

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de Origen:** Comisión de Resolución de Primera Instancia.
- **Expediente Origen:** SCPM-CRPI-015-2019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-003-2020
- **Denunciante / Apelante:** ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.
- **Denunciado:** SUMESA S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 08 de octubre de 2020, a las 17h15.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se encuentra agregada al expediente, en conocimiento del Recurso de Apelación presentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., en contra de la Resolución de 19 de febrero de 2020 a las 17h15, emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-015-2019; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- DOCUMENTOS QUE SE AGREGAN AL EXPEDIENTE.-

- a) Agréguese al expediente el Acta de entrega de copias de 25 de agosto de 2020 a las 16h00, suscrita entre los abogados Eduardo Esparza Paula y María Belén Arévalo Alvear, en calidad de abogado patrocinador del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. [en adelante ORIENTAL S.A.] y Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo, respectivamente.
- b) Agréguese al expediente y téngase en cuenta en la presente resolución, el escrito y anexo suscrito por el señor Eduardo Esparza Paula, en calidad de abogado patrocinador del operador económico ORIENTAL S.A. ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 30 de septiembre de 2020 a las 14h53 y signado con el número de trámite ID 171982.-
- c) Agréguese al expediente y téngase en cuenta en la presente resolución el escrito suscrito por el señor Eduardo Esparza Paula, en calidad de abogado patrocinador del operador económico ORIENTAL S.A. ingresado en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 07 de octubre de 2020 a las 15h12 y signado con el número de trámite ID 172648.-

SEGUNDO.- COMPETENCIA.-

En virtud de lo dispuesto en los artículos 44 numeral 2; 65; y, 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación planteado.

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El señor Manuel Zamora Modragón, en calidad de Gerente General y el abogado Eduardo Esparza Paula, en calidad de abogado patrocinador, del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., respectivamente, mediante escrito de 03 de julio de 2020 de las 11h47, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado, (en adelante SCPM), con número de trámite ID 163917, interpusieron Recurso de Apelación en contra de la Resolución de 19 de febrero de 2020, de las 17h15 emitida por la Comisión de Resolución de Primera Instancia, (en adelante CRPI), dentro del expediente administrativo signado con el número SCPM-CRPI-015-2019.

La admisión a trámite del referido Recurso de Apelación fue debidamente analizada en esta instancia mediante providencia de 29 de julio de 2020 de las 13h30, en la que se verificó que la impugnación cumpla los requisitos formales, como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación; observándose que el recurso cumplía con los mismos.

QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado por el operador ORIENTAL S.A., es la Resolución de 19 de febrero de 2020, de las 17h15, suscrita por los señores Comisionados de la CRPI, en la que resolvieron:

*“[...] **TERCERO.- NEGAR** la petición del operador económico **ORIENTAL**, sobre la modificatoria de las medidas preventivas dictadas por la CRPI.*

***CUARTO.- NEGAR** la petición del operador económico **SUMESA**, sobre la revocatoria de las medidas preventivas dictadas por la CRPI.*

***QUINTO.- DECLARAR** el cumplimiento de las medidas preventivas dictadas en resolución de la CRPI de 12 de julio de 2019, por parte del operador económico **SUMESA** [...]”*

SEXTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE.-

El operador económico ORIENTAL S.A., en su escrito de apelación realiza la siguiente petición:

“[...] Por los argumentos expuestos, de conformidad con los artículos 104 y 106 del Código Orgánico Administrativo solicitamos a su autoridad que declare la nulidad de lo resuelto en los ordinales tercero y quinto de la Resolución de 19 de febrero de 2020, por adolecer de la causa establecido en el artículo 105 número 1 del Código Orgánico Administrativo; y, mantenga lo resuelto en el ordinal cuarto de la Resolución recurrida, conforme los principios de doble conforme y non reformatio in peius administrativo reconocidos en los artículos 11 número 8 y 76 número 7 letra m) de la Constitución de la República del Ecuador.

Subsidiariamente, otorgue las medidas preventivas solicitadas por ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. en su pedido de 25 de julio de 2019; y, disponga a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales el inicio de una investigación por el presunto incumplimiento de la Resolución de 12 de julio de 2019 por parte del operador económico SUMESA S.A., conforme lo establecido en el artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, al haber informado su posible incumplimiento [...]”

Pretensiones fundamentadas en las siguientes argumentaciones:

i. Que existe inobservancia a las garantías del debido proceso, violación al derecho a la defensa establecidos en el artículo 76 número 6 literales a), c) y h) de la Constitución de la República del Ecuador:

“[...] no se nos trasladó el escrito de la empresa SUMESA de 28 de enero de 2020 a las 12h55, signado con el Id 155507 [...] el jueves 13 de febrero de 2020 pudimos conocer el contenido del escrito de SUMESA de 28 de enero de 2020 y parte del memorando SCPM-IGT-INICPD-009-2020-M de 17 de enero de 2020. Sobre este último documento debemos indicar que en las copias digitales que se nos entregó en esa fecha no consta la carpeta electrónica que la INICPD adjuntó a dicho memorando. Posteriormente, con base en la copia del expediente, el 19 de febrero de 2020 [...] ORIENTAL replicó los argumentos de SUMESA [...] Resolución recurrida [...] no agrega al expediente nuestro escrito, por lo que no considera nuestra replica ni los argumentos ahí presentados [...]”

ii. Que el acto administrativo de 19 de febrero de 2020 de las 17h15 carece de motivación toda vez que SUMESA no habría cumplido las medidas preventivas dispuestas en la Resolución de 12 de julio de 2019 de las 08h50, por los siguientes motivos:

“[...] Sobre el falso cumplimiento de las medidas preventivas:

- 1. “[...] en el Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I de 18 de octubre de 2019 (en adelante, Informe 049), la INICPD concluyó que SUMESAS S.A. habría incumplido con lo dispuesto por la CRPI en el literal a) numeral 2 de la Resolución de 12 de julio [...] Esta conclusión fue ratificada por la INICPD en su Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I de 7 de noviembre de 2019 (en adelante, Informe 052) [...] La INICPD ya informó sobre el incumplimiento de las medidas preventivas la CRPI [...];*
- 2. [...] a la CRPI no le correspondía declarar el cumplimiento de las medidas preventivas, no solo Porque es falso sino porque el procedimiento establecido en el artículo 58 del Instructivo le obligaba a disponer a la Intendencia el inicio de una investigación [...];*
- 3. [...] el pedido de aclaración y rectificación de la Resolución de 19 de febrero 2solicitamos [...] no se atiende nuestro pedido [...]*

ii. Sobre la falsa falta de elementos necesarios para la adopción de las medidas preventivas solicitadas por ORIENTAL:

- 1. [...] el pedido de modificación de las medidas preventivas fue presentado por ORIENTAL el 25 de julio de 2019 [...] es decir casi siete meses antes de la emisión de la Resolución de 19 de febrero [...] en todo momento se le dejó en indefensión [...];*
- 2. [...] en la Resolución recurrida la CRPI resolvió [...] que los hechos sobrevenientes “no satisfacen la necesidad elemental para convencer a la Comisión de modificar las medidas dictadas el 12 de julio de 2019 [...]”*



3. [...] la Comisión de Resolución de Primera Instancia conoce que el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, SENADI) sancionó a la empresa SUMESA SA. por infringir el derecho de propiedad intelectual de ORIENTAL [...] al utilizar la marca ORIENTAL® en su producto que en el empaque dice “SUMESA ORIENTAL”; además que le prohibió la “utilización, comercialización, venta, oferta en venta, distribución, promoción, publicidad de productos que contengan la marca ORIENTAL [...] Lo anterior conforme la Resolución SENADI-007-2019-DNPI de 24 de julio de 2019 [...];
4. [...] En la Resolución recurrida tampoco se considera que mediante Resolución de 29 de julio de 2019, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resolvió el inicio de la investigación por el presunto cometimiento de las conductas establecidas en el artículo 27 números 1, 3 letra b; 4 letra a); 5 y 6 de la LORCM [...] el plazo de duración de la investigación ha sido prorrogado [...] para permitir a la denunciada ejercer sus descargos respecto a [...] actos de imitación que infrinjan un derecho de propiedad intelectual, tipificada en el artículo 27 número 3 letra a) de la LORCPM [...];
5. [...] tampoco se toma en cuenta los títulos de registro de marca y estudios que han sido agregados al expediente [...]

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL.-

a) Dentro del expediente No. SCPM-CRPI-015-2019, se resaltan las siguientes actuaciones administrativas:

- i. Escrito de 07 de junio de 2019, mediante el cual los señores Manuel Zamora Mondragón y Eduardo Esparza Paula, en calidad de Gerente General y abogado patrocinador, respectivamente, del operador económico ORIENTAL S.A., solicitan a la CRPI que adopte medidas preventivas en contra del operador económico SUMESA S.A.;
- ii. Providencia de 10 de junio de 2020 de las 15h13 mediante la cual la CRPI avocó conocimiento de la solicitud del operador económico ORIENTAL S.A.;
- iii. Resolución de 12 de julio de 2019, a las 08h50 mediante la cual la CRPI resolvió, entre otras cosas: “[...] **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. [...]**”;
- iv. Escrito de solicitud de modificación de medidas preventivas de 25 de julio de 2019 presentado por el operador económico ORIENTAL S.A., mediante el cual solicita el



cese inmediato de la conducta respecto de los indicios de cometimiento de actos de imitación y confusión, así como de imitación y explotación de reputación ajena;

- v. Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I de 09 de septiembre de 2019, respecto del seguimiento de medidas preventivas, suscrito por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales;
- vi. Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I de 12 de septiembre de 2019, respecto de la solicitud de modificación y revocatoria de las medidas preventivas, suscrito por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales;
- vii. Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I de 18 de octubre de 2019 respecto del seguimiento de medidas preventivas suscrito por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales;
- viii. Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I de 07 de noviembre de 2019, respecto del alcance al seguimiento de medidas preventivas, suscrito por la economista Gabriela Arias Barros, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales [S]
- ix. Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2020-002-I de 17 de enero de 2020, respecto del seguimiento de medidas preventivas trimestre noviembre 2019 hasta enero 2020, suscrito por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales;
- x. Escrito de 19 de febrero de 2020 suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula en calidad de abogado patrocinado del operador económico ORIENTAL S.A., mediante el cual presenta observaciones al escrito de 28 de enero de 2020 presentado por el operador económico SUMESA S.A.
- xi. Resolución de 19 de febrero de 2020 de las 17h15 emitida por la CRPI, mediante la cual se niega la solicitud de modificación y revocatoria de medidas preventivas, y declara el cumplimiento de las medidas preventivas;
- xii. Escrito de 28 de febrero de 2020 suscrito por el abogado Eduardo Esparza Paula en calidad de abogado patrocinado del operador económico ORIENTAL S.A., mediante el cual solicita aclaración y rectificación de la Resolución de 19 de febrero de 2020;
- xiii. Recurso de Apelación presentado por el operador económico ORIENTAL S.A. de 03 de julio de 2020 en contra de la Resolución de 19 de febrero de 2020 emitida por la CRPI;
- xiv. Providencia de 21 de julio de 2020 a las 10h35 emitida por la CRPI, mediante la cual se dispone agregar al expediente el escrito presentado por el operador económico ORIENTAL S.A. el 28 de febrero de 2020;

- xv. Providencia de 22 de julio de 2020 a las 12h25, emitida por la CRPI, mediante el cual dispone elevar el recurso de apelación del operador económico ORIENTAL S.A. al Superintendente de Control del Poder de Mercado.

b) Dentro del expediente administrativo No. SCPM-DS-INJ-RA-003-2020, en el que se sustancia el presente expediente de apelación, consta:

- i. Memorando SCPM-CRPI-2020-444 de 23 de julio de 2020, mediante el cual el Secretario Ad-Hoc de la CRPI pone en conocimiento de esta autoridad la providencia de 22 de julio de 2020 de las 12h25, emitida dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019, en el que la Comisión de Resolución de Primera Instancia dispuso remitir el escrito que contiene el recurso de apelación presentado por el operador económico ORIENTAL S.A.;
- ii. Copia certificada del escrito presentado por el operador económico ORIENTAL S.A., recibido en la Secretaría General de la SCPM, el 03 de julio de 2020 a las 11h47, signado con el número de trámite ID 163917, el cual contiene el Recurso de Apelación interpuesto en contra de la Resolución de 19 de febrero de 2020 de las 17h15, emitida dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019;
- iii. Providencia de 29 de julio de 2020 a las 13h30, suscrita por esta autoridad, mediante la cual se admite a trámite el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico ORIENTAL S.A., y se dispone correr traslado con el escrito que contiene la impugnación al operador económico SUMESA S.A., para que en el término de tres (3) días presente las respectivas alegaciones; y, disponiendo a la CRPI se pronuncie respecto del Recurso de Apelación de ORIENTAL;
- iv. Escrito de 05 de agosto de 2020, suscrito por el abogado Marcelo Marín Sevilla, abogado patrocinador del operador económico SUMESA S.A., mediante el cual presentó las alegaciones al Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico ORIENTAL S.A., dando cumplimiento a la providencia referida supra;
- v. Memorando SCPM-CRPI-2020-486 de 05 de agosto de 2020, suscrito por el doctor Marcelo Vargas Mendoza, en calidad de Presidente de la CRPI, mediante el cual remite el Informe No. SCPM-CRPI-2020-001-I de 05 de agosto de 2020, dando cumplimiento a la providencia de 29 de julio de 2020 a las 13h30;
- vi. Audiencia Pública de 08 de septiembre de 2020 de las 16h00 llevada a cabo entre los representantes de los operadores económicos ORIENTAL S.A., SUMESA S.A., y los funcionarios de la SCPM;

OCTAVO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

La Constitución de la República del Ecuador –CRE- reconoce los siguientes derechos y garantías: “[...] **Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”; **“Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y*

obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...] **3.** [...] Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. [...] **6.** La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...] m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; “**Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; “**Art. 169.-** El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades; “**Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; “**Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “**Art. 227.-** La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”;

La **Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM-** manda: “**Art. 44.-** Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley [...] **2.** Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento [...]”; “**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. 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.”; “**Art. 67.-** Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que

se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”;

El **Código Orgánico Administrativo –COA-** prevé: “[...] **Art. 100.- Motivación del acto administrativo.** En la motivación del acto administrativo se observará: 1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance. 2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo. 3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. Se puede hacer remisión a otros documentos, siempre que la referencia se incorpore al texto del acto administrativo y conste en el expediente al que haya tenido acceso la persona interesada. Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado [...]”; **“Art. 227.- Nulidad del procedimiento.** Si al momento de resolver la apelación, la administración pública observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de persona interesada, la nulidad del procedimiento desde el momento en que se produjo, a costa del servidor que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.”

El **Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –RLORCPM-** indica: **“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. e) Las demás que considere pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y 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”; **“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”; **“Art. 76.- Suspensión, modificación y revocatoria de las medidas preventivas.-** 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”; **“Art. 77.- Informe de suspensión, modificación y revocatoria de las medidas preventivas.-** Si es el

denunciante o denunciantes quienes solicitan fundamentadamente la suspensión, modificación o revocatoria de medidas cautelares ya adoptadas, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta al órgano de investigación sobre su procedencia, quien deberá emitir su informe en el término de treinta (30) días desde recibida la consulta. Si es el órgano de investigación quien sugiere la suspensión, modificación o revocación de las medidas preventivas dispuestas en virtud de circunstancias sobrevenientes o que no pudieron ser conocidas al momento de emitir la resolución, deberá presentar informe motivado que justifique su solicitud”; “Art. 78.- Cese de medidas preventivas.- Las medidas preventivas cesarán en el plazo que establezca el órgano que lo disponga o cuando se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento”.

El Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (vigente a la fecha de las actuaciones) determina el procedimiento de la siguiente manera: “[...] **“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”; **“Art. 70.- SEGUIMIENTO DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.-** La Intendencia realizará el seguimiento de las medidas preventivas dispuestas a fin de verificar su cumplimiento; la CRPI podrá solicitar a la Intendencia, en cualquier momento un informe de cumplimiento que deberá ser entregado en el término de hasta cinco (5) días”; **“Art. 71.- SOLICITUD DEL OPERADOR ECONÓMICO PARA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS.-** Una vez notificada la resolución con las medidas preventivas y mientras estén en ejecución, el operador económico podrá solicitar se modifique dichas medidas. La CRPI solicitará a la Intendencia que informe en el término de diez (10) días, sobre la pertinencia de su solicitud.”; **“Art. 75.- EVALUACIÓN DE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS CORRECTIVAS.-** La Intendencia realizará el seguimiento de las medidas correctivas y, en caso de presunto incumplimiento de estas, aperturará mediante resolución un expediente de Investigación de conformidad con lo prescrito en el artículo 53 y demás pertinentes de la LORCPM, por presunta infracción de incumplimiento de una resolución de la SCPM; de lo cual, informará a la CRPI, dentro del término de tres (3) días contados a partir de la apertura de dicho expediente. La CRPI tomará nota de esta resolución y una vez terminado el proceso investigativo, la Intendencia remitirá el informe final a la CRPI para su resolución. El informe motivado recomendará, de ser el caso, la adopción de medidas correctivas adicionales que se deberían implementar, con la consiguiente imposición de las sanciones respectivas”.

NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.-

En tutela del numeral 23 del artículo 66 de la Constitución de la República, y las facultades constantes en el numeral 2 del artículo 44 de la LORCPM, corresponde a la máxima autoridad conocer y pronunciarse sobre las argumentaciones en las que el operador económico ORIENTAL S.A. funda su pretensión impugnatoria, para lo cual se considera:

a) Respecto a: *“1. Inobserva la (sic) garantías del debido proceso establecidas en el artículo 76 número 7 letras a), c) y h) de la Constitución de la República del Ecuador, al no garantizar el derecho de contradicción de ORIENTAL”*

El operador económico recurrente afirma no haber sido notificado con el escrito de 28 de enero de 2020, signado con el número de trámite Id. 155507, presentado por el operador económico SUMESA S.A., y agregado en providencia de 07 de febrero de 2020 de las 15h25, pese haber estado

dispuesto se corra traslado en la misma: situación por la cual se vio limitada la oportunidad de contradicción.

De la revisión de las constancias procesales que obran del expediente administrativo, tal como consta en el medio de verificación electrónico, la providencia en mención y los anexos a la misma, fueron notificados el 07 de febrero de 2020 a las 17h12 por parte de la Secretaría General de la SCPM. Sin embargo, en la audiencia pública de 08 de septiembre de 2020, el abogado patrocinador del operador económico ORIENTAL S.A. manifestó que, si bien existe constancia de la notificación realizada, de los anexos respectivos no se constata que el escrito de 28 de enero de 2020 del operador económico SUMESA S.A., haya sido efectivamente puesto en su conocimiento.

Con base en lo anterior, mediante providencia de 17 de septiembre de 2020 de las 14h00, esta Autoridad dispuso a la Secretaría General: “[...] en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, certifique y remita a esta autoridad el contenido de la notificación electrónica realizada el 07 de febrero de 2020 a las 17h12 a los correos electrónicos de los abogados patrocinadores del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. [...]”. Disposición que se atiende mediante memorando SCPM-DS-SG-2020-369 de 18 de septiembre de 2020 suscrito por la abogada Tatiana Dávila Zúñiga, Secretaria General de la SCPM; del cual se desprende que el escrito de 28 de enero de 2020, ID 155507, del operador económico SUMESA S.A., no constaba entre los anexos que fueron notificados al operador económico ORIENTAL S.A.

Confrontado el argumento del operador económico ORIENTAL S.A., con la información proporcionada por la Secretaría General de este organismo técnico de control, esta Autoridad ha podido constatar que existió un error en la notificación respecto de los anexos de la providencia de 07 de febrero de 2020 emitida por la CRPI, ocasionando que el ahora apelante no pueda contradecir inmediatamente el contenido del escrito de 28 de enero de 2020 presentado por el operador económico SUMESA S.A. Así, es necesario enfatizar en este punto que la Administración Pública tiene la obligación constitucional de velar por el respeto de los derechos de todas las personas que forman parte de un determinado procedimiento y que se encuentran garantizadas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, incluyendo el derecho a la defensa como lo reconoce el numeral 7 literales a), b), c) y h) de la norma suprema.

Empero, habiendo sido notificado con la providencia de 07 de febrero de 2020 a las 15h25 de marras, el operador económico ORIENTAL S.A., tuvo pleno conocimiento de que el escrito de 28 de enero de 2020 del operador económico SUMESA S.A., obraba del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019; habiendo tenido acceso al mismo –conforme ratifica en su escrito de apelación- a fecha 13 de febrero de 2020; replicando los argumentos y ejerciendo su derecho de contradicción el 19 de febrero de 2020, mediante escrito signado con el número de trámite Id. 157437; todo lo cual permite observar, que el error en la notificación fue subsanado, pues el operador económico tuvo tiempo para presentar sus alegaciones antes de que se emita la resolución.

Ahora bien, el recurrente afirma “[...] No obstante esto, en la Resolución recurrida ese órgano de resolución no agrega al expediente nuestro escrito, por lo que no considera nuestra réplica ni los argumentos ahí presentados. Es así que ORIENTAL quedó en indefensión ya que no se le garantizó su derecho de contradicción [...]”; particular que se evidencia de la revisión de la Resolución de 19 de febrero de 2020 a las 17h15 de la CRPI. Frente a ello, mediante providencia de 29 de julio de 2020 a las 13h30, esta Autoridad dispuso a la CRPI: “[...] remita un informe sobre las alegaciones planteadas por el operador económico ORIENTAL [...]”; disposición cumplida mediante memorando SCPM-CRPI-2020-487 de 05 de agosto de 2020, suscrito por el Mgs. Marcelo Vargas

Mendoza, Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por el cual se remite el Informe No. SCPM-CRPI-2020-001-I de 05 de agosto de 2020 suscrito por los Comisionados, del cual se desprende: “[...] la CRPI sesionó desde las 09:00 hasta las emisión de la Resolución de la CRPI de 19 de febrero de 2020 a las 17h15, conforme consta en Acta de Sesión Ordinaria Nro. 24, esta autoridad no pudo conocer el contenido del escrito previo a Resolver. Además de lo anterior, el escrito ingresado por **ORIENTAL** no tenía la potencialidad de influir sobre la decisión, ya que lo medular de la misma versa sobre verificar prima facie los hechos sobrevinientes o desconocidos al tiempo de adoptarse la resolución [...]”.

Sin perjuicio de los descargos de la CRPI y de la naturaleza jurídica de las alegaciones constantes en el escrito de 19 de febrero de 2020 signado con el ID. 157437, es preciso mencionar que mediante el Sistema de Gestión Documental de la SCPM, todos los órganos tienen conocimiento de la información que ingresa de manera externa por medio de la Secretaría General quien procede con la carga de la documentación a la plataforma digital y específicamente a los expedientes administrativos que se encuentran bajo la sustanciación de los distintos órganos y a los cuales los funcionarios encargados tienen acceso permanente. Bajo esta premisa, el procedimiento sustanciado por la CRPI, adolece de un vicio, ya que sin perjuicio de la naturaleza, veracidad, solvencia o acierto o desacierto de las argumentaciones, el órgano de resolución tenía la obligación de garantizar el derecho a la defensa de los administrados y escuchar, atender y analizar todas las argumentaciones que le sean presentadas, pues caso contrario se lesionan las garantías del derecho a la defensa previsto en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c) y h) de la Constitución de la República, el derecho a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 de la norma constitucional y los principios de eficiencia y calidad de la administración pública constantes en el artículo 227 ibídem.

Ahora bien, empero de haberse evidenciado la existencias de un vicio de procedimiento, al no haberse analizado las alegaciones constantes en el escrito de 19 de febrero de 2020 signado con el ID. 157437, corresponde a esta autoridad al amparo de la tutela efectiva administrativa, el analizar la relevancia, e influencia que habría tenido dicho vicio en la decisión adoptada por la CRPI dentro del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019, conforme lo establece el artículo 227 del COA. En este sentido, se considera que:

- El expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019, conforme se desprende del acto administrativo, Resolución de 12 de julio de 2019 a las 13h10, tuvo por objeto y resolvió sobre la solicitud de medidas preventivas efectuada por el operador económico ORIENTAL.
- Dentro de referido expediente administrativo, el operador económico ORIENTAL S.A., a 25 de julio de 2019, presentó un pedido de modificación de las medidas preventivas adoptadas en Resolución de 12 de julio de 2019 a las 13h10, en el que señala:

“[...] 1.4.1. CIRCUNSTANCIA SOBREVINIENTE Y DESCONOCIDA QUE JUSTIFICA LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[...] actualmente, la Intendencia contaría con un nuevo elemento que no fue considerado al momento de elaborar su informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I de 5 de julio de 2019, base de la resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia.

Si se toma la fecha de la providencia con la que se requiere información al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (3 de julio de 2019) y el término otorgado para su entrega (5 días término) en el mejor de los casos la Intendencia habría conocido el pronunciamiento de

dicha entidad el 11 de julio de 2019. En ese sentido, el pronunciamiento del SENADI es una circunstancia sobreviniente.

[...] Por lo expuesto, el pronunciamiento del SENADI es una circunstancia sobreviniente que no fue conocida por la CRPI al momento de emitir su resolución sobre las medidas preventivas solicitadas por ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A.

En ese sentido, la (sic) existir una circunstancia sobreviniente y desconocida por ese órgano colegiado, es procedente el pedido de modificación de las medidas preventivas, en el sentido de que se agreguen las medidas que se solicitan en este escrito [...]”

- En el escrito de 19 de febrero de 2020, Id 157437, ORIENTAL S.A. indica: “[...] presentamos nuestras observaciones a los escritos de la empresa SUMESA S.A. (en adelante, SUMESA o la denunciada) agregados en la providencia antes citada [...]”, esto es, la providencia de 07 de febrero de 2020 a las 15h25; dentro del cual señala:
 - Respecto del escrito de 15 de noviembre de 2019, ID 149890, se indica que la INICPD ha informado sobre el incumplimiento de las medidas preventivas por parte de SUMESA, concluyendo que la CRPI tiene la obligación de disponer a la INICPD el inicio de una investigación.
 - Respecto de los escrito de 22 y 28 de enero de 2020, Ids. 154980 y 155507, se alega:
 - i. Que, el operador económico SUMESA, respecto al pedido de modificación de las medidas preventivas adoptadas, solo refiere a la conducta de actos de imitación del producto “SUMESA ORIENTAL”, y no a los actos de comparación y denigración del producto “FIDEO CHINO ORIENTAL”;
 - ii. Que, sorprende la alegación de falta de apariencia de bien derecho para las medidas preventivas, contenida en el escrito de 22 de enero de 2020; soportando la misma en:
 - ii.1.** los pronunciamientos de la autoridad de propiedad intelectual sobre el derecho en la marca ORIENTAL; **ii.2.** en la demostración que aporta en documentos sobre los actos de imitación y de explotación de la reputación ajena con el producto de empaque “SUMESA ORIENTAL”; y, **iii.3.** en el argumento de que las medidas solicitadas en el escrito de modificación causarían daño irreparable y vulnerarían derechos fundamentales de SUMESA, la generalidad y falta de referencia a alguna medida en específico hace que sea artificioso y sin fundamento.
 - iii. Que, del escrito de 28 de enero de 2020: “[...] debemos señalar que la denunciada confunde la temporalidad de la presentación de nuestros pedidos de modificación de las medidas preventivas y de ampliación de la resolución de inicio de investigación [...] SUMESA intenta argumentar algún tipo de relación entre el pedido de modificación de las medidas preventivas y nuestro pedido de ampliación de la resolución de indicio de investigación. Como bien sabe ese órgano de resolución no existe relación alguna.- Para conocimiento de la CRPI, el pedido de ampliación de la resolución de inicio de investigación fue presentado ante la INICPD el 15 de noviembre de 2019, trámite 149863. En ese sentido, existe una diferencia de casi cuatro meses entre el pedido de modificación de las medidas preventivas (25 de julio de 2019) y el pedido de ampliación de la resolución de inicio de investigación (15 de noviembre de 2019) [...]”

- Mediante Resolución de 19 de febrero de 2020, a las 17h15, se resolvió: “[...] *TERCERO.- NEGAR la petición del operador económico ORIENTAL, sobre la modificatoria de las medidas preventivas dictadas por la CRPI. [...] QUINTO.- DECLARAR el cumplimiento de las medidas preventivas dictadas en resolución de la CRPI de 12 de julio de 2019, por parte del operador económico SUMESA [...]*”

Con base en lo anterior, y sobre este punto de fundamentación del recurso de apelación que se resuelve, esta autoridad no encuentra fundamento de fondo suficiente para considerar que la falta de atención al escrito de 19 de febrero de 2020 Id 157437, hubiese afectado o influido en la formación de la voluntad administrativa de la CRPI en la Resolución de 19 de febrero de 2020 a las 17h15, toda vez que “la réplica y argumentos planteados” en el mismo: **1.-** No aportan elementos nuevos o soportan de manera distinta y/o complementaria su solicitud de modificación de las medidas preventivas antes adoptadas en el expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019; y, **2.-** No cambian la verdad procesal del objeto del procedimiento administrativo que se encuentra a cargo de la CRPI.

En atención a ello, si bien esta autoridad considera que el no agregar y atender en el momento procesal oportuno los escritos que obran del expediente administrativo hasta la fecha de emisión del acto administrativo, constituye una falencia procedimental de la administración, de la revisión y análisis de la totalidad de las alegaciones del operador económico ORIENTAL, presentadas en el escrito de 19 de febrero de 2020 se puede concluir que esta falencia no afectaría o influiría en la decisión adoptada por la CRPI en la Resolución de 19 de febrero de 2020 a las 17h15. Por lo tanto, conforme lo establecido en la parte final del artículo 227 del COA, no hay lugar para la declaratoria de nulidad, pues como se ha dicho las alegaciones no contienen elementos que pudiesen haber influido en la formación de la voluntad administrativa.

b) Respecto a: *“2. Inobserva la garantía del debido proceso establecida en el artículo 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República del Ecuador al adolecer de falta de motivación por estar basada en falsos supuestos de hecho”:*

- Sobre el falso cumplimiento de las medidas preventivas por parte de SUMESA S.A.:

De acuerdo al recurrente, el operador económico SUMESA S.A. habría incumplido con las medidas preventivas impuestas en la Resolución de 12 de julio de 2019 a las 13h10 por la CRPI, fundamentando esa conclusión en: “[...] *el Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I de 18 de octubre de 2019 (en adelante, Informe 049), la INICPD concluyó que SUMESA S.A. habría incumplido con lo dispuesto por la CRPI en el literal a) numeral 2 de la Resolución de 12 de julio [...] Esta conclusión fue ratificada por la INICPD en su Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I de 7 de noviembre de 2019 (en adelante, Informe 052) [...] La INICPD ya informó sobre el incumplimiento de las medidas preventivas, la CRPI inobservó el artículo 58 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa [...]*”

A fin de analizar lo anterior, del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019 se desprende:

- En providencia de 17 de julio de 2019 a las 17h10, la CRPI dispuso a la INICPD remitir un informe trimestral que justifique el cumplimiento de las medidas preventivas dictadas en el numeral 2 de la Resolución de 12 de julio de 2019 a las 08h50.

- En el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I, de 18 de octubre de 2019, la INICPD señala:

“[...] La CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019, resolvió conceder, parcialmente, las medidas preventivas solicitadas por el operador económico ORIENTAL S.A., en contra de la empresa SUMESA S.A., las cuales disponen el cese de cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta a los productos del operador económico ORIENTAL S.A.; además de que, cese cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorante.

[...] es importante señalar que la CRPI utilizó como verbo rector en su resolución el término “cesar”, entendiéndose como la acción de interrumpir o acabar con el ejercicio de una actividad, por lo cual, de los dispuesto por la CRPI, el operador económico SUMESA S.A. inmediatamente estuvo obligado a suspender cualquier tipo de publicidad en la que se aluda a los productos de la empresa ORIENTAL S.A., así como el mencionar que los productos de su competencia contienen colorante.

En el mismo contexto, la CRPI vedó al operador económico SUMESA S.A., el referirse de manera “directa” o indirecta a los productos de su competencia, respecto del uso de colorante; y, a los del operador económico ORIENTAL S.A. En atención a lo resuelto por la CRPI, es importante señalar que aludir de forma “directa”, para el presente análisis, se entiende como la acción de referirse en la publicidad a los productos de la competencia, mientras que “indirecta” se emplea para referirse a aquello o a aquel que no se dirige de manera directa, aunque busca dar a entender su mensaje.

[...] En apego a la resolución, de 12 de julio de 2019, la utilización física y el término “tarrina” en la publicidad del operador económico SUMESA S.A., podría ser una forma indirecta de referirse al producto “FIDEO CHINO ORIENTAL” del operador ORIENTAL S.A., debido a que de conformidad con lo expresado por el operador denunciante este comercializaría su producto en una tarrina plástica similar a la que hacen referencia en la publicidad; dividiendo enfatizarse que, la CRPI vedó a la empresa SUMESA S.A., referirse de manera directa o indirecta a los productos del operador económico ORIENTAL S.A.

Al respecto, es importante resaltar que esta Intendencia desconoce si otros operadores económicos en el mercado de tallarines utiliza su empaque en tarrinas plásticas, sin embargo, de lo indicado en este informe se evidencia que ORIENTAL S.A. utiliza (sic) tarrinas plásticas dentro del empaque FIDEO CHINO ORIENTAL de 400g, razón por la cual que, sin perjuicio de que en la referida publicidad se pudiera hacer referencia a otros operadores económicos, la misma podría constituir una referencia indirecta a los productos de ORIENTAL S.A.

Adicionalmente, esta Intendencia, respecto de la enunciación del precio de “otros tallarines” en el comercial de SUMESA S.A. tiene en consideración que el producto FIDEO CHINO ORIENTAL de ORIENTAL S.A., se encontraría en ese rango.

[...]

CONCLUSIONES

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

De la publicidad analizada, esta Intendencia observó que, la utilización física y la referencia “tarrina” de plástico, en la publicidad y las menciones publicitarias del operador económico SUMESA S.A., podrían hacer referencia, de forma indirecta, al producto del operador ORIENTAL S.A., (sic) situación que se vería reforzada por la referencia en el precio de la competencia que sería similar al del operador económico denunciante, Lo que se contrapondría con lo dispuesto por la CRPI en el literal a) numeral 2, de la resolución, de 12 de julio de 2019. [...]

- En la providencia de 25 de octubre de 2019 a las 16h30, la CRPI dispuso: “[...] CUARTO.- SOLICITAR a la Intendencia Nacional de Control y Prácticas Desleales, realice un Informe de alcance de cumplimiento de medidas preventivas del operador económico SUMESA S.A., tomando en consideración los escritos trasladados mediante providencia de 16 de octubre de 2018, así como los trasladados en la DISPOSICIÓN TERCERA de la presente providencia [...]
- En el Informe de seguimiento de medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I, de 07 de noviembre de 2019, la INICPD concluyó:

“[...] El contenido de los escritos trasladados por la CRPI mediante providencias de 16 de octubre y 25 de octubre de 2019, a criterio de esta Intendencia no desvirtúa el análisis y conclusiones desarrollado en los informe N.º SCPM-IGT-INICPD-2019-030-I de 01 de julio de 2019; N.º SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I de 05 de julio de 2019; el Informe de cumplimiento de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I de 09 de septiembre de 2019; el informe de solicitud de modificación y revocatoria de medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I de 12 de septiembre de 2019; y, el Informe de seguimiento de las medidas preventivas N.º SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I de 18 de octubre de 2019 [...]

- En el Informe de seguimiento de las medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2020-002-I de 17 de enero de 2020, la INICPD señala:

“[...] del análisis de la información remitida por los distintos operadores económicos, las agencias de publicidad, así como de la verificación de las redes sociales, esta Intendencia concluye que la compañía SUMESA S.A., no habría generado publicidad de sus productos SUMESA CHINITO y SUMESA ORIENTAL durante el periodo comprendido desde noviembre de 2019 hasta enero de 2020; en tal sentido, al no existir publicidad alguna de dichos productos, esta dependencia no ha evidenciado que el operador económico SUMESA S.A., hubiera hecho referencia directa o indirectamente a ORIENTAL S.A. y a sus

productos; o, que hubiera realizado mención alguna respecto a que los productos de sus competidores contengan colorante.

[...]

CONCLUSIONES

[...] al no haber hallado publicidad del operador económico SUMESA S.A. en el periodo comprendido desde el mes de noviembre de 2019 hasta enero de 2020, ni de publicaciones en redes sociales de dicho operador económico, esta dependencia no evidencia infracción alguna a los dispuesto por la CRPI en el literal b) numeral 2, de la resolución de 12 de julio de 2019 [...]"

- En la Resolución de 19 de febrero de 2020, a las 17h15, la CRPI, señala y resuelve:

“[...] [53] El operador económico ORIENTAL fundamentó la modificación de medidas preventivas al Oficio No. SENADI-DA-2019-122-OF de 11 de julio de 2019 con DI 137234, como hecho sobreviniente [...]

[54] Por otro lado, ORIENTAL alegó que un hecho sobreviniente para la petición de modificación de medidas preventivas es la Resolución del SENADI No. OCDI-2019-966 de 19 de marzo de 2019, mediante la cual se dictó la cancelación de la marca SUMESA ORIENTAL, al respecto la CRPI en concordancia con lo señalado por la INICPD, considera que esta circunstancia no constituye un hecho sobreviviente, la misma fue emitida antes de que esta Comisión resuelva.

[65] De la postura de la Intendencia al establecer la insuficiencia probatoria de los hechos supervinientes alegados, y la incapacidad de estos para fundamentar una modificación de las medidas preventivas, se determinó por parte de la INICPD que ORIENTAL no fundamentó, ni demostró, cuál sería el posible periculum in mora en cuanto a la distorsión de la competencia, y afectación al interés general, motivo por lo que no se justifica la modificación de medidas preventivas.

[66] De lo expuesto esta Comisión en base a lo que establece la doctrina y la normativa comparada, en cuanto a los requisitos esenciales que deben analizarse previo a la modificación de medidas preventivas, concluye que los hechos sobrevinientes analizados no satisfacen la necesidad elemental para convencer a la Comisión modificar las medidas dictadas el 12 de julio de 2019.

[67] Adicionalmente, de las explicaciones otorgadas por la INICPD se concluye que las medidas preventivas solicitadas no cumplen con los requisitos de apariencia de buen derecho y peligro en la demora, por lo que no se evidencia de manera concreta posibles daños a suscitarse dentro del mercado. Por el otro lado, el tomar decisiones que resulten en un desplazamiento de SUMESA del mercado, si podría generar un daño irreparable y afectación a la libre competencia.

6.2.1. Del cumplimiento de las medidas preventivas

[...] [72] [...] el operador económico ORIENTAL, mediante escritos de 21 y 27 de agosto de 2019, puso en conocimiento de la CRPI un supuesto incumplimiento de medidas preventivas por parte de SUMESA [...]

[74] De lo antes expuesto, y a pesar de lo manifestado por el operador económico ORIENTAL, la INICPD, responsable del seguimiento del cumplimiento de medidas preventivas determinó en su Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I, de 09 de septiembre de 2019 que: “(...) a criterio de esta Intendencia, y en estricto apego de lo ordenado en las medidas aceptadas por la CRPI, SUMESA S.A., a la fecha del presente informe, no habría incumplido las medidas resueltas por la CRPI (...)”.

[75] Del informe de seguimiento de medidas preventivas N° SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I, de 18 de octubre de 2019 [...]

[76] [...] concluyó: [...] Lo que se contrapondría con lo dispuesto por la CRPI en el literal a) numeral 2, de la resolución, de 12 de julio de 2019. [...]

[80] Finalmente, con lo expuesto previamente y a criterio de esta Comisión se evidencia que en base a la normativa vigente, no existe un incumplimiento de medidas preventivas, al no existir publicidad que vaya en contra de las medidas dictadas por la CRPI. La supuesta publicidad una vez analizada, no cumple con el requisito de ofertar bienes o servicios, motivo esencial por el cual no cumple a cabalidad con la finalidad de cualquier tipo de publicidad, resultando arbitrario determinar un incumplimiento por SUMESA. Así mismo, esta Comisión concuerda con la existencia de una mayor variedad de productos ofertados dentro del mercado que posean este tipo de tarrinas plásticas, no únicamente ORIENTAL.

[...] RESUELVE

[...] TERCERO.- NEGAR la petición del operador económico ORIENTAL, sobre la modificatoria de las medidas preventivas dictadas por la CRPI.

CUARTO.- NEGAR la petición del operador económico SUMESA, sobre la revocatoria de las medidas preventivas dictadas por la CRPI.

QUINTO.- DECLARAR el cumplimiento de las medidas preventivas dictadas en resolución de la CRPI de 12 de julio de 2019, por parte del operador económico SUMESA [...]

Así, de la revisión y análisis del contenido de los tres informes de la INICPD citados¹, la referida Intendencia, respectivamente, concluye: **a)** Dentro del periodo trimestral de agosto a octubre de 2019, la publicidad del operador económico SUMESA S.A., (utilización física y la referencia “tarrina” de plástico), se contrapone con lo dispuesto por la CRPI en el literal a) numeral 2, de la resolución, de 12 de julio de 2019; **b)** La conclusión de sus informes previos², frente a los escritos

¹ Informes N° SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I, de 18 de octubre de 2019; N° SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I, de 07 de noviembre de 2019; y, N° SCPM-IGT-INICPD-2020-002-I de 17 de enero de 2020

² Informes N° SCPM-IGT-INICPD-2019-030-I de 01 de julio de 2019; N° SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I de 05 de julio de 2019; N° SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I de 09 de septiembre de 2019; N° SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I de 12 de septiembre de 2019; y, N° SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I de 18 de octubre de 2019

trasladados a la INICPD por la CRPI en providencias de 16 y 25 de octubre de 2019, no se desvirtúa; y, c) En el periodo trimestral de noviembre de 2019 a enero de 2020, no se evidencia infracción alguna a los dispuesto por la CRPI en el literal b) numeral 2, de la resolución de 12 de julio de 2019.

Empero de lo expuesto en los literales a) y b) del párrafo que precede, la CRPI en la Resolución de 19 de febrero de 2020 a las 17h15, en torno a la conclusión de supuesto incumplimiento contenida en el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I, de 18 de octubre de 2019, y su ratificación en el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I de 07 de noviembre de 2019, concluye que los hechos detallados como publicidad, una vez analizados, no cumplen con la naturaleza publicitaria, es decir, con el requisito de ofertar bienes o servicios, motivo por el cual resulta arbitrario determinar un incumplimiento por parte del operador económico SUMESA S.A.

Por lo anterior, si bien, de la verdad procesal del expediente administrativo se desprende que existe “publicidad” realizada por el operador económico SUMESA S.A., denominadas por la INICPD como “CARAPAZ” y “TARRINA”, que presuntamente es violatoria a lo resuelto por la CRPI en la Resolución de 12 de julio de 2019, ha de hacerse énfasis en que: -de manera secundaria- frente a la existencia de operadores económicos ajenos a ORIENTAL S.A., que en el mercado también utilizan tarrinas como envases de sus productos (BANKETTI); y, -de manera primaria- se ha desvirtuado de forma motivada su naturaleza como publicidad, esta Autoridad observa que el análisis efectuado por la CRPI en el acto administrativo que se recurre es claro, concreto y suficiente, y no estima que se encuentre incurso en la causal de nulidad contenida en el numeral 1 del artículo 105 del Código Orgánico Administrativo, conforme alega el apelante.

- Sobre la falta de atención del pedido de aclaración y rectificación de la Resolución de 19 de febrero de 2020:

De la revisión del expediente administrativo No. SCPM-CRPI-015-2019, esta Autoridad verificó que la CRPI no atendió en debida forma el pedido de aclaración y rectificación del operador económico ORIENTAL S.A, pues únicamente se limitó a agregar el escrito de 28 de febrero de 2020 al expediente³, particular que se reconoce en el Informe No. SCPM-CRPI-2020-001-I de 05 de agosto de 2020, en el que se señala: “[...] por una descoordinación operativa como resultado de los cambios de secretarios Ad-hoc de la CRPI, no se realizó la contestación al pedido de manera oportuna [...]”.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 133 del Código Orgánico Administrativo las solicitudes de aclaración y rectificación: “[...] no pueden variar las decisiones adoptadas en un acto administrativo después de expedido pero sí aclarar algún concepto dudoso u oscuro y rectificar o subsanar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hecho que aparezcan de manifiesto en el acto administrativo.- Dentro de los tres días siguientes al de la notificación del acto administrativo, la persona interesada puede solicitar, al órgano competente, las aclaraciones, rectificaciones y subsanaciones. El órgano competente debe decidir lo que corresponde, en un término de tres días [...]”; por tanto, toda vez que la solicitud del operador económico ORIENTAL S.A., únicamente refleja la intención de que la CRPI cite y/o indique directamente los párrafos y/o señalamientos de la INICPD para la toma de la resolución que hoy se

³ Providencia de 21 de julio de 2020 a las 10h35, Exp. SCPM-CRPI-015-2019

apela, lo cual no constituye la existencia de conceptos dudosos u oscuros dentro del acto administrativo, se considera que existe una falencia procedimental al no atender el pedido dentro del momento procesal oportuno. Finalmente, ha de mencionarse que, respecto de la rectificación de errores materiales, se evidencia que efectivamente existe uno, constante en el párrafo 59 de la Resolución de 19 de febrero de las 17h15, para lo cual debe entenderse “SUMESA ORIENTAL” en lugar de “SUMESA INDUSTRIAL”, error que no vicia el fondo de lo resuelto.

- Finalmente, respecto a la alegación del operador económico ORIENTAL S.A., por el cual señala que la CRPI no ha tomado en cuenta elementos que servirían de sustento para comprobar hechos sobrevinientes, específicamente respecto de la información remitida por parte del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales-SENADI, administración que ha sancionado al operador económico SUMESA S.A.: “[...] Por infringir el derecho de propiedad intelectual de ORIENTAL [...] al utilizar la marca ORIENTAL® en su producto que en el empaque dice “SUMESA ORIENTAL” [...]”; a de tenerse presente:

Conforme se desprende del libelo del escrito de 25 de julio de 2019, por el cual requiere la modificación de las medidas preventivas adoptadas en Resolución de 12 de julio de 2019 de las 13h10, se considera que la información del SENADI “[...] el pronunciamiento del SENADI es una circunstancia sobreviniente que no fue conocida por la CRPI al momento de emitir su resolución [...]”.

Sin embargo, en la Resolución de 19 de febrero de 2020, de las 17h15, la CRPI, señaló: “[...] [65] De la postura de la Intendencia al establecer la insuficiencia probatoria de los hechos supervinientes alegados, y la incapacidad de estos para fundamentar una modificación de las medidas preventivas, se determinó por parte de la INICPD que ORIENTAL no fundamentó, ni demostró, cuál sería el posible periculum in mora en cuanto a la distorsión de la competencia, y afectación al interés general, motivo por lo que no se justifica la modificación de medidas preventivas.- [66] De lo expuesto esta Comisión en base a lo que establece la doctrina y la normativa comparada, en cuanto a los requisitos esenciales que deben analizarse previo a la modificación de medidas preventivas, concluye que los hechos sobrevinientes analizados no satisfacen la necesidad elemental para convencer a la Comisión modificar las medidas dictadas el 12 de julio de 2019 [...]”; lo cual, conlleva a que se ha motivado y expuesto de manera adecuada al operador económico ORIENTAL S.A. la razón por la cual –bajo la pretensión y fundamentación contenida en su escrito de solicitud de modificación de medidas- esta resultara improcedente.

Sobre la naturaleza de los hechos supervinientes, la INICPD ya ha manifestado que éstos deben tener las cualidades suficientes para que la decisión del órgano resolutorio pueda ser modificada, expresando en el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-052-I de 07 de noviembre de 2019 que “[...] los hechos sobrevinientes deben tener la fuerza para modificar la decisión de la autoridad competente o que sean relevante, que ocurrieron luego de haber iniciado la investigación, en otras palabras son hechos o fundamentos con suficiente contenido que modifique el criterio de la administración respecto de los elementos ya analizados [...]”.

Ahora, si bien para la INICPD, efectivamente existe información de la cual no se tuvo conocimiento originalmente al momento de resolver sobre las medidas preventivas adoptadas, así mismo concluye que el operador económico ORIENTAL S.A., no habría fundamentado cual es el riesgo grave e

inminente que la no implementación de las medidas solicitadas ocasionarían en el mercado y contra el recurrente, es decir, que no fue posible verificar el peligro en la demora que debía ser demostrada por quien solicita la modificación de las medidas preventivas, análisis que es recogido por la CRPI en la Resolución de 19 de febrero de 2020 de las 17h15.

Por lo anterior, toda vez que la investigación llevada a cabo por parte de la INICPD corresponde a un trámite independiente del que la CRPI lleva respecto de la implementación de medidas preventivas, y conforme ha sido expuesto en los párrafos que preceden, al carecer de la naturaleza de elementos sobrevinientes las resoluciones de SENADI frente a las exigencias y procedencia propias de las medidas preventivas, se considera que la negativa –con la base de la pretensión del solicitante- se encuentra fundamentada en el acto administrativo que se recurre, siendo inoportuno ampliar sobre esta alegación ya que se ha verificado la ausencia del elemento antes mencionado.

DÉCIMO.- Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE:**

- a) **NEGAR** el Recurso de Apelación presentado por el operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A., mediante escrito de 03 de julio de 2020 ingresado a la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 163917.
- b) **CONMINAR** a la Comisión de Resolución de Primera Instancia a que sus actuaciones dentro de la sustanciación y tramitación de los expedientes administrativos debe regirse bajo los principios establecidos en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador, esto es el respeto y cumplimiento de los principios de celeridad, eficiencia, plazo razonable y la tutela de los derechos de los administrados.
- c) **DISPONER** a la Secretaría de Sustanciación de este expediente de apelación, elabore, en el término de ocho (8) días, un informe que contenga la línea de tiempo de las actuaciones procedimentales, en la cual se determinen las inconsistencias detectadas por esta Autoridad y se identifique los funcionarios responsables en cada actuación administrativa.
- d) **REMITIR** la presente Resolución a la Dirección Nacional de Administración de Talento Humano de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, así como el informe que contenga la línea de tiempo dispuesto en el literal anterior, a fin de que, en el ámbito de sus competencias analice la pertinencia del inicio del procedimiento disciplinario que corresponda.

DÉCIMO PRIMERO.- De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*, puesto que esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: *“(…) Adoptar y autorizar la*

implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”; y, puesto que el riesgo de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente resolución: **a)** Al operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA “O.I.A.” S.A. en los correos electrónicos eesparza@pazhorowitz.com, brobayo@pazhorowitz.com, jpaz@pazhorowitz.com; y, legal@gruporiental.com; **b)** Al operador económico SUMESA S.A. en los correos electrónicos jgonzalez@sumesa.com.ec, marinsevilla@procompetencia.ec, l.ramirez@procompetencia.ec, n.srolis@procompetencia.ec; y, f.natera@procompetencia.ec; **c)** A la Comisión de Resolución de Primera Instancia.-

DÉCIMO SEGUNDO.- Continúe actuando la abogada María Belén Arévalo en calidad de Secretaria de Sustanciación dentro del presente expediente administrativo.- **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



Firmado electrónicamente por:
**DANILO IVANOB
SYLVA PAZMINO**

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



Firmado electrónicamente por:
**MARIA BELEN
AREVALO
ALVEAR**

Abg. Belén Arévalo Alvear
SECRETARIA AD-HOC