



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia - CRPI
- **Expediente de origen:** SCPM-CRPI-016-2021
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-027-2021
- **Apelante:** AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 04 de febrero de 2022, a las 15h37.- **VISTOS.-** Abogado Ricardo Augusto Freire Granja, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, Subrogante, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-2022-036-A de 27 de enero de 2022, cuya copia certificada se agrega en el expediente, **AVOCO** conocimiento del Recurso de Apelación interpuesto por el señor Manuel Fernando Arroyo Tello, representante legal del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., en contra de la Resolución de 29 de octubre de 2021, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia [CRPI] de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2021; 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.-

El señor Manuel Fernando Arroyo, Representante Legal del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 01 de diciembre de 2021 a las 08h17 con número de trámite ID. 217614, presentó un recurso de apelación, en contra de la Resolución de 29 de octubre de 2021 de las 12h40, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2021.

Mediante providencia de 08 de diciembre de 2021, a las 09h05, 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 29 de octubre de 2021 de las 12h40, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2021, en la que se resolvió:



“[...] PRIMERO.- DECLARAR que el operador económico COSTACRUCEROS S.A. cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, violación de normas y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida, específicamente a través del aprovechamiento de la debilidad o el desconocimiento del consumidor, de conformidad con los numerales 2, 9 10 literal a) del artículo 27 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- IMPONER al operador económico COSTACRUCEROS S.A. multa de DIECIOCHO MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD. \$ 18.195), en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [...]”¹

CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., en su escrito de apelación, pretende:

“[...] Se consideren los vicios procesales existentes, la inseguridad jurídica, la errónea delimitación del mercado relevante y geográfico (al no haber considerado el criterio y opinión de los consumidores para determinar el mercado geográfico), la inexistencia de las conductas de los numerales 2) 9) y letra a) del 10 del artículo 27 de la LORCPM (por existir medios probatorios constitucionales que demuestren esas conductas) Solicito se declare la ilegalidad del acto administrativo impugnado [...]”

Con base en las consideraciones expuesta (sic) a su Autoridad, solicito se tenga en cuenta estos alegatos y se archive el expediente [...]”

Pretensión por medio de la cual aspira dejar sin efecto el acto administrativo que estableció la sanción al operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, el recurrente estructura su impugnación basado en los siguientes presupuestos:

- a)** Error en la determinación del Mercado Relevante;
- b)** Falta de aplicación de la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM;
- c)** Afectación al derecho a la defensa: Cambio de la teoría del caso;
- d)** Indebida actuación y valoración de pruebas del procedimiento; y,

¹ Resolución de 29 de octubre de 2021 de las 12h40, Versión Pública.



e) Ausencia de las conductas tipificadas en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a) de la LORCPM.

Postulados principales que se transcriben en el siguiente texto:

*“[...] I. **MERCADO RELEVANTE.** [...]”*

Para conocimiento de su autoridad, me permito adjuntar varios documentos que respaldan que la actividad económica de mi representada, es la de agencia de viajes [...]

Ahora bien, dentro del procedimiento COSTACRUCEROS desconoce la metodología con la que la CRPI, Intendencia y Dirección clasificaron la actividad económica de mi representada, pues estas dependencias estatales han sido enfáticas en señalar que mi representada participa principalmente en la comercialización de paquetes de descuentos [...]

La Intendencia a lo largo de su investigación (aproximadamente 2 años) únicamente resalto que mi representada participaría dentro del mercado de venta de paquetes de descuentos, y que estos no podrían ser considerados como sustitutos de los paquetes turísticos; conclusión con la que también mi representada concuerda, pues resulta ilógico considerar que estos podrían ser sustitutos entre sí.

Pero la importancia de este punto, es que la intendencia en ningún momento señaló que previo a identificar la participación de mi representada en el mercado relevante técnicamente diferencio la venta por los paquetes turísticos y por los paquetes de descuento, sobre todo porque la hoy acusada, hasta el cansancio puso en conocimiento de la administración, que COSTACRUCEROS se desenvuelve en estas dos actividades, además que remitió por separado, los ingresos de cada uno de los mercados, pero sin que la intendencia y la dirección de manera técnica ejemplifique este particular [...]

Así también, es difícil conocer si el análisis técnico de la intendencia fue desarrollado con los valores reportados por los operadores que participan en estos mercados, pues hasta la presente fecha, COSTACRUCEROS desconoce esta información y por lo tanto, no ha podido contradecir la presunta participación en la que fue segmentada mi representada. [...]

Con estos señalamientos, es lógico que la intendencia está obligada a examinar las características, los servicios y sustitutos, para identificar el o los mercados en los que participa COSTACRUCEROS, y no limitarse su análisis solo respecto de la venta de paquetes de descuentos conforme a los lineamientos técnicos establecidos en la resolución 11, es decir, conforme conmina la ley, la autoridad está obligada a separar



los ingresos por el presunto producto infractor y los ingresos por el servicio de agencia de viajes.

Pues como se ha demostrado, en el análisis de este caso en particular, no existe una separación de los ingresos por el producto injustamente llamado infractor, y los ingresos por la venta de los paquetes turísticos, lo cual es contrario a lo establecido por la ley y la resolución 11; por estas razones, el mercado no está identificado de manera técnica no con valores reales. A fin de que su autoridad pueda identificar que CONSTA CRUCEROS participa en dos mercados, adjuntamos las ventas como agencia de viajes y las ventas de los paquetes de descuentos [...]

1.2. FALTA DE APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 11 DE LA JUNTA DE REGULACIÓN DE LA LORCPM. [...]

Para definir el mercado geográfico, la resolución 11 manda a la SCPM a que inexorablemente solicite en forma documentada, los criterios y opiniones a consumidores y usuarios representativos, así como a los concurrentes. Sin embargo, en más de 2 años de investigación e instrucción, los órganos de la SCPM, no solicitaron esta información a los consumidores, en una cantidad representativa, desde el punto de vista estadístico.

Al no haber cumplido con este mandato de la junta de regulación de la LORCPM, es nulo en su totalidad el análisis del mercado geográfico y por ende el mercado relevante, lo que impide a su vez, demostrar el falseamiento de la libre competencia. Por este motivo, el acto administrativo que impugno es ilegal.

La CRPI, Intendencia y Dirección, a fin de cumplir con lo que manda la resolución 11, debió como mínimo considerar la opinión de los consumidores de los puntos donde se comercializó el infundado llamado productor infractor, pues si se detiene a revisar los contratos, podrá identificar que la empresa ha vendido a nivel nacional [...]

Por otra parte, se debe mencionar que COSTACRUCEROS ha vendido sus productos a nivel nacional y no solo en las ciudades que erróneamente refiere la Dirección, Intendencia y ahora CRP (sic), pues mi representada también promociona a través de su página WEB, oficinas, e islas que tiene alcance nacional e internacional [...]

II PRUEBA

[...] debo refutar que mi representada siempre se defendió de los actos de engaño acusados, señalando que no había afectación en el mercado y/o los consumidores, pero al posiblemente, darse cuenta del número de quejas en contra de mi representada, así como de la inexistencia de sanciones por violaciones de los derechos de los consumidores, lo que hizo la Intendencia fue simplemente decir que el supuesto engaño



fue por objeto, cambiando la teoría del caso de la formulación de cargos, sancionándome por hechos distintos a los que me defendí. [...]

El procedimiento en contra de COSTACRUCEROS ha omitido la defensa del informe semiótico por parte del experto que lo realizó, cabe notar que es la única prueba con la que la Intendencia y la CRPI pretenden demostrar los actos de engaño a través de nuestros mensajes publicitarios. Al no haber sido objeto de contradicción, conforme a derecho, esta prueba carece de validez por ser contraria a la Constitución de la República. [...]

Por otro lado, la CRPI ha realizado un supuesto ejercicio de calificación de las pruebas que habrían utilizado para formar su convicción. Sin embargo, no existe ejercicio de valoración alguno, sino más bien se ha puesto a realizar nuevamente el análisis de admisibilidad de la prueba bajo los parámetros de pertinencia, utilidad y conducencia que ya había realizado la Intendencia en la etapa de prueba sin realizar la valoración de acuerdo a las reglas de la sana crítica [...]

III. AUSENCIA DE LAS CONDUCTAS TIPIFICADAS EN EL ARTÍCULO 27 NUMERALES 2, 9 Y 10 LITERAL A) DE LA LORCPM 3.1. FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA. [...]

Los argumentos tratados por la Intendencia en su informe, solo manifiestan que, debido a la participación del operador, este tendría la capacidad de falsear la competencia, lo cual no es acertado, el falseamiento debe ser demostrado, este sea real o potencial. Así también, su Autoridad manifiesta que debido al crecimiento de la compañía, este crecimiento falsea la competencia.

Estos argumentos no son motivados, que demuestren que COSTACRUCEROS, haya falseado la competencia por lo cual manifestamos que el presunto crecimiento y posición en el mercado, ya con lo referido en este escrito en el acápite de mercado relevante, queda totalmente desvirtuado, en este sentido, aun cuando no mantenemos dicho posicionamiento, no solo basta esas conjeturas, la Intendencia debió motivar y demostrar adecuadamente, como se daría el presunto falseamiento. [...]

Por lo cual, la SCP (sic) a través de la intendencia, se está atribuyendo competencias que no le corresponden, pues no se evidencia la afectación real o potencial de los consumidores, no es legal presumir que por el solo crecimiento de la empresa, es por cuestiones alejadas de ley [...].

No convalidamos el erróneo análisis de la Dirección e intendencia, pero si llamábamos a que el análisis de la comisión sea coherente con los lineamientos de la ley,



COSTACRUCEROS no vende a precios inferiores a los de la competencia, por generar prácticas desleales, los costos más accesibles se basan en los convenios suscritos que mantiene la compañía con los hoteles, aerolíneas, restaurantes, etc, entonces volvemos a preguntar, solo por vender a precios más beneficiosos para los clientes, ya comentemos conductas desleales [...]

3.3. ACTOS DE ENGAÑO

De la lectura al análisis del informe de la Intendencia, se identificó que recién en el informe de final, la intendencia, especifica la modalidad de conducta de engaño, esto es, si tuvo lugar por objeto o efecto, por lo cual nos preguntamos:

¿acaso el término de 180 días de investigación preliminar, o más de 7 meses de investigación, no le fueron suficientes a la Dirección e Intendencia para especificar el modo en que se abría infringido la ley, incluso de la revisión al informe de resultado, no se especificó que la Dirección haya realizado esta especificación

Si bien fuimos notificados con el cometimiento de posibles actos de engaño, la administración no especificó cuál fue la modalidad de la posible conducta, solo fueron señales genéricas de publicidad engañosa, pero sin que se exponga si es por objeto o fue como efecto del cometimiento de la posible conducta

Claramente esta omisión de la administración violenta el poder de contar con los medios adecuados para ejercer mi derecho a la defensa, pues mis explicaciones y excepciones fueron de forma genérica a los actos de engaño, sin especificar la modalidad que la intendencia recién en el informe final especificó, acaso esto no es una vulneración a la seguridad jurídica, la intendencia en cada acto administrativo mantiene un criterio diferente para cosas puntuales. Esto es evidentemente una violación del Derecho Constitucional a la defensa , establecido en el Art. 76 numeral 7 literales a, b, c y h y Art 77 numeral 7 literal a. [...]

COSTACRUCEROS no ha incurrido en actos de engaño sea por acción u omisión, pues en cada etapa propició información veraz, completa y oportuna hacia los clientes, otro argumento que la Dirección propende dar una relevancia que tiene , es el hecho de que en el contrato se use las palabras “porcentaje de descuentos, e intenta insinuar que los consumidores no estarían en la capacidad de entender estas palabras, lo cual me salta una nueva duda, ¿será que la Intendencia abrió nuevos casos por el conocido “viernes negro”? Resulta relevante este argumento sencillamente porque todas las casas comerciales de los distintos mercados, ofertaron promociones, descuentos, rebajas regalos, entre otros; entonces si el criterio de la Dirección es que por el uso de estas palabras, los clientes serian afectados al no comprender su significado, nada más allá



de un razonamiento ilógico, pues los clientes buscan descuentos o beneficios, no coloco en estas fechas, sino como un comportamiento común al momento de adquirir un servicio o un producto [...]

Con estas conjeturas, resulta evidente que no se ha incurrido en conductas desleales que su Autoridad pudiese imputar a COSTACRUCEROS, en tal virtud de que la información provista a los consumidores, no podría inducir al error por cual la abundante información es veraz y oportuna.

3.4. ACTOS DE VIOLACIÓN DE NORMAS

La Dirección basa su análisis en el posible incumplimiento de la ley de defensa del consumidor, pero por que no se ha tomado también la referencia de que el mismo cuerpo legal, exige de como clientes también en su obligación ellos informase, no solo le puede imputar la información a los operadores económicos, pues si ya la compañía brindamos toda la información, la ley también obliga a que los consumidores se informen.

