



EXP. SCPM-CRPI-015-2019

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISION DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- Quito D.M., 12 de julio de 2019, a las 08h50.- **VISTOS:** El Superintendente de Control del Poder del Mercado designó al doctor Oswaldo Ramón Moncayo, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia; al doctor Luis Holguín Ochoa, Comisionado; y al doctor Agapito Valdez Quiñonez Comisionado, mediante los actos administrativos correspondientes, quienes en uso de sus atribuciones legales disponen agregar al expediente el memorando **SCPM-IGT-INICPD-292-2019-M** de 01 de julio de 2019, suscrito por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, constante en una (1) página. Por corresponder al estado procesal del procedimiento administrativo el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- La Comisión de Resolución de Primera Instancia, es competente para conocer, sustanciar y resolver el presente expediente de solicitud de medidas preventivas, conforme a lo establecido en los artículos 87 y 213 de la Constitución de la República del Ecuador, 36 inciso segundo, 38 numeral 2 y 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; y, 73, 74, 75, 76, 77 y 78 de su Reglamento de Aplicación.

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL.- El presente procedimiento de petición de medidas preventivas, ha sido tramitado de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias antes invocadas, observando para el efecto las garantías constitucionales del debido proceso puntualizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, razón por la cual, se declara expresamente su validez.

TERCERO.- ANTECEDENTES.-

3.1. El viernes 07 de junio de 2019, a las 16h53, el señor Manuel Zamora Mondragón, en su calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." S.A**, presentó una denuncia en contra del operador económico **SUMESA S.A.**, mediante el cual señala lo siguiente:

"1.2. MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS A fin de preservar las condiciones de competencia afectadas; evitar el daño que pudieren causar las conductas denunciadas por mi representada; y, asegurar la resolución definitiva, solicitamos a la CRPI la adopción de las medidas preventivas que se proponen en este apartado. Para el efecto, me permito citar previamente el artículo 73 del RLORCPM. Sin perjuicio que en el siguiente apartado se demuestre el cumplimiento de los requisitos para la adopción de medidas preventivas, solicitamos que se adopten las establecidas en los literales a) y d) del artículo antes citado".

Handwritten initials and signature, possibly "JMO" and "2019".

“1.2.1 Cese inmediato de la conducta (art.73 letra a) del RLORCPM

En relación con esta medida preventiva, solicitamos lo siguiente:

- *Se requiera a la empresa SUMESA que a partir de la fecha de emisión de las medidas preventivas elimine de sus empaques y productos la indicación “NO CONTIENE COLORANTE”. Dicha indicación únicamente podrá constar en la información nutricional de sus productos, en el mismo color, tipo y tamaño de letra que el resto de información de esa parte.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que previa autorización de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en el término de veinte (20) días desde la emisión de las medidas preventivas, elimine de sus páginas web, redes sociales y publicidad la indicación “NO CONTIENE COLORANTE”.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que cese cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta a ORIENTAL y sus productos. Esta prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que cese cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorante. Esta prohibición aplica a la publicidad que se difunda en cualquier medio de comunicación incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.*
- *Se requiere que la empresa SUMESA que a partir de la fecha de emisión de las medidas preventivas elimine de sus empaques y productos el texto “SUMESA ORIENTAL”. Las palabras SUMESA y ORIENTAL no pueden ir juntas, ya sea de manera horizontal o vertical.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que previa autorización de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en el término de veinte (20) días desde la emisión de las medidas preventivas, elimine de sus páginas web, redes sociales y publicidad el texto “SUMESA ORIENTAL. Las palabras SUMESA y ORIENTAL no pueden ir juntas, ya sea de manera horizontal o vertical.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que a partir de la fecha de emisión de las medidas preventivas elimine de sus empaques y productos la palabra “ORIENTAL”, ya sea que se presente sola o junto con otras palabras.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que previa autorización de la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en el término de veinte (20) días desde la emisión de las medidas preventivas, elimine de sus páginas web, redes sociales y publicidad la palabra “ORIENTAL”, ya sea que se presente sola o junto con otras palabras.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que modifique el empaque de su producto “SUMESA CHINITO”: Que en el término de 30 días cambie el color de su*

120



empaque e incremente el tamaño de su logo SUMESA (de tal manera que se lo distinga frente al resto de signos distintivos del producto)”.

“1.2.2 Adopción de comportamientos positivos (Art.73 letra d) del RLORCPM)

En relación con esta medida preventiva, solicitamos lo siguiente

- *Se requiera a la empresa SUMESA que indique a los operadores económicos incluidos en la definición del artículo 2 numeral 1 de la Resolución 014 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y a los establecimientos farmacéuticos a los cuales provee, que por disposición de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus productos en la categoría de pastas alimenticias no pueden ser perchados a lado de los productos de ORIENTAL. Para tal efecto, a los productos de las dos marcas deberá separarles los productos de al menos dos marcas de la competencia”.*

“1.3. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

1.3.1. APARIENCIA DE BUEN DERECHO (FUMUS BONI IURIS) INDICIOS QUE JUSTIFICAN EL PEDIDO

Para iniciar este apartado es importante señalar que la empresa SUMESA y mi representada (ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A”S.A., en adelante ORIENTAL) son competidores directos (sus actividades económicas se encuentran dentro del CIU: C1074.01 “Elaboración de pastas: tallarín, espaguetis, macarrones, lasaña, canelos, ravioles y fideos, sean o no cocidos, rellenos o congelados, elaboración de alcuzcuz”.

Al respecto, debemos informar que en nuestra denuncia se propuso preliminarmente como mercado relevante a la “Elaboración de pastas: fideos largos y sus sustitutos, a nivel nacional, en el período 2015- hasta la actualidad”.

En cuanto a las conductas denunciadas, existen indicios suficientes de que SUMESA ha incurrido en las conductas anticompetitivas tipificadas en el artículo 27 números 1,3 letra b), 4 letra a), 5 y 6 de la LORCPM. Además de que ha falseado y distorsionado la competencia y que ha atentado contra la eficiencia económica y el derecho de los consumidores, infringiendo de esta manera la cláusula prohibitiva general del artículo 26 de la LORCPM”.

Handwritten signature and initials.

“a) Indicios del cometimiento de actos de imitación y confusión (Art.27 números 1 y 3 letra b) LORCPM

En nuestra legislación, los actos de imitación confusionista se encuentran tipificados en el artículo 27 número 3 letra b) de la LORCPM (Actos de imitación): **“La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación [...]”** (El énfasis nos corresponde)

Por su parte, el artículo 27 número 1 de la LORCPM (Actos de confusión) establece: “[...] En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación en el mercado se asocien a un tercero” (El énfasis nos corresponde)

A continuación evidenciaremos la confluencia de todos los elementos que configuran dichas prácticas desleales: i) la existencia de una conducta, en este caso la imitación; ii) los objetos imitados, en este caso el esquema general y la representación visual de nuestro producto, además de sus signos distintivos y otros medios de identificación; y, iii) que la conducta tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión a los consumidores respecto a la procedencia empresarial de los productos.

Sobre los objetos imitados, debemos señalar que SUMESA, con su producto SUMESA CHINITO imita la (sic) iniciativas empresariales de ORIENTAL, en especial el esquema general y la presentación visual de su producto FIDEO CHINO ORIENTAL; y, los signos distintivos y otros medios de identificación asociados a ORIENTAL.

Antes de continuar, es necesario aclarar que lo que se analiza en estas conductas es el riesgo de confusión, derivado de las semejanzas entre las iniciativas empresariales, los signos distintivos y otros medios de identificación. En otras palabras, lo relevante no es la imitación en sí, sino la confusión en general. Lo anterior se tiene que tener presente, a fin de que no se crea erróneamente que lo que se discute son cuestiones de propiedad intelectual entre particulares.

Sobre la evidencia de que **la conducta tenga por objeto o efecto, real o potencial, crear confusión** con los productos ajenos, se debe indicar que hay indicios de que las conductas han tenido por efecto, real y potencial, crear lo que se denomina confusión indirecta de creaciones formales y materiales.

Respecto a la confusión indirecta de creaciones formales, esta es una forma de confusión indirecta en la que el consumidor “si bien advierte que sus signos distintivos son distintos, cree que las dos prestaciones provienen de la misma empresa, por el parecido de sus signos”

7/1/20



cuanto a la confusión indirecta de creaciones materiales, esta ocurre cuando el consumidor si bien advierte que las prestaciones son distintas, por su parecido cree que provienen de la misma empresa.

En un caso similar al denunciado, que ocurrió en la República del Perú, Resolución No.0007-2018/SDC-INDECOPI, el INDECOPI estableció que “[...] de una comparación visual de los productos analizados se verificaba que los mismos presentaban similitudes gráficas y cromáticas, así como una similar diagramación, que generaba que los consumidores pueden verse confundidos respecto al origen empresarial de ambos productos.

De lo anterior se observa que existe imitación de las iniciativas empresariales de ORIENTAL, en especial el esquema general y la presentación visual de su producto FIDEO CHINO ORIENTAL, así como sus signos distintivos y otros medios de identificación, por parte de SUMESA con su producto SUMESA CHINITO. Asimismo, se evidencia que la imitación ha resultado idónea para generar confusión en el consumidor respecto a la procedencia empresarial de este último producto.

En conclusión, ha quedado demostrado que existen indicios suficientes sobre el cometimiento de las conductas tipificadas en el artículo 27 números 1 y 3 letra b) LORCPM.

“b) Indicios del cometimiento de actos de imitación y explotación de la reputación ajena (Art.27 números 3 letra b) y 6 LORCPM)

Al respecto, existen indicios suficientes del cometimiento de actos de imitación y actos de explotación de la reputación ajena por parte de SUMESA, con su producto que en el empaque indica el texto “SUMESA ORIENTAL”.

En la legislación ecuatoriana, estas conductas están tipificadas en el artículo 27 número 3 letra b) de la LORCPM, que establece como una práctica desleal la imitación de las prestaciones o iniciativa (sic) empresariales de un tercero cuando “comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.”; y, número 6 que califica como una práctica desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio, de la (sic) ventajas de la reputación industrial o comercial adquirida por otro en el mercado.

A continuación se evidencia que han confluído todos los elementos que configuran dichas prácticas desleales: i) la existencia de una conducta, en este caso la imitación; ii) los objetos imitados, en este caso el texto y la presentación visual de nuestro producto; y, iii) el aprovechamiento indebido de la reputación ajena.

Sobre los **objetos imitados**, estos son las iniciativas empresariales de ORIENTAL, en especial el texto “ORIENTAL” y su presentación visual.

[Handwritten signature and initials]

Al respecto, como se observa en la funda del producto en análisis, se utiliza el texto "ORIENTAL" en letras blancas similares al tipo que se utiliza en los productos de ORIENTAL, imitando de este modo la forma como se presentan nuestros productos. Además, como aparece en las fotos, en el canal moderno se está perchando a ese producto en la misma columna de los productos de ORIENTAL; y, en el precio de la percha se crea la imagen de una falsa vinculación.

Si a lo anterior se agrega la publicidad que se está realizando, se crea un escenario en el cual el consumidor puede considerar que existe alguna vinculación económica u organizativa entre SUMA Y ORIENTAL, lo Cual se reputa un acto de imitación desleal por **aprovechamiento indebido de la reputación ajena**

Para concluir, es de suma importancia indicar que es irrelevante si el objeto que se utiliza como medio para la conducta anticompetitiva está o no protegido por las normas de propiedad intelectual. Al respecto, el INDECOPI ha señalado:

[...] los actos de explotación indebida de la reputación ajena son aquellos actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero. Cabe precisar que esos actos también pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual (El énfasis nos corresponde)".

"c) Indicios del cometimiento de actos de comparación y de denigración (Art.27 número 4 letra a) y 5 LORCPM)

Al respecto, existe evidencia suficiente de que SUMESA incurrió en actos de comparación desleal y de denigración contra los productos de la ORIENTAL, con motivo de la publicidad que presentó en los programas de "Boca en Boca" y "De casa en casa" que se transmiten en el canal TC TELEVISIÓN.

Hay que señalar que dicha publicidad fue cargada en las redes sociales y no ha sido eliminada, por lo que la conducta continúa.

Es necesario indicar que esta publicidad comparativa fue parte de una campaña para denigrar los productos que supuestamente contienen colorantes artificiales, y en la que se hizo alusión indirecta pero inequívoca a los productos de ORIENTAL. En la cuenta de Facebook@ChinitoSumesa.

En nuestra legislación, el artículo 27 número 5 de la LORCPM (Actos de comparación) establece como una conducta desleal la comparación de los productos propios con los de terceros, mediante publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiere a extremos que no sean análogos ni comprobables. Sobre esto último, el artículo 27 número

7/10



letra a) (Acto de denigración) considera desleal la difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre el producto de un tercero que no sean exactas, verdaderas y pertinentes, es decir, que sean incorrectas o falsas; y, que tengan por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado afectado.

Sobre la manera de analizar las conductas de comparación desleal, el INDECOPI señaló en la Resolución No.152-2018/SDC-INDECOPI:

A efectos de analizar la existencia de un acto de comparación [...] en primer lugar, se debe determinar si existe una alusión inequívoca sobre la oferta de un competidor, que tenga como finalidad comparar o equiparar ventajas de la oferta propia frente a la oferta de otro agente en el mercado. Luego de ello, corresponde analizar si las afirmaciones o elementos gráficos cuestionados se encuentran amparados por la denominada "exceptio veritatis", es decir, que no serían sancionadas si es que éstas son verdaderas, exactas y pertinentes.

En los siguientes párrafos se evidencia la confluencia de los elementos de esas conductas, para lo cual se establecerá: i) quién es el anunciante infractor, ii) el tipo de acto o práctica, iii) que existe una alusión inequívoca sobre nuestro producto FIDEO CHINO ORIENTAL, iv) que la difusión realizada no es exacta, verdadera y pertinente (no es análoga ni comprobable) y v) que esta tiene por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar el crédito de nuestro producto.

Sobre el anunciante, en la publicidad presentada en este apartado no existe duda que es la empresa SUMESA.

En cuanto al acto o práctica, es evidente que se trata de publicidad comparativa, que para el presente caso es desleal y denigratoria.

Respecto a quién o qué se hace referencia en la publicidad comparativa, es claro que existe una alusión inequívoca indirecta a nuestro producto FIDEO CHINO ORIENTAL. Al respecto, es necesario resaltar que la indicación expresa del nombre del competidor afectado o su producto no es un requisito para que se configure la publicidad denigratoria.

Sobre esto, el INDECOPI ha señalado lo siguiente que (sic) "basta con que, a partir de los elementos evaluados, los consumidores entiendan inequívocamente que se alude a la empresa que compite con el anunciante en un determinado mercado." (El énfasis nos corresponde). Esa agencia de competencia entiende que la alusión inequívoca indirecta sobre la oferta de otro agente económico se puede dar "incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos."

Handwritten signature and initials, including '1112' and a date '21/03/2018'.

En el mismo sentido, Guillermo Cabanellas de las Cuevas concluye: “En síntesis, puede existir denigración aunque no se mencione la marca en cuestión, si del contexto se infiere a quien se refiere. (El énfasis nos corresponde)

En nuestro caso particular, resulta obvio que en la publicidad se alude de manera inequívoca a nuestro producto FIDEO CHINITO ORIENTAL, esto a través de una referencia indirecta o implícita, en el contexto en que se desarrolla la publicidad comparativa, donde incluso se utilizan signos distintivos de nuestro producto.

Como se observa en la publicidad, la figura geométrica que está en el delantal de la conductora y en el lado superior derecho de la pantalla, que contiene la frase “OTROS TALLARINES”, es la misma del empaque de nuestro producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”.

Es importante señalar que el consumidor conoce que los productos FIDEO CHINO ORIENTAL y SUMESA CHINITO son competidores en esa categoría de fideos, por lo que en esa publicidad asocia la figura geométrica y los colores rojo y amarillo con nuestra marca.

En lo que concierne a la difusión realizada, en la publicidad en análisis se sostiene que el producto comparado contiene colorantes artificiales. Sobre esto, es importante señalar que el artículo 27 número 4 letra a) de la LORCPM considera desleal la difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre el producto de un tercero, que puedan menoscabar su crédito, “a no ser que” sean exactas, verdaderas y pertinentes.

En este sentido, recae sobre el anunciante la prueba de lo aseverado, indicado o manifestado, por lo que corresponde probar que eso fue exacto, verdadero y pertinente (Esto se conoce como la “exceptio veritatis”).

Por otro lado, sobre el requisito que los extremos comparados sean análogos, relevantes y comprobables, en el caso Lidl Belgium GmbH & Co KGc.Etablissementen Franz Colruyt Nv, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentenció: “(...) el anunciante está obligado a indicar dónde y cómo es posible tomar conocimiento de los elementos con los cuales se estructuró la comparación.”

De lo expuesto, es claro que de conformidad con el artículo 27 número 4 de la LORCPM, correspondería a SUMESA demostrar que las aseveraciones, indicaciones o manifestaciones difundidas en la publicidad analizada son exactas, verdaderas y pertinentes. Sobre este último, para que sea pertinente la aseveración en una publicidad comparativa, deberá demostrar que la comparación se realizó sobre extremos análogos, relevantes y comprobables.

Finalmente, sobre el objeto o efecto, real o potencial, de menoscabar el crédito de nuestro producto, durante el análisis de las conductas denunciadas en este apartado se ha

1/10



evidenciado que la publicidad, junto con las publicaciones realizadas en las redes sociales han tenido como objeto menoscabar por implicaci3n el cr3dito de nuestro producto FIDEO CHINO ORIENTAL”.

“1.3.2. PELIGRO DE LA DEMORA (PERICULUM IN MORA)

En este apartado es necesario se1alarse que la agraviada por las conductas anticompetitivas denunciadas es la empresa ORIENTAL (competidor directo de SUMESA) quien ha debido soportar de manera injusta la imitaci3n, comparaci3n y denigraci3n de sus productos. Asimismo, los consumidores se han visto afectados por los actos de confusi3n impulsados por la denunciada. En conclusi3n, existe una clara lesi3n a la competencia leal.

“a) Sobre los indicios del cometimiento de actos de imitaci3n y confusi3n (Art.27 n3meros 1 y 3 letra b) LORCPM)

Previamente es necesario indicar que conforme la cl3usula general prohibitiva establecida en el art3culo 26 de la LORCPM, la imitaci3n confusionista y los actos de confusi3n est3n prohibidos porque distorsionan la competencia y atentan contra los derechos de los consumidores y usuarios.

Si bien no es necesario que la confusi3n se haya producido efectivamente para que se configuren las conductas reprochadas, conforme se recoge del art3culo 27 n3mero 1 de la LORCPM (la confusi3n puede ser real o potencial) y el n3mero 3 letra b) del mismo art3culo (resulte id3nea para genera (sic) confusi3n) es necesario que ese 3rgano colegiado conozca que el efecto de confusi3n que han generado los actos de imitaci3n de SUMESA son reales”.

“ b) Sobre los indicios del cometimiento de actos de imitaci3n y explotaci3n de la reputaci3n ajena (Art.27 n3meros 3 letra b) y 6 LORCPM)

La imitaci3n desleal por explotaci3n de la reputaci3n ajena y la explotaci3n de la reputaci3n ajena (en general) falsean y distorsionan la competencia; y, atentan contra la eficiencia econ3mica, por cuanto la empresa infractora se aprovecha de las inversiones que ha realizado la empresa afectada para afirmar su buena fama o reputaci3n.

Asimismo, dichas conductas vulneran el derecho de los consumidores, quienes consideran err3neamente que existe alguna relaci3n de calidad y otro valor entre el producto de SUMESA y los de ORIENTAL. Por lo anterior, estas conductas se encuadran en la cl3usula general prohibitiva establecida en el art3culo 26 de la LORCPM.

En cuanto al efecto de aprovechamiento indebido de la reputaci3n ajena, el INDECOPI en su Resoluci3n No.001-2018-LIN-CCD/INDECOPI estableci3 que

[Handwritten signature]
[Handwritten initials]

puede ser real o potencial. En nuestra legislación, esto sería conforme al tercer párrafo del artículo 25 de la LORCPM.

Lo señalado es importante en el presente caso, ya que el producto de SUMESA en cuyo empaque se indica "SUMESA ORIENTAL", está siendo comercializado desde inicios de este año, por lo que en este momento existe un efecto dañino potencial.

Esto evidencia la necesidad de adoptar de manera urgente las medidas preventivas establecidas en el apartado 1.2 del presente pedido, a fin de que se evite una grave lesión que afecte la libre competencia y el derecho de los consumidores.

Los consumidores estarían siendo inducidos mediante actos de imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena y de aprovechamiento de la reputación ajena a comprar el producto SUMESA en cuyo empaque se indica "SUMESA ORIENTAL", creyendo erróneamente que existe un vínculo económico u organizativo entre ORIENTAL y SUMESA para la elaboración de ese producto".

"c) Sobre los indicios del cometimiento de actos de comparación y denigración (Art. 27 números 4 letra a) y 5 LORCPM)

Para iniciar nuestros argumentos, nos referimos en primer lugar al carácter dañino en el mercado de ese tipo de conductas. Al respecto, el tratadista Guillermo Cabanellas de las Cuevas señala que los actos de denigración al competidor y/o a sus productos no solo que es una forma injustificadamente dañosa de competir, sino que perjudica al consumidor. Esto último por cuanto los consumidores, debido a la difusión de la información falsa, no adquieren un producto más eficiente sino aquel que logró imponerse a merced de la competencia deshonesto.

Es así que, los actos de comparación desleal y de denigración, como los que se presentan en este caso, distorsionan la competencia, atentan contra la eficiencia económica y los derechos de los consumidores. Por lo anterior, se encuadran dentro de la cláusula prohibitiva del artículo 26 de la LORCPM.

Respecto de los actos de denigración, el INDECOPI ha señalado:

[...] los actos de denigración son aquellos actos que tiene como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos (El énfasis nos corresponde)

Al respecto Guillermo Cabanellas de las Cuevas ha señalado: "Con relación a los productos o servicios del competidor, la denigración se produce por simple hecho de difundir comentarios negativos sobre ellos (El énfasis nos corresponde)



Respecto a nuestro caso, conforme fue expuesto en el apartado de la apariencia de buen derecho, para denigrar a nuestros productos, SUMESA utilizó publicidad comparativa desleal, en la que se utilizaron las frases "OTROS TALLARINES" y "CON COLORANTES ARTIFICIALES", mientras se hace alusión inequívoca, indirecta, a nuestro producto FIDEO CHINO ORIENTAL. Además, como fue explicado, la publicidad presentada en el canal TC TELEVISIÓN fue parte de una campaña, en la que se incluyó a las redes sociales, para dar a entender a los consumidores que los productos de la competencia eran nocivos para la salud, porque contienen colorantes artificiales.

La conducta anterior no ha cesado, ya que la conducta en la cuenta de Facebook@ChinitoSumesa, donde se encuentra también la publicidad denigratoria está activa. Además, la publicidad presentada en los programas De boca en boca y De casa en casa continúa en las redes sociales.

Al respecto, se debe indicar que los hechos denunciados tienen un efecto potencial de generar el descrédito de nuestra marca y productos, conforme transcurra el tiempo y se persista en esa campaña de denigración.

Lo anterior evidencia la necesidad de adoptar de manera urgente las medidas preventivas establecidas en el apartado 1.2 del presente pedido, a fin de que se evite una grave lesión que afecte la libre competencia y el derecho de los consumidores.

Esto último por cuanto, se está induciendo a los consumidores a consumir productos de SUMESA bajo el falso (sic) que nuestros productos serían dañinos por supuestamente contener colorantes artificiales. Lo anterior tiene un efecto perjudicial para nuestra marca y reputación.

CUARTO.- BASE CONSTITUCIONAL, LEGAL, REGLAMENTARIA, DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL.-

4.1.- Constitucional.-

Constitución de la República del Ecuador.-

4.1.1.- El artículo 11 numeral 3 respecto a uno de los principios para el ejercicio de los derechos prescribe: "(...) Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte".

4.1.2.- El artículo 76 establece 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. 6. La ley establecerá

[Handwritten signature]
1/10
[Handwritten mark]

la debida proporcionalidad entre las infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza (...)

4.1.3.- El artículo 82 sobre la seguridad jurídica determina: “(...) 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 (...)”.

4.1.4.- El artículo 87 de la Constitución de la República, respecto a las medidas cautelares prescribe: “(...) Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de un derecho (...)”.

4.1.5.- El artículo 213 establece que: “(...) 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 (...)”.

4.1.6.- El artículo 284 entre los objetivos de la política económica en el numeral 8 determina: “(...) Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes (...)”

4.1.7.- El artículo 304 numeral 6 establece que la política comercial tendrá como objetivo: “(...) evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados (...)”.

4.1.8.- El artículo. 336 en relación al comercio justo determina que: “(...) *El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.*”

4.2.- Legal.-

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

4.2.1.1.- El artículo 1 establece el objeto de esta Ley y al respecto prescribe: “(...) 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 (...)”.

7/16



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

4.2.1.3.- El artículo 4 contiene los lineamientos para la regulación y los principios para la aplicación de esta Ley. “(...) En concordancia con la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico vigente, los siguientes lineamientos se aplicarán para la regulación y formulación de política pública en la materia de esta Ley (...)” “(...) Para la aplicación de la presente Ley se observarán los principios de no discriminación, transparencia, proporcionalidad y debido proceso (...)”.

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

4.2.1. 5.- El Artículo 26 determina: “(...) 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 (...)”.

4.2.1.6.- El artículo 27 en sus numerales 1, 3 letra b) 4 letra a) 5 y 6 establece: 1. Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de

identificación que en el mercado se asocien a un tercero. **3. Actos de Imitación.-** Particularmente, se consideran prácticas desleales. b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero. **4. Actos de denigración.-** a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencia, menoscabar el crédito en el mercado del afectado. **5. Actos de comparación.-** Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comparables. **6. Explotación de la reputación ajena.-** Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado (...)."

4.2.1.7.- El artículo 62 contiene las medidas preventivas y al respecto establece: "(...) El órgano de sustanciación y resolución de la Superintendencia de Control del Poder Mercado, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación, podrá, a sugerencia del órgano de investigación o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar medidas preventivas, tales como la orden de cese de la conducta, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida, la adopción de comportamientos positivos, y aquellas que considere pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Las medidas preventivas no podrán consistir en la privación de la libertad, la prohibición de salida del país o el arraigo. Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar. En igual sentido, podrá disponer, a sugerencia del órgano de investigación o a pedido de parte, la suspensión, modificación o revocación de las medidas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevinientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución." "Cuando la medida preventiva se adopte antes del inicio del procedimiento de investigación, dicha medida caducará si no se inicia el referido procedimiento en un plazo de 15 días contados a partir de la fecha de su notificación. En caso de desacato, podrá ordenar la clausura de los establecimientos en los que se lleve a cabo la actividad objeto de la investigación hasta por noventa días (...)."



4.2.2.- Código Orgánico Administrativo.-

4.2.2.1.- El artículo se refiere a las medidas cautelares y al respecto establece: “(...) El órgano competente, cuando la ley lo permita, de oficio o a petición de la persona interesada, podrá ordenar medidas cautelares (...)”

4.2.2.2.- El artículo 190 sobre la procedencia determina “(...) Iniciado el procedimiento, si existen elementos de juicio suficientes para ello, el órgano administrativo competente puede adoptar, de oficio o petición de persona interesada, las medidas cautelares proporcionales y oportunas para asegurar la eficiencia de la resolución (...)”.

4.2.2.3.- El artículo 191 trata de la modificación o revocatoria y dispone: “(...) las medidas cautelares pueden ser modificadas o revocadas, de oficio o a petición de persona interesada, durante la tramitación del procedimiento, en virtud de circunstancias imprevistas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

La caducidad del procedimiento extingue la medida cautelar previamente adoptada (...)

4.2.2.4.- El artículo 192 respecto a la notificación y ejecución de medidas cautelares determina: “(...) El acto administrativo que suponga la adopción de medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de la resolución adoptada se pueden ejecutar sin notificación previa (...)”.

4.3.- Reglamentaria.-

Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

4.3.1.- El artículo 73 al referirse a las clases de medidas preventivas prescribe: “(...) Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:

- a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.
- b) La imposición de condiciones.
- c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.
- d) La adopción de comportamientos positivos.

e) Las demás que considere pertinentes para preservar las condiciones de competencia afectadas para evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

No se podrán dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales.

En ningún caso la propuesta, adopción, suspensión, modificación o revocación de medidas preventivas suspenderá la tramitación del procedimiento (...).

4.3.2.- El artículo 74 sobre la adopción de medidas preventivas determina: “(...) El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.

Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.

El órgano de sustanciación y resolución emitirá su resolución debidamente motivada en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha en que se hubiere recibido el informe del órgano de investigación.

La falta de pronunciamiento del órgano de sustanciación y resolución dentro del plazo establecido en el inciso anterior, no podrá ser entendida como aceptación tácita de la petición de las medidas cautelares.

Las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar (...).

4.3.3.- El artículo 76 prescribe: “(...) De conformidad con la ley, el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación o a petición fundamentada de los interesados, y previo informe de dicho órgano, podrá ordenar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento, la suspensión, modificación o revocatoria de las medidas preventivas debido a circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción (...).

4.4.- Doctrinaria.-

4.4.1.- Los jurisconsultos Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sostienen: “(...) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado las mismas tesis de una manera aún más resuelta. En la sentencia Fac-tortame I de 1990 (donde eran parte, por cierto, pescadores españoles) declaró que un juez nacional podía y

7/10

debía suspender cautelarmente la aplicación de una Ley cuando ésta infringe el Derecho Comunitario, lo que, por cierto ha causado una verdadera revolución constitucional en Inglaterra, y ello sobre la base del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y del *periculum in mora*, o peligro de perjuicio serio si la medida se retrasa (...).Curso de Derecho Administrativo. Civitas Ediciones. Octava Edición. Madrid 2002. Página 640.

4.4.2.- El jurista Patricio Secaria Durango, en cuanto a los requisitos de las medidas cautelares nos dice lo siguiente: “(...) La doctrina ha señalado que las medidas cautelares se fundan en dos características o requisitos que las explican:

1. *Periculum in mora*, (peligro de la demora) que es la incertidumbre o el peligro de la demora en la tramitación de los juicios, al cual se incorpora asimismo, la necesidad de que se garantice el cumplimiento de la sentencia y se eviten los daños que se producen por la competencia desleal denunciada.
2. *Fumus boni iuris*, (humo-apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan, en la demanda de las cuales se inferan, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que se precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y al interés público (...). Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito- Ecuador 16-19 de noviembre de 2015. Página 212 (...).”

4.4.3.- Según los tratadistas Juan Montaña Pinto y Angélica Porras Velasco “(...) las medidas cautelares sirven como una garantía que impide la generación de un daño y al mismo tiempo satisface la obtención de una providencia definitiva que cumpla con las características de consideración y ponderación necesarias para contar con una respuesta justa y efectiva en la garantía de los derechos constitucionales (...)”. Sobre el principio de la ineficacia de la decisión afirman: “(...) una de las razones por las que se plantea la necesidad de que existan medidas cautelares, es la de evitar que la decisión definitiva resulte ineficaz, debido a que la demora en la expedición de esta, puede producir la consumación del daño irreparable, haciendo necesaria la adopción de medidas previas. Y respecto al artículo 87 de la Constitución sustentan: “(...) que las medidas cautelares procederán frente a un hecho que “amenace de modo inminente y grave con violar un derecho “asegurando además que la gravedad del daño se relaciona con la intensidad o frecuencia de dicha violación. Al respecto cabe precisar que los requisitos específicos en el artículo son, en su mayor parte, compartidos con los criterios generales de las medidas cautelares provisionales en las que deben mediar criterios de gravedad, urgencia e inminencia de un daño irreparable (...)”.Apuntes de Derecho Procesal Constitucional, Tomo 2, Centro de Estudios y Difusión, Quito, Ecuador 2012, Página 89 y 91.

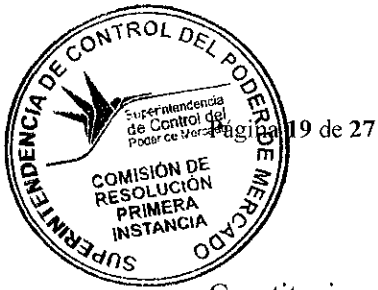


4.4.4.- El jurista Christian Masapanta Gallegos manifiesta que: “(...) Desde la doctrina para el otorgamiento de medidas cautelares, se exige la concurrencia de dos requisitos: el denominado *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que se encuentra relacionado con la verosimilitud de la medida; y el *periculum in mora* o peligro, riesgo o amenaza del derecho por el paso del tiempo. La denominada apariencia de buen derecho o verosimilitud del derecho (*fumus bonis iuris*) constituye un principio sustancial que permite operar a las medidas cautelares, cuya esencia hace referencia al conocimiento no exhaustivo, o profundo que debe tener el juzgador al momento de otorgar la garantía; es decir, debido a la naturaleza inminente de la vulneración del derecho, el juzgador no debe exigir certeza para la concesión de la medida, sino debe verificar únicamente una apariencia, es decir un cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio de la cual el operador de justicia no requerirá una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero. Entre tanto, el peligro en la demora *periculum in mora* es el fundamento de la existencia de las medidas cautelares, este principio hace relación al tiempo que tarda en pronunciarse la sentencia definitiva, lo cual constituye un peligro para los derechos de las personas quienes frente a un peligro inminente deben plantear medidas cautelares como la garantía más efectiva (...)” MANUAL de justicia constitucional ecuatoriana (las medidas cautelares en la realidad constitucional ecuatoriana). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Quito- Ecuador 2013. Páginas 246 y 247.

4.5.- Jurisprudencial.-

4.5.1.- La Corte Constitucional del Ecuador al referirse a la actual Constitución garantista expone lo siguiente: “(...) la Carta aprobada en el 2008, de que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, y que tiene como deber primordial garantizar, sin ningún tipo de discriminación, el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales; por lo tanto, su más alto deber consiste en respetar y hacer respetar los derechos constitucionales que son de aplicación directa e inmediata, sin que para su ejercicio deban exigirse condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución, o falta de norma para justificar su violación (...)” Sentencia No.060-12-SEP-CC. Caso No.0420-10-EP.

4.5.2.- En lo relativo al derecho de la seguridad jurídica la Corte Constitucional expresa: “(...) En definitiva, el derecho a la seguridad jurídica es una garantía de certeza de respeto a los derechos, o dicho de otro modo: una situación jurídica no será cambiada sino de conformidad con procedimientos establecidos, es decir, el derecho constitucional a la seguridad jurídica implica la seguridad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley, sin quedar sujeto a la arbitrariedad, de ahí su estrecha relación con el derecho a la tutela judicial, pues el respeto de la Constitución y de la ley garantizan el acceso a una justicia efectiva, imparcial y expedita (...)”. Corte



Constitucional para el Período de Transición. Sentencia No.109-12-SEP-CC. Caso No.0246-10 EP de 08 de marzo de 2012.

4.5.3.- En lo que se refiere a la apariencia de buen derecho la Corte Constitucional se ha pronunciado así: “(...) La verosimilitud fundada de la pretensión, conocido en doctrina como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es otro de los presupuestos propios de una acción de medida cautelar. Ella en realidad en donde descansa el fundamento del otorgamiento de una medida cautelar de naturaleza constitucional, pues se basa en una presunción razonable de que los hechos denunciados como violatorios o inminente violación de los derechos constitucionales, así como de los previstos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos, son verdaderos (...)”. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No.0034-13-SCN-CC, Caso. No.0561-12-CN.

QUINTO.- ANALISIS, PERTINENCIA Y CONCLUSIONES DE LA INTENDENCIA NACIONAL DE INVESTIGACIÓN Y CONTROL DE PRACTICAS DESLEALES, SOBRE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS POR EL OPERADOR ECONOMICO ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I. A.” S.A.-

La Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en su informe aclaratorio y ampliatorio (del emitido con el No.SCPM-IGT-INICPD-2019-030-I de 01 de julio de 2019) No.SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I de 05 de julio de 2019, respecto a las medidas preventivas solicitadas señala lo siguiente:

- **Análisis y pertinencia.-**

“En el presente caso, esta Intendencia analizará las medidas preventivas solicitadas por el operador económico conforme a los requisitos de intensidad, proporcionalidad y necesidad, contenidos en los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM.

4.2.1.- *Respecto a las medidas preventivas solicitadas por el operador económico ORIENTAL S.A., en relación a que SUMESA S.A., no publicite o aluda de manera directa o indirecta con sus empaques, página web, redes sociales o canales de televisión, que sus productos “no contienen colorantes”, esta Intendencia considera:*

De la revisión preliminar a las frase “no contiene colorante”, constante en la publicidad de los programas de “CASA EN CASA” y de “BOCA EN BOCA” transmitidos por TC televisión, redes sociales y empaques del operador económico SUMESA S.A., este requiere de un análisis profundo y la adopción de pruebas que nutran a la investigación de información robusta, que sirva como insumos para comprobar si la publicidad utilizada por el operador económico SUMESA S.A., puede ser catalogada como denigratoria, al realizar afirmaciones no exactas, no valederas ni pertinentes, o en caso contrario si la

Handwritten signature and initials.

misma cumple con enunciar las bondades propias del producto, por lo cual, una afirmación en este sentido, requiere de exámenes de veracidad técnica.

En relación a las medidas preventivas, en la cual el operador económico SUMESA S.A. "...elimine de sus empaques y productos la indicación "NO CONTIENE COLORANTE..." esta Intendencia observa que el operador económico SUMESA S.A., al promocionar sus productos utiliza como estrategia de venta el resaltar que sus productos no contienen colorantes añadidos.

En tal sentido, esta Intendencia considera que dicho operador económico utiliza como frase relevante, de cara al consumidor, que sus tallarines o fideos no contengan colorantes, los cuales, conforme se evidencia de la publicidad adjunta a la denuncia y al escrito de solicitud de medidas preventivas.

Al respecto, este tipo de estrategias son comunes en la comercialización de bienes y servicios y por sí mismas no implican, un perjuicio para el consumidor, competidores o el mercado, a menos que no fuesen verdaderas. Algunos ejemplos de lo indicado, se lo puede evidenciar en la publicidad de productos tales como: bebidas sin azúcar, cafés descafeinados, leches deslactosadas, productos elaborados sin químicos, menos sal o cualquier otra calificación que resulte las características del producto promocionado frente al de sus posibles competidores.

Como se indicó en los párrafos precedentes, el que un operador económico resalte las características de un producto, no tiene porque necesariamente conllevar un efecto negativo o perjudicial a la eficiencia económica, siempre y cuando dichas características sean reales y no produzcan engaño en el consumidor, situación que en el presente caso no habría sido controvertida por el denunciante en su escrito de denuncia o en la solicitud de medidas preventivas.

En el caso concreto, el denunciante señaló que la referencia que SUMESA S.A., realiza en la publicidad y el empaque de sus productos de que "no contiene colorantes" se relaciona con conductas desleales de comparación y denigración. Sin embargo, esta Intendencia no considera que, de un análisis preliminar, la sola enunciación de la distinción "no contiene colorante", pudiera afectar a la competencia, consumidores o mercado.

Por lo indicado, respecto a las medidas preventivas analizadas, esta Intendencia considera que no cumplen con el requisito de Fumus boni Iuris, ni con la graduación de necesidad contenidas en la LORCPM y su reglamento (sic).

4.2.2.- *En relación a las medidas preventivas solicitadas por el operador económico Oriental S.A., respecto de que SUMESA S.A., cese cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen*

11/10



colorantes y que hagan referencia de manera directa o indirecta a la empresa ORIENTAL S.A., y a sus productos, esta Intendencia considera lo siguiente:

La finalidad de la solicitud de esta medida es el evitar que SUMESA S.A., haga referencia a los productos de sus competidores en su publicidad y en particular al ORIENTAL S.A. Al respecto, el operador económico denunciante considera que resulta desleal que SUMESA S.A., en su publicidad se refiere a los competidores al momento que exalta las características de su producto, cuando expresa "otros tallarines si contienen colorante artificial".

Sobre este particular, esta Intendencia, en la etapa procesal correspondiente, analizará si dicha publicidad pautada en la cuenta de Facebook@ChinitoSumesa puede devenir en un acto de competencia desleal por publicidad comparativa o denigratoria. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza del presente informe, y el momento de la investigación que lleva esta Intendencia, este órgano considera que SUMESA S.A., para realizar su publicidad, no requiere, necesariamente, el hacer referencia de manera directa o indirecta a los productos de sus competidores y en particular al hecho de que estos no contengan colorantes o referirse de manera directa a ORIENTAL S.A.

Esta Intendencia considera que las presentes medidas preventivas cumplen con el requisito de necesidad, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM, ya que a prima facie existen indicios de una conducta que podría ser calificada como desleal, la cual podría afectar al operador económico denunciante y de sus competidores en el mercado; además, dicha medida cumple con los requisitos de proporcionalidad e intensidad, en tanto que la medida preventiva propuesta, propende evitar un posible daño al mercado.

La aplicación de esta medida, se limita únicamente a que la publicidad del operador económico SUMESA S.A., evite emitir afirmaciones o publicidades ambiguas respecto de los productos de sus competidores y sus características; dicha medida no restringe los derechos de oferta y/o promocionar los productos del operador económico SUMESA S.A. en el mercado.

Po lo indicado esta Intendencia, considera que en las medidas solicitadas existe una apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, lo primero en virtud del legítimo interés de Oriental S.A., en proteger sus productos y el peligro en la demora se sustenta en que las publicaciones realizadas en medios de comunicación de alcance masivo podrían afectar la reputación de los productos de Oriental S.A., situación que requiere una pronta acción para limitar el posible daño reputacional.

4.2-3.- *Con respecto a las medidas preventivas relativas al uso de signos distintivos y derechos de propiedad intelectual, el operador económico solicitó:*

DM
7/10
27/10/17

- Que el operador económico SUMESA S.A. “elimine de sus empaques y productos el texto SUMESA ORIENTAL”.

- Que el operador económico SUMESA S.A. “elimine de sus páginas web, redes sociales y publicidad el texto SUMESA ORIENTAL”. Las palabras SUMESA ORIENTAL...”

- Que el operador económico SUMESA S.A. “...elimine de sus empaques y productos el texto la palabra ORIENTAL”.

- Que el operador económico SUMESA S.A. “...elimine de sus páginas web, redes sociales y publicidad la palabra ORIENTAL”.

- Que el operador económico SUMESA S.A. “modifique el empaque de su producto SUMESA CHINITO (...) cambie el color de su empaque e incremente el tamaño de su logo SUMESA.”

En relación a lo indicado, el operador económico considera que la utilización de dichos signos distintivos por parte del operador económico denunciado constituye posibles conductas desleales.

Al respecto, esta Intendencia considera que el texto “SUMESA ORIENTAL” y “ORIENTAL” que haría uso el operador económico denunciado constituyen posibles signos distintivos, los cuales para poder ser utilizados en el mercado con fines concurrenciales, debieron ser aprobados previamente por la autoridad competente.

En este sentido, esta Intendencia considera, que SUMESA S.A., previo a utilizar la palabra “ORIENTAL” como signo distintivo de sus productos, debió obtener previamente el derecho de su uso por la autoridad competente, ya que de lo contrario podría ser sujeto de una acción de tutela administrativa, tanto de oficio como a petición de parte.

De lo señalado por el operador económico solicitante de las medidas preventivas, no se evidencia aseveración alguna respecto de una posible infracción marcaría, por el contrario, el operador económico ha sido enfático en señalar en su denuncia que el presente caso no deviene de asuntos de propiedad intelectual controvertidos.

Sin embargo, en el momento procesal que se encuentra el expediente, la Intendencia no ha podido evidenciar, ni desvirtuar, si SUMESA S.A. tiene el derecho, o no, de utilizar, las palabras SUMESA ORIENTAL, ya sea como marca o signo distintivo. Situación que se podría presumir por su uso en los productos que comercializa en el mercado.

En este sentido, esta Intendencia considera que en el eventual caso que se restrinja el uso de una marca, nombre comercial o signo distintivo, que hubiera sido obtenido legal y legítimamente por el operador económico, puede provocar un efecto perjudicial



desproporcionado en relación a la protección buscada por el solicitante de la medida preventiva.

El posible perjuicio para el operador económico denunciado tendría lugar al considerarse los posibles costos aparejados en el cambio de logos, marcas, empaques, publicidad que incurriera SUMESA S.A., sin que al momento se tenga claridad sobre el derecho que le ampara a dicha empresa para utilizar las palabras "SUMESA ORIENTAL" al identificar sus productos.

Por lo indicado, este órgano considera indispensable que, previo a otorgar cualquier medida preventiva en materia marcaria, o propiedad intelectual en general, se requiere previamente contar con un pronunciamiento del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, a fin de contar con elementos suficientes que permitan identificar la pertinencia o no de la medida solicitada.

Por lo indicado, las medidas preventivas relacionadas con derechos de propiedad intelectual no cumple con el elemento de Fumus boni Iuris.

4.2.4.- Finalmente, el operador económico requiere que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en atención al artículo 2 número 1 de la Resolución 014 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado disponga que los supermercados y establecimientos farmacéuticos que distribuye, separe los productos de SUMESA S.A. y ORIENTAL S.A., por al menos dos productos de distancia.

Al respecto, esta Intendencia evidencia que el operador económico mediante esta medida busca disminuir el posible riesgo de confusión entre los operadores económicos, teniendo la temporalidad de la conducta en el presente caso, esta Intendencia no evidencia que existe un peligro por la demora en adoptar esta medida, teniendo en cuenta la presunta conducta tiene un tiempo de duración de cinco años, conforme señaló el operador económico en su escrito de denuncia".

• Conclusiones.-

"En virtud de lo anteriormente expuesto y en consideración de los antecedentes previamente detallados, se concluye lo siguiente:

- En relación a las medidas que: "...elimine de sus empaques y productos la indicación "NO CONTIENE COLORANTE..." y "...elimine de sus páginas web, redes sociales y publicidad la indicación "NO CONTIENE COLORANTE"; esta Intendencia, ha evidenciado que no cumplen con los parámetros de Necesidad, Proporcionalidad e Intensidad, ya que el destacar las características de un producto no genera por sí mismo un efecto negativo en el mercado.*

Handwritten signature and initials.

- *En relación a las medidas preventivas “...empresa SUMESA que cese cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta a ORIENTAL y a sus productos...” y que cese cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorante...” estas consisten en evitar que el operador económico denunciado aluda de manera directa o indirecta en su publicidad a la empresa Oriental S.A., o las características de sus productos, esta Intendencia considera que dicha medida no restringe el derecho de SUMESA S.A., de publicar sus productos, por el contrario únicamente limita que en su publicidad se pueda referir a los productos de la competencia, entre ellos los de Oriental S.A., por lo que esta medida cumple con los requisitos de fumus boni iuris y periculum in mora así como parámetros de Necesidad, Proporcionalidad e Intensidad.*
- *En relación a las medidas relativas que se “elimine de sus empaques y productos el texto “SUMESA ORIENTAL”; se “...elimine de sus páginas web, redes sociales y publicidad el texto “SUMA ORIENTAL”, elimine del empaque y publicidad “las palabras SUMA y ORIENTAL...”; y, “...cambie el color de su empaque e incremente el tamaño de su logo SUMESA...”; esta Intendencia considera que las mismas tiene (sic) como finalidad restringir o limitar la utilización de signos distintivos, derechos marcarios o diseños industriales; en tal virtud, esta Intendencia considera que previo a adoptarse cualquier medida que restrinja este derecho, se requiere de un pronunciamiento de la autoridad competente en la materia.*
- *Finalmente, la medida preventiva que “...por disposición de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus productos en la categoría de pasta alimenticia no pueden ser perchados al lado de los productos de ORIENTAL. Para tal efecto, a los productos de las dos marcas deberá separarles los productos de al menos dos marcas de la competencia...”; esta Intendencia, considera que no existe peligro en la demora en implementación de esta medida, debido a que la distribución y comercialización de estos productos, a través de cadenas de supermercados y establecimientos farmacéuticos, conforme a lo señalado en la denuncia, tendría lugar, preliminarmente, desde el año 2015, es decir, tendría una duración de 5 años en el mercado ecuatoriano. En este sentido, esta medida no cumple con el requisito periculum in mora.*

SIXTO.- FUNDAMENTOS JURIDICOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS SOLICITADAS POR EL OPERADOR ECONOMICO ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.-

5.1.- Como se puede observar de los fundamentos legales antes expuestos, la normativa vigente dispone expresamente que el órgano de sustanciación y resolución, a sugerencia del órgano de investigación, podrá adoptar medidas preventivas con la finalidad de

7/10



preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Para que estas procedan se requiere la concurrencia de dos requisitos: **a) apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)**, es decir un cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio del cual la administración no requerirá una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero. Al respecto, Piero Calamandrei sostiene: “(...) *la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil (...)*”. *Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares. Ref: Buenos Aires 1996. Página 77.* En el caso referido, la Comisión de Resolución de Primera Instancia considera que la apariencia de buen derecho ha sido explicada y justificada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, en su informe aclaratorio y ampliatorio que establece: “(...) *El fumus bonis iuris consiste en la apreciación de buen derecho, es decir que, en la solicitud de medidas preventivas, existen indicios razonables que puedan comprometer la responsabilidad del denunciado frente a las conductas señaladas por el denunciante; constituyéndose en uno de los presupuestos de análisis para determinar si el comportamiento del operador económico podría distorsionar la competencia, causar perjuicios y afectar el interés general (...)*”. Y añade: “(...) *las presentes medidas preventivas cumplen con el requisito de necesidad, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM, ya que a prima facie existen indicios de una conducta que podría afectar al operador económico denunciante y de sus competidores en el mercado; además, dicha medida cumple con los requisitos de proporcionalidad e intensidad, en tanto que la medida preventiva propuesta, propende evitar un posible daño al mercado (...)*” Y agrega: “(...) *Por lo indicado esta Intendencia, considera que en las medidas solicitadas existe una apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, lo primero en virtud del legítimo interés de Oriental S.A., en proteger sus productos (...)*”; y **b) peligro de la demora (*periculum in mora*)**, es el riesgo o amenaza por la demora en la tramitación procesal, evitando con ello los daños que puedan causar las conductas por la competencia desleal y asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro. Sobre este aspecto la Comisión de Resolución de Primera Instancia estima que el análisis realizado por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, demuestra la concurrencia de este requisito, al manifestar lo siguiente: “(...) *Como segundo requisito necesario para que se dicten las medidas preventivas, se encuentra el periculum in mora, el cual se debe evidenciar si las actuaciones de los operadores económicos afectan el normal funcionamiento de los mercados, generando una posible afectación al interés general (...)*”. Y agrega: “(...) *y el peligro en la demora se sustenta en que las publicaciones realizadas en los medios de comunicación de alcance masivo podrían afectar la reputación de los productos de Oriental S.A, situación que requiere de una pronta acción para limitar el posible daño reputacional (...)*”.

5.2.- La normativa vigente también dispone que las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretenda evitar, esto es, deben ser adecuadas, proporcionales y necesarias al fin que se persigue, dependiendo de la gravedad y circunstancias particulares del caso. Al respecto la Intendencia señala: “(...) *En relación a las medidas preventivas “...empresa SUMESA que cese cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta a ORIENTAL y a sus productos... y que cese cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorante..., estas consisten en evitar que el operador económico denunciado aluda de manera directa o indirecta en su publicidad a la empresa Oriental S.A., o las características de sus productos, esta Intendencia considera que dicha medida no restringe el derecho de SUMESA S.A., de publicar sus productos, por el contrario únicamente limita que en su publicidad se pueda referir a los productos de la competencia, entre ellos Oriental S.A, por lo que esta medida cumple con los requisitos de fumus boni iuris y periculum in mora así como parámetros de Necesidad, Proporcionalidad e Intensidad”.*

La Comisión de Resolución de Primera Instancia, considera que la inclusión en publicidad de una característica específica del producto, no genera por sí misma un efecto negativo; lo que se podría presentar si en dicha publicidad se incluyen características de los competidores.

De conformidad con lo establecido en el artículo 73 del RLORCPM, no se podrá dictar medidas preventivas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales, esto es, en caso alguno las citadas medidas pueden ser excesivas o desproporcionadas.

En el caso sub judice las medidas sugeridas por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, cumplen con los requisitos de apariencia de buen derecho, peligro, riesgo o amenaza por la demora en el tiempo, se ajustan a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar

SÉPTIMO.- RESOLUCIÓN.- En mérito de los fundamentos que anteceden y en uso de sus atribuciones legales previstas en los artículos 38, numeral 22 y 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y 74 de su Reglamento de Aplicación, esta Comisión de Resolución de Primera Instancia.

RESUELVE:

- 1. ACOGER** las recomendaciones constantes en el Informe No. **SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I** de 05 de julio de 2019, suscrito por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, emitido con motivo de la petición de medidas preventivas presentada el 07 de junio de 2019, a

7/10



las 16h53, por el señor Manuel Zamora Mondragón, en su calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A". S.A.**


2. **ADOPTAR** y disponer el cumplimiento de las siguientes medidas preventivas: a) El operador económico **SUMESA S.A.**, a partir de la notificación con la presente Resolución deberá cesar cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta al operador económico **ORIENTAL S.A.**, y a sus productos. Esta prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluidas redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc; y b) El operador económico **SUMESA S.A.**, a partir de la notificación con la presente Resolución deberá cesar cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorantes. Esta prohibición aplica a la publicidad que se difunda en cualquier medio de comunicación incluidas redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.
3. **NOTIFICAR** con la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, al señor Manuel Zamora Mondragón, Gerente General y Representante Legal del operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A". S.A.**; al operador económico **SUMESA S.A.**, con RUC No. 0990129428001 (en la dirección ubicada en la Provincia del Guayas, cantón Guayaquil, Km 11.5 vía Daule intersección con Avenida B0, Parque industrial "El Sauce", como referencia se encuentra ubicada diagonal a PAPELESA); a la Intendencia Nacional de Planificación; a la Dirección Nacional de Comunicación e Imagen Institucional; y, a la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, para los fines legales pertinentes.
4. Actúe en calidad de Secretario Ad-Hoc de esta Comisión el abogado Eduardo Xavier Maigualema Herrera.- **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.-**


Dr. Luis Holguín Ochoa
COMISIONADO




Dr. Agapito Valdez Quiñones
COMISIONADO




Dr. Oswaldo Ramón Moncayo
PRESIDENTE

