



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-011-2021
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-017-2021
- **Apelante** Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 17 de diciembre de 2021, a las 13h50.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal número SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por la ingeniera Luz Yolanda Gualán Medina, quien comparece en calidad de Gerente General del operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”, en contra de la Resolución de 24 de septiembre de 2021 de las 15h31, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia [CRPI], dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-011-2021; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

Verificada que ha sido la tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, se desprende que la misma no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que se declara la validez del mismo.-

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

La ingeniera Luz Yolanda Gualán Medina, quien comparece en calidad de Gerente General del operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 18 de octubre de 2021 a las 15h30 con número de trámite ID. 210669, presentó un recurso de apelación, en contra del acto administrativo, Resolución de 24 de septiembre de 2021 de las 15h31, emitido por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-011-2021.

Mediante providencia de 25 de octubre de 2021, a las 12h20, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.-



TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado es la Resolución de 24 de septiembre de 2021 de las 15h31, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-011-2021, en la que se resolvió:

“[...] SEGUNDO.- DECLARAR que el operador económico INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA. incurrió en una infracción grave, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según lo indicado en la parte motiva de la presente resolución.

TERCERO.- IMPONER al operador económico INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA. una multa de TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA con 47/100 (USD. \$3,386.47), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]

QUINTO.- ORDENAR el cumplimiento por parte del operador económico INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA., de las siguientes medidas correctivas:

- i. *Disculpas públicas por parte del operador económico INCATEPROF a través de una publicación en su página web, su red social de Facebook y en un medio de comunicación impreso de circulación masiva de la ciudad de Loja, en la cual conste que los cursos de auxiliares de enfermería que se ofrecieron entre los años 2017 y 2019, no tenían el aval de la Universidad de Guayaquil.*

La publicación en la página web y su red social de Facebook, se mantendrá de manera permanente durante dos (2) años, a partir de la notificación de la presente resolución.

La publicación en un medio de comunicación impreso de circulación masiva de la ciudad de Loja, será por una sola vez, dentro de los treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente resolución.

- ii. *El operador económico INCATEPROF deberá ofrecer y garantizar a los estudiantes que se certificaron con base en la oferta del aval de la Universidad de Guayaquil, de forma gratuita, sin ningún costo de por medio, un curso de capacitación como auxiliares de enfermería, que cuente efectivamente con el aval de una Universidad acreditada que ofrezca las carreras de enfermería o medicina. Esta oferta del curso gratuito deberá permanecer en un tiempo no menor a dos (2) años, y deberá ser comunicado a través de su página web, redes sociales y a cada uno de los estudiantes que estuvieron en esta situación [...]”¹*

¹ Resolución de 11 de junio de 2021 de las 11h00, Versión Pública.



CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”, en su escrito de apelación, pretende:

“[...] que mediante resolución se acoja el recurso y se modifique la resolución tomando en cuenta los argumentos esgrimidos en el punto cuatro de este recurso [...]”

Es decir, el impugnante resguarda como pretensión recursiva la revocatoria del acto administrativo de marras.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación basado en los siguientes presupuestos: **a)** Falta de premeditación de la conducta; **b)** Aplicación incorrecta del artículo 82 de la LORCPM, por no consideración de atenuantes; **c)** Falta de aplicación del artículo 83 de la LORCPM, derecho a la exención del pago de la multa por cooperación plena, continua y diligente; y, **d)** Vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición sancionatoria.

Postulados principales que se transcriben en el siguiente texto:

“[...] 1. Que la supuesta “publicidad engañosa” no fue realizada de forma premeditada ni ilegalmente, en razón que se contaba con un documento que “Avalizaba la publicidad”, documento que posteriormente se supo que no era un Aval Académico, pero que sin embargo existía. Claro está que el señor Dr. Cesar Romero Villagrán quien en ese entonces fungía como Coordinador Académico en Proyectos de Vinculación con la Comunidad de la Escuela de Medicina, trata de desconocer dichos documentos por “consecuencias legales” a los cuales tenemos derecho en la vía judicial.

*2. No se aplica de forma correcta el Art. 82 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, en **razón que, si existen atenuantes** a favor del Operador Económico, y que no se tomaron en cuenta al momento de imponer la sanción, INCATEPROF, cuando inicio la investigación **ya ceso en la publicidad**, y **enmendó la conducta** puesto que YA contaba con un aval académico de la Universidad Estatal de Milagro, **convenio firmado el 01 de abril del 2019**, por lo tanto, ya puso fin a la infracción. No se considera que un inicio de la investigación el operador económico INCATEPROF se sometió a un “**compromiso de cese**”, pero que inexplicablemente no fue acogido por la Superintendencia, actuación que fue **tendiente a reparar el daño causado**.*

*3. No se toma en cuenta lo contemplado en el Art. 83 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder del Mercado, en relación a la Exención del pago de la multa, en razón que el Operador Económico **cooperó plena, continua y diligentemente** con la Superintendencia a lo largo de todo el proceso administrativo de investigación, aportando con la información requerida, y no requerida, prueba que inclusive ha servido para que la Superintendencia aplique la sanción. Igualmente **puso fin a la participación** en el momento en el cual la*



Superintendencia solicitó la información. No se ha destruido ni ocultado elementos de prueba, mismo que no pudo haber hecho en su momento INCATEPROF, sin embargo, colaboró en todo momento con la Superintendencia.

4. No se ha considerado el principio constitucional de proporcionalidad, el mismo que guarda concordancia con lo establecido en el Art. 16 del Código Orgánico Administrativo (COA) [...]

Esto por cuando, en la sanción se establece una publicación en su página web, su red social de Facebook, en la cual conste que los recursos de auxiliares de enfermería que se ofrecieron entre los años 2017 y 2019, no tenían el aval de la Universidad de Guayaquil. La publicación en la página web y su red social de Facebook, se mantendrá de manera permanente durante dos (2) años. Es decir, prácticamente se esa (SIC) cerrando la empresa INCATEPROF, se está forzando tácitamente a un cierre inminente de la empresa, vulnerando el derecho al trabajo de algunas personas que la conforman. Considerando que, con la publicación de disculpas públicas realizadas a través de la prensa por una sola vez, sería más que suficiente como medida correctiva.

Los miembros de la comisión han procedió (SIC) a imponer una sanción demasiada desmedida, solo la multa de USD. \$3,386.47, se vuelve impagable, considerando la situación económica actual. Por otro lado, las medidas correctivas dispuestas acabarían con la institucionalidad del INCATEPROF, obligar a nuevamente dar una capacitación a todos los estudiantes [...]"

Con base en esa fundamentación, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo y –en consecuencia- la imposición de la sanción.

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

Conforme la fundamentación del libelo del recurso de apelación interpuesto, en los presupuestos expuestos en el ordinal que antecede, se aprecia que la línea argumentativa del recurso se dirige a atacar la sanción haciendo un reconocimiento de los hechos que llevan a la misma, ambos ámbitos recaerán sobre un solo problema jurídico: mérito de la sanción en la esfera formal, cualitativa y cuantitativa.

SEXTO. - CONSTANCIA PROCESAL. –

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se anotan:

a) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-011-2021:

1. Informe Final No. SCPM-IR-DRIC-2021-008 de 20 de abril de 2021, suscrito por el abogado Darío Clavijo Ponce, Intendente Regional de la SCPM, en el cual recomienda: “[...] con los antecedentes, argumentos y análisis expuestos en este informe, nos



permitimos emitir las siguientes recomendaciones: a) Acoger el presente informe; b) Sancionar al INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA. Por haber incurrido en actos de engaño de conformidad con el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM; c) Ordenar al INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA. el cumplimiento de las medidas correctivas propuestas en el presente informe. [...]”.

2. Providencia de 21 de mayo de 2021 a las 09h45, en la cual la CRPI dispone: “[...] **PRIMERO.- AVOCAR** conocimiento del expediente No. SCPM-CRPI-011-2021 [...]”;
3. Providencia de 25 de mayo de 2021 a las 12h21, en la cual la CRPI, dispone: “[...] **TERCERO.- TRASLADAR** al operador económico **INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA.**, la versión no confidencial del Informe Final SCPM-IR-DRIC-2021-008 de 20 de abril de 2021, signado con Id 194095, para que en el término de diez (10) días presente sus alegatos. [...]”;
4. Escrito presentado por el doctor Ángel Fredy Cabrera Mora, en calidad de abogado patrocinador del operador económico INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA., el 02 de junio de 2021, a las 12h17, con número de trámite ID. 195249, en el cual presenta sus argumentaciones respecto del informe final emitido por la Intendencia Regional;
5. Providencia de 16 de junio de 2021 a las 11h00, en la cual la CRPI, dispone: “[...] **PRIMERO.- CONVOCAR** para el día 29 de junio de 2021 a las 11h00 a Audiencia Pública al operador económico **INSTITUTO TÉCNICO DE CAPACITACIÓN PROFESIONAL INCATEPROF CIA. LTDA.**, y a la Intendencia Regional. [...]”;
6. Providencia de 30 de junio de 2021, en la cual la CRPI, dispone: “PRIMERO.- DECLARAR como confidencial el escrito y anexo ingresados por el operador económico INCATEPROF a través de la Secretaria General de la SCPM el 28 de junio de 2021 a las 11h03, signado con trámite Id. 198001. [...] **QUINTO.- NOTIFICAR** la presente providencia al operador económico **INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA.** y a la Intendencia Regional.
7. Informe No. SCPM-IGT-IR-2021-009 de 19 de julio de 2021, sobre actuaciones complementarias dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-011-2021, suscrito por el Intendente Regional, dispuesto por la CRPI, mediante providencia de 05 de julio de 2021, en el cual recomienda: “[...] sobre la base de los argumentos y conclusiones expuestas, la Intendencia recomienda: a) Acoger el presente informe; b) Imponer al Instituto de Capacitación Técnico Profesional INCATEPROF Cía. Ltda., una multa sancionatoria equivalente al beneficio económico obtenido como resultado de su conducta desleal, estimado en US\$ 113.675,25. [...]”;
8. Resolución de 24 de septiembre de 2021, -versión no confidencial- mediante la cual la CRPI resuelve: “[...] **SEGUNDO.- DECLARAR** que el operador económico **INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF**



*CÍA. LTDA. incurrió en una infracción grave, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, según lo indicado en la parte motiva de la presente resolución. **TERCERO.- IMPONER** al operador económico **INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA.** una multa de **TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA con 47/100 (USD. \$3,386.47)**, en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...] **QUINTO.- ORDENAR** el cumplimiento por parte del operador económico **INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA.** de las siguiente medida correctivas:*

*i. Disculpas públicas por parte del operador económico **INCATEPROF** a través de una publicación en su página web, su red social de Facebook y en un medio de comunicación impreso de circulación masiva de la ciudad de Loja, en la cual conste que los cursos de auxiliares de enfermería que se ofrecieron entre los años 2017 y 2019, no tenían el aval de la Universidad de Guayaquil. La publicación en la página web y su red social de Facebook, se mantendrá de manera permanente durante dos (2) años, a partir de la notificación de la presente resolución. La publicación en un medio de comunicación impreso de circulación masiva de la ciudad de Loja, será por una sola vez, dentro de los treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente resolución.*

*ii. El operador económico **INCATEPROF** deberá ofrecer y garantizar a los estudiantes que se certificaron con base en la oferta del aval de la Universidad de Guayaquil, de forma gratuita, sin ningún costo de por medio, un curso de capacitación como auxiliares de enfermería, que cuente efectivamente con el aval de una Universidad acreditada que ofrezca las carreras de enfermería o medicina. Esta oferta del curso gratuito deberá permanecer en un tiempo no menor a dos (2) años, y deberá ser comunicado a través de su página web, redes sociales y a cada uno de los estudiantes que estuvieron en esta situación. [...]"*

b) Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-017-2021:

Como actuaciones relevantes se hacen constar:

1. Memorando SCPM-CRPI-2021-1693 de 20 de octubre de 2021, suscrito por la Mgtr. Andrea Paola Yajamín Chauca, en calidad de Secretaria Ad-Hoc de la Comisión de Resolución de Primera Instancia y sus anexos; mediante el cual pone en conocimiento de esta autoridad que: “[...] se notifica el recurso de apelación presentado por el operador económico **INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CIA. LTDA.** Previo a darle acceso al expediente digital se anexa: **1.-** Providencia de 20 de octubre de 2021 a las 10h50 **2.-**Copias certificadas del recurso de apelación presentado por el operador económico [...]”, documentación que fue remitida electrónicamente el 20 de octubre de 2021, mediante número de trámite ID 210963;

2. Providencia de 25 de octubre de 2021, a las 12h20, mediante la cual se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto por el operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”, de 18 de octubre de 2021.

SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar:

La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías:

*“[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; **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. [...] **3.** [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] **6.** La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] 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 [...]” m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; **Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; **Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; **Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; **Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la*



Constitución y la ley [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]”; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopolísticas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “Art. 2.-[...]Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley 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 las 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. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.[...]”; “Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “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. [...]”; “Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la



forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios [...]”; **“Art 27.- 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; 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”; **“Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoría.-** Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación”; **“Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”; **“Art. 73.- Objeto.-** Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Superintendencia podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente [...]”; **“Art. 77.-** [...] 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. [...] **“Art. 78.- Infracciones.-** Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves [...] 2. Son infracciones graves: [...] c. El falseamiento del régimen de competencia mediante prácticas actos desleales en los términos establecidos en el artículo 27 de esta Ley. [...]”; **“Art. 79.- Sanciones.-** La Superintendencia de Control del Poder de Mercado impondrá a las empresas u operadores económicos, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley, las siguientes sanciones: [...] De igual manera, si la Superintendencia determinare que los beneficios obtenidos como



*resultado de una conducta contraria a las disposiciones de la presente Ley son superiores a los umbrales del 8%, 10% y 12% del volumen de negocios total del infractor, o a los montos previstos en los números 1, 2 y 3 de este artículo, sancionará al infractor con un monto idéntico al de dichos beneficios, sin perjuicio de su facultad para sancionar la reincidencia establecida en el inciso precedente [...]”; “Art. 82.- Circunstancias Atenuantes.- Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta además, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes: a. La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción. b. La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas. c. La realización de actuaciones tendientes a reparar el daño causado. d. La colaboración activa y efectiva con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 83 y 84 de esta Ley.”; “Art. 83.- Exención del pago de la multa.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado eximirá a una persona natural o jurídica del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando: a. Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en los artículos 48 y 49 en relación con una infracción del artículo 11, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma; o, b. Sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, le permitan comprobar una infracción del artículo 11, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención a una empresa u operador económico o persona física en virtud de lo establecido en la letra a. [...]”; “**DISPOSICIONES GENERALES. Primera.- Jerarquía.-** [...] En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables [...]”*

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

Partiremos indicando que, conforme lo dispuesto en el artículo 213 de la Constitución de la República del Ecuador² -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las

² CRE.- “Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece como objeto del régimen de competencia ecuatoriano:

“[...] evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible [...]”³

Es así que, por mandato expreso de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se crea la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como un organismo técnico de control, entre cuyas potestades legales consta la de sustanciar procedimientos administrativos sancionadores para la imposición de medidas y sanciones por “incumplimientos de la Ley”⁴

En mérito de lo señalado, la SCPM está llamada a la prevención, prohibición y sanción de conductas desleales que afecten los mercados, razón por la cual se instruyó el expediente administrativo en análisis.

De la revisión del recurso de apelación que se estudia, se evidencia como hecho no controvertido el elemento fáctico de la conducta, esto es, que la publicación analizada por la Intendencia Regional, referente a los cursos de formación de auxiliares de enfermería ofertados por el operador económico, exponía tener el aval de la Universidad de Guayaquil, con base a un documento que *“posteriormente se supo que no era un aval académico”*; ergo, la práctica desleal en su elemento fáctico no se encuentra en discusión, por lo que, como se ha establecido previamente, los temas centrales de la impugnación son:

- a) Falta de premeditación de la conducta;
- b) Aplicación incorrecta del artículo 82 de la LORCPM, por no consideración de atenuantes;
- c) Falta de aplicación del artículo 83 de la LORCPM, derecho a la exención del pago de la multa por cooperación plena, continua y diligente; y,

³ LORCPM.- “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”

⁴ LORCPM, artículo 38 numeral 2.

d) Vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición sancionatoria.

Previo al análisis de las proposiciones establecidas por el operador económico, Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”, -las cuales se atenderán una a una- resulta imprescindible delimitar la decisión y voluntad administrativa marcada en la verdad procesal del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-011-2021, conforme el estudio realizado por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, explicado en el acto impugnado (versión no confidencial), acorde sigue:

*[...] **6.1 RESPECTO AL SUPUESTO AVAL ACADÉMICO** [...]*

[67] Respecto a este argumento es importante destacar que la SCPM, y en concreto la Intendencia Regional, no es la institución pública que determine qué constituye un aval académico, lo que se realiza es una valoración de la existencia de dicho aval, mismo que debe ser legalmente otorgado por la institución que sirve de garante, en este caso la Universidad de Guayaquil. En este mismo sentido, tampoco el operador económico puede aventurarse a proferir que a partir de un oficio se constituya un aval para promocionar sus productos.