La ley es para todos, no por el hecho de ser una compañía, la ley solo nos exige a nosotros, la ley también obliga a los consumidores, ahora bien, la Dirección señala que tenemos poder sobre los consumidores, por las presuntas conjeturas que llega su Autoridad, al señalar que tenemos una supuesta posición de poder, lo cual insistimos, no son temas de abuso de poder, y no se ha demostrado que el presunto posicionamiento sea por las malas prácticas. Las conjeturas de la Dirección como ya se demostró en el análisis de mercado relevante, no es real la posición que le pretende dar a COSTACRUCEROS, y aun si tuviese una posición, cuales son los hechos punibles que afirman que esa posición se la consiguió con malos hábitos mercantiles [...]

Esta conducta le caracteriza del resto de conductas, por tener ciertas puntualizaciones exigibles, y al no haber la presencia de una de ellas, la conducta pierde su naturaleza y ya no es punible, al no haber violentada (sic) ningún cuerpo jurídico, no haber obtenido ventaja significativa y mucho menos una prevalencia en el mercado, no convergen los requisitos que debe contener esta conducta, por lo cual no hay acto de violación de normas.

[...]

3.4. (sic) ACTOS DE COACCIÓN

La intendencia a prima facie, no considera, que la firma del contrato, es el último eslabón en la captación de un nuevo socio, pues una vez el cliente recibe la robusta y clara información existen varios documentos que incluso se suscriben a mano, esto es, formato de afiliación [...]



COSTACRUCEROS no entiende como a criterio del mínimo grupo de personas entrevistadas por la Intendencia, pueden considerar que no se les proveyó de información, si incluso previo a la firma del contrato, se llenan estos documentos a mano, y se les exponen los valores y se diferencia de los gastos administrativos, clientes que de no estar de acuerdo con el paquete ofertado, de forma libre y voluntaria, rechazan la suscripción y declinan de cualquier nexos con la hoy investigada.

Los contratos de la compañía, está acorde al artículo 1453 del Código Civil (CC), en virtud de que el contrato de mi representada, nace "...de las voluntades de dos o más personas como en los contratos...". Si nos contratos son libres y voluntarios de qué manera se puede aprovechar del desconocimiento de los consumidores.

La información que reciben los clientes por parte de los asesores comerciales abarca todos los aspectos contractuales y brinda información oportuna, así como los montos y las obligaciones que contraen, tanto el cliente como la compañía.

Así también, la Intendencia debe considerar que la suscripción de un contrato, se da por la voluntad de las partes, siempre que un contrato este apegado a derecho y cumpla con los requisitos legales es válido, resulta importante resaltar este punto.

La Dirección sostiene que como a su criterio COSTACRUCEROS tiene más del 40% del mercado, ya solo por eso infringe la ley y por ende puede generar un abuso sobre el cliente, el análisis debía ser encaminado a cliente y asesor comercial, al momento de generar la compra, los quejosos no señalaron que todo el departamento de ventas o legal les abordó solo manifiestan que el vendedor se acercó, es ilógico el análisis al poner que debido a la participación de la compañía, ya se puede aprovechar del consumidor. (...)

Por otra parte, como se aprecia de la lectura a la autorización para el cobro con tarjeta, es otro medio más por el cual el cliente, consiente su voluntad y afirma haber recibido información concerniente a los términos y condiciones del programa ofertado, es decir, si el contratante no está de acuerdo con los beneficios que recibirá al ser parte de la familia de COSTACRUCEROS, no plasmaría su firma en la autorización de cobro y procedería a rechazar el pago de los valores.

Las conductas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida, conllevan un abanico de elementos que se deben configurar, para que estas sean consideradas como desleales, pero la Dirección solo se limita a mencionar que como existe una presunta posición en el mercado ya se está infringiendo la ley.



Incluso se ha demostrado que no existen actos de engaño, es lógico que mucho menos pudiesen existir actos de aprovechamiento del desconocimiento de los consumidores [...]”

Con dicha fundamentación, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo y -en consecuencia- harían improcedente la imposición de la sanción y las medidas correctivas.

QUINTO. - CONSTANCIA PROCESAL. –

A fin de analizar los presupuestos determinados por el apelante, esta autoridad procederá a revisar los expedientes de investigación, resolución y el que se sustancia el presente recurso de apelación, de los cuales se destacan como principales constancias procesales las que se anotan:

a) Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-0004-2018:

1. Escrito y anexos presentados el 13 de julio de 2018 a las 08h47, signados con el número de trámite Id. 99747, con el cual, la Defensoría del Pueblo Zonal 2, puso en conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el Informe Motivado Nro. 0014-DPE-CGDZ2-2018-CS donde se indica lo siguiente: “(...) *Poner en conocimiento del señor SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO, que en el presente caso, tal como se cita en el numeral (14 y 15) del presente informe motivado, el operador económico Agencia de Turismo COSTACRUCEROS S.A. podría estar incurriendo en prácticas desleales previstas en el artículo 27 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado [...]”;*

2. Resolución de 28 de agosto de 2018, las 17h00, mediante la cual, la INICPD en su parte pertinente resolvió:

[...] 6.2- Acoger el Informe de Barrido elaborado por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, el 24 de agosto de 2018, a las 16h50, mediante el cual se recomienda el inicio de investigación preliminar por presuntas prácticas de engaño, violación de normas y aprovechamiento del desconocimiento del consumidor, sin perjuicio que en el transcurso de la investigación se encuentren otras conductas, hechos o responsables del cometimiento de actos de competencia desleal. 6.3.- Abrir por un término no mayor a 180 días, la etapa de investigación preliminar [...]: “[...] que permita a la Intendencia contar con elementos de convicción respecto a la existencia de presuntos actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento de la debilidad de consumidor [...]”;

3. Informe Preliminar Nro. SCPM-INICPD-DNICPD-24-2019 de 27 de mayo 2019, mediante el cual, la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, concluyó:

“[...] de los posibles actos de engaño, violación de norma y prácticas agresivas por aprovechamiento de la debilidad del consumidor (...) hay elementos suficientes como para que la Intendencia Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, requiera las



explicaciones necesarias al operador económico Agencia de Turismo COSTACRUCEROS S.A. respecto a estas prácticas en el período 2015 hasta la presente fecha [...]”;

4. Providencia de 27 de mayo de 2019, las 12h00, con la cual, la INICPD, entre otros, resolvió notificar con el Informe Nro. SCPM-INICPD-DNICPD-24-2019, de 27 de mayo de 2019, al operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., a fin de que conteste y deduzca explicaciones en el término de quince (15) días;
5. Escrito y anexos presentados por el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., el 19 de junio de 2019, las 09h12, signado con el número de trámite ID trámite 135269, mediante el cual presentó su escrito de explicaciones;
6. Resolución de 03 de julio de 2019, a las 14h00 en la cual, la INICPD resolvió ordenar el inicio de la etapa de investigación del expediente, por el supuesto cometimiento de las prácticas desleales tipificadas en el artículo 27, números 2, 9 y 10 literal a)² de la LORCPM, por un plazo de duración que no podrá exceder de ciento ochenta (180) días prorrogables por una sola vez hasta por ciento ochenta días (180);
7. Resolución de 03 de enero de 2020, las 13h00, mediante la cual, la INICPD, prorrogó por el plazo de 180 días adicionales la investigación;
8. Resolución de 23 de octubre de 2020, mediante la cual la INICPD, resolvió ampliar las conductas de la investigación, por el presunto cometimiento de las prácticas desleales contenidas en el literal e) del numeral 10 del artículo 27³ de la LORCPM;

² LORCPM.- “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. [...] 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. 10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se consideran prácticas desleales, entre otras: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. [...]”

³ “Art. 27.- Prácticas Desleales.- Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: [...] 10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se consideran prácticas desleales, entre otras: [...] e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley. [...]”



9. Informe de Resultados de 18 de noviembre de 2020, signado con el número de trámite ID trámite 177184, en su parte pertinente recomendó:

“[...] una vez concluida la investigación se encontró que el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., estaría cometiendo las prácticas desleales tipificadas en los numerales 2, 9 y 10 letra a) del artículo 27 de la LORCPM, por lo cual esta Dirección recomienda proseguir con la etapa de sustanciación para lo cual deberá formular cargos al operador económico antes mencionado. Finalmente, respecto de las conductas contenidas en los literales c) y e) del numeral 10 del artículo 27 de la LORCPM al no existir un pronunciamiento de fondo por parte de esta Institución, esta Dirección recomienda a la Intendencia dejar a salvo la facultad de investigar la posible existencia de estas conductas, en una eventual investigación siempre y cuando no haya caducado su facultad de investigar de conformidad con el artículo 70 de la LORCPM [...]”;

10. Providencia de Formulación de Cargos de 18 de noviembre de 2020, que en su parte pertinente señaló:

“[...] Con base en los argumentos jurídicos y económicos esbozados en el Informe de Resultados de la investigación, esta Intendencia emite la presente formulación de cargos contra el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., al considerar que en la presente investigación existen méritos de la existencia de las posibles conductas de prácticas desleales de engaño, violación de norma, prácticas agresivas de acoso e influencia indebida por el aprovechamiento de la debilidad y desconocimiento del consumidor; tipificadas en el artículo 27, numerales 2, 9 y 10 literal a) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM). En aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 de la LORCPM y 68 del Reglamento a la LORCPM, córrase traslado con el informe de resultados y la presente formulación de cargos a fin de que el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., deduzca las excepciones que en derecho le correspondan. [...]”;

11. Escrito ingresado por el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., el 11 de diciembre de 2020, las 10h17, signado con el número de trámite ID trámite 179417, mediante el cual presentó sus excepciones;

12. Providencia de 14 de diciembre de 2020, con la cual, la INICPD, abrió el término de prueba por 60 días;

13. Oficio No. CRDPIC-DTEC-2021-0003, ingresado por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación (CRDPIC), de 31 de marzo



de 2021, las 12h28, signado con el número de trámite ID 189743, mediante el cual entrega el Informe Semiótico realizado a la publicidad del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A.

14. Providencia de 31 de marzo de 2021, emitida por la INICPD, en la cual entre otros dispone:

“[...] QUINTO.- Por cuanto el operador económico COSTACRUCEROS S.A. solicitó una copia del informe una vez que el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación lo presente, esta Autoridad dispone que, adjunto a la presente providencia, se remita una copia simple digital del Informe de “Análisis semiótico de las “publicaciones realizadas por parte del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A. [...]”.

15. Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-034-2021, en el cual, el Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales señaló: “(...) **15. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES** Esta Intendencia arriba a las siguientes conclusiones: *Del análisis económico: Respecto al mercado producto de la presente investigación, esta Intendencia considera, ha definido al mercado como: “paquetes o programas de descuentos”, identificado como el principal giro de negocio del operador económico COSTACRUCEROS S.A.; definición ratificada tanto del análisis cualitativo y cuantitativo, sin identificar sustitutos adicionales, o similares. Referente a la temporalidad de las presuntas conductas, esta Intendencia considera que estaría delimitado desde enero 2015 hasta la actualidad, considerando la estacionalidad del servicio, para el acceso de paquetes de descuentos no estaría delimitado a una temporada específica, dependería de las preferencias del consumidor. En cuanto al mercado geográfico, esta Intendencia identificó que el mismo tendría un alcance regional, independientemente a que el operador mantendría puntos de venta y atención (oficinas, stand e islas temporales) en lugares de concurrencia masiva como centros comerciales y otros, la concentración de la comercialización de ventas de COSTACRUCEROS S.A., se encuentra en las provincias de Santo Domingo, Imbabura, Esmeraldas, Pichincha, Guayas y El Oro. Además, tanto de la información aportada por el operador económico, y los análisis cualitativos y cuantitativos, esta Intendencia ratifica el alcance regional, en particular por la concentración demográfica de ventas que corresponde estas provincias, y concluye que lo referido por COSTACRUCEROS S.A., en su escrito de excepciones no modifica la definición del mercado geográfico en el presente expediente, lo referido independientemente de que tanto la publicidad y ofertas se han realizado mediante redes sociales y página web, esto debido a que la venta efectiva y donde se genera la comercialización del servicios de paquetes de descuentos se genera en las oficinas por medio de la suscripción de la membresía. Finalmente, en cuanto al mercado relevante, este está comprendido por la comercialización de*



programas/paquetes de descuento, con las siguientes participaciones: el operador económico COSTACRUCEROS, tendría una participación de 43,2%, ONE CLASS TRAVEL del 25,1%, seguido por VED ELITE ECUADOR S.A., con el 22,4%, en cuarto lugar se encontraría el operador CASINTOUR con el 5,0%, KLEINTOURS con el 4,3%; y, el resto de los operadores tendría una participación menor al 0,1%. Respecto del falseamiento al régimen de competencia, esta Intendencia concluye que en el estudio de la naturaleza de la conducta, y a la cuantificación de la afectación generada por las prácticas desleales, debido a que el operador económico COSTACRUCEROS S.A., ha mantenido una importante participación en el mercado relevante, durante más de seis años, en un mercado con pocos oferentes, un índice HHI que demuestra que es un mercado modernamente concentrado, además, que existe un estado de distracción generalizado del público objetivo respecto del servicio a contratar, y un canal de distribución directo que permite una mayor captación de clientes y creando barreras de entradas potenciales para nuevos oferentes por el ofrecimiento de “premios”, en consecuencia, el operador económico COSTACRUCEROS si tendría la capacidad de falsear el régimen de competencia en este mercado relevante. **Del análisis jurídico: Actos de engaño.** Conforme ha demostrado esta Intendencia, se han configurado actos de engaño, conducta tipificada en el artículo 27, numeral 2 de la LORCPM, por parte del operador económico COSTACRUCEROS S.A., al haber ofertado a todos sus clientes, entre sus servicios, la venta de paquetes de descuentos, cuando en realidad ofertaba paquetes turísticos. Esta Intendencia considera que existen actos de engaño, frente a los consumidores, toda vez que en su generalidad reciben publicidad sobre paquetes turísticos, pero en la práctica suscriben contratos de adhesión por membresías de descuento en servicios turísticos, a través de la entrega de credenciales de acceso a plataformas para acceder a descuentos. Esta conducta se habría apoyado en el hecho de que el operador económico ha abordado a sus potenciales clientes, llamando su atención a través de incentivos o premios, dado que la modalidad utilizada por el operador económico investigado podría ser perjudicial para al consumidor, esto debido a que, al momento de tomar su decisión de compra estaría en una situación de “distracción” respecto del producto o servicio principal ofertado. Este hecho tampoco ha sido controvertido por COSTACRUCEROS S.A. **Actos de violación de norma.** Esta Intendencia considera que COSTACRUCEROS S.A. tiene una cuota importante en su mercado, y ha registrado un crecimiento económico importante, en relación con sus competidores. En este sentido, existen elementos suficientes para acreditar que COSTACRUCEROS S.A. ha prevalecido en el mercado a través de la obtención de ventajas competitivas como producto de la violación del artículo 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, por lo que configura el cometimiento de actos de violación de normas generales del mercado, conducta tipificada en el artículo 27, numeral 9, inciso primero de la LORCPM. **Actos de aprovechamiento del desconocimiento del consumidor.** Al respecto, esta Intendencia considera que los actos de aprovechamiento del desconocimiento del consumidor se dieron a través de influencia indebida y acoso al



*consumidor. Estos hechos están relacionados con la publicidad engañosa, acreditada en este informe. Esta conducta está tipificada en el artículo 27, numeral 10, letra a) de la LORCPM. Sin embargo, es pertinente destacar que se ha acreditado el cometimiento de actos de engaño por el objeto, en virtud de la contradicción entre el contrato de adhesión y la publicidad. Esta modalidad “por el objeto” está contemplada en el artículo 27, número 2, inciso primero de la LORCPM. En este sentido, la configuración de esta conducta debe ceñirse a la medición objetiva de los daños causados en el mismo. Al respecto, esta Intendencia evidencia que las quejas de los consumidores, registradas en el expediente son capaces de acreditar que la modalidad con la que se comercializaron los paquetes de descuento, a través del abordamiento en los centros comerciales y el ofrecimiento de premios, a modo de señuelo, para distraer su atención y desviarle del verdadero objeto del contrato. Por estas consideraciones, esta Intendencia ratifica el cometimiento de prácticas desleales que falseen la competencia a través de influencia indebida en la modalidad de aprovechamiento de la debilidad o desconocimiento del consumidor, por parte del operador económico COSTACRUCEROS S.A. De acuerdo con el análisis económico constante en el informe de resultados, en el presente caso, el operador económico goza de una importante participación en el mercado, superior al 40%. Con independencia del número de casos reportados en los que los consumidores se quejen por la forma en que han sido abordados por COSTACRUCEROS S.A., esta Intendencia tiene en cuenta que como resultado de esta práctica, los clientes fueron acosados para firmar los contratos de adhesión que no tienen información clara y precisa acerca de la real naturaleza del servicio ofertado. En este orden de ideas, al existir más de cinco mil contratos suscritos, esta Intendencia considera que el operador económico puede falsear la competencia a través de esta conducta, y en efecto lo hizo, al haber registrado un crecimiento económico considerablemente alto frente a sus competidores. **Recomendación:** Finalmente, del análisis fáctico contenido en el presente informe, esta Intendencia recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, considerar su contenido y proseguir conforme a derecho corresponda (...)*”

b) Expediente Administrativo SCPM-CRPI-013-2021:

1. Memorando SCPM-IGT-INICPD-166-2021-M, de 14 de junio 2021, con el cual la Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales notifica a la Comisión de Resolución de Primera Instancia el Informe Final No. SCPM-IGTINICPD-034-2021, emitido dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-0004-2018;
2. Providencia expedida el 16 de junio 2021, a las 10h30, en la cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso: “**PRIMERO.- AVOCAR** conocimiento del expediente SCPM-CRPI-016-2021. [...] **TERCERO.- TRASLADAR** al operador económico **COSTACRUCEROS** Informe final No. SCPM-IGT-INICPD-034-2021 para que, en el término de diez (10) días, presenten sus alegatos de conformidad con el inciso primero del artículo 71 del RLORCPM y el literal a. del artículo 16 del IGPA.”. [...];



3. Escrito presentado por el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., el 30 de junio 2021, a las 16h37, signado al número de trámite Id 198496, con el cual presentó sus alegatos;
4. Providencia expedida el 02 de julio 2021, a las 09h40, en la cual, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dispuso: “[...] **TERCERO.- CONVOCAR** al operador económico **COSTACRUCEROS**, así como a la INICPD a la celebración de una audiencia pública por vía telemática el 8 de julio de 2021 a las 10H00. [...]”;
5. Providencia de 05 de julio 2021, a las 09h45, donde la CRPI, dispuso: “[...] **PRIMERO.- SOLICITAR** a la INICPD que, en el término de quince (15) días, realice la actuación complementaria indicada en la parte motiva de la presente providencia [...]”;
6. Memorando SCPM-IGT-INICPD-190-2021-M, de 27 de julio 2021, con el que, la INICPD, adjunta Informe de Actuaciones Complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-042-I;
7. Providencia de 06 de octubre de 2021 expedida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia a las 10h03, mediante la cual se dispuso lo siguiente: “**PRIMERO.- SOLICITAR** a la INICPD que, en el término de ocho (8) días, realice la actuación complementaria indicada en la parte motiva de la presente providencia. (...)”;
8. Memorando SCPM-IGT-INICPD-227-2021-M de 14 de octubre de 2021, la IINICPD remitió el Informe de Actuaciones Complementarias No. SCPM-IGT-INICPD-2021-058-I;
9. Resolución de 29 de octubre de 2021, a las 12h10, mediante la cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia , resuelve:

*“**PRIMERO.- DECLARAR** que el operador económico **COSTACRUCEROS S.A.** cometió una falta grave al realizar actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, violación de normas y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida, específicamente a través del aprovechamiento de la debilidad o el desconocimiento del consumidor, de conformidad con los numerales 2, 9 10 literal a) del artículo 27 de la LORCPM, tal y como se indicó en la parte motiva de la presente resolución.*

***SEGUNDO.- IMPONER** al operador económico **COSTACRUCEROS S.A.** multa de **Dieciocho mil ciento noventa y cinco dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD. \$ 18.195).**, en aplicación del artículo 79 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y la Resolución 12 publicada en el Registro Oficial No. 887 de 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se expidió la Metodología para la Determinación del Importe de Multas por Infracción a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. [...]*



TERCERO.- ORDENAR las siguientes medidas correctivas para cumplimiento por parte del operador económico **COSTACRUCEROS S.A.**: (i) Rectificar toda su publicidad (medios de comunicación tradicionales y redes sociales, páginas web, material publicitario, etc), en el sentido de que se comunique de manera clara y completa la verdadera naturaleza del servicio del programa de descuentos que ofertan. (ii) Para obtener la firma de los contratos cuyo objeto sea el servicio de programas de descuentos, el operador **COSTACRUCEROS** deberá llevar al consumidor a espacios que permitan su total atención, sin distracciones o elementos que generen una percepción equivocada.

CUARTO.- ESTABLECER como forma de cumplimiento de las medidas correctivas lo siguiente: (i) **Primera medida correctiva:** Presentar a la INICPD, en el plazo de dos (2) meses contado desde la notificación de la presente resolución, un informe que contenga absolutamente toda su publicidad y donde se especifique en qué fue rectificada y de qué manera. - Presentar a la INICPD cada seis (6) meses y por el plazo de dos (2) años, contado desde que se notifica la presente resolución, una declaración juramentada donde se manifieste que toda su publicidad indica claramente la verdadera naturaleza del servicio del programa de descuentos. (ii) **Segunda medida correctiva:** presentar a la INICPD cada seis (6) meses y por el plazo de dos (2) años, contados desde que se notifica la presente resolución, una declaración juramentada donde se manifieste que la firma de los contratos se realiza en espacios que permitan la total atención del consumidor, sin distracciones o produzca confusión alguna.

QUINTO.- SOLICITAR a la INICPD que realice el seguimiento de las medidas correctivas y presente a la CRPI los informes [...]”.

c) Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-027-2021:

1. Escrito del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., que contiene el Recurso de Apelación, ingresado en la Secretaría General de la SCPM el 01 de diciembre de 2021 con número de trámite ID 217614, documentación que fue remitida electrónicamente por la Comisión de Resolución de Primera Instancia el 03 de diciembre de 2021, mediante número de trámite ID 218127;
2. Providencia de 08 de diciembre de 2021, a las 09h05, con la cual, esta autoridad admite a trámite el recurso de apelación interpuesto;
3. Escrito presentado por el señor Manuel Fernando Arroyo Tello, en su calidad de representante legal del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., el 05 de enero de 2022, a las 14h58, con número de trámite ID. 222005, en el cual presenta la documentación mediante la cual legitima su intervención, ratifica las actuaciones del doctor Juan Carlos Merizalde Vizcaíno;
4. Providencia de 17 de enero de 2022, a las 14h15, en la cual se señala: “[...] b.3. En relación a la prueba testimonial solicitada en su escrito de impugnación, se señala que - conforme lo determinado en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, el Reglamento para la aplicación de la Ley, y el Instructivo de Gestión



Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado- en la fase de impugnación vía apelación, no se contempla etapa de prueba y se resuelve con base en la verdad procesal del expediente administrativo recurrido y dealzada, en tal virtud se niega lo solicitado”.

SEXTO.- 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. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características [...]”; “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: 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. [...] 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. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: [...]6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”; “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 monopólicas 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. 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. 5.- Mercado relevante.-** *A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado. El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes. La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser*



equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.”; “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 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 (...); “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. 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: 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. (...) 9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. (...) 10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se



consideran prácticas desleales, entre otras: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. (...); “**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. 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”; “**Art. 78.- Infracciones.-** Las infracciones establecidas en la presente Ley se clasifican en leves, graves y muy graves [...]”; “**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[...]; “**Art. 80.- Criterios para la determinación del importe de las sanciones.-** El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a. La dimensión y características del mercado afectado por la infracción. b. La cuota de mercado del operador u operadores económicos responsables. c. El alcance de la infracción. d. La duración de la infracción. e. El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos. f. Los beneficios obtenidos como consecuencia de la infracción. g. Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas u operadores económicos responsables”; “**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.”

El Código Orgánico Administrativo –COA- dispone:

“**Art. 99.- Requisitos de validez del acto administrativo.** Son requisitos de validez: 1. Competencia (...) 5. Motivación.”; “**Art. 100.- Motivación del acto administrativo.** En la motivación del acto administrativo se observará: (...) Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.”; “**Art. 103.- Causas de extinción del acto administrativo.** El acto administrativo se extingue por: 1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad. (...)”; “**Art. 104.- Nulidad.** Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o a todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento.”; “**Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo.** Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. (...)”.

El Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado dispone;



“Art. 4.- Criterio general de evaluación.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para determinar el carácter restrictivo de las conductas y actuaciones de los operadores económicos, analizará su comportamiento caso por caso, evaluando si tales conductas y actuaciones, tienen por objeto o efecto, actual o potencialmente, impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”; “Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades: (...) k) Establecer la metodología para el cálculo del importe de multas y aplicación de los compromisos de cese”; “Art. 42.- Atribuciones de la Junta de Regulación.- La Junta de Regulación, aquí en adelante la Junta, tendrá las siguientes facultades: .a) Ejercer la rectoría en la formulación de políticas públicas y su planificación en el ámbito de la ley, conforme a los deberes, facultades y atribuciones establecidos para la Función Ejecutiva en la Constitución de la República; b) Expedir actos normativos para la aplicación de la Ley respecto del control de abuso de poder de mercado, acuerdos y prácticas restrictivas, competencia desleal y concentración económica, sin que dichos actos normativos puedan alterar o innovar las disposiciones legales o el presente Reglamento; b) Expedir los métodos de determinación de mercados y mercados relevantes; y otros criterios para la evaluación de las prácticas tipificadas en la ley, los cuales serán vinculantes para la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”

La Resolución No. 011 de la Junta de Regulación, de la “DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES”, impone:

“Art. 1.- Objeto y ámbito. El objeto de la presente Resolución es establecer los métodos de determinación del mercado de producto o servicio, y del mercado geográfico; en concordancia con el artículo 5 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y dar los lineamientos necesarios para que los operadores económicos puedan conocer los criterios que se emplearán de manera obligatoria en la definición de mercados relevantes, dentro de los estudios e investigaciones realizados por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.”; “Art. 4.- Mercado relevante.- El mercado relevante en el cual se examina un caso concreto previsto en la Ley, se determina combinando el mercado del producto o servicio y el mercado geográfico.”; “DE LA DETERMINACIÓN DEL MERCADO GEOGRÁFICO DE LOS CRITERIOS GENERALES A CONSIDERAR EN LA DEFINICIÓN DE MERCADO GEOGRÁFICO. Para la definición de mercado geográfico, a continuación se describen los criterios generales que, al menos alguno o algunos deberán ser considerados en la determinación del mercado geográfico.”; “DE OTROS ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA DEFINICIÓN DE MERCADO GEOGRÁFICO. Además de los elementos descritos anteriormente en la determinación del mercado geográfico, se deberá considerar alguno o algunos de los siguientes criterios”; “Art. 25.- Opiniones de clientes y competidores.- Con el objeto de sustentar y validar los resultados alcanzados por las pruebas referidas en los artículos del 20 al 23 del presente documento, se deberá solicitar documentalmente criterios y opiniones



a consumidores y usuarios representativos, así como a operadores económicos que oferten el producto o servicio materia de análisis”.

SÉPTIMO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

Partiremos indicando que, conforme lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador⁴ -CRE-, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia 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.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 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.”⁵

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”⁶

Es oportuno referir que como fue analizado en la providencia de 08 de diciembre de 2021 a las 09h05 el Recurso de Apelación procede en contra de actos administrativos, así mismo conforme se desprende del libelo del recurso de apelación interpuesto por el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., presentó su impugnación en contra de la Resolución de 29 de octubre de 2021 de las 12h40, emitida por la Comisión de Resolución de

⁴ 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. [...]”

⁵ 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”

⁶ LORCPM, artículo 38 numeral 2.



Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2021; en este contexto, las alegaciones y fundamentaciones deben identificar los presuntos yerros constantes en el acto administrativo impugnado (en el presente caso la Resolución de 29 de octubre de 2021) y que fueron cometidos por la autoridad administrativa que emite el acto administrativo (en el caso en análisis la CRPI); sin embargo, de la revisión del texto de los argumentos constantes en el recurso de apelación se observa que los mismos, en el acápite III y sus subnumerales 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.4 (sic), y 3.5, son argumentos y alegaciones que refieren a informes y análisis realizados por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales – DNICPD, y al Informe Final emitido por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales – INICPD; tanto más se observa, que dicho acápite y subnumerales son una copia de las alegaciones presentadas por el operador económico en su escrito de alegaciones al Informe Final (Trámite ID 198496 de 30 de junio de 2021), pues se observan errores como que los párrafos y las argumentaciones están dirigidas a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por ejemplo:

- Pág. 18, *“En primer lugar debemos poner en conocimiento de la comisión, que de ninguna manera la Intendencia a demostrado que los contratos de COSTACRUCEROS, sean de adhesión [...]”*
- Pág. 20, *“Señores comisionados, como podrán darse cuenta de los medios probatorios aportados por COSTACRUCEROS, la empresa en cada etapa [...]”*

Y más aún en el subnumeral 3.4 (sic) que titula “ACTOS DE COACCIÓN”, la argumentación está dirigida a la INICPD⁷, ya que la argumentación de este punto que consta en el escrito de recurso de apelación es una copia de la argumentación del escrito de alegaciones al Informe Final y éste a su vez una copia del escrito de excepciones presentado ante la INICPD el 11 de diciembre de 2021 con número de trámite ID 179417.

En este sentido, es comprensible que, al ser el escrito del recurso de apelación una copia de otros escritos que se han ido presentando dentro del procedimiento administrativo de investigación y resolución, las argumentaciones de la impugnación carezcan de una debida técnica jurídica que identifique los presuntos yerros del acto administrativo impugnado, esto es la Resolución de 29 de octubre de 2021.

Empero de lo indicado, tutelando el derecho de impugnación previsto en la Constitución de la República del Ecuador, se atiende el recurso en los siguientes términos:

Conforme la fundamentación del libelo del recurso de apelación interpuesto e identificados en el acápite CUARTO de la presente resolución, los cinco (5) puntos sobre los cuales funda su recurso de apelación tienen connotaciones tanto de índole procedimental, como conductual; en este

⁷ Escrito de Recurso de Apelación, Id 217614, pág. 27, en la que dice: *“Señor Intendente, sobre la base de los principios de autonomía de la voluntad [...]”*



contexto, a fin de mantener un debido orden de los puntos a tratar, se analizarán de la siguiente manera:

- a) Error en la determinación del Mercado Relevante y falta de aplicación de la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM;
- b) Afectación al derecho a la defensa: Cambio de la teoría del caso;
- c) Indebida actuación y valoración probatoria; y,
- d) Ausencia de las conductas tipificadas en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a) de la LORCPM;

a) Error en la determinación del Mercado Relevante y falta de aplicación de la Resolución 11 de la Junta de Regulación de la LORCPM;

Conforme ha sido transcrito en líneas anteriores, sobre este punto el apelante argumenta -de manera principal- que la administración ha definido el mercado relevante en una de las dos actividades económicas que oferta: “venta de programas de descuentos”; empero, cuestiona: **i)** Si la participación en el mercado relevante se calculó por los ingresos totales (incluida la de agencia de viajes) o de la actividad señalada; **ii)** La falta de diferenciación de ambas actividades, desconociendo como administrado, respecto de qué actividad analizó la INICPD la información; **iii)** Que la INICPD injustificadamente toma los ingresos de la actividad de programas de descuentos sobre la actividad de paquetes turísticos, contrariando el artículo 5 de la LORCPM; **iv)** Que –para fines de cálculo del mercado relevante- no existió separación de ingresos respecto del servicio infractor (paquetes de descuento) y el otro de su actividad; y, **v)** Que el acto administrativo es ilegal por no cumplir con la norma del artículo 25 de la Resolución 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, por no existir información de los criterios y opiniones de consumidores y usuarios representativos del sector, ocasionando error en la definición del mercado geográfico.

Siendo que la exposición de motivos de esta fundamentación recae directamente en la figura de mercado relevante, se hará mención al mismo para fines de contexto en el análisis impugnatorio.

La Ley Orgánica de Control de Regulación y Control del Poder de Mercado, señala:

“[...] Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la



Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. [...]. (El énfasis no es parte del texto)

La doctrina, respecto a la definición del Mercado Relevante indica:

*“[...] La definición de mercado relevante constituye un elemento central dentro del análisis de los casos antitrust. A partir de dicha definición, comúnmente se analiza la estructura de los mercados y se determina si una o más empresas tienen o no poder sustancial dentro del mercado o posición dominante en el mismo. [...] La definición del mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier investigación que busque evaluar las condiciones de competencia en un mercado. [...]”*⁸ (negritas fuera de texto)

Respecto a la importancia de la determinación del Mercado Relevante, en relación a las prácticas desleales, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado se ha señalado:

*“[...] Es decir, constituye una obligación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la determinación del mercado relevante en todos los casos que sean objeto de su conocimiento, incluidos aquellos en los que traten asuntos relativos a conductas de competencia desleal. De esta manera, el análisis de las conductas contenidas en los artículos 25 y 27 de la LORCPM, debe ser necesariamente concatenado con los parámetros de cualificación contenidos en el artículo 26, y en el ya indicado, artículo 5 del mismo cuerpo legal. [...]”*⁹. (El énfasis no es parte del texto)

De lo transcrito, partiendo que la LORCPM determina que la definición del mercado relevante es un elemento fundamental para establecer el alcance de las conductas analizadas al amparo de sus disposiciones, la correcta determinación del mercado relevante reporta una significancia trascendente para la valoración de la conducta anticompetitiva en análisis; justamente dado que el propósito de la definición del mercado de referencia es proveer un marco analítico de los efectos competitivos de una conducta en particular.

Con ello, debe tenerse presente que, si no se tiene cuidado en la correcta determinación del mercado relevante, *“no será posible desarrollar una investigación adecuada. Las hipótesis de daño, que deben plantearse en toda investigación antitrust descansan, en la mayoría de los procedimientos, en el mercado relevante definido.”*¹⁰.

⁸ “Definición de Mercado Relevante y Políticas de Competencia”, Gonzalo Ruiz D. Área de Estudios Económicos del Indecopi. Véase: <file:///C:/Users/francisco.riofrio/Downloads/Dialnet-DefinicionDeMercadoRelevanteYPoliticadeCompetencia5109662.pdf>

⁹ Guía de aplicación de las conductas desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Poder del Mercado. Recuperado a partir de <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Guia%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf>, pág. 16

¹⁰ Javier Núñez Melgoza, EL ECONOMISTA, artículo recuperado a partir de <https://www.economista.com.mx/opinion/importancia-de-la-correcta-determinacion-del-mercado-relevante-20180612-0037.html>



Siendo mandatorio que, en un proceso de investigación y sanción, la administración (y las unidades que la conforman en cada etapa del procedimiento) determinen correctamente el mercado relevante, pues este constituye el escenario de análisis de la conducta, el procedimiento administrativo tendrá como base de observación los elementos que lo conforman, siendo – entonces- que la referida definición del mercado busca dotar de certeza jurídica a los operadores económicos en cuanto al ámbito de la investigación por conductas anticompetitivas tipificadas en la LORCPM.

En línea de lo anterior, considerando que la determinación del mercado relevante es uno de los pasos previos para establecer si la conducta de un operador económico es anticompetitiva, esta institución jurídico económica se refleja como una herramienta analítica que asiste en el proceso de determinación de restricciones competitivas en los operadores económicos. De ahí que la definición de mercado relevante provee un marco dentro del cual se puede medir la cuestión crítica de la conducta en estudio, con la cual los administrados ejercen su derecho a la defensa. Una errónea definición del mercado relevante, conlleva consigo un cambio en la línea de aproximación y defensa respecto de la conducta estudiada en el expediente administrativo sancionador.

Se reitera, establecer el mercado de referencia en esencia implica delimitar el marco dentro del cual se aplica la normativa de competencia respecto a las prácticas desleales. Por eso, el mercado relevante como espacio económico, funcional y territorial, permite valorar si la actuación de determinado agente económico resulta relevante a los ojos del Derecho de la Competencia y de la misma LORCPM. En suma, el mercado relevante sirve como un instrumento preliminar importante para identificar los límites de la competencia que provee un marco en el cual los efectos de la competencia pueden ser analizados.

En mérito de lo anterior, comprendida la importancia de la correcta determinación del mercado relevante y de cara a las argumentaciones del apelante, es imperante para esta autoridad, el estudio del Informe Final de Investigación que, como insumo técnico es base del procedimiento de sanción.

a.1. Informe Final No. SCPM-IGT-INICPD-034-2021:

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, señaló dentro del estudio del mercado relevante:

“[...] Para el presente caso la DNICPD, identificó que bajo la normativa ecuatoriana, se entiende como la actividad de turismo como la prestación de servicio remunerados en las actividades de alojamiento, servicios de alimentación, transporte, intermediación de servicios turísticos y organizadores de eventos, entre otros [...]

Con estos antecedentes, en el Informe de Resultados SCPM-INICPD-DNICPD-046-2020-I, procedió a delimitar el mercado relevante de “paquetes o programas de descuentos para servicios turísticos”² o la denominación de programa de fidelización



vacacional a partir del año 2019, mediante el análisis de sustitución de la demanda, sustitución de la oferta y mercado geográfico, respectivamente; tomando en consideración la temporalidad de las prácticas desleales investigadas.

[...]

Por lo que, esta Intendencia tiene en cuenta que, en el mercado de “programas de descuentos” existen competidores potenciales que ante incrementos en el precio del servicio de afiliación podrían ofertar y comercializar en un periodo de tiempo relativamente corto sin incurrir en ajustes significativos o inversiones altas, sin embargo, estarían sujetos a barreras de entradas, como la percepción de los consumidores frente a servicios sustitutos válidos, por lo que por el lado de la oferta y competencia potencial, no serían considerados parte del mismo mercado.

4.4. Mercado Geográfico

[...]

Con relación al mercado geográfico del servicio de “programas de descuento”, la INICPD en concordancia con el criterio de la DNICPD en su Informe de Resultados SCPM-INICPD-DNICPD-046-2020-I, considera que, las principales ventas del operador económico se realizan en las provincias de Santo Domingo de los Tsáchilas, Esmeraldas, Imbabura, Guayas, Pichincha y El Oro, lo que refiere que el alcance del mercado geográfico es regional.

[...]

4.6. Mercado relevante

Con base en la determinación del mercado del producto y del mercado geográfico del presente expediente, la DNICPD, para el presente caso, realizó la siguiente definición de mercado relevante:

Por la definición del mercado de producto y el alcance del mercado geográfico, en donde los operadores económicos desarrollan sus actividades económicas, la DNICPD define al mercado relevante como: la comercialización de programas/paquetes de descuento en servicios turísticos, con un alcance de nivel regional.

[...]

Por lo que, esta Intendencia tiene en cuenta que conforme las herramientas cualitativas y cuantitativas tanto de la demanda como la oferta, aplicadas en el presente caso, queda demostrado que el mercado relevante se comprende de la comercialización de paquetes/programas de descuentos en servicios turísticos. En este sentido, concuerda con que la participación de los operadores económicos dentro del mercado relevante definido en la presente investigación, está compuesta de la siguiente manera:



- *COSTACRUCEROS, con el 43,2%, [...]*

- *Consideraciones de esta Intendencia*

De la información suministrada por el operador económico esta Intendencia procedió al análisis de los ingresos por ventas, y se pudo evidenciar lo siguiente: [...]

El operador económico COSTACRUCEROS S.A., presentó los ingresos por ventas desde el año 2014, en el que se identifica que sus ingresos se componen de dos rubros i) “Venta Membresía” y ii) “Venta paquetes/agencia”, no obstante en todos los años, los ingresos por “Venta Membresía” superan prioritariamente la composición de los ingresos percibidos por el operador investigado COSTACRUCEROS S.A.

Tal es así, que se verifica que en el año 2015 por el rubro de “Venta Membresía” (programas de descuentos) representó el 78% de sus ingresos, mientras que por la “Venta paquetes/agencia”, generó el 22%. En el año 2016, los ingresos estuvieron compuestos por 68% “Venta Membresía” (programas de descuentos), y ningún ingreso por “Venta paquetes/agencia”, es decir, ese año, únicamente el operador COSTACRUCEROS S.A., generó sus ingresos por la venta de membresías.

En los años 2017, 2018 y 2019, los ingresos por “Venta Membresía” (programas de descuentos), representaron, en promedio, más del 87% de los ingresos totales del operador COSTACRUCEROS S.A., mientras que los ingresos percibido por “Venta paquetes/agencia”, representó menos del 8%, por lo que, esta Intendencia, identifica conforme la información del operador económico investigado, que el giro de negocio y por lo que percibe casi la totalidad de sus ingresos anuales, es la comercialización de “Venta Membresía” (programas de descuentos), ratificando la definición del mercado relevante definido por esta órgano de investigación dentro del presente expediente. [...]”

De la transcripción parcial del informe final de investigación, esta autoridad evidencia que la INICPD realizó el análisis del mercado relevante con los elementos normativos mandados por el artículo 5 de la LORCPM, identificando el servicio sobre el cual recae la definición del mercado de referencia, siendo que, para sus términos generales, se encuentre individualizada la data sobre la actividad de programas de descuentos. Ahora bien, puesto que el órgano investigador identifica un mercado, corresponde revisar el acto administrativo impugnado a fin de establecer si el órgano sancionador lo acoge, y por tanto sigue la línea investigativa demarcada.

a.2. Resolución de 29 de octubre de 2021 establece:

En referencia al punto en estudio, el órgano resolutorio impuso:

“[...] 11.4. El mercado relevante



[581] *En el presente acápite se delimitará el mercado relevante, observando lo dispuesto en la LORCPM y normas conexas, así como las circunstancias particulares correspondientes al presente caso [...]*

9.4.1. Mercado de servicio [...]

[585] *De conformidad con lo señalado por el operador económico y la información de acceso público, encontramos que su actividad principal se enmarca dentro de las actividades de intermediación de servicios turísticos. Tanto la INICPD como el mismo operador económico coinciden en señalar que COSTACRUCEROS oferta dos servicios: la venta de paquetes turísticos y la venta de programas de descuentos sobre servicios turísticos. [...]*

[586] *Si bien el operador económico argumenta que se deben considerar dos mercados distintos de acuerdo a los dos servicios que oferta, es importante recalcar que el presente caso concierne al cometimiento de prácticas desleales de conformidad con lo establecido en el artículo 27 numerales 2, 9, y 10 literal a), especialmente en relación con la actividad comercial de venta de programas de descuentos en servicios turísticos ofertados por el operador económico COSTACRUCEROS. Del acervo probatorio obrante en el expediente se desprende que es concretamente en este mercado donde se realizaron las prácticas desleales mencionadas. En consecuencia, sobre dicho servicio recaerá el análisis de mercado relevante.*

[587] *Los programas de descuentos ofertados por el operador económico COSTACRUCEROS radican esencialmente en la adquisición de una membresía para la obtención de beneficios y tarifas preferenciales para el uso y disfrute de servicios y planes turísticos a nivel nacional e internacional, con una duración determinada²⁶. En este sentido, los programas de descuento se presentan como servicio secundario o complementario de los servicios de turismo.*

[588] *La membresía puede definirse como el procedimiento a través del cual un usuario decide ser parte de un grupo selecto de consumidores de una empresa, pudiendo disfrutar de algún tipo de beneficio o ventaja extraordinario frente al resto de consumidores o usuarios. Existen membresías tanto gratuitas como pagadas con características particulares para cada caso.*

[589] *La INICPD señaló que el operador económico COSTACRUCEROS como intermediario de servicios turísticos oferta membresías a programas de descuento de paquetes turísticos en 4 categorías: Costaclub VIP; Costaclub VIP Silver; Costaclub VIP Gold; y, Costaclub VIP Platinum. Cada una de estas categorías otorga distintos beneficios a sus afiliados [...]*

[590] *Considerando que todas las categorías de los programas de descuento ofertan reducción y tarifas exclusivas en servicios turísticos, no cabe la posibilidad de discriminar entre las cuatro clases ya que se trata en esencia de un mismo servicio: la comercialización de programas de descuentos para servicios turísticos.*

[...]



[593] La INICPD determinó que el programa de descuentos ofertado por el operador económico COSTACRUCEROS se orienta a brindar acceso con tarifa preferencial a servicios turísticos de diferentes tipos, como serían los paquetes turísticos definidos como el “(...) conjunto de servicios prestados en base a un itinerario organizado previamente (...)”. En su análisis la Intendencia identificó las principales características de los servicios relacionados a paquetes turísticos, evidenciando particularidades propias del programa de descuentos (...)

[595] En este sentido y de forma evidente los programas de descuento no se considerarían como sustitutos del resto de servicios turísticos, ya que se presentan como un servicio secundario diseñado para ser utilizado como complemento de los servicios turísticos. Esto quiere decir que un consumidor que adquiere un programa de descuentos no adquiere un paquete turístico en particular, sino la posibilidad de aplicar determinado descuento a un servicio turístico que podría adquirir en el futuro y sobre el cual deberá cancelar una tarifa. Como efecto, existirían diferentes niveles de descuentos para cada uno de los servicios (ej. Alojamiento, deportes extremos, etc.), conforme el contrato que se suscriba. Bajo esta consideración el servicio bajo análisis se conforma como un mercado único.

11.4.2. Mercado geográfico

[...]

[605] De conformidad con esta información, el área de influencia estaría básicamente circunscripta a las provincias de Santo Domingo de los Tsáchilas, Esmeraldas, Imbabura, Guayas, Pichincha y El Oro. Para comprobar lo anterior la INICPD aplicó la Prueba de Elzinga – Hogarty en concordancia con lo establecido en el artículo 21 de la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM [...]

[607] La CRPI concuerda con la INICPD en que existirían bases técnicas para definir que el mercado tiene alcance regional, toda vez que se cumple que el área geográfica de influencia es superior a tres provincias e inferior a la escala nacional [...]

De la motivación transcrita, es evidente para esta autoridad que la Comisión de Resolución de Primera Instancia, al igual que el órgano de investigación, han sostenido que el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., participa de **manera principal** en el mercado de “la comercialización de programas de descuentos en servicios turísticos a nivel regional, que incluye las provincias de Santo Domingo de los Tsáchilas, Esmeraldas, Imbabura, Guayas, Pichincha y El Oro”; lo que no conlleva desconocer el giro comercial total del operador económico, sino una circunscripción a la actividad que permite a la administración y al administrado tener presente el ámbito de análisis.

Lo anterior, toda vez que no es coherente con la verdad procesal que, la Comisión de Resolución de Primera Instancia o la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales hayan errado en la determinación del mercado relevante, o que—en general— como administración



no se haya exhibido la diferencia de la actividad con la cual parte el análisis conductual. Reposa en la verdad procedimental que la administración efectuó el análisis con fines de definición del mercado de referencia con indicación específica de la actividad del operador económico sobre el cual basa el análisis; con ello, la exposición de motivos del apelante en torno a la falta de identificación de actividad, la toma y valoración no-discrecional de data de actividades, la falta de separación de ingresos conforme la actividad del agente no se encuentra respaldada; haciendo que la referida exposición de motivos impugnatorios quede en meros enunciados al no encontrarse sustento con las actuaciones administrativas.

Para demostrar la conclusión previa, revisando la supuesta falta de certeza sobre qué actividad se hizo el análisis de decisión de mercado relevante y posterior cálculo para la imposición sancionatoria, se puede identificar de la revisión del acto impugnado – con base al informe final y las actuaciones complementarias adelantadas en la fase de resolución- que la CRPI, en el apartado 13.3.3, anotó:

“[...] [641] El factor de volumen de negocios en el mercado relevante ha sido calculado por parte de la INICPD de acuerdo a la información de los ingresos por comercialización de los programas de descuentos en servicios turísticos por COSTACRUCEROS [...]”
(negrillas fuera de texto)

Es decir, conforme se desprende del texto del acto administrativo impugnado, en su revisión pormenorizada como en su contexto general, la definición del mercado relevante ha sido plenamente identificada, constatándose la actividad sobre la cual recayó la práctica anticompetitiva y a partir de la cual la administración tomó referencia para el análisis y pronunciamiento conductual y sancionatorio.

Finalmente, en cuanto al presunto error del mercado relevante en el ámbito geográfico, que fue identificado a nivel regional por la administración (incluyendo las provincias de Santo Domingo de los Tsáchilas, Esmeraldas, Imbabura, Guayas, Pichincha y El Oro), se encuentra la debida motivación de esa identificación por ser el área de influencia en la que se circunscribe la conducta. Para dichos efectos –conforme el acto administrativo impugnado- la INICPD aplicó la Prueba de Elzinga – Hogarty en concordancia con lo establecido en el artículo 21 de la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM, señalándose:

“[...] [607] La CRPI concuerda con la INICPD en que existirían bases técnicas para definir que el mercado tiene alcance regional, toda vez que se cumple que el área geográfica de influencia es superior a tres provincias e inferior a la escala nacional [...] [608] [...] Las actividades de publicidad desarrolladas a través de redes sociales o la presencia esporádica de COSTACRUCEROS en otras provincias diferentes a las incluidas en el mercado geográfico, constituyen actividades extraordinarias encaminadas principalmente a la captación de usuarios. En consecuencia, por su inestabilidad no serían consideradas como fuentes alternativas de aprovisionamiento para los clientes [...] el operador entre 2016 y 2020 dispuso sus islas para venta de su



producto en máximo 17 ciudades del país. De manera general las islas o salas de venta flotantes no constituyen un canal permanente a través del cual un cliente pueda acceder al servicio de programas de descuento [...]”

Es decir, la administración motivó –en los dos momentos procedimentales: investigación / sustanciación y sancionatorio- el mercado geográfico con un alcance regional, incluyendo las provincias de i) Santo Domingo de los Tsáchilas, ii) Esmeraldas, iii) Imbabura, iv) Guayas, v) Pichincha; y, vi) El Oro, por existir justificación técnica bajo la aplicación de la Prueba de Elzinga – Hogarty en concordancia con lo establecido en el artículo 21 de la Resolución No. 011 de la Junta de Regulación de la LORCPM; valoración técnica que no ha sido desvirtuada por el impugnante, tornando su exposición de motivos a este respecto –en particular la aplicación del artículo 25 de la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación a la LORCPM-, en meros enunciados. En cuanto a esto último, como se puso de manifiesto, una de las herramientas que se utilizó por parte de la INICPD para la determinación del mercado geográfico recayó en la prueba Elzinga-Hogarty, lo cual es válido y suficiente para la determinación del mercado relevante, conforme ha acogido la CRPI, siendo este uno de los criterios que demanda el artículo 4 de referida Resolución 011; la cual fue correctamente expuesta y valorada por el órgano sancionatorio en el acto administrativo impugnado; por lo que, en el presente caso y luego de revisar los elementos probatorios que sirvieron de base para emitir la resolución materia de la impugnación, se puede evidenciar que la determinación del mercado relevante realizada por el INICPD y acogido por la CRPI, respecto del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., es correcta.

b) Afectación al derecho a la defensa: Cambio de la teoría del caso.-

En la exposición de motivos para fundamentar esta alegación, el impugnante sostiene como cargo el desconocimiento de la modalidad conductual de la que se le investigó, lo cual –posteriormente-repercutiría en una afectación a su derecho a la defensa, al existir un pronunciamiento de sólo parte de los hechos imputados.

Para fines de estudio de esta alegación, es preciso señalar que, la afirmación que realiza el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., relacionada a que se modificó la teoría del caso de lo investigado en la etapa de formulación de cargos hasta el informe final obedece solo a la conducta de actos de engaño, -aclaración necesaria dada la sanción de varias conductas en el acto administrativo en estudio; y, resulta trascendental revisar el acto impugnado, y poder discernir si la línea investigativa respetó la congruencia con la sanción impuesta, recordándose que de la primera existe pronunciamiento y actuaciones procedimentales del agente investigado. En la Resolución de 29 de octubre de 2021 emitida por la CRPI, -realizando un recorrido por las actuaciones de su predecesor-, estableció:

“[...] [289] El operador COSTACRUCEROS está afirmando que no se respetó el principio de congruencia. De una revisión del informe de resultados, de la resolución de formulación de cargos y del informe final, se encuentra que hay una adecuada congruencia:

(i) Informe de resultados

“Del análisis jurídico, esta Dirección identificó elementos de convicción respecto de las conductas de actos de engaño, violación de normas y actos de acoso e influencia indebida en la modalidad de aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, en contra del operador económico COSTACRUCEROS S.A., de conformidad con los numerales 2, 9 y 10 letra a) del artículo 27 de la LORCPM. Respecto de los actos de engaño, la Dirección señaló que **la oferta** realizada por el operador económico investigado podría inducir a error al público **respecto de las características, beneficios y la verdadera naturaleza del servicio de paquetes de descuentos**, esto debido a que, existirían diferencias entre lo ofertado en la comercialización a través de "premios" frente a lo referido en los contratos y la publicidad del operador. De los actos de violación de normas, esta DNICPD, evidenció la configuración de los tres elementos, el presunto incumplimiento del artículo 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la ventaja competitiva significativa y la prevalencia de COSTACRUCEROS S.A. Finalmente, los actos de acoso e influencia indebida en la modalidad de aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, esta Dirección identificó que el operador económico investigado pudo influenciar de manera indebida por suposición de superioridad en el mercado relevante, además que conforme lo referido por varios consumidores, **habría realizado ofertas** insistentes e incómodas a fin de que contraten sus paquetes de descuentos.”

(ii) Resolución de formulación de cargos

“[...] Que, una vez obtenida la atención del posible cliente, en un lugar público, el operador económico **ofertaría un servicio consistente en un “programa de descuentos”** del que varios usuarios no comprenderían su real naturaleza, características o beneficios. Que, los consumidores no recibirían información clara, veraz y oportuna, lo cual es reflejado en los modelos de contratos constantes en el expediente que contienen términos como “programas de descuentos”, “paquetes de descuento” o “programa de fidelización”[...]

(iii) Informe Final

“Actos de engaño

Conforme ha demostrado esta Intendencia, se han configurado actos de engaño, conducta tipificada en el artículo 27, numeral 2 de la LORCPM, por parte del operador económico COSTACRUCEROS S.A., **al haber ofertado a todos sus clientes, entre sus servicios, la venta de paquetes de descuentos**, cuando en realidad ofertaba paquetes turísticos. [...]

[290] La CRPI encuentra que existe absoluta congruencia entre el informe de resultados, la resolución de imputación de cargos y el informe final. El escenario fáctico y jurídico guarda absoluta concordancia. El operador económico tuvo absoluta claridad en cuáles fueron los actos desleales endilgados, así como los hechos y pruebas en los que se sustentaban. Por tal motivo, no se encuentra ningún tipo de violación al derecho al debido proceso ni a la seguridad jurídica.



[563] La norma transcrita establece una conducta de amplio espectro, es decir, que puede realizarse por diversas plataformas fácticas, incluyendo la publicidad, pero que tienen un común denominador: hacer que el público consumidor caiga en error al momento de adquirir bienes o servicios en el mercado [...]

De esta cita parcial, se logra evidenciar que la administración identifica la conducta y la norma que la prevé, haciendo un análisis de los elementos conductuales sobre los que se imputa al administrado. Siendo que –conforme se desprende del recurso interpuesto- el fondo de la indefensión, por resultados de incongruencia investigativa, residiría en la “precisión” que realiza el órgano investigativo al señalar, como modalidad conductual, el término “por objeto”, se debe destacar:

La administración sobre la base de definición del mercado relevante como: “*la comercialización de programas de descuentos en servicios turísticos a nivel regional, que incluye las provincias de Santo Domingo de los Tsáchilas, Esmeraldas, Imbabura, Guayas, Pichincha y El Oro*”, efectuó el análisis conductual por “*el cometimiento de actos de competencia desleal bajo Las modalidades de engaño, violación de normas y prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida (aprovechamiento de la debilidad o el desconocimiento del consumidor), de conformidad con lo previsto en los numerales 2, 9 y 10 literal a) del artículo 27 de la LORCPM*”, lo cual se constata con la formulación de cargos, que señala:

“[...] Con base en los argumentos jurídicos y económicos esbozados en el Informe de Resultados de la investigación, esta Intendencia emite la presente formulación de cargos contra el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., al considerar que en la presente investigación existen méritos de la existencia de las posibles conductas de prácticas desleales de engaño, violación de norma, prácticas agresivas de acoso e influencia indebida por el aprovechamiento de la debilidad y desconocimiento del consumidor; tipificadas en el artículo 27, numerales 2, 9 y 10 literal a) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) [...]”

De ello, siendo que existe indicación de las conductas imputadas, compete analizar su forma de configuración. En cuanto a los actos de engaño, se ha hecho evidenciable que el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., ofertó a su clientela, entre sus servicios, la venta de paquetes turísticos, cuando en su contrato de adhesión se estipulaban únicamente descuentos, lo cual trajo consigo que, los consumidores accedieron a los servicios del agente económico a través de prácticas señuelo, que contrataron sin estar al tanto de la real naturaleza del servicio contratado, pues la publicidad del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., promocionando destinos, estaba en contradicción con la publicidad del operador en relación con la naturaleza de sus contratos de adhesión, siendo que los verdaderos servicios sean los “programas/paquetes de descuentos”.



Entonces, teniéndose como base la exposición de la configuración de la conducta a los presupuestos de hecho, se logra evidenciar que el órgano investigativo consideró que la contradicción existente entre la publicidad y el objeto contractual tuvo efectos en la clientela contratante, y a su vez, al tratarse de publicidad con efectos en los receptores, abordó a potenciales clientes/consumidores; es decir, la investigación reportó la modalidad conductual en el efecto ocasionado a los clientes contratantes (evidenciable a través de las quejas), y por el efecto en los consumidores como potenciales clientes, pues justamente al establecerse que la conducta de engaño se ha dado por el objeto, la contradicción entre los contratos de adhesión y la publicidad del operador económico es suficiente para acreditar una afectación general a los consumidores, parámetro que también es considerado a efectos de evaluar el falseamiento o distorsión de la competencia económica. En suma, conforme se desprende de las constancias procesales (incluyen los escritos de defensa del administrado), existió claridad en la identificación de las conductas imputadas, en la individualización de los hechos analizados, la modalidad conductual encontrada y posteriormente en la motivación sancionatoria por subsunción de presupuestos de hecho a los presupuestos de derecho; haciendo inviable esta alegación al no poderse constatar la contradicción señalada en las actuaciones procedimentales del expediente administrativo.

c) Indebida actuación y valoración probatoria;

Dado que la presunta afectación al derecho a la defensa tendría una segunda arista, referente – como se desprende del recurso de apelación- a la etapa probatoria en dos momentos, a saber: a) Se ha valorado prueba que no se encontraba legalmente actuada, esto en referencia al informe semiótico del Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación; alegando, que al no haber sido sometido a contradicción bajo las reglas de la prueba pericial, carecería de valor legal; y, b) No existe una valoración de pruebas, sino ejercicio de admisibilidad.

- Del informe semiótico del Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la información y Comunicación:

A consideración del recurrente, respecto de esta actuación procedimental valorada como elemento probatorio en el expediente administrativo no existió ejercicio del derecho a la defensa y contradicción bajo las reglas del artículo 197¹¹ del Código Orgánico Administrativo; esto es, contradicción mediante ejercicio testimonial interrogador del suscriptor del informe.

¹¹ Art. 197- Prueba pericial y testimonial. La administración o la persona interesada podrán contra interrogar a peritos y testigos cuando se hayan emitido informes o testimonios en el procedimiento. Para el efecto, la administración pública convocará a una audiencia dentro del periodo de prueba. En el contra interrogatorio se observarán las siguientes reglas: 1. Se realizarán preguntas cerradas cuando se refieran a los hechos que hayan sido objeto de los informes y testimonios. 2. Se realizarán preguntas abiertas cuando se refieran a nuevos hechos respecto de aquellos expuestos en sus informes y testimonios. No se presupondrá el hecho consultado o se inducirá a una respuesta. 3. Las preguntas serán claras y pertinentes. Los testimonios e informes periciales se aportarán al procedimiento administrativo por escrito mediante declaración jurada agregada a un protocolo público. El contra interrogatorio deberá registrarse mediante medios tecnológicos adecuados.



Siendo que la base de esta alegación recae en valorar con la naturaleza de informe pericial el informe semiótico referido, cabe –en primer lugar- analizar la referida naturaleza a los ojos del derecho, y posteriormente su forma de práctica probatoria.

Conforme la actuación procedimental, el informe controvertido fue solicitado por la INICPD, mediante providencia de 01 de marzo de 2021, y agregado al proceso en actuación de 31 de marzo de 2021, en la cual -entre otras cosas- se dispone:

“[...] QUINTO.- Por cuanto el operador económico COSTACRUCEROS S.A. solicitó una copia del informe una vez que el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación lo presente, esta Autoridad dispone que, adjunto a la presente providencia, se remita una copia simple digital del Informe de “Análisis semiótico de las “publicaciones realizadas por parte del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A.” [...]”

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza del Informe No. CRDPIC-DTEC-2021-0003-O y anexo, presentados por el Director Técnico de Evaluación de Contenidos del Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, de 30 de marzo de 2021, signado con el número de trámite ID 189743; este constituye un acto de simple administración conforme lo determina el artículo 120 del Código Orgánico Administrativo, que señala: “Acto de simple administración. Acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta”. Los actos de simple administración, como lo indica el tratadista Jorge Danós Ordóñez, “(...) son actos instrumentales para el dictado de otro acto administrativo final, al que preparan y hacen posibles”¹²; (...); así mismo, Andrés Moreta señala: “Los actos de simple administración son los que materializan el procedimiento de formación de la voluntad administrativa para que esta finalmente se exprese a través de un acto administrativo”¹³.

La valoración del acto de simple administración como elemento probatorio, no cambia su naturaleza, y no puede otorgársele un ejercicio de contradicción distinto al que contrae consigo. Siendo que estuvo a disposición del administrado el referido informe, y dado que su contenido fue analizado bajo las reglas de sana crítica como elemento documental, no existe norma que faculte al recurrente a requerir la diligencia de interrogación al emisor conforme la norma del referido artículo 197 del COA; al respecto, es importante poner en énfasis que, por un lado, dentro del expediente administrativo sancionador, el administrado no efectuó requerimiento de valoración conforme a la norma del 197 COA; y, por otro lado, la actuación procedimental que dio origen al informe fue clara en señalar el requerimiento a la administración emisora, como

¹² Danós Ordóñez Jorge. “La impugnación de los Actos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja” Derecho & Sociedad No. 28. (2008). Pág. 268 Web [file:///C:/Users/maria.arevalo/Downloads/17237-Texto%20del%20art%C3%ADculo-68423-1-10-20170427%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/maria.arevalo/Downloads/17237-Texto%20del%20art%C3%ADculo-68423-1-10-20170427%20(1).pdf)

¹³ Andrés Moreta, Procedimiento Administrativo y Sancionador, Quito –Ecuador.

insumo técnico sujeto a valoración de los órganos investigador y sancionador, por ende, tratándose de una prueba documental actuada como tal en el procedimiento administrativo.

Por lo anterior, resulta improcedente analizar la viabilidad de la práctica de la diligencia de interrogatorio al emisor del informe semiótico, por no ser esa su naturaleza dentro del expediente administrativo, deviniendo en inoportuna la alegación como cargo de vicio del acto administrativo en estudio.

Finalmente, conforme el libelo de impugnación, el apelante afirma que la CRPI no ha realizado una correcta valoración de los elementos probatorios con los cuales se demostraría la configuración de los actos anticompetitivos sancionados. A fin de verificar el cumplimiento de la correcta valoración de la prueba, cotejamos lo manifestado en la Resolución de 29 de octubre de 2021, así:

Respecto a la valoración de la prueba, la Corte Nacional de Justicia ha expresado:

“[...] la valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones tanto del actor como del demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente [...]”¹⁴

En doctrina, para Julio Cesar Vélez, la valoración de la prueba implica:

“[...] Cuando hablamos de valoración de la prueba, nos referimos a una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos. Para ello resulta necesario realizar un análisis razonado de los elementos de confirmación introducidos por las partes al proceso.”¹⁵

En consonancia con los criterios esgrimidos, podemos resumir, que no existirá una debida valoración de pruebas, sin la presencia de un razonamiento de utilidad del elemento de comprobación.

En el caso en concreto, la decisión sancionatoria, consta en el numeral 9, el apartado denominado “DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE INVESTIGACIÓN” y más adelante se anota el apartado 10, identificado como, “DE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE DE RESOLUCIÓN”, ítems de los cuales podemos revisar:

“[...] [291] 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

¹⁴ CNJ, Auto de Inadmisión de 23 julio de 2012, Juicio No. 703-2009, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2012b/703-2009.pdf

¹⁵ Julio César Vélez, IX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA, “La prueba y su vinculación con la regla de congruencia”



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.

[292] Por otro lado, se observará que todas las pruebas aportadas por los interesados consten en originales, fiel copias del original, copias certificadas, o en caso de documentos digitales y otras diligencias, serán incorporados con las formalidades que establece la ley.”

Por tanto, se puede evidenciar que existió el análisis de conducencia de los elementos probatorios, procediendo a detallar pieza por pieza, a partir del numeral 9.1 al 9.99, los insumos que valora para su decisión, observándose de forma concisa la explicación de utilidad de cada uno de ellos. Acto idéntico que se remite en el apartado 10 del acto administrativo en estudio.

Por tanto, la resolución emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia en sus apartados 9 y 10, valora las pruebas tanto del expediente de investigación como las que constan en el expediente de resolución, siendo en el caso concreto valorados como prueba más de 100 elementos entre los que ha generado esta Superintendencia como los aportados por los distintos operadores económicos, entre ellos el impugnante, es decir, existen gran cantidad de pruebas que fueron valoradas y calificadas como conducentes y útiles y que forman la verdad procesal con la cual se resolvió el procedimiento materia de la impugnación, lo cual no constituye un detalle de admisibilidad, pues se ha expuesto de manera clara, como coadyuvan a formar criterio a la autoridad; siendo que –en consecuencia- el parámetro de valoración probatoria se encuentra cumplido.

d) Ausencia de las conductas tipificadas en el artículo 27 numerales 2, 9 y 10 literal a) de la LORCPM;

Para nutrir este argumento, el apelante lo subdivide en varios puntos, los cuales se desarrollaran conforme el libelo impugnatorio, así:

d.1 Falseamiento de la competencia:

El operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., señala de manera correcta que, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es competente para conocer las conductas que mermen el proceso competitivo, ante lo cual, en consonancia esta autoridad manifiesta:

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 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 [...]”

En mérito de lo señalado, la SCPM está llamada –entre otros- a la prevención, prohibición y sanción de conductas desleales que afecten los mercados, buscando el bienestar general, para lo cual en base a su facultad de investigación determinada en la norma instruye los procesos de investigación, conforme el procedimiento establecido en la Ley, Reglamento y normativa reglamentaria.

Conforme lo determinado el artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, radica exclusivamente cuando de los hechos y acciones de los operadores económicos se desprenda la existencia de afectación real o potencial, a la eficiencia económica, a la distorsión de la competencia, a la afectación al bienestar general de los consumidores o usuarios.

Acorde lo impuesto por la Constitución de la República del Ecuador, cada entidad estatal debe actuar enmarcado dentro de las atribuciones que le otorga el marco normativo, así la carta constitucional dispone:

“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. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

Por lo tanto, no es controvertida esta argumentación, por lo que resta analizar si la Intendencia de Investigación y la Comisión de Resolución de Primera Instancia -en el acto impugnado- establecieron la presencia de este requisito “sine qua non”, en la conducta sancionada.

Al respecto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia en su Resolución de 29 de octubre de 2021 establece:

“[...] [617] Para establecer la afectación del mercado, la CRPI considera que no es necesario que el operador económico que realizó los actos de competencia desleal tenga posición de dominio en el mercado. Por lo tanto, se procederá a analizar la posición e influencia del operador económico COSTACRUCEROS en el mercado relevante.

[618] De las cifras presentadas se desprende que el operador económico COSTACRUCEROS pasó de ser segundo con una cuota de % en 2016 a ser el líder del mercado con una cuota de % en 2017. De ahí en adelante consolidó su liderazgo, lo que nos indica que a través de sus actos tiene la potencialidad de afectar al mercado y generar cambios en la elección del consumidor.



[619] *Los actos de competencia desleal realizados por el operador económico COSTACRUCEROS tuvieron un gran impacto en el mercado, por lo siguiente:*

- (i) *Falsearon y distorsionaron la competencia, ya que mediante las prácticas de engaño, violación de normas y de aprovechamiento de la debilidad o el desconocimiento del consumidor afectaron su libre elección, que es en últimas el elemento dinamizador de la competencia en cualquier mercado. En un escenario de libre y sana competencia la elección del consumidor debe darse de forma espontánea, con conocimiento de causa, esto es fundamental. Las prácticas de engaño tenían como objeto mermar la capacidad de elección del consumidor como se demostró claramente.*
- (ii) *Atentaron contra el derecho de los consumidores de manera generalizada, ya que el modus operandi del operador COSTACRUCEROS se ha mantenido de manera sostenida durante años, impactando sin lugar a dudas a un grupo de población seguramente abundante. De las quejas presentadas ante la Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Turismo y las demandas ante los jueces, se puede captar la dimensión de su actuación.*

Es muy importante tener en cuenta que el consumidor de los servicios turísticos es un “consumidor medio, es decir, aquel normalmente informado y que es realmente influenciable. Además, es de un grupo económico medio y medio alto, con un rango de edad entre 28 y 65 años. Esto no es un detalle menor, ya que ahí está representado un grupo importante para la economía nacional. Por esto es que el impacto real y potencial es muy alto.

[620] *La INICPD sobre las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas señaló:*

[...] *La cantidad de clientes del operador económicos COSTACRUCEROS S.A., ha incrementado desde el año 2015 al 2018; pasando de 360 a 2349 clientes.*

[...]

Respecto al efecto en el mercado, esta Dirección identifica, que existía un efecto real y potencial, debido a que el operador COSTACRUCEROS ha comercializado alrededor 5.107 “paquetes de descuentos” y que mantiene tasas de crecimiento importantes, durante el periodo 2015-2019, por lo que, al encontrarse en varios puntos de afluencia y por la modalidad utilizada para captar clientes, como consecuencia de conductas desleales, podría impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

[...] *es importante señalar, las características de la modalidad de comercialización el cual sería a través de incentivos “premios” o por la publicidad, los cuales podrían ser percibidos por el consumidor de distintas maneras, de acuerdo a su entorno en el que se encuentra adquiriendo el servicio; en este sentido la Intendencia hace un énfasis en*



considerar la forma en que fueron abordados los consumidores, el ambiente e incluso la forma de venta del servicio

[621] La CRPI considera que los argumentos esgrimidos por la Intendencia son correctos.

[622] Dadas las condiciones del mercado, las características del servicio y el método de comercialización aplicado por el operador económico COSTACRUCEROS, es plausible establecer que los actos desarrollados habrían atentado contra los derechos de los usuarios y el bienestar general. También falsearon la competencia porque utilizó un mecanismo ilegal para prevalecer en el mercado y restarles presencia a los otros competidores. [...]”

El artículo 4 del Reglamento para la aplicación de la LORCPM, establece el criterio general de evaluación de todas las conductas y actuaciones que realizan los operadores económicos en el mercado; de modo que, la norma determina que las conductas tienen el carácter de restrictivas cuando tienen por objeto o efecto, actual o potencial, el impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. En consecuencia, es correcto afirmar que la LORCPM es una norma de defensa de la competencia o “antitrust”, que busca precautelar el interés público económico mediante la prohibición y sanción de aquellas conductas anticompetitivas que causen o puedan causar efectos perjudiciales en el mercado¹⁶.

En tal virtud, el artículo 26 de LORCPM establece que son conductas de competencia desleal, a la luz de la misma, únicamente aquellos hechos o actos cualificados, es decir, son objeto de reproche, las conductas desleales que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.

Adicionalmente, respecto de la relación de los actos de competencia desleal como ilícito antitrust, el Tribunal español de Defensa de la Competencia, al analizar la Ley de competencia de dicho país, la cual es fuente de inspiración de nuestro legislador, en su resolución de 31 de mayo de 1995 dictada dentro del expediente (Exp. r 114/95 Enoquisa) expresó:

“La Ley de Defensa de la Competencia es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado. Y como pudiera pensarse que la lealtad en la competencia es requisito de un normal funcionamiento del mercado, la Ley exige expresamente que la afectación sea sensible, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado. La deslealtad que contempla el art. 7 es una deslealtad cualificada”¹⁷

¹⁶ Guía de aplicación de las conductas desleales, contenida en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, recuperado a partir de <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2020/05/Gui%CC%81a-de-pra%CC%81cticas-desleales-20.5.2020.pdf>

¹⁷ Razonamiento que sigue utilizando la actual CNMC a pesar de que la calificación de la afectación al mercado como sensible ya no se encuentra vigente en la actual ley de LDC. Ejemplo: Expediente 435/00



Como se ha concretado, para que una posible conducta desleal sea prohibida o sancionable, a la luz de la LORCPM, en el presente caso y de los documento que obran se ha evidenciado que el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., ha desarrollado actos que van contra los derechos de los usuarios y el bienestar general. En consecuencia y conforme lo analizado en líneas anteriores, es evidente que se ha configurado el falseamiento de la competencia, hecho que ha sido corroborado y que es detallado en el informe final del INICDPD.

d.2 Actos de Engaño

Respecto a los actos de engaño, el apelante no es claro en señalar por qué, la publicidad que realiza, no constituye un acto de engaño, más allá de marcar nuevamente que no posee capacidad para falsear la competencia y manifestar que se brinda toda la información a los clientes una vez que han captado su atención, para finalmente cuestionar la conclusión que realiza el órgano de investigación al manifestar que el consumidor podría ser fácilmente engañado.

Sin embargo que la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en su Resolución de 29 de octubre de 2021 realiza un extenso análisis del modo de operar del hoy apelante –hecho que no ha sido contradicho, se anota un extracto que resume de forma puntual, lo analizado:

“[...] [35] De conformidad con todo lo indicado, se encuentra que la plataforma creada por COSTACRUCEROS con el “objeto” de generar error en el consumidor es compleja, ya que está compuesta por un entrelazamiento de acciones y omisiones. Por un lado, se lanza el señuelo, se va preparando la mente del consumidor con el material publicitario promocional que se entrega cara a cara, se realizan una serie de actos de distracción en un lugar público tal y como se narró, lo que concluye con la emisión de facturas que no corresponden con el contrato suscrito. Por otro lado, se omitió información importante para que el consumidor pueda tomar la decisión: (i) parámetros objetivos para poder determinar los supuestos descuentos (ii) parámetros claros que indiquen el soporte de la supuesta mejor tarifa del mercado, así como; y (iii) definiciones y explicaciones claras y completas que le ayuden a entender al consumidor el objeto del contrato que suscribiría. [...]”

Los actos de engaño consisten en actos de fraude, el cual a su vez puede consistir en omisiones - como el no precisar contraindicaciones de los productos, o anuncios de entidades financieras que señalan rendimientos crecientes anuales sin mencionar el saldo mínimo necesario para acceder a tal rendimiento– o presentaciones que inducen a error, aunque sean literalmente verdaderas¹⁸.

La especificación de actos de engaño como actos de competencia desleal también está muy vinculada con la protección de los consumidores, además de la protección de los competidores.

¹⁸ JARA, María Elena. Protección Jurídica contra la Competencia Desleal en los Países de la Comunidad Andina. Pautas para su Tratamiento en Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador. 2003, pág. 61.



Al respecto, se recoge el siguiente pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia: Proceso No. 53-IP-2002, 14 de agosto de 2002:

“Cuando en la mente del consumidor se produce una distorsión de la verdad acerca de la naturaleza del bien o del servicio, ya sea de sus características, su modo de fabricación, etc., se influye en él para que éste adquiera un producto o servicio erróneamente. La prohibición de registrar signos engañosos, tal como lo ha pronunciado este Tribunal ‘se dirige a precautelar el interés general o público, es decir del consumidor’. Cuando un producto o servicio engañoso circula en el mercado no sólo perjudica al consumidor al creer que está adquiriendo un bien de procedencia conocida, sino que los demás competidores estarían afectados por esa conducta desleal al existir en el mercado productos similares que inciden en los consumidores de manera tal, que éstos son inducidos a error. Para ello, estos titulares de marcas engañosas influyen en los consumidores a través de la publicidad falaz. Si bien es cierto que la marca cumple un papel informativo en cuanto a la procedencia del producto o servicio, conociéndose este papel en la doctrina como ‘función indicadora de la procedencia empresarial’, no deberá engañarse al consumidor atribuyéndose para su marca cualidades, capacidades ni modo de fabricación diferente al suyo, puesto que se induciría al consumidor a adquirir bienes que creen provienen del mismo productor. Las marcas engañosas provocan relaciones comerciales en inequidad de condiciones, atentando contra las prácticas mercantiles honestas, puesto que estas marcas generan situaciones de competencia desleal. En el momento en que el producto, con una marca engañosa, se pone en circulación en el mercado, los demás competidores podrían verse afectados por esa conducta deshonesta. Por ello, los Países Miembros deben garantizar a los comerciantes que sus relaciones mercantiles no se verán afectadas por distorsiones en la competencia....La norma comunitaria, en aras de evitar las prácticas de competencia desleal y de garantizar los derechos de los demás titulares competidores en el mercado y del público consumidor, ha previsto que los signos que engañen a los medios comerciales o al público consumidor sobre la procedencia de los productos o servicios no puedan ser registrados; éstas son normas que previenen o corrigen las distorsiones en la competencia, generadas por prácticas desleales”.

En relación a los actos de engaño, el artículo 26 de la LORCPM define la prohibición general de las prácticas desleales, cualquiera que sea la forma que estos adopten, 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.

En este sentido, se precisa revisar el artículo 27 de la LORCPM numeral 2, al referir de los actos de engaño, lo que se transcribe:

*“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 [...]” (el resaltado no es propio del texto)

Como se ha revisado, existe por parte del apelante la actuación para captar clientes evitando información relevante, que merma la capacidad de decisión del consumidor, quien entiende que el producto o servicio ofertado tienen cualidades o atributos diferentes a los que en realidad se pretende ofrecer; al cumplir el objetivo de la práctica de engaño, es sancionable a la luz de la LORCPM.

d.3 Actos de Violación de Normas

Ha dicho el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., que no se debe imputar la obligación del 100% de la información a los clientes de toda la normativa, que constituye una prerrogativa legal de los consumidores nutrirse de todos los datos que sean de su interés. A eso suma que, conforme a la normativa, para que se configure la conducta de violación de norma, debe existir la norma violentada, la obtención de una ventaja significativa y la prevalencia en el mercado, elementos que aseguran no se encuentran presentes en el caso; y adiciona que, la administración no puede interpretar que, el hecho de la prevalencia de un operador económico en el mercado, pueda concebirse como producto resultado de conductas dañinas a la competencia.

Del estudio del acto administrativo impugnado, analizados los actos de violación de normas, la CRPI refirió:

“[...] 11.5.2.3.2. Violación de la norma jurídica que deba ser aplicada.

[41] En el acápite 11.5.1.3. de la presente resolución quedó demostrado que el operador económico COSTACRUCEROS cometió un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño. Precisamente uno de los puntos clave para desvelar dicha infracción fue que el mencionado operador económico no entregó información veraz suficiente, clara, completa y oportuna para que el consumidor actuara con conocimiento de causa.

[42] Gran parte de la mencionada práctica de engaño se sustentó en que los agentes de ventas daban información que no era cierta con la única finalidad de distraer al consumidor. De las declaraciones por escrito recabadas se encontró, por ejemplo, que se les indicaba que sus vacaciones estaban prácticamente pagadas obteniendo la membresía, cuando lo que en el fondo se vendía eran unos simples paquetes de descuentos. También se mostró que lo ofertado y presentado por los agentes de ventas



finalmente no fue plasmado en el texto del contrato de adhesión. Además, se mostró cómo los contratos de adhesión estaban compuestos de términos absolutamente indeterminados, imprecisos, incompletos, insuficientes y sin sustento claro: (i) ofrecimiento de la mejor oferta en el mercado sin información clara que así lo respaldara; (ii) tabla de descuentos sin indicar específicamente sobre qué se aplicaría.

[43] Además de lo anterior, la Defensoría del Pueblo, quien es competente para aplicar la norma en cuestión, alertó sobre el incumplimiento del mencionado artículo 17 de la LODC, tal y como lo indicó la INICPD en su informe [...]

11.5.2.3.3. Que la violación de la norma jurídica genere una ventaja significativa para el infractor.

[44] Tal y como se verá más adelante en el acápite de afectación de las conductas en el mercado relevante, el operador COSTACRUCEROS en el año 2016 pasó de tener una cuota de 57 a %. Precisamente este importante cambio tuvo lugar desde que el mencionado operador comenzó con su práctica de engaño, que como ya se dijo incluyó el incumplimiento del artículo 17 de la LODC. Desde ese momento el operador tuvo una actividad creciente, pasando de ser segundo con una cuota de % en 2016 a ser el líder con una cuota de % en 2017, y sosteniendo su nivel con una cuota % en 2018. Es importante resaltar que en estos dos últimos años estuvo muy cerca del índice de dominancia, lo que muestra el nivel de prevalencia que logró alcanzar. Si bien aunque en los años 2019 y 2020 hubo una contracción en el mercado relevante, el operador COSTACRUCEROS continuó siendo el líder. Por lo tanto, se evidencia una relación directa entre el incumplimiento de la norma y la prevalencia como líder en el mercado. [...]

[46] En un mercado altamente concentrado como el que se analizó (HHI de más de 2500 en la mayoría de años), prácticas de este estilo generan un cambio importante en la posición y prevalencia de los competidores. El escenario de una libre competencia en este mercado se vio afectado por la práctica del operador COSTACRUCEROS. La práctica desleal es tan evidente, generalizada y extendida, que el impacto en el mercado es grande, tanto es así que catapultó al infractor a convertirse en el líder del mismo, amasando una evidente ventaja competitiva soportada en el incumplimiento de una norma [...]”

Los requisitos para que se produzca esta forma de deslealtad según la doctrina son los siguientes:

- *Que exista una infracción de leyes.*
- *Que de la infracción derive una posición de ventaja competitiva.*
- *Que la ventaja sea significativa. La “significación” debe ser determinada en cada caso (...)*¹⁹

¹⁹ Esquematación tomada de la explicación de BARONA VILAR, Silvia: pág. 87



De lo señalado en líneas anteriores, se desprende que el operador económico habría violentado lo señalado en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor la cual señala lo siguiente:

Art. 17.- Obligaciones del Proveedor.- Es obligación de todo proveedor, entregar al consumidor información veraz, suficiente, clara, completa y oportuna de los bienes o servicios ofrecidos, de tal modo que éste pueda realizar una elección adecuada y razonable.

En este sentido es importante mencionar que al no estar cumpliendo con lo dispuesto en la normativa citada, el operador económico impugnante, ha obtenido ventajas en el mercado -hecho que puede ser verificado en el informe final- el cual fue tomado por la CRPI, para emitir su resolución.

Del expediente impugnado se desprende tanto que la INICPD y la CRPI, han analizado y detallado cual sería la norma incumplida y además las ventajas que el operador económico tuvo al incumplir con la norma, en consecuencia los alegatos señalados por el impugnante no guardan relación con la verdad procesal y lo que se intenta es –erróneamente- pasar la responsabilidad a los consumidores cuando la norma incumplida hace relación a la obligación del proveedor, adicionalmente como ha quedado evidenciado *ut supra* el operador económico ha obtenido ventajas lo que le ha permitido posicionarse en el mercado.

d.3 Actos de Coacción

Como argumento para objetar la práctica imputada, el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., razonó que los clientes interesados cuentan con toda la información al momento de tomar su decisión libre y voluntaria, los cuales son el resultado de la firma del contrato como acto final, por tanto tal coacción aprovechándose de la debilidad o de falta de conocimiento, es inexistente.

Por su parte la Comisión de Resolución de Primera Instancia en su Resolución de 29 de octubre de 2021 establece:

“[...] 11.5.3.3.1. Acción realizada por el competidor en el mercado.

[52] En el acápite 11.5.1.3. de la presente resolución quedó demostrado que el operador económico COSTACRUCEROS cometió un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño. Se mostró cómo dicho operador diseñó una plataforma compleja compuesta por un conjunto de actividades coordinadas cuyo objeto era generar error en el consumidor.

En resumen, la mencionada plataforma estaba compuesta por los siguientes elementos:

- (i) Captación de clientes mediante prácticas señuelo [...]*



- (ii) *Ubicación al cliente en un espacio público con cierto confort y donde le era muy difícil escapar porque estaba recibiendo algo gratis: [...]*
- (iii) *Abordaje del cliente mediante mecanismos de distracción [...]*
- (iv) *Con el cliente distraído se utilizaban elementos objetivos para enviar el mensaje equivocado [...]*

[54] *Realmente estamos en frente de un acto de clara influencia indebida, ya que se evidencia cómo el operador económico COSTACRUCEROS coloca al consumidor en un estado de debilidad para ejercer una fuerte presión. En otras palabras, el operador económico reduce al consumidor y merma su capacidad de elección. Saca ventaja de esta posición y de la falta de información con la que cuenta el consumidor para influenciar la manifestación del consentimiento. [...]*

11.5.3.3.3. La relación entre la acción realizada por el competidor y la merma de la capacidad de elección o comportamiento.

[58] *Al ser abordados en sitios de alta concurrencia, en momentos donde están descansando o compartiendo con la familia, tiene un nivel de atención más disperso de lo habitual. Al ver la publicidad del OPERADOR COSTA CRUCEROS, las ventajas que se ofrecen como ir a sitios paradisíacos y exclusivos, la obtención de servicios con alta tramitología como la obtención de visas, y además exaltados por haber ganado un premio y estar en un restaurante, son fácilmente influenciables. Claramente su nivel de distracción está afectado y no alcanzaría a diferenciar o discernir el verdadero objeto de los contratos. Si el vendedor se les está informando que ya tendrían prácticamente sus vacaciones obteniendo la membresía, pues lo que se piensa es que se está adquiriendo unos paquetes turísticos a excelente precio. Es un grupo que puede ser presa de este tipo de maniobras que afectan su consentimiento, ya que no son capaces de diferenciar, en el escenario indicado entre, la compra de paquetes turísticos a excelentes precios, los programas de descuentos o los programas de fidelización. Por esta razón se hace evidente que el comportamiento del operador económico tenía como objeto merca la capacidad de elección del consumidor. [...]*

Como quedo evidenciado en la resolución materia de la impugnación, los actos de coacción o acoso que realizó el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., han sido plenamente identificados, actos mediante los cuales a través de la influencia se aprovechó del desconocimiento del consumidor.

En doctrina europea, de los actos de acoso ha impuesto:

“[...] La doctrina europea define esta clase de acto como una verdadera imposición al cliente, ejecutado mediante constante acoso y engaño, lo que le impide formar un verdadero consentimiento con base en la reflexión de sus propias conveniencias¹⁴. Es así que, como parte de este acto, se aplican ciertas prácticas comerciales, las cuales presentadas a manera de inocentes ofertas mercantiles, intentan seducir al consumidor buscando obtener una respuesta lo más rápida posible.



*Sin embargo, debido a la forma en que se realizan estas ofertas, a su intensidad y a las circunstancias en las que se lleva a cabo el contacto entre el oferente y el destinatario de la oferta, ciertamente generan una presión de compra indebida¹⁵ (p. ej., el spam telefónico¹⁶), poniendo al consumidor en una situación incómoda, ya que si no acepta la oferta comercial el oferente seguramente volverá a insistir, acosándolo día tras día hasta lograr su objetivo; y si la acepta, muy posiblemente no tenga toda la información necesaria ni los respaldos contractuales, que le aseguren haber tomado una decisión beneficiosa a sus intereses y anhelos [...]*²⁰

En el caso en análisis, si bien los argumentos del impugnante hacen relación a la presunta inexistencia de actos de engaño y de coacción, a lo largo del proceso de investigación y de la resolución emitida por la CRPI, quedo en evidencia que varias de las prácticas realizadas, no solo se aprovechaban del desconocimiento de los consumidores, sino que, no se les entregaba una información completa relacionada al producto que se estaba ofreciendo, incluso como quedó señalado en líneas anteriores, las llamadas promociones o regalos diferían de lo ofertado inicialmente a los consumidores.

El aprovecharse del desconocimiento del consumidor es una práctica desleal contemplada en la LORCPM, en el artículo 27, numeral 10 letra a), así ha quedado evidenciado tanto en el proceso de investigación y en la resolución impugnada, sin embargo el operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., pretende reducir el análisis en torno a actuaciones de acoso o coacción, cuando la sanción contemplada en el numeral 10 del artículo 27 determina: “*Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores*”, es decir, de un análisis gramatical de la norma citada se puede deducir que estas características como acoso, coacción o influencia indebida, no están vinculadas es decir no son dependientes una de otra, como consecuencia de esto solo el hecho de que se tenga información del cometimiento de una de estas es suficiente para establecer una sanción.

El artículo 27, numeral 10, literal a) “*El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor*”, ha sido ampliamente desarrollado tanto en el proceso de investigación como en la resolución de la CRPI, y ha quedado en evidencia que el operador económico realizó prácticas mediante las cuales se aprovechaba del desconocimiento de los consumidores con el objetivo de suscribir contratos que trajeron como consecuencia que el operador económico crezca dentro del mercado.

En tal sentido, la alegación de la ausencia de actos de coacción no corresponde a la verdad de los hechos investigados y analizados en el expediente administrativo sancionador.-

OCTAVO.- 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,

²⁰ DERECHOS DEL CONSUMIDOR AFECTADOS POR EL ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL DE ACOSO E INFLUENCIA INDEBIDA, EJECUTADO A TRAVÉS DE TELEMERCADERO Y MAILING DIGITAL: EL CASO ECUADOR* <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/7268/10181>



RESUELVE: NEGAR el Recurso de Apelación presentado por el señor Manuel Fernando Arroyo, Representante Legal del operador económico AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A., de 01 de diciembre de 2021 a las 08h17 con número de trámite ID. 217614, en contra de la Resolución de 29 de octubre de 2021 de las 12h40, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-016-2021, en consecuencia se ratifica el acto administrativo impugnado.-

NOVENO.- 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 resolvió: *“(…) 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: **a)** Al operador económico **AGENCIA DE TURISMO COSTACRUCEROS S.A.**, en los correos electrónicos: jcmerizaldev@gmail.com, edumartencabezas@gmail.com, luisa.grajales@costacrucerosviajes.com; y, **b)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

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

Abg. Ricardo Augusto Freire Granja

SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (s)

Abg. Carlos Vásquez J.

SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN