aquellas conductas que se encuentran permitidas y aquellas que se encuentran prohibidas; cuestión que trasciende al ámbito procesal, puesto que el órgano del poder público que cuenta con potestad para juzgar infracciones y determinar sanciones únicamente lo puede efectuar si existe una ley previa, expresa y taxativa, concretando el aforismo Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legale, el mismo que ampliado técnicamente al ámbito de imposición de sanciones, configura el principio de juridicidad:[...]*”⁴

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

⁴ Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Enero 2012, página 80.



vigente, es decir, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica[...].⁵

6.2.4.3.- El derecho a la defensa comporta: “[...] el derecho de las personas a la defensa se manifiesta en que nadie puede ser privado del mismo en ninguna etapa o grado del procedimiento, contar con los medios adecuados, ser oído en el momento oportuno también denominado *audialteram parte*, el derecho de acceso al expediente, el derecho a formular alegatos y presentar pruebas, derecho a una decisión expresa, motivada y fundada en derecho, ser asistido por un abogado, recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en que se decida sobre sus derechos[...]. “[...] El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma el ámbito del debido proceso. En cuanto derecho fundamental se proyecta como principio de interdicción de ocasionarse indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de alguna de las partes de un proceso o de un tercero con interés [...]”.⁶

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

“[...] En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con los procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución 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 [...]”.⁷

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

De lo expuesto, la conducta antijurídica de responsabilidad que se imputada al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., se encuentra tipificada en el numeral 2 del

⁵ Sentencia No.056-12-SEP-CC CAS No.0850-10-EP 27 de marzo de 2012.

⁶ Jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo VI, Junio 2012, Quito Ecuador, Página 506.

⁷ Sentencia No.109-12-SEP-CC, CASO No.0246-10-EP, 08 de marzo de 2012.

artículo 27 de la LORCPM , norma que fue violada por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., al haber incurrido en un acto de engaño, por haber comercializado el aceite comestible 100% aceite de soya light “Mi Comisariato”, al no proporcionar a los consumidores la información exacta sobre el aceite comestible denominado light, afectando al bienestar general y los derechos de los consumidores, presupuesto que se ajusta a lo previsto en la cláusula general prohibitiva contenida en el artículo 26 de la Ley antes invocada.

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

El escrito presentado Corporación El Rosado S.A. de fecha 29 de mayo de 2015 se remite las siguientes explicaciones:

"Que CORPORACION EL ROSADO ("El Rosado") es titular y cuenta con el Registro Sanitario NO. 2921 INHCAE0407 del producto denominado: ACEITE COMESTIBLE DE SOYA, Marca: MI COMISARIATO, emitido el 11 de mayo de 2012 y con vigencia hasta el 11 de mayo del 2017. Que desde Noviembre del año 2013, CORPORACION EL ROSADO S.A. ("el Rosado "), no importa el producto denominado: ACEITE COMESTIBLE DE SOYA, Marca: MI COMSARIATO, bajo el Registro Sanitario No. 2921 INHCAE0407. Que CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. ("El Rosado ") como titular del registro No. 29 JJNHCAE0407 SI cumple con los parámetros especificados en dicho registro y que en virtud de la información de la nueva etiqueta presentada ante la AGENCIA NACIONAL DE REGULACION Y VIGILANCIA SANITARIA bajo la solicitud no. 16910119 para la modificación del registro sanitario de productos alimenticios no. 2921JNHCAE0407 del producto denominado ACEITE COMESTIBLE DE SOYA, Marca MI COMISARIATO; se nos emitió una orden de pago No. A0080779 el 19 de mayo de 2014, para continuar el trámite..."

De la información remitida por el ARCSA, mediante oficio No. ARCSA-DE-2014-031 1-0 de fecha 19 de marzo de 2014 (F.198) determina:

"[. . .] En referencia a la recomendación N° SCPM-DS-003-2013 de 21 de agosto de 2013, se elaboró una Hoja de Ruta para control de Aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra "light". (...) En cumplimiento a la primera fase de la Hoja de ruta en mención, se realizó a nivel Nacional del 14 al 16 de octubre de 2013, el control post registro de aceites comestibles que contienen en su etiqueta la palabra light, dentro de ese control se identificó los siguientes productos en el mercado. [. . .] 100% Aceite de Soya Light Mi Comisariato. Al comparar los productos controlados que utilizan las palabras "aceites light" y que se encuentran autorizados por la ARCSA según nuestra base de datos correspondientes a los registros sanitarios que están vigentes a la fecha y con la finalidad de verificar si en el nombre que presentan en su etiqueta con lo cual se está comercializando está de acuerdo con lo otorgado en el certificado de registro sanitario correspondiente se determinó:[...] Productos NO CONFORME a lo otorgado en el registro sanitario. 1. [. . .]; 2. El producto 100%



aceite de Soya light "Mi Comisariato" con número de registro sanitario 2921 INHCAE0407, notificado con el informe técnico con fecha 13 de febrero de 2013".

Dentro de las conclusiones indicadas por el ARCSA manifiesta:

(...) "El control post registro, se lo realiza para la verificación de lo establecido en la norma técnica Ecuatoriana NTE INEN 1334-2:2011, norma de rotulado de productos alimenticios para el Consumo Humano en donde no se contempla el uso de la palabra "light", por lo que los aceites a los cuales se emitió el registro sanitario con la palabra light, así como los aceites que se están comercializando como light sin sujetarse a lo autorizado en el registro sanitario, deberán ajustarse a lo establecido en la norma vigente" (. . .)

(. . .) "A la fecha de la Dirección Jurídica de ARCSA, ha procedido con las respectivas notificaciones de los informes técnicos a los representantes legales de las empresas fabricantes de los aceites que fueron controlados y que contienen en sus etiquetas la palabra light, con la finalidad de poner en conocimiento los incumplimientos de terminados en la referencia a la norma INEN ya citada. Los dos productos que se verifico se comercializan con un nombre no conforme a lo otorgado en el registro sanitario han sido notificados con la suspensión de su respectivo certificado de registro sanitario " (. . .).

El escrito presentado por Corporación el Rosado S.A., de fecha 26 de agosto de 2015 donde solicita oficiar a los representantes legales de 24 medios de comunicación (Por ser extenso no se hace constar) tanto televisivo, radial y escrito con el fin de que certifique si Corporación el Rosado S.A., en los últimos cinco años ha recibido requerimientos o solicitudes, suscritos contratos o prestado servicios de publicidad a Corporación el Rosado S.A., en relación con el aceite de sota light "Mi Comisariato".

El operador económico no ha podido justificar el incumplimiento de la norma NTE INEN 1334 2: 2011 del rotulado de productos alimenticios de consumo humano donde no se contempla el uso de la palabra LIGHT. Este operador económico comercializaba su producto sin sujetarse a lo autorizado en el registro sanitario, por lo tanto ha incurrido en actos de engaño al inducir a error sobre los atributos que posee dicho producto.

De acuerdo a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en el artículo 6 sobre la Publicidad Prohibida indica:

"Quedan prohibidas todas las formas de publicidad engañosa o abusiva, que induzcan a error en la elección del bien o servicio que puedan afectar los intereses y derechos del consumidor".

Por lo tanto el operador económico Corporación El Rosado S.A., ha violentado el principio constitucional de acceder a los bienes o servicios con una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características de la palabra light, en su

etiquetado a inducir a error en la elección del producto y de esta manera afectando los derechos de los consumidores.

De lo expuesto, por el operador económico investigado se determina que ha incurrido en acto de engaño al comercializar productos considerados como light, sin cumplir con los parámetros por la norma técnica y que han tenido que reemplazar o dejar de comercializar por el control realizado por el ARCSA, llegando inclusive a suspender las autorizaciones concedidas. El término "light" es un vocablo del idioma inglés que ha sido incorporado al idioma castellano, transmitiendo la idea que el producto es para cuidar la salud de los consumidores. En este sentido no solamente los operadores económicos han vulnerado las normas de rotulado, sino las propias de defensa de los consumidores, de publicidad, de competencia, y en especial existe vulneración a los derechos y principios constitucionales”.

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

9.1 El operador económico CORPORACION EL ROSADO S.A., vendió los aceites vegetales comestibles denominado aceite 100% ACITE DE SOYA LIGHT MI COMISARIATO. Este producto fue y comercializado por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., al menos en el período comprendido entre el año 2010, fecha en la que no regía la LORCPM, entonces, la infracción se considerará desde el 13 de octubre de 2011, fecha en la que entra en vigencia la LORCPM, hasta marzo del 2014, cabe manifestar que es una infracción continuada en el tiempo.

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



a los consumidores ; y por tanto, un mecanismo de competencia en el mercado⁸. En la actualidad existe un gran interés en cultivar el cuerpo, y su estado en salud, por lo que la oferta de productos que contribuyan a bajar el peso, que mejoren la calidad de vida en salud es muy abundante y son muy reconocidos por los diferentes mercados de consumidores. En estas circunstancias, el término “light” es un vocablo del idioma inglés que ha sido incorporado al idioma castellano, transmitiendo la idea que el producto es para cuidar la salud de los consumidores, productos que por esta naturaleza suelen ser de mayor precio que sus pares no “light”.

9.3 Una de las alegaciones que presenta el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., es que no realizaron propaganda por medios masivos de comunicación, por lo que no se aplicaría la tipificación de actos de engaño, instituida en el artículo 27 de la LORCPM y que en su parte pertinente manifiesta: *Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...] 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado [...].- 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.* La norma no condiciona el acto de engaño a que éste se encuentre dentro de un proceso masivo en medios de comunicación. La difusión de un mensaje tiene que ver con el medio en el cual se transmite el mensaje, no solo la prensa, la televisión, la radio o el internet son los únicos medios de difusión, son masivos sí, pero no los únicos en el presente caso, la etiqueta que consta en el producto es, también parte de la promoción que se hace del producto, ya que a más de la información que por ley se tiene que consignar, están colores distintivos e información direccionada al consumidor que le influya a tomar una decisión, tal como el adjetivo “light” en la mencionada etiqueta. El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., comercializó el aceite 100% ACEITE DE SOYA LIGHT MI COMISARIATO, como una marca blanca de su cadena de supermercados MI COMISARIATO, y el mensaje estaba contenido en la etiqueta del producto y los canales eran, lógicamente, la exposición visual a los consumidores, en la cadena de supermercados que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., tiene en diferentes lugares del Ecuador.

⁸ Pérez de la Cruz Blanco, Antonio, Derecho de la Propiedad Industrial, Intelectual y de la Competencia, Marcial Pons 2008

La SCPM, solicita a la Agencia Nacional de Regulación y Vigilancia Sanitaria ARCSA se pronuncie sobre la veracidad de la calidad “light” del aceite 100% ACEITE VEGETAL LIGHT MI COMISARIATO. La ARCSA luego del análisis técnico pertinente, manifiesta que “según nuestra base de datos correspondientes a los registros sanitarios que estaban vigentes a la fecha y con la finalidad de verificar la conformidad del nombre que presentan en la etiqueta con lo cual se está comercializando, de acuerdo con lo otorgado en el certificado de registro sanitario, el resultado fue Producto **NO CONFORME** a lo otorgado en el registro sanitario respecto del producto **100% ACEITE DE SOYA LIGHT “MI COMISARIATO”**. Lo que determina los caracteres típicos, antijurídicos y la conducta del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.

9.4 El operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., realiza un análisis sobre la deslealtad de su conducta y que no se ha probado que haya tenido como efecto engañar o inducir a error a los consumidores de su aceite “light”, y plantea en su alegación que debe seguirse lo que en materia de competencia se conoce como la “regla de la razón”, en este sentido manifiesta alegando que la conducta desleal imputada a ese operador económico no podía afectar el interés general porque su participación era marginal respecto de otros operadores económicos que producen aceites comestibles vegetales. Adicionalmente, señala que las prácticas desleales no son punibles salvo que afecten al interés general e inclusive se debería aplicar la regla de minimis establecida en la LORCPM. Al respecto señalamos que la doctora Patricia Alvear Peña en su artículo de corrección económica señala incluido en la publicación de la Corte Nacional de Justicia (2015) señala que “[...] *La competencia desleal sanciona los actos deshonestos de operadores económicos, sin importar si éstos superan o no la regla de minimis, o si el volumen de ventas podría afectar el mercado relevante donde se realiza la deslealtad. Basta determinar si un acto es desleal, esto es, si está dentro de los criterios delimitadores de la deslealtad [...]*”⁹ de lo que se desprende que las conductas desleales típicas antijurídicas, culpables y punibles en materia de competencia se sancionan por el sólo evento de realizarlas. No se atiende los efectos en los mercados como lo señala la misma autora especialista en competencia desleal, “*En este modelo la regulación contra la deslealtad, tiene puntos de conexión con el derecho de propiedad intelectual, la defensa del consumidor y las normas de competencia principalmente. Sin embargo, se diferencia de ellas, porque la primera sanciona per sé la deslealtad sin importar sus efectos económicos ni el origen de la deslealtad [...]*” (subrayado y resaltado es nuestro),¹⁰ el artículo 25 de la LORCPM amplía el entendimiento de lo manifestado, que en su parte pertinente dice: *Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión*

⁹ Alvear Peña Patricia. Derecho de corrección económica: Defensa de la Competencia y Competencia Desleal, en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Derecho administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Pág. 83

¹⁰ *Ibidem*. Pág. 85



*actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.- [...] La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. **Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial**, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.- Las sanciones impuestas a los infractores de la presente ley no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.- Se aplicará las sanciones previstas en esta ley, siempre que la práctica no esté tipificada como infracción administrativa con una sanción mayor en otra norma legal, sin perjuicio de otras medidas que se puedan tomar para prevenir o impedir que las prácticas afecten a la competencia.[...]*” (El resaltado y el subrayado son nuestros). Se concluye entonces que no se necesita probar que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., haya tenido la intención de cometer la infracción, si no tuvo esa intención, entonces, tan solo, basta que revisemos los efectos (no del mercado) sino del resultado del engaño a los consumidores por vender productos que no corresponden a los beneficios promocionados en su etiqueta, dentro de lo que el Código Civil establece para los cuasi delitos en su artículo 2184 dice “*Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen, o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes.- Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito.*”. Se concluye también que la marginal participación en el mercado o la baja incidencia en el mismo, su conducta desleal no exime al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., de las sanciones previstas en la LORCPM. Para efectos de abundar, la mencionada tratadista manifiesta “[...] *amplía su protección jurídica a competidores como a consumidores, vinculando su protección al sistema competitivo y la actuación correcta dentro de él. Sanciona todo acto deshonesto de mercado, sin importar su magnitud y afectación económica. [...]*”¹¹. Vale la pena aclarar que la regla de mínimis establecida en la ley en su artículo 13 hace referencia a las infracciones relativas a los “Acuerdos y Prácticas restrictivas” en los que si se aplica, la denominada regla de la mínimis y dice que “*Las prohibiciones establecidas en el artículo 11 no se aplicarán a aquellas conductas de operadores económicos que por su pequeña escala de operación y/o por su escasa significación, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia. [...]*” Se deduce claramente que esta regla no aplica a las infracciones tipificadas en el artículo 27 de la LORCPM, relativas a las prácticas desleales. Por lo que se perfecciona la responsabilidad en la conducta del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.

¹¹ *Ibidem*. Pág. 85

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

9.6 El cálculo del ventas en el mercado relevante determinado para el año 2014 en el presente caso asciende a la cuantía de USD \$ trece millones setecientos cincuenta y tres mil ciento treinta y ocho dólares con 63/100 (\$13'753.138,63) dólares de los Estados Unidos de América y servirá para la determinación de la base para el cálculo del importe de la multa del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.

9.7 Determinación de la base para el cálculo del importe de la multa.- El artículo 96 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM dice *“La base para el cálculo del importe de la multa se fijará en referencia al volumen de negocios realizado en el mercado o mercados relevantes afectados por la infracción investigada.”* De su parte, el artículo 98 del citado cuerpo normativo manifiesta en su parte pertinente: *“La base para el cálculo del importe de la multa determinada [...] se multiplicará por el número de años de duración de la infracción. Los períodos inferiores a un semestre se contarán como medio año; los períodos de más de seis meses pero menos de un año se contarán como un año completo.”* Para el presente caso, el tiempo de infracción continuada del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., se considera entre el 13 de octubre de 2011, fecha en la que entró en vigencia la LORCPM y el mes de marzo de 2014, fecha en la que cesó la conducta infractora por parte del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., sumándose dos años con cuatro meses, convirtiéndose estos cuatro meses en medio año para efectos de la determinación del coeficiente de tiempo de duración de la infracción. En aplicación de la norma señalada, el coeficiente para la multiplicación será de 2.5 se multiplicará con la base para el cálculo del importe de la multa: $13'753.138,63 \times 2.5 = \$ 34.382.846,58$ (TREINTA Y CUATRO MILLONES TRES CIENTOS OCHENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS, 58/100) dólares de los Estados Unidos de América, configuraría la base **total** para el cálculo del importe de la multa.

9.8 Circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes



Circunstancias atenuantes.- En la presente causa se consideran la siguiente circunstancia atenuante: La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción: Del expediente se deduce que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., dejó de comercializar el aceite 100% ACEITE DE SOYA LIGHT MI COMISARIATO, en el mes de marzo del 2014, antes incluso de que la IIPD le notificara con el inicio de la investigación de la infracción.

Circunstancias Agravantes.- En la presente causa no se establecen circunstancias agravantes.

9.9 En atención a lo dispuesto por el artículo 101 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM, que manifiesta: *“Para determinar el importe total de la multa, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, realizará una evaluación global que tendrá en cuenta todas las circunstancias pertinentes, tanto las circunstancias agravantes así como de las circunstancias atenuantes.”*. La multa por la conducta infractora cometida por el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., ascendería a un valor de \$ 3.438.284,66 (Tres millones cuatrocientos treinta y ocho mil doscientos ochenta y cuatro con 66/100) dólares de los Estados Unidos de América, sin considerar las circunstancias atenuantes ni haber realizado un ajuste del importe de la multa luego de una evaluación global. Fundado en estos aspectos la Comisión de Resolución de Primera Instancia estima que es necesario aplicar un valor a la atenuante anteriormente citada, debidamente establecida dentro del expediente, considerando para este efecto la verdad de los hechos, la lógica y la equidad por lo que procede a descontar en un uno por ciento (1%), a favor del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., deducido de la base total para el cálculo del importe de la multa como sanción a la conducta infractora del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., ascendiendo al valor de tres millones noventa y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y seis con 19/100 dólares de los Estados Unidos de América (\$ 3.094.456,19).

9.10 El volumen de negocios total del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., para el ejercicio económico 2014, asciende a un valor de UN MIL SETENTA MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SESENTA Y OCHO con 79/100 dólares de los Estados Unidos de América. (\$1.070.692.068,79), siendo el 10% el importe total de la multa de ciento siete millones sesenta y nueve mil doscientos seis con 88/100 (\$107.0692016, 88) dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, constituyéndose este valor en el techo máximo de sanción por una infracción clasificada como grave según la LORCPM. En consecuencia, la aplicación de la cuantía de la multa sancionadora expresada en la presente resolución, no viola los parámetros máximos de multa establecida para estos casos. La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en uso de las facultades, competencias y atribuciones establecidas en la ley

RESUELVE:

1. Acoger parcialmente el Informe Ampliatorio y las medidas correctivas correspondientes dentro del expediente 2013-015, adjunto al Memorando No. SCPM-IIPD-2015-366-M del 10 de diciembre de 2015, emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas desleales.
2. Multar al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., por un valor de USD \$ Tres millones noventa y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y seis con 19/100 dólares de los Estados Unidos de América (\$ 3.094.456,19) por haber incurrido en la conducta infractora establecida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM.
3. Ordenar al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. que la multa sancionadora sea pagada dentro del término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente Resolución, para cuyo efecto deberá depositar éstos valores económicos en la cuenta corriente del Banco del Pacífico Nro. 7445261 a nombre de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Pago que deberá ser comunicado a esta Comisión.
4. Imponer como medida correctiva, que el operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A., por el lapso de tres meses, realice una campaña publicitaria, en los principales medios de comunicación masivo, incluyendo prensa, radio, televisión y redes sociales, mediante la cual se difunda a los consumidores y al público en general las características, los requisitos y condiciones necesarias para que un producto alimenticio sea considerado como "light".
5. El estudio y diseño de la campaña publicitaria deberá ser presentada para la aprobación de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, en un término máximo de 30 días. La Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales contará con el término máximo de cinco días para aprobar la agenda y el tiempo para la ejecución discurrirá inmediatamente de aprobado el plan. Los costos de las diferentes etapas de la campaña publicitaria correrán a cargo del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.
6. Que dentro de la campaña publicitaria se anunciará que se está dando cumplimiento a una medida correctiva adoptada por la Comisión de Resolución de Primera Instancia



de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como sanción al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A.

7. Encargar a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, la aprobación del estudio y diseño de la campaña publicitaria, así como la realización del seguimiento y control del cumplimiento de la agenda aprobada de la mencionada campaña, por parte del operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. La Intendencia presentará a ésta Comisión informes mensuales respecto del cumplimiento de la medida correctiva.
8. Notifíquese la presente resolución al operador económico CORPORACIÓN EL ROSADO S.A. y a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales.
9. Actué en calidad de Secretario de la Comisión el abogado Christian Torres Tierra.
NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.-



Dr. Marcelo Ortega Rodríguez
COMISIONADO PRESIDENTE



Dr. Agapito Valdez Quiñonez
COMISIONADO



Dr. Diego Jiménez Borja
COMISIONADO