[68] De la revisión del acervo documental se determina que el oficio señalado por el operador económico no ha sido aportado como prueba en el presente caso³. Más aun, como se señalará más adelante, dicho oficio no constituiría un aval, toda vez que la misma Universidad de Guayaquil, desconoce haber tenido contacto con el operador económico INCATEPROF, así tampoco le habría otorgado un aval académico⁴ en ningún momento para sus cursos de formación de auxiliares.

[...]

[71] Ahondando en este aspecto, es importante señalar que la Universidad de Guayaquil dispone de un procedimiento para el otorgamiento de avales⁶ desde el año 2015, mismo que la Universidad de Guayaquil señaló no ha sido observado por el operador económico, así tampoco se demuestra por parte de INCATEPROF que haya concluido este trámite. Por tanto, el documento no se trataría de un aval académico, siendo que quien suscribe no contaba con las atribuciones suficientes para tal efecto.

[...]

6.3 SOLICITUD DE VALORACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES

[...]

[75] La Intendencia Regional no identificó circunstancias atenuantes realizadas por el operador económico INCATEPROF en su análisis. Por su parte el operador económico, en escrito de 02 de junio de 2021, solicitó se considere la colaboración activa y efectiva en el proceso de investigación como circunstancia atenuante.

[76] La CRPI después de analizar el expediente de investigación no encontró acciones que evidencien la existencia de tal atenuante. La contribución del operador y el grupo económico, tanto al proceso de investigación como al presente, se generó en el marco de la obligación de colaboración que tienen todos los operadores económicos ante los requerimientos de la SCPM, tal como establece el artículo 48 de la LORCPM. No se ha demostrado la existencia de una cooperación más allá del curso normal de las peticiones realizadas por la administración. Por lo tanto, la CRPI no encontró la circunstancia atenuante que indica el operador económico.

[...]

7. PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE Y SU VALORACIÓN

[...]

[7] La Intendencia Regional en su informe final señaló que el operador económico INCATEPROF no solicitó la práctica de prueba alguna, ni ha presentado para su reproducción ningún medio de prueba, por lo cual las pruebas practicadas y reproducidas serán aquellas que fueron desarrolladas por la Intendencia Regional.

[8] La prueba considerada será aquella que lleve a la CRPI al convencimiento de los hechos y circunstancias que se han planteado en la etapa de Investigación sobre las conductas imputadas.

[...]

8. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

8.1 FUNDAMENTOS DE HECHO

[...]

[32] De la revisión de los archivos de audio se destaca en específico que la publicidad se trató de cuñas radiales que transmitían un mensaje mediante el cual se promocionaban los cursos de enseñanza de auxiliares de enfermería de INCATEPROF, indicando además, que tales cursos contaban con aval académico de la Universidad de Guayaquil.

[33] Esta publicidad fue sujeta a revisión en su contenido por parte del Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación (CRDPIC), el cual determinó que existe la clara intención de resaltar la característica de que los cursos contarían con el aval de la Universidad de Guayaquil y que a través de la aprobación de los mismos se obtendría una oportunidad laboral en el área de la salud.



[34] *Por otra parte, con la finalidad de corroborar la veracidad del aval académico que promocionaban los cursos de capacitación de auxiliares de enfermería ofertados por INCATEPROF, se solicitó a la Universidad de Guayaquil mediante oficio Nro. SCPM-IR-DRIC-102-2019-O, que se proporcione información relacionada con el otorgamiento de tales garantías.*

[35] *Consta en el Oficio No. 0682-DEC de 23 de abril de 2019 presentado por parte de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Guayaquil, la comunicación a solicitud de la SCPM, de que dicho centro de estudios superiores en ningún momento habría otorgado el aval a los cursos de auxiliares de enfermería desarrollados por INCATEPROF. Se indicó además que desconocían la naturaleza de las actividades del operador económico. En específico esta institución manifestó lo siguiente:*

i. La Carrera de Enfermería no ha ofertado Cursos de Auxiliares de Enfermería para instituciones particulares.

ii. Desconocen de instituciones particulares que hayan solicitado aval para dichos cursos.

iii. Respecto a INCATEPROF y el supuesto aval emitido, señalan que desconocen al operador económico y por consiguiente la carrera de enfermería no ha emitido aval alguno para esta empresa.

[36] *El documento da cuenta que en ningún momento la Carrera de Enfermería ha tenido convenio de aval con ninguna institución, y tampoco ofertaba cursos de auxiliares de enfermería, demostrando que los cursos de capacitación de auxiliares de enfermería que impartía INCATEPROF nunca han contado con tal aval académico.*

[37] *La Universidad de Guayaquil ha informado a la SCPM que el otorgamiento de un aval académico se rige por el procedimiento previsto en su Reglamento de Concesión de Aval Académico- Científico, que contempla la resolución a favor de la Comisión Académica por pedido del Vicerrectorado Académico, procedimiento que no ha sido concretado por INCATEPROF.*

[38] *Consta adjunto al escrito de 16 de marzo de 2018 entregado a la SCPM por parte de INCATEPROF, un documento denominado “aval” de la Universidad de Guayaquil. Este se trata de un oficio de 1 foja suscrito por el Coordinador Académico en Proyectos de Vinculación con la Comunidad de la Escuela de Medicina de la misma universidad. El cual no constituye un aval, este no siguió el procedimiento debido para la concesión, el cual fue usado por el infractor para respaldar su publicidad.*

[39] *Es un hecho que tras la difusión de la publicidad, el operador económico procedió a la inscripción e inicio de los cursos entre los interesados. Tal como el propio operador*

económico señaló en su escrito presentado a la SCPM el 10 de abril de 2019, signado con Id. 129773.

[40] Cabe mencionar que la Intendencia Regional, a través de encuestas a una muestra de los estudiantes, determinó que uno de los aspectos de mayor relevancia al momento de decidir en la inversión en estos cursos fue que dicho curso contaba con el supuesto aval académico. [...]

8.3 IDENTIFICACIÓN DE LAS NORMAS O PRINCIPIOS VIOLADOS Y LOS RESPONSABLES

[59] La conducta realizada por el operador económico INCATEPROF habría vulnerado el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM, correspondiente a la práctica de actos de engaño, tal y como se explicará en las secciones subsiguientes.

8.4 RELACIÓN ENTRE LA CONDUCTA Y LA PRUEBA

[...]

8.4.4 Escrito y anexos presentados por INCATEPROF el 10 de abril de 2019, trámite signado con Id. 129773 [...]

[78] En primer lugar, de la revisión de los archivos de audio se destaca que el operador remitió dos archivos de audio, dado que existen más de dos versiones de cuñas publicitarias entre los años 2017 y 2019 como se transcribió en los puntos previos, el operador habría entregado información incompleta.

[...]

[80] Aunque el operador argumenta que para el periodo 2018 utilizó otra publicidad distinta se comprobó que las radioemisoras difundieron distintas versiones de esta publicidad, entre las que nuevamente se indicaba la información engañosa. En línea con esto, también es falso que la publicidad engañosa cesó en el mes de noviembre de 2018 como el operador económico argumenta, pues existen facturas de periodos posteriores atadas a la publicidad observada.

[...]

8.6.2 Finalidad objetiva que pretendía alcanzar

[105] Ha quedado demostrado que, a través de sus actos el operador económico INCATEPROF ha pretendido beneficiarse del prestigio que supone contar con el aval académico de la Universidad de Guayaquil, para motivar a su público objetivo a inscribirse en los cursos de auxiliar de enfermería ofertados.

[106] *Es evidente que el operador económico al momento de desarrollar la publicidad era plenamente consciente que las características que afirmaba tenía su servicio no eran reales, toda vez que en ningún momento del tiempo ha contado con aval de la universidad, como esta institución claramente ha señalado.*

[107] *El objetivo de los actos cometidos se encaminaban a obtener mayores beneficios económicos aun a costa de ofertar un servicio de naturaleza distinta a la realidad.*

8.6.3 Impacto real o potencial en el mercado

[...]

[109] *La Intendencia ha demostrado la importancia que el aval tuvo en la decisión de optar por estos cursos por parte de los consumidores. [...]*

10.1.4 Del beneficio obtenido por el operador económico INCATEPROF

[148] *A fin de establecer el valor correspondiente de los beneficios obtenidos por el operador económico INCATEPROF, la CRPI realiza el siguiente análisis:*

[149] *El periodo de la conducta acorde con los documentos señalados previamente es desde el 20 de abril de 2017 al 16 de mayo de 2019. En este caso, dado que se trata de un servicio se puede asumir como beneficio derivado de los cursos de auxiliar de enfermería a la utilidad neta ajustada por el tipo de servicio y el periodo de la infracción, de esta forma se reparten equitativamente todos los costos y gastos entre los distintos servicios ofertados, supuesto que guarda relación con lo determinado¹¹ por la Intendencia en la definición de mercado relevante (...)*

[150] *Tal como se muestra, la variación entre la utilidad y el beneficio se origina en el factor de ajuste. Debido a que tanto el operador económico como la Intendencia Regional han señalado que INCATEPROF inició actividades en el año 2017 con cursos de auxiliares de enfermería. La proporción de ingresos operacionales y correspondientes a costos y gastos es total para este año. Cabe señalar también que INCATEPROF informó como ventas en el mercado relevante el mismo monto de ingresos totales.*

[151] *Por otra parte, en el año 2018 existió una diferencia entre el volumen de ventas de cursos de auxiliares de enfermería reportados a la SCPM por parte de INCATEPROF y los ingresos totales obtenidos de su estado de resultados, lo cual indica que en este periodo existen ingresos por otros servicios de capacitación, por tanto la utilidad se a prorrataado por la proporción que los cursos de auxiliares de enfermería representan sobre el ingreso total.*

[152] *Finalmente para el periodo 2019, además del ajuste señalado previamente, debe ponderarse por el tiempo de duración de la conducta, esto es hasta el 16 de mayo 2019.*



El primer factor respecto a la proporción de ventas de cursos de auxiliares sobre el total de ingresos alcanza un factor de %, en tanto que, respecto a la temporalidad esta se obtuvo a partir de los datos de ventas para el periodo mayo en 2019 reportado por la Intendencia Regional en la tabla No. 1 del Informe No. SCPM-IGT-IR-2021-009, en la cual se indica se vendió hasta mayo, por tanto el factor es de % respecto de los ingresos totales. El producto de estos elementos da como resultado el factor de ajuste.

[153] La CRPI ha determinado que el valor más aproximado al beneficio sería la proporción sobre la utilidad del ejercicio que contiene los ingresos y gastos de los cursos de auxiliares en enfermería en el periodo de duración de la conducta, esto es equivalente a USD \$3,386.47.

[154] Por otra parte, dada la gravedad del tipo de infracción, el 10% del valor correspondiente al volumen de negocios del operador económico INCATEPROF para el año 2020 se determina en USD \$3,091.37, por tanto el beneficio supera la proporción de volumen de negocios correspondiente, y acorde a lo determinado en el artículo 79 correspondería aplicar la sanción equivalente al beneficio [...]

Revisada que ha sido la resolución impugnada, y contrastando la fundamentación del recurso de apelación que se atiende, se recalca que la existencia y el cometimiento de la infracción tipificada en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM no ha sido objetado por el apelante, por lo tanto este no es un punto controvertido; en línea con lo anterior, se desarrollan las argumentaciones recursivas planteadas, conforme sigue:

A. Falta de premeditación de la conducta:

Conforme se depende del numeral 1 del apartado cuarto del recurso de apelación que se atiende, el recurrente alega “[...] *Que la supuesta “publicidad engañosa” no fue realizada de forma premeditada ni ilegalmente [...]*”, sustentándolo en razón de la existencia de un documento que se creía resguardaba la calidad de aval académico, sin serlo. Sobre ello, los artículos 3 y 25 de la LORCPM mandan:

*“[...] Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, **atendiendo a su realidad** y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe **sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.***

[...]

*Art. 25.- [...] 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. [...]” (el énfasis me es propio)

Para fines motivacionales, se recuerda el mandato del Código Civil contenido en el artículo 2184, en que se señala “[...] Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito [...]”, es decir, constituye un hecho ilícito la acción que causa mal aun sin intención de daño.

En tal virtud, de conformidad a la cláusula general contenida en el artículo 25 de la LORCPM, constituyen prácticas desleales, todos los hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas.

De la constancia procesal analizada, esta autoridad no encuentra algún elemento que permita presumir la ausencia de configuración conductual, toda vez que la CRPI ha determinado motivadamente el primer requisito del artículo 25 de la LORCPM para la calificación de la conducta como desleal, esto es, que la publicidad efectuada por el operador económico resultó objetivamente contraria a lo que se espera en el mercado; así como, ha determinado motivadamente el segundo requisito contenido en referida norma, es decir tuvo lugar en el desarrollo de una actividad económica: la oferta de cursos académicos conforme el rol del operador.

En consecuencia, siendo que de la verdad procesal se desprende que la actuación del operador económico residió en asumir e interpretar como documento habilitante, en calidad de aval de su actividad económica para la oferta de cursos de asistente de enfermería, el oficio del Coordinador Académico de la Universidad de Guayaquil, Dr. César Romero Villagrán, de fecha 10 de abril de 2017, pero que ha sido motivadamente desacreditado por la CRPI en cuanto a que dicho documento de la Universidad de Guayaquil no cumple con las formalidades del otorgamiento de avales implementado por dicha entidad desde el año 2015. Al respecto véanse los apartados 6.1 y 6.2 de la Resolución de 24 de septiembre de 2021 a las 15h31.

En mérito de lo expuesto, siendo que la falta de premeditación y desconocimiento de fondo del operador económico respecto de la práctica anticompetitiva de publicidad engañosa cometida, frente a la naturaleza de la misma y el mandato legal de la LORCPM, no constituyen un elemento que cause una revaloración del acto administrativo, por cuanto, por un lado, la Intendencia Regional ha demostrado la importancia que el aval tuvo en la decisión de optar por estos cursos por parte de los consumidores, lo que efectivamente ocasionó aprovechamiento de una ventaja del operador económico para aumentar su participación en el mercado, a través del engaño realizado a los mismos; y por otro, la Comisión de Resolución de Primera Instancia observó que el operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.” distorsionó la competencia al realizar acciones de publicidad engañosa de sus servicios de cursos para auxiliares de enfermería afectando de forma real y

negativa la libre concurrencia de los consumidores en el mercado, generando una ventaja competitiva frente a los oferentes y por tanto afectando el bienestar general.

Con estos argumentos, observando que la motivación del acto administrativo se funda en el desarrollo de la conducta y su comisión por parte del administrado, y toda vez que el artículo 25 de la LORCPM permite que 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, esta alegación no tiene asidero jurídico.

B. Aplicación incorrecta del artículo 82 de la LORCPM, por no consideración de atenuantes:

Expone INCATEPROF que, la CRPI no ha considerado las atenuantes detalladas en el libelo impugnatorio al momento de emitir la sanción, puesto que: **i.** Cuando inició la investigación, ya ceso la conducta, porque ya contaba con un aval académico de otra universidad; y, **ii.** No se consideró que se sometió a un compromiso de cese, tendiente a reparar el daño causado.

i. Cese de la conducta al inicio de la investigación: contar con un aval académico de otra universidad:

De la revisión del expediente administrativo, y en atención a lo concluido dentro del acto administrativo impugnado y que hoy es motivo de análisis, se puede constatar que: **a)** La Intendencia Regional no ha identificado circunstancias atenuantes realizadas por el operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.” dentro de la sustanciación del expediente administrativo; y, **b)** La solicitud del administrado en el escrito de 02 de junio de 2021, referente a la colaboración activa y efectiva en el proceso de investigación como circunstancia atenuante, ha sido analizada por la CRPI, señalando “[...] [76] *La contribución del operador y el grupo económico, tanto al proceso de investigación como al presente, se generó en el marco de la obligación de colaboración que tienen todos los operadores económicos ante los requerimientos de la SCPM, tal como establece el artículo 48 de la LORCPM. No se ha demostrado la existencia de una cooperación más allá del curso normal de las peticiones realizadas por la administración. Por lo tanto, la CRPI no encontró la circunstancia atenuante que indica el operador económico [...]*”. Hecho por el cual no se puede analizar el fundamento impugnatorio de consideración de atenuantes al no existir acervo documental que soporte la existencia de las mismas dentro del expediente administrativo.

ii. No se consideró que se sometió a un compromiso de cese, tendiente a reparar el daño causado;

De la constancia procesal que reposa en el expediente administrativo, y lo que contempla el informe final de la Intendencia de Investigación, no se evidencia la presentación de un compromiso de cese por parte del administrado. Siendo que en el Expediente

Administrativo SCPM-CRPI-011-2021 no existe referencia documental que reseñe su existencia, y dado que en la actuación de defensa por práctica probatoria el operador económico no la actuó, la verdad procesal de referido expediente administrativo ha cerrado la posibilidad de análisis por parte de la administración respecto del tema.

Con lo expuesto, esta autoridad concuerda con lo señalado en el considerando “**7 PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE Y SU VALORACIÓN**” del acto administrativo impugnado, “[3] *La CRPI para valorar la prueba tendrá en cuenta lo determinado en el numeral 5 del artículo 3 del IGPA de la SCPM, en concordancia con el numeral 4 del artículo 76 de la Constitución de la República, que establecen que solamente la prueba pedida, ordenada y practicada conforme a los principios del debido proceso tendrá eficacia probatoria, caso contrario, no tendrán valor probatorio alguno [...]*”

Finalmente, se recalca que, toda vez que los expedientes administrativos en los que se tramitan y sustancian los compromisos de cese mantienen independencia del expediente principal investigativo, el conocimiento del compromiso de cese lo tienen: la autoridad investigativa al momento de someterlo a análisis frente a los elementos procesales; y, la autoridad sancionadora en su presentación y en la resolución en que lo acepta. Por lo anterior, se puede concluir que toda vez que ambas autoridades no han referido el compromiso de cese del administrado, y siendo que dentro de la verdad procesal del expediente administrativo este no consta, la valoración de esta argumentación impugnatoria no puede ampliarse. Finalmente, se recuerda que, en caso de existencia de un compromiso de cese aceptado vía acto administrativo de la CRPI, este pudo haber sido puesto en conocimiento de esta autoridad a esta etapa.

C. Falta de aplicación del artículo 83 de la LORCPM, derecho a la exención del pago de la multa por cooperación plena, continua y diligente:

En este punto, resulta oportuno esclarecer la naturaleza de la figura contenida en el artículo 83 de la LORCPM.

Como manda y permite la norma, la SCPM exime del pago de la multa a los operadores económicos frente a dos escenarios: **a)** Ser el primero en aportar elementos de prueba que permitan ordenar el desarrollo de una inspección en los términos establecidos en los artículos 48 y 49 en relación con una infracción del artículo 11, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma; o, **b)** Ser el primero en aportar elementos de prueba que permitan comprobar una infracción del artículo 11, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención en virtud de lo establecido en la letra a).

De lo anterior, siendo que el programa de exención del pago de la multa se encuentra normativamente circunscrito al aporte probatorio dentro de las conductas tipificadas en el artículo 11 de la LORCPM, no cabe la aplicación de la misma en la especie, toda vez que, conforme se encuentra determinado en el acto administrativo impugnado, la conducta sancionada es aquella prevista en los artículos 25 al 27 de la LORCPM, es decir prácticas desleales. Al respecto, se recuerda el mandato contenido en el artículo 226 de la Constitución de la República, que refiere: “[...] *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]*” (énfasis fuera de texto), en consecuencia, la actuación de la administración es correcta al no aplicar el artículo 83 de la LORCPM respecto de los actos cometidos por el recurrente, resultando en improcedente esta alegación impugnatoria.

D. Vulneración del principio de proporcionalidad en la imposición sancionatoria:

En cuanto a la presunta vulneración del principio de proporcionalidad, se destaca que el recurrente la fundamenta con base y mira a: **i)** el importe de la multa; y, **ii)** la medida correctiva dispuesta en el considerando quinto de la Resolución de 24 de septiembre de 2021 a las 15h31.

Respecto del importe de la multa, la vulneración de la proporcionalidad residiría en el carácter “desmedido” de la misma, resultando impagable frente a la situación financiera del recurrente; empero, no se encuentra argumentación que permita observar la vulneración del principio, el recurrente sin presentar una proposición jurídica de la vulneración a la determinación del importe respecto del objeto de la LORCPM. En este contexto se observa que el ejercicio de cálculo de importe de la multa por parte de la CRPI se encuentra debidamente explicado y motivado aplicando los parámetros previstos en la normativa para el efecto; esto es, lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de la LORCPM.

Conforme se ha expuesto, no se encuentra violación al principio de proporcionalidad, por cuanto: **a)** recalcando lo establecido en el artículo 78 de la LORCPM, numeral 2, literal c, la realización de actos de engaño se cataloga como una infracción grave; **b)** comprobada la existencia de afectación a los consumidores y un aprovechamiento del infractor frente a su competencia, los beneficios económicos derivados de las prácticas desleales determinadas, pueden ser base y objeto de sanción, por un monto idéntico al de dichos beneficios; esto conforme el artículo 79 de la LORCPM que establece la aplicación del monto de beneficios como sanción de forma supletoria al cálculo de una multa sancionadora; y, **c)** el periodo de duración de la conducta data un inicio de la infracción el 20 de abril de 2017 y un fin de 16 mayo de 2019, es decir, se extendió por un periodo de 2 años, 3 semanas y 5 días (756 días).

Con mira en los literales del párrafo que antecede, en la especie la CRPI ha determinado que la utilidad obtenida por el operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.” en el período comprendido entre los años 2017 a 2019 alcanzó un valor de \$ 4,668.22, esto respecto a la totalidad de su actividad económica; y, el valor

correspondiente de los beneficios obtenidos por el operador económico lo ha determinado la CRPI en la proporción sobre la utilidad del ejercicio que contiene los ingresos y gastos de los cursos de auxiliares en enfermería en el periodo de duración de la conducta, es decir un equivalente a USD \$3,386.47.

En consecuencia, dada la gravedad del tipo de infracción (literal c, numeral 2, artículo 78 de la LORCPM), le compete el 10% del valor correspondiente al volumen de negocios del operador económico para el año 2020 (USD \$3,091.37), y siendo que el beneficio como producto conductual superó la proporción de volumen de negocios correspondiente, acorde a lo determinado en el artículo 79 le correspondió aplicar la sanción equivalente al beneficio. En esa óptica, la CRPI determinó que el monto de sanción correspondía al beneficio obtenido como resultado de la conducta infractora por parte del administrado, al comprobarse que dicho beneficio es superior al umbral de volumen de negocios total del operador económico. En consecuencia la sanción al operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.” asciende a TRES MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 47/100 (USD. \$3,386.47), encontrando proporcionalidad en el ejercicio para la determinación de la multa sancionadora, y –en contraste- volviendo improcedente la fundamentación de violación al principio alegado.

Respecto a las medidas correctivas dispuestas en el numeral 2 del considerando quinto del acto administrativo, que señalan:

“[...] i. Disculpas públicas por parte del operador económico INCATEPROF a través de una publicación en su página web, su red social de Facebook y en un medio de comunicación impreso de circulación masiva de la ciudad de Loja, en la cual conste que los cursos de auxiliares de enfermería que se ofrecieron entre los años 2017 y 2019, no tenían el aval de la Universidad de Guayaquil.

La publicación en la página web y su red social de Facebook, se mantendrá de manera permanente durante dos (2) años, a partir de la notificación de la presente resolución.

[...]

ii. El operador económico INCATEPROF deberá ofrecer y garantizar a los estudiantes que se certificaron con base en la oferta del aval de la Universidad de Guayaquil, de forma gratuita, sin ningún costo de por medio, un curso de capacitación como auxiliares de enfermería, que cuente efectivamente con el aval de una Universidad acreditada que ofrezca las carreras de enfermería o medicina. Esta oferta del curso gratuito deberá permanecer en un tiempo no menor a dos (2) años, y deberá ser comunicado a través de su página web, redes sociales y a cada uno de los estudiantes que estuvieron en esta situación [...]”

Considerando la gravedad de daño real o potencial de la conducta, conforme ha sido demostrado y valorado en el acto administrativo en análisis, se revisa el ejercicio de motivación realizado

por la CRPI al tomar la decisión, que, en el numeral “11. DETERMINACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS Y COMPLEMENTARIAS”, se recapitula el Informe Final de la Investigación, el cual preceptúa:

“[...] c) El mercado relevante determinado es altamente concentrado, presentando 3.524 puntos. Posee tres operadores con mayores cuotas de participación, y quienes son además los que concentran el mismo de acuerdo al cálculo inverso de este indicador; de entre los cuales se encuentra es la compañía INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA.

(...)

e) La oferta de este servicio conjuntamente con el aval académico generó indebida influencia en la decisión de los consumidores, direccionada a inscribirse en los cursos de capacitación de auxiliares de enfermería impartidos por INCATEPROF, desviando un importante porcentaje de demanda a favor de este a través de medios desleales. El 70% de los participantes de los cursos ofertados por INCATEPROF encuestados durante la investigación señalaron como muy importante el aval académico al momento de escoger el curso.

f) El INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA. es un operador con una importante y creciente cuota de participación desde su entrada al mercado en 2017. Hasta el año 2018, su cuota de participación era de 42,33%. Por ello, se considera que tiene aptitud dentro del mercado relevante determinado para afectar el orden público económico.

g) La alta cuota de participación adquirida en corto tiempo (2017-2018), además de la alta concentración del mercado relevante, denota que los actos desleales en los que habría incurrido INCATEPROF alteraron las condiciones normales de competencia en el mismo, probablemente a raíz de la presunta infracción.

h) En consecuencia de las conclusiones anteriores, el INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA. habría incurrido en actos de engaño en el periodo de 2017 a 2019, por la publicidad referida en los apartados anteriores, y a través de ellos habría ocasionado una afectación real al mercado y distorsionado la competencia por un indebido desvío de la demanda en un mercado altamente concentrado, configurándose lo determinado en el artículo 26 y 27, numeral 2, de la LORCPM.

i) La sanción propuesta al INSTITUTO DE CAPACITACIÓN TÉCNICO PROFESIONAL INCATEPROF CÍA. LTDA. por el presunto cometimiento de actos de engaño es el pago de una multa de USD 519,40 (quinientos diecinueve dólares americanos con cuarenta centavos), lo que equivale al 0,62% del volumen de negocio del mercado relevante. [...]”

En tal medida, debe tenerse en cuenta la naturaleza de las medidas correctivas, esto es, conforme manda el artículo 73 de la LORCPM, son “[...] *conducentes a restablecer el proceso competitivo, prevenir, impedir, suspender, corregir o revertir una conducta contraria a la presente Ley, y evitar que dicha conducta se produzca nuevamente [...]*”

Siendo que la determinación del cometimiento de la infracción grave, contenida en el numeral 2 del artículo 27 de la LORCPM se encuentra motivada dentro del acto administrativo que se revisa, y ha sido plasmada la duración de la conducta entre el 20 de abril de 2017 hasta el 16 mayo de 2019, es decir, por un periodo de 2 años, 3 semanas y 5 días (756 días), esta autoridad no encuentra fundamento que permita encontrar una vulneración al principio de proporcionalidad, toda vez que, la medida respeta su naturaleza, pues puede resultar conducente a la corrección de la conducta, en tanto se circunscribe exclusivamente a los estudiantes que se vieron afectados en el proceso de certificación durante el periodo de su comisión.

Atendidos los puntos impugnatorios del recurso de apelación que se analiza, esta autoridad resuelve:

NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por la ingeniera Luz Yolanda Gualán Medina, Gerente General del operador económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”, de 18 de octubre de 2021 a las 15h30, con número de trámite ID. 210669, en contra de la Resolución de 24 de septiembre de 2021 de las 15h31, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-011-2021, en consecuencia se ratifica el acto administrativo.-

DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: “*Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones*”; además que, mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 se ha resuelto: “*(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)*”; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia únicamente de manera electrónica: **a)** Al operador



económico Instituto de Capacitación Técnico Profesional “INCATEPROF Cia. Ltda.”, en los correos electrónicos: fredy_cm26@hotmail.com y yoligualan@gmail.com; y, **b)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

DÉCIMO PRIMERO.- Continúe actuando en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente, el abogado Carlos Vásquez.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**

Dr. Danilo Sylva Pazmiño,
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Abg. Carlos Vásquez
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN