



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-024-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.-
COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 21 de
noviembre de 2019, 16h45.-

Comisionado Sustanciador: Mgs. Jaime Lara Izurieta

VISTOS

- [1] La Resolución No. SCPM-DS-2019-040 mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado designó al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado.
- [2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-295-2019-A, correspondientes al Mgs. Marcelo Vargas Mendoza Presidente de la Comisión, al Mgs. Jaime Lara Izurieta Comisionado, y al Mgs. José Cartagena Pozo Comisionado, respectivamente.
- [3] El acta de sesión ordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante “CRPI”) de 05 de septiembre de 2019, mediante la cual designó a la abogada Nathally Sarmiento Vite secretaria Ad-hoc de la CRPI.

1. AUTORIDAD COMPETENTE.-

- [4] La Comisión de Resolución de Primera Instancia , es competente para disponer medidas preventivas, conforme lo señalado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “LORCPM”) y el artículo 74 del Reglamento para la Aplicación de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante “RLORCPM”).

2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO.-

- [5] El procedimiento es el determinado en la Sección III Capítulo V del RLORCPM “*PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS*” y la Sección Primera del Capítulo X del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM “*PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN Y GESTIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS*” .



3. IDENTIDAD COMPLETA DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS Y NOMBRES Y APELLIDOS DEL O LOS REPRESENTANTES LEGALES

- [6] Operador económico denunciante que solicita las medidas preventivas: **SUMESA S.A.** (en adelante “**SUMESA**”)
- a. Número de RUC: 0990129428001.¹
 - b. Representante Legal: Ing. Jorge Julián García Miranda.
 - c. Dirección: Km 11.5 vía Daule, Parque Industrial El Sauce, Guayaquil, provincia del Guayas.
 - d. Correos electrónicos: aycaza@legalad-abogados.com; legalad@legalad-abogados.com²
- [7] Operador económico denunciado: **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA “O.I.A.” S.A.** (en adelante “**ORIENTAL**”)
- a. RUC: 1291710359001 conforme información del Servicio de Rentas Internas.
 - b. Representante Legal: Manuel Zamora Mondragón, Gerente General³
 - c. Dirección: calle vía a El Empalme s/n, intersección con avenida Revolución Ciudadana, Quevedo, cantón Quevedo, provincia de los Ríos.⁴
 - d. Correos electrónicos: spresidencia@gruporiental.com; fleon@gruporiental.com.⁵

4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES

- [8] Mediante escrito y anexo de 30 de septiembre de 2019 a las 14h39 con ID 146170, el operador económico **SUMESA** interpone una denuncia en contra de **ORIENTAL**, por supuesto abuso de poder de mercado conforme los numerales 10,17 y 18 del artículo 9 de la LORCPM.
- [9] Mediante escrito de 16 de octubre de 2019, a las 16h28, con ID 147593, el operador económico **SUMESA**, hace referencia a la denuncia No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-013-

¹ Copia de RUC emitido por el Servicio de Rentas Internas, Expediente SCPM-INICAPMAPR-017-2019.

² Denuncia presentada por SUMESA, Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-017-2019

³ Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, (en adelante SCVS) https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=106517&tipo=1. Ingreso [12-11-19]

⁴ https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=106517&tipo=1. Ingreso [12-11-19]

⁵ SCVS, https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=106517&tipo=1. Ingreso [12-11-19].



TERCERO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas remita en el término de cinco (5) días el informe correspondiente, en virtud de la solicitud realizada por el operador económico **SUMESA S.A.**

(...)"

- [11] Mediante providencia de 30 de octubre de 2019 a las 11h00, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas (en adelante "INICAPMAPR") solicitó lo siguiente:

"(...)

Por cuanto SUMESA S.A. ha puesto en conocimiento de esta autoridad un estudio que habría sido realizado por Kantar World Panel, que se refiere al sector de las Pastas Alimenticias en el Ecuador, mismo que habría sido adquirida a corte de mayo del 2019, el viernes 14 de junio de 2019 a las 12h47 vía correo electrónico, con los siguientes indicadores: Cortos, Largos,, Roscas, fideo Tipo Chino; [...]a Kantar World Panel, a fin de que en el siguiente término de siete (07) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia remita la siguiente información: a) Señale cuál metodología de diseño maestral se utilizó para el estudio mencionado. b) Señale cuál es el nivel de representatividad de la muestra a nivel nacional; y, c) Señale que criterios o características se utilizaron para segmentar los productos en las categorías cortos, largos, roscas y fideo tipo Chino. [...] a: [...] Servicio Nacional de Derechos Intelectuales a fin de que en el término de tres (03) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia remita la siguiente información: a) estado del Recurso de Apelación a la Resolución SENADI-007-2019 de 24 de julio de 2019 a las 13h00, presentado por el operador económico SUMESA S.A., dentro del trámite de Tutela Administrativa, signado con el No. SENADI-2019-24833; y, B) De ser el caso que se encontrare resuelta la apelación, se servirá también remitir una copia certificada de la respectiva resolución. [...] a los operadores económicos SUMESA S.A. y ORIENTAL INDUSTRIAL ALIMENTICIA "O.I.A." S.A., a fin de que en el término de siete (7) días, contados a partir de la notificación con la presente providencia remitan la información que se solicita en el cuestionario A que se adjunta a la presente providencia

(...)"⁶

- [12] Mediante Informe No. SCPM-IGT-INICAPMAPR-2019-0018, de 07 de noviembre de 2019, "Informe sobre la procedencia de la solicitud de Medidas Preventivas solicitadas por el operador económico SUMESA S.A.", la INICAPMAPR recomienda:

⁶ Expediente SCPM-IGT-INICAPMAPR-017-2019.



2019 en contra de la compañía **ORIENTAL**, por el supuesto abuso de poder en el mercado, y solicita a la CRPI se otorguen las siguientes medidas preventivas:

“1. Obligar a LA COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” al cese en el envío de cartas y comunicados a todos los operadores económicos de Retails (SUPERMERCADOS) y medios de comunicacion[sic] indicando que no comercialicen los productos de la compañía SUMESA S.A. de marca SUMESA ORIENTAL.

2. Solicitar al SENADI que declare la nulidad del Proceso NO. De Tutela Administrativa, el cual fue ejecutado sin el procedimiento respectivo de consulta a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

3. La adopción de los siguientes comportamientos positivos:

- a. Ordenar bajo el apercibimiento de sanción a LA COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” el envío de cartas a todos los operadores económicos de Retails (SUPERMERCADOS) y Medios de Comunicación, indicando que no existe [sic] ningún inconveniente legal en que se comercialice los productos de la compañía SUMESA S.A. de marca SUMESA ORIENTAL.*
- b. Ordenar bajo el apercibimiento de sanción a la COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.”, realizar una campaña en redes sociales indicando que la resolución enviada en comunicados anteriores en ningún momento impide que se siga comercializando el producto SUMESA ORIENTAL.*
- c. Solicitr[sic] a todos los operadores económicos que reciban y comercialicen el producto de SUMESA S.A. de marca SUMESA ORIENTAL.*
- d. Ordenar bajo el apercibimiento de sanción a LA COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” el desarrollo y publicación [sic] en redes y medios de difusión masiva y boletines informativos para las tiendas y operadores económicos de retails una campaña en la que se indique el término Oriental es un término descriptivo del tipo de pasta que se comercializa.”*

[10] Mediante providencia de 29 de octubre de 2019 a las 09h00, la CRPI dispone:

“(…)”

SEGUNDO.- TRASLADAR a la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas el escrito presentado por el operador económico **SUMESA S.A.**, ingresado por Secretaria General de la SCPM el 16 de octubre de 2019 a las 16h28, signado con el Id 147591 y notificado a la CRPI el 24 de octubre de 2019.



han sido presentados como copia simple y dentro del texto de la denuncia. De la revisión del expediente, se desprende que no se han presentado copias certificadas, ni originales ni ninguna constancia de que sea una materialización de un documento electrónico.” (el subrayado y las negritas por fuera del texto)

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[15] El artículo 7 define al poder de mercado de la siguiente manera:

“Art. 7.-Poder de mercado.- Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.”

[16] En cuanto a la determinación del poder del mercado, el artículo 8 contempla:

“Art. 8.-Determinación del Poder de Mercado.- Para determinar si un operador económico tiene poder de mercado en un mercado relevante, debe considerarse, entre otros, uno o varios de los siguientes criterios:

- a. *Su participación en ese mercado, de forma directa o a través de personas naturales o jurídicas vinculadas, y su posibilidad de fijar precios unilateralmente o de restringir, en forma sustancial, el abastecimiento en el mercado relevante, sin que los demás agentes económicos puedan, en la actualidad o en el futuro, contrarrestar ese poder.*
- b. *La existencia de barreras a la entrada y salida, de tipo legal, contractual, económico o estratégico; y, los elementos que, previsiblemente, puedan alterar tanto esas barreras como la oferta de otros competidores.*
- c. *La existencia de competidores, clientes o proveedores y su respectiva capacidad de ejercer poder de mercado.*



"Por las consideraciones expuestas, esta autoridad recomienda aceptar de forma parcial la solicitud de medidas preventivas contenida en el escrito ingresado por el operador económico Sumesa S.A. a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante Secretaría General el 16 de Octubre de 2019.

Atendiendo a la proporcionalidad e intensidad del daño que se pretende evitar, se recomienda únicamente proveer aceptando de forma parcial lo solicitado en el numeral primero del escrito que solicita "Obligar a LA COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." al cese en el envío de cartas y comunicados a todos los operadores económicos de Retails (SUPERMERCADOS) y medios de comunicación (sic) indicando que no comercialicen los productos de la compañía SUMESA S.A. de marca SUMESA ORIENTAL.", solicitando al denunciado COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A., que se abstenga utilizar medios de difusión masiva del contenido de la tutela administrativa que instauró en contra de SUMESA S.A. y obligando a que en cualquier comunicación en la que se comunique sobre el contenido de este trámite, se contextualice esta información, indicando el estado del trámite."

[13] Mediante providencia del 19 de noviembre de 2019 a las 11h00, la CRPI solicitó lo siguiente:

"(...)

SEGUNDO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Investigación de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas un informe que:

- i. Indique la situación respecto de la solicitud de información solicitada por la INICAPMAPR, conforme el párrafo [13] de la parte motiva de la presente providencia y de haber sido remitida, trasladar a la CRPI previo a resolver.*
- ii. Indique, conforme el párrafo [14] de la parte motiva de la presente providencia respecto de la información presentada por el denunciante, si ésta es original, copia simple, copia certificada o de ser el caso información materializada de documentos electrónicos.*

"(...)"

[14] Mediante Informe No.SCPM-INICAPMAPR-2019-019, de 21 de noviembre de 2019, la INICAPMAPR contestó lo siguiente:

"De la revisión realizada de las publicaciones de prensa, de medios digitales (flash informativo), y demás información que presuntamente habría enviado o difundido el operador económico denunciado, a los que se hace mención en el párrafo 14 de la providencia emitida por la CRPI, se ha constatado que todos



“Art. 62.- Medidas Preventivas.- El órgano de sustanciación de la Superintendencia de Control del Poder de 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.

(...)”

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

[19] El artículo 6, en cuanto al abuso de poder de mercado establece:

“Art. 6.- Abuso de poder de mercado.- Las conductas de abuso de poder de mercado tipificadas en los artículos 9 y 10 de la Ley no serán susceptibles de exoneración alguna, la acción de Estado, de conformidad con el artículo 28 y siguientes de la Ley, se sustentará en el interés público y el buen vivir (...)”

[20] El artículo 73, en cuanto a las clases de medidas preventivas indica que:

“Art. 73.- Clases de medidas preventivas.-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.*



- d. *Las posibilidades de acceso del operador económico y sus competidores a las fuentes de insumos, información, redes de distribución, crédito o tecnología.*
- e. *Su comportamiento reciente.*
- f. *La disputabilidad del mercado.*
- g. *Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios;*
- h. *El grado en que el bien o el servicio de que se trate sea sustituible, por otro de origen nacional o extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas y el grado en que los consumidores cuenten con sustitutos y el tiempo requerido para efectuar tal sustitución”*

[17] Asimismo en el artículo 9 se menciona:

“Art. 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.

En particular, las conductas que constituyen abuso de poder de mercado son:

(...)

10. La incitación, persuasión o coacción a terceros a no aceptar, limitar o impedir la compra, venta, movilización o entrega de bienes o la prestación de servicios a otros.

(...)

17. El abuso de un derecho de propiedad intelectual, según las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, convenios, y tratados celebrados y ratificados por el Ecuador y en la ley que rige la materia.

18. La implementación injustificada de acciones legales que tengan por resultado la restricción del acceso o de la permanencia en el mercado de competidores actuales o potenciales.

(...)”

[18] El artículo 62 del cuerpo normativo rector en materia de competencia señala:



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.”

[21] El artículo 74, en cuanto a la adopción de medidas preventivas determina:

“Art. 74.- Adopción de medidas preventivas.- 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.”

5.3 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

[22] El artículo 64 sobre la naturaleza de las medidas preventivas señala:

“Art. 64.- Naturaleza de estas medidas.- Las medidas preventivas pueden ser aplicadas en forma previa o durante un proceso investigativo sancionador, Las medidas correctivas son directamente derivadas de una resolución final en sede administrativa o acto administrativo de política pública, directamente aplicables a la existencia de una infracción o a la necesidad de restablecimiento competitivo y proporcionalmente en relación con la gravedad de la infracción anticompetitiva.”

[23] Sobre las clases de las medidas preventivas el artículo 65 determina:



Art. 65.- Clases de medidas preventivas.- La CRPI, antes o en cualquier estado del procedimiento de investigación hasta antes de emitir la resolución que ponga fin al proceso investigativo sancionador, podrá, a sugerencia de la Intendencia respectiva o pedido de quien hubiere presentado una denuncia, adoptar mediante resolución motivada las medidas preventivas previstas en los artículos 62 de la LORCPM y 73 del RLORCPM.

[24] El artículo 66 establece:

“Art. 66.-Sugerencia o pedido.- La intendencia, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, de oficio o a petición de parte, dentro del término de cinco (5) días contados a partir de la recepción de la solicitud de parte, podrá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, previo informe debidamente motivado, la adopción de medidas preventivas destinadas a alcanzar las finalidades de la ley.

La sugerencia o petición de medidas preventivas podrá estar fundamentada en toda clase de indicios que justifique legal y razonadamente la aplicación de estas.”

[25] El artículo 67, en cuanto a la resolución de las medidas indica que:

“Art. 67.- Adopción de medidas preventivas.- Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, tendrá el término de diez (10) días para dictar las medidas que sean adecuadas mediante su resolución motivada.

(...)”

6. LA DETERMINACIÓN CLARA, OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

6.1 De las medidas preventivas solicitadas por SUMESA

[26] El operador económico **SUMESA** en la denuncia presentada el 30 de septiembre de 2019, previo a la petición de medidas preventivas a la CRPI, en su parte pertinente solicita:

“TERCERA, MEDIDAS PREVENTIVAS.-

En base al Art. 65 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativo de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en cocordancai [sic] con el Art. 62 de la Ley Orgánica de Control de Poder de Mercado y 73 del Reglamento, solicitamos EXPRESAMENTE a la comisión de Resolución de Primera Instancia, se nos otorguen la medidas preventivas, tales como, la orden de cese de la conducta y la adopción de comportamientos positivos por parte de Oriental



Industria Alimenticia O.I.A. S.A. y aquellas que se consideren pertinentes con la finalidad de preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieran causar las conductas denunciada.”

[27] Mediante escrito de 16 de octubre de 2019 a las 16h28 con ID 147591 y notificado a la CRPI el 24 de octubre de 2019, el operador económico **SUMESA** solicita a la CRPI que se otorguen las siguientes medidas preventivas:

*“1. Obligar a LA COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” al cese en el envío de cartas y comunicados a todos los operadores económicos de Retails (SUPERMERCADOS) y medios de comunicacion[sic] indicando que no comercialicen los productos de la compañía SUMESA S.A. de marca **SUMESA ORIENTAL**.*

2. Solicitar al SENADI que declare la nulidad del Proceso NO. De Tutela Administrativa, el cual fue ejecutado sin el procedimiento respectivo de consulta a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.

3. La adopción de los siguientes comportamientos positivos:

- a. Ordenar bajo el apercibimiento de sanción a LA COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” el envío de cartas a todos los operadores económicos de Retails (SUPERMERCADOS) y Medios de Comunicación, indicando que no existe [sic] ningún inconveniente legal en que se comercialice los productos de la compañía SUMESA S.A. de marca SUMESA ORIENTAL.*
- b. Ordenar bajo el apercibimiento de sanción a la COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.”, realizar una campaña en redes sociales indicando que la resolución enviada en comunicados anteriores en ningún momento impide que se siga comercializando el producto SUMESA ORIENTAL.*
- c. Solicitr[sic] a todos los operadores económicos que reciban y comercialicen el producto de SUMESA S.A. de marca SUMESA ORIENTAL.*
- d. Ordenar bajo el apercibimiento de sanción a LA COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” el desarrollo y publicación [sic] en redes y medios de difusión masiva y boletines informativos para las tiendas y operadores económicos de retails una campaña en la que se indique el término Oriental es un término descriptivo del tipo de pasta que se comercializa.”*

[28] De la solicitud de medidas preventivas del operador económico **SUMESA**, la CRPI no observa fundamento que permita concluir que se están realizando actos anticompetitivos que requieren la protección previa por medio de medidas preventivas.



[29] El operador económico **SUMESA** como medios de verificación adjuntó dentro de su denuncia las siguientes comunicaciones realizadas supuestamente por **ORIENTAL**:

- Extractos en copia simple del flash informativo realizado por **ORIENTAL**, mediante medios digitales, sobre la resolución No. SENADI 007-2019-DNPI.
- Extracto de periódico en copia simple, de una publicación realizada en el Diario Expreso, el 19 de agosto de 2019, constante en el expediente de la INICAPMAPR, detalle de la resolución No. SENADI 007-2019-DNPI.
- Extracto de Periódico en copia simple, sin especificar su origen, sobre la resolución No. SENADI 007-2019-DNPI.
- Extracto de Periódico, sin especificar su origen, sobre una entrevista realizada al Gerente General de **ORIENTAL**, sobre la resolución No. SENADI 007-2019-DNPI.
- Comunicado de prensa en copia simple, sin detalle a quien se dirige, con referencia de aviso de medidas cautelares ordenandos en contra de la comercialización u oferta del producto identificado como “**SUMESA ORIENTAL**”, referencia resolución No. SENADI 007-2019-DNPI.

[30] Previo a realizar el análisis correspondiente sobre la necesidad de adopción de medidas preventivas, posible existencia de un poder de mercado, la demostración del *periculum in mora*, *Fumus boni juris*, gravedad, posibles consecuencias de la adopción de cualquier medida preventiva, entre otras consideraciones, la CRPI ha solicitado a la INICAPMAPR informe sobre la autenticidad de la información presentada por **SUMESA**, si la documentación presentada es original, copia simple, copias certificadas o de ser el caso si existe información materializada de medios digitales.

[31] Mediante Informe No. SCPM-INICAPMAPR-2019-019 de 21 de noviembre de 2019, la INICAPMAPR contestó lo siguiente:

“De la revisión realizada de las publicaciones de prensa, de medios digitales (flash informativo), y demás información que presuntamente habría enviado o difundido el operador económico denunciado, a los que se hace mención en el párrafo 14 de la providencia emitida por la CRPI, se ha constatado que todos han sido presentados como copia simple y dentro del texto de la denuncia. De la revisión del expediente, se desprende que no se han presentado copias certificadas, ni originales ni ninguna constancia de que sea una materialización de un documento electrónico.” (el subrayado y las negritas fuera del texto)

[32] Es imprescindible considerar que la información presentada, cumpla con lo que establece el artículo 194 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante “COGEP”).

“Art.194.- Presentación de documentos. Los documentos públicos o privados se presentarán en originales o en copias.”



Se considerarán copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se realicen por cualquier sistema.”

- [33] En este sentido, aún cuando la solicitud de medidas preventivas no tienen fundamento fáctico de por qué se realiza dicha solicitud, la CRPI ha tenido la diligencia de solicitar la información a la INICAPMAPR para poder verificar si han existido actos anticompetitivos a través de comunicaciones.
- [34] La INICAPMAPR por medio de informe constata la existencia de comunicaciones, sin embargo dichas evidencias constan en copias simples las mismas que no han de ser observadas por la CRPI en razón de la imposibilidad de poder verificar la veracidad y autenticidad de las mismas.
- [35] La CRPI no concuerda con la posición de la INICAPMAPR, de aceptar de forma parcial la medida preventiva.
- [36] Lo anterior en cuanto considera que no se puede identificar la intensidad del daño que se pretende evitar en vista de la no existencia de elementos fácticos, que permitan evidenciar una conducta específica que pretenda o suponga la realización de actos anticompetitivos.
- [37] Por lo cual no es necesario continuar con el análisis de pertinencia de medidas preventivas, cuando por falta de elementos no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto.

6.2 De la Resolución No. SENADI 007-2019-DNPI de Tutela Administrativa No. SENADI-2019-24833

- [38] El operador económico **SUMESA** solicitó como medida preventiva, que se solicite al SENADI la nulidad de la Tutela Administrativa en contra de **ORIENTAL**.
- [39] Del análisis del expediente, se evidencia la siguiente información sobre la tutela administrativa:
- Tutela Administrativa No. SENADI-2019-24833, por violación sobre el derecho de marca por parte de SUMESA.

a) Se emite resolución No. SENADI 007-2019-DNPI, de 24 de julio de 2019, dictaminando medidas cautelares en contra de SUMESA y multas respectivas. En lo principal se resuelve:

“(…)

SE ORDENA, que en el término de 5 (cinco) días, SUMESA S.A., cumpla con las siguientes medidas cautelares definitivas, previstas en el artículo 565 del COESCI numeral 1, 2 y 3, esto es: “...1. El cese inmediato de los actos que constituyan la



presunta infracción; 2. El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo, los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios principales que sirvieran para cometer la presunta infracción; 3. La suspensión de la comunicación pública del contenido protegido en medios digitales, ordenada al infractor o intermediario...

(...)"

- b) Recurso de apelación interpuesto el 30 de julio del 2019 ante el SENADI, por parte de SUMESA.
- c) El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, mediante Resolución No. OCDI-2019-862, de 23 de octubre de 2019 resuelve rechazar el recurso de apelación interpuesto por SUMESA.

[40] Respecto de la solicitud de declaración de nulidad de la Tutela Administrativa antes mencionada, es necesario tomar en cuenta lo dispuesto por el Código Orgánico Administrativo que conforme el artículo 106 la solicitud de nulidad como medio de impugnación se puede realizar de oficio o por la persona interesada según menciona que:

"Art. 106.- Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.

La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo.

La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente."

[41] Es necesario indicar que la CRPI carece de competencia para solicitar nulidades sobre resoluciones de otras entidades públicas conforme lo establece el Código Orgánico Administrativo por principio de lealtad institucional⁷.

En merito de lo expuesto la Comisión de Resolución de Primera Instancia

⁷ Código Orgánico Administrativo, "Art. 25.- Principio de lealtad institucional. Las administraciones públicas respetarán, entre sí, el ejercicio legítimo de las competencias y ponderarán los interés públicos implicados (...)"

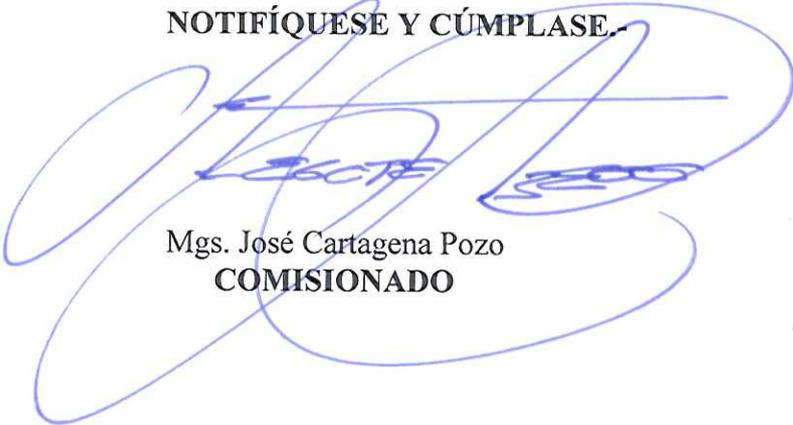


RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las medidas preventivas solicitadas por el operador económico SUMESA conforme la parte motiva de esta resolución.

SEGUNDO.- NOTIFICAR con la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, al operador económico SUMESA S.A., al operador económico COMPAÑÍA ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA "O.I.A." y a la Secretaria General de la SCPM, para los fines normativos pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-


Mgs. José Cartagena Pozo
COMISIONADO


Mgs. Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO


Mgs. Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE



