



EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-015-2019

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 19 de febrero de 2020, 17h15.

**Comisionado Sustanciador: 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] La sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 07 de febrero de 2020, en la cual se designó al abogado Omar Poma secretario Ad-hoc de la CRPI.
- [4] El escrito presentado por **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA "O.I.A." S.A.** (en adelante "**ORIENTAL**"), en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM"), el 12 de febrero de 2020 a las 10h47 con Id 156804, mediante el cual el operador económico autoriza al señor Mateo Josué Basantes Flor, para que retire las copias digitales del expediente.
- [5] El escrito presentado por **ORIENTAL**, en la Secretaría General de la SCPM, el 13 de febrero de 2020 a las 14h55 con Id 156959, mediante el cual el operador económico solicita se proporcione una copia de la carpeta comprimida entregada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas mediante Memorando SCPM-IGT-INICPD-009-2020-M de 17 de enero de 2020.

**1. AUTORIDAD COMPETENTE.-**

- [6] 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 la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM").



## 2. IDENTIFICACIÓN DE LA CLASE DE PROCEDIMIENTO.-

- [7] El procedimiento es el determinado en la Sección Tercera del 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 Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "SCPM") "PROCEDIMIENTO DE APLICACIÓN Y GESTIÓN DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS".

## 3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS.

- [8] Operador económico denunciante que solicita las medidas preventivas: **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA "O.I.A." S.A.**

- RUC: 1291710359001
- Representante Legal: Manuel Zamora Mondragón, Gerente General<sup>1</sup>
- Dirección: calle vía a El Empalme s/n, intersección con avenida Revolución Ciudadana, Quevedo, cantón Quevedo, provincia de los Ríos.<sup>2</sup>
- Correos electrónicos:  
[eesparza@pazhorowitz.com](mailto:eesparza@pazhorowitz.com)  
[brobayo@pazhorowitz.com](mailto:brobayo@pazhorowitz.com)  
[jpaz@pazhorowitz.com](mailto:jpaz@pazhorowitz.com)  
[legal@gruporiental.com](mailto:legal@gruporiental.com)

- [9] Operador económico denunciado: **SUMESA S.A.** (en adelante "SUMESA")

- RUC: 0990129428001.<sup>3</sup>
- Representante Legal: Ing. Jorge Julián García Miranda.
- Dirección: Km 11.5 vía Daule, Parque Industrial El Sauce, Guayaquil, provincia del Guayas.
- Correos electrónicos:  
[marinsevilla@procompetencia.ec](mailto:marinsevilla@procompetencia.ec)  
[n.srolis@procompetencia.ec](mailto:n.srolis@procompetencia.ec)  
[l.ramirez@procompetencia.ec](mailto:l.ramirez@procompetencia.ec)
- Casilla judicial No. 27 del ex Palacio de Justicia de Quito.

<sup>1</sup>Superintendencia de Compañías Valores y Seguros, (en adelante SCVS)  
[https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta\\_cia\\_menu.zul?expediente=106517&ti-po=1](https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=106517&ti-po=1). Ingreso [12-11-19]

<sup>2</sup>  
SCVS,  
[https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta\\_cia\\_menu.zul?expediente=106517&ti-po=1](https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=106517&ti-po=1). Ingreso [12-11-19]

<sup>3</sup> Copia de RUC emitido por el Servicio de Rentas Internas, Expediente SCPM-INICAPMAPR-017-2019.



- 1061 - CP  
M. Sessanta y  
uno

#### 4. DESARROLLO DE LOS ANTECEDENTES

- [10] Mediante escrito y anexo de 07 de junio de 2019 a las 16h53 con ID 134480, presentado por el operador económico **ORIENTAL**, se solicitan medidas preventivas en contra de **SUMESA**, por el presunto cometimiento de conductas anticompetitivas establecidas en los numerales: 1.3 literal b), 4 literal a), 5 y 6) del artículo 27 de la LORCPM.
- [11] Con Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-030-I de 01 de julio de 2019, “Informe de adopción de medidas preventivas dispuestas mediante memorando SCPM-CRPI-2019-0234”, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante “INICPD”) emite sus recomendaciones sobre la adopción de medidas preventivas.
- [12] En el Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I, de 05 de julio de 2019, “Aclaración y Ampliación del Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2019-030-I”, la INICPD ratifica las recomendaciones del Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-030-I de 01 de julio de 2019.
- [13] Mediante la Resolución emitida por la CRPI de fecha 12 de julio de 2019 a las 08h50, se resolvió lo siguiente:

*“1. ACOGER las recomendaciones constantes en el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I, de 05 de julio de 2019, suscrito por el abogado Pablo Carrasco Torrontegui, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, emitido con motivo de la petición de medidas preventivas presentada el 07 de junio de 2019, a las 16h53, por el señor Manual Zamora Mondragón, en su calidad de Gerente General y Representante Legal del operador económico ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA Ö.I.A. S.A.*

*2. Adoptar y disponer el cumplimiento de las siguientes medidas preventivas: a) EL operador económico SUMESA a partir de notificación con la presente Resolución deberá cesar cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta a ORIENTAL S.A. y a sus productos. Esta prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluida 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 incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.”*

- [14] Mediante escrito y anexos de 25 de julio de 2019 a las 16h11 con ID 138838, el operador económico **ORIENTAL** solicita se resuelva modificar las medidas preventivas en contra de **SUMESA**, alegando la existencia de circunstancias sobrevinientes y desconocidas justificadas



en base al oficio SENADI-DA-2019-122-OF, remitido por el SENADI a la SCPM, el 11 de julio de 2019.

[15] Mediante escrito de 20 de agosto de 2019 a las 17h11 con ID 141312, presentado por el operador económico SUMESA, se solicita:

- i. *“(...) se revoquen las medidas preventivas dispuestas contra SUMESA S.A. en resolución de fecha 12 de julio de 2019, a las 08h50”.*
- ii. *“(...) se rechace el pedido de modificación de medidas preventivas dispuestas contra SUMESA S.A. requerido por el denunciante mediante escrito de 25 de julio de 2019”.*

[16] La INICPD remite a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I, de 09 de septiembre de 2019, *“Informe de cumplimiento de las medidas preventivas dentro del expediente SCPM-CRPI-015-2019”*, en el cual se concluye:

*“(...)”*

*Las medidas preventivas adoptadas por la CRPI de 12 de julio de 2019, dispone a la empresa SUMESA S.A., el cese de cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta a ORIENTAL S.A. y a sus productos, y el cese de cualquier tipo de publicidad en la que se indique de manera directa o indirecta que los productos de sus competidores contienen colorante; del análisis realizado conforme los elementos aportados por el operador económico ORIENTAL S.A., este órgano concluye que las mismas no son idóneas para ser consideradas como publicidad, a la luz de la normativa vigente.*

*Esta Intendencia, considera que para realizar el análisis del cumplimiento de las medidas preventivas dictadas por la CRPI, en el presente caso, resulta indispensable contar con información que sea remitida por los medios de comunicación respecto de la publicidad realizada por el operador económico SUMESA S.A., información que será oportunamente solicitada por esta autoridad para la elaboración de los informes trimestrales dispuestos por la CRPI, en su providencia de 17 de julio de 2019.*

*“(...)” (el subrayado por fuera del texto).*

[17] La INICPD remite a la CRPI el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I, de 12 de septiembre de 2019, *“Informe de solicitud de modificación y revocatoria de las Medidas Preventivas dentro del expediente No. SCPM-CRPI-015-2019”*, en el cual dicha Intendencia recomienda:

*“(...)”*

1. *Negar la solicitud de modificación de las medidas preventivas, dispuestas por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019, solicitadas por el operador*



*económico ORIENTAL S.A., en virtud de que, a criterio de esta Intendencia, no ha demostrado los requisitos de Fumus boni iuris (apariencia de buen derecho) y periculum in mora (peligro en la demora).*

2. *Negar la solicitud de revocatoria de las medidas preventivas, dispuestas mediante resolución de 12 de julio de 2019, solicitadas por el operador económico SUMESA S.A.*

(...)"

- [18] El operador económico **ORIENTAL**, mediante escrito ingresado a la Secretaria General, el 25 de septiembre de 2019 a las 16h26 con ID 144892, remite sus observaciones al Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I.
- [19] El operador económico **ORIENTAL** mediante escrito ingresado a la Secretaria General, el 25 de septiembre de 2019 a las 16h30, bajo ID 144894, adjunta las observaciones al Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I.
- [20] En escrito y anexo ingresado por el operador económico **SUMESA**, el 25 de septiembre de 2019 a las 16h45 con ID 144899, se obtiene el pronunciamiento sobre el informe de cumplimiento, e informe sobre modificación y revocatoria de medidas preventivas.
- [21] En Resolución de 16 de octubre de 2019 a las 17h00, la CRPI dispone trasladar los escritos presentados por los operadores económicos **ORIENTAL** y **SUMESA**, para que dicha información sea considerada en su informe trimestral sobre el cumplimiento de las medidas preventivas.
- [22] El Informe No. SCPM-IGT-INICP-2019-049-I "*Informe de Seguimiento de las Medidas Preventivas dentro del Expediente No. SCPM-CRPI-015-2019*", emitido por la INICPD el 18 de octubre de 2019, concluye que:

"(...)

*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., 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."*

- [23] El operador económico **SUMESA**, mediante escrito de 05 de noviembre de 2019 con ID 148868, presenta observaciones al Informe No. SCPM-IGT-INICP-2019-049-I de seguimiento de medidas preventivas emitida por la INICPD.



- [24] El Informe de alcance de seguimiento de medidas preventivas, No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I de 07 de noviembre de 2019, emitido por la INICPD, del análisis concluye:

“(…)

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

(…)”

- [25] Mediante providencia de 12 de noviembre de 2019 a las 13h10, emitida por la CRPI se dispuso trasladar a los operadores económicos el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I para que realicen cualquier observación al mismo.
- [26] El operador económico **ORIENTAL** mediante escrito presentado a través de la Secretaría General de la SCPM el 15 de noviembre de 2019 a las 15h18, bajo ID 149866, remite observaciones al Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I.
- [27] El operador económico **ORIENTAL** mediante escrito presentado a través de la Secretaría General de la SCPM el 15 de noviembre de 2019 a las 15h20, bajo ID 149870 solicitó lo siguiente:

*“Al amparo del artículo 66 número 23 de la Constitución de la República del Ecuador, pido a ese órgano de resolución copia digital del expediente.”*

- [28] Mediante escrito presentado el 15 de noviembre de 2019 a las 16h14, bajo ID 149890, el operador económico **SUMESA**, se pronuncia sobre el Informe de cumplimiento e Informe sobre modificación y revocatoria de medidas preventivas,
- [29] El operador económico **ORIENTAL** mediante escrito presentado a través de la Secretaría General de la SCPM, el 03 de enero de 2020 a las 11h28, solicitó lo siguiente:

*“Al amparo del artículo 66 número 23 de la Constitución de la República del Ecuador, pido a ese órgano de resolución otorgue copia certificada del expediente íntegro, debidamente foliado, incluyendo la información contenida en dispositivos electrónicos.”*



- [30] Mediante Memorando No. SCPMP-IGT-INICPD-009-2020-M de 17 de enero de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales adjunta el Informe trimestral de seguimiento de medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2020-002-I.
- [31] Mediante escrito y anexos presentados por el operador económico **SUMESA**, en la Secretaría General de la SCPM el 21 de enero de 2020 a las 15h50 signado con el Id 154953, el representante legal del operador económico autoriza nuevos patrocinadores y sustituye en la defensa a sus anteriores patrocinadores, así mismo señala casilla judicial y correos electrónicos para sus futuras notificaciones.
- [32] Según consta del escrito expresado en el párrafo anterior, se observa que el señor José Julián García Miranda en su calidad de Gerente General del operador económico **SUMESA** autoriza a su defensa técnica; sin embargo no constan las firmas de los abogados autorizados como patrocinadores del operador económico **SUMESA**, pues solo aparece la firma del Gerente General de **SUMESA S.A.**
- [33] Con escrito y anexo presentados por el operador económico **SUMESA**, en la Secretaría General de la SCPM el 22 de enero de 2020 a las 10h51 signado con el Id 154980, el operador económico presenta sus alegatos.
- [34] Mediante escrito presentado por el operador económico **ORIENTAL**, en la Secretaría General de la SCPM el 22 de enero de 2020 a las 11h35 signado con el Id 155008, el operador económico solicita copias del segundo informe trimestral de cumplimiento de las medidas preventivas.
- [35] Mediante escrito y anexos presentados por el operador económico **SUMESA**, en la Secretaría General de la SCPM el 24 de enero de 2020 a las 16h07 signado con el Id 155339, el operador económico solicita copia certificada digital de todo el expediente.
- [36] Con escrito presentado por el operador económico **SUMESA**, en la Secretaría General de la SCPM el 28 de enero de 2020 a las 12h55 signado con el Id 155507, el operador económico presenta sus alegatos.
- [37] Con fecha 07 de febrero de 2020 a las 15h25 la CRPI emite providencia en la cual dispone:

“(...)

**QUINTO.- CONCEDER** al operador económico **ORIENTAL** las copias certificadas del expediente íntegro en su parte reservada, conforme el siguiente procedimiento:

(...)

**SEXTO.- TOMAR** en cuenta el correo electrónico [legal@gruporiental.com](mailto:legal@gruporiental.com), que adicionalmente a los ya registrados, señala el operador económico **ORIENTAL** para sus futuras notificaciones.



**NOVENO.- SOLICITAR** al Representante Legal del operador económico **SUMESA**, que en el término de diez (10) días de notificada la presente providencia, ofrezca poder o ratificación, en la cual conste las firmas del representante legal, así como de los abogados patrocinadores de la empresa **SUMESA**.

**DÉCIMO.- NOTIFICAR** a los anteriores patrocinadores del operador económico **SUMESA S.A.**, comunicándoles que han sido sustituidos en la defensa dentro del presente expediente administrativo.

**DÉCIMO PRIMERO.- TOMAR** en cuenta para las notificaciones que correspondan al operador económico **SUMESA**, la casilla judicial No. 27 del ex Palacio de Justicia de Quito.

(...)"

[38] El escrito presentado por **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA "O.I.A." S.A.** (en adelante "**ORIENTAL**"), en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "**SCPM**"), el 12 de febrero de 2020 a las 10h47 con Id 156804, mediante el cual el operador económico autoriza al señor Mateo Josué Basantes Flor, para que retire las copias digitales del expediente.

[39] El escrito presentado por **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA "O.I.A." S.A.** (en adelante "**ORIENTAL**"), en la Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante "**SCPM**"), el 13 de febrero de 2020 a las 14h55 con Id 156959, mediante el cual el operador económico solicita se proporcione una copia de la carpeta comprimida entregada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas mediante Memorando SCPM-IGT-INICPD-009-2020-M de 17 de enero de 2020.

## 5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 5.1. La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

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

*"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.*

(...)"

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

[41] El artículo 76, en cuanto a la modificación y revocatoria de medidas preventivas determina:

*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."*

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

[42] El artículo 70 en relación al seguimiento establece:

*"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."*

[43] El artículo 71 en cuanto a la modificación de medidas preventivas indica que:

*"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."*



## 6. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

### 6.1. De la naturaleza de las medidas preventivas del presente caso.

- [44] De la petición de medidas preventivas solicitadas por **ORIENTAL** en cuanto a los actos anticompetitivos supuestamente realizados por **SUMESA**, se evidencia que los mismos se enmarcarían dentro de lo establecido en el artículo 27 de la LORCPM, numerales 1, 3 literal b), 4 literal a), 5 y 6. En el hipotético caso que la CRPI considere dictar favorablemente alguna medida preventiva, estas no podrían ser adoptadas de forma arbitraria, conforme lo dispuesto en el artículo 18 del COA, respecto de los principios de interdicción de la arbitrariedad.<sup>4</sup>
- [45] Sobre la base de lo antes expuesto, el artículo 62 de la LORCPM contempla que para dictaminar medidas preventivas, estas deben mantener relación en cuanto a la: “*intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar*”.<sup>5</sup>
- [46] Acerca de las medidas cautelares, la doctrina menciona que los requisitos esenciales para dictarlas son las siguientes:

“(…)

*La doctrina ha señalado que las medidas cautelares se fundan en dos características o requisitos que las explican:*

1. *Periculum in mora, (peligro de la demora) que es la incertidumbre o el peligro de la demora en la tramitación de los juicios, al cual se incorpora asimismo, la necesidad de que se garantice el cumplimiento de la sentencia y se eviten los daños que se producen por la competencia desleal denunciada.*
  2. *Fumus boni juris, (humo-apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan, en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que se precautelen bienes, se eviten nuevos actos, se suspendan los que están en ejecución o se prohíban aquellos que potencialmente se produzcan, para de esta manera proteger los daños a los operadores económicos, a los consumidores y al interés público.*<sup>6</sup>
- [47] Por otro lado, acorde a lo que establece el artículo 76 del RLORCPM, para solicitar una modificación o revocatoria de medidas preventivas es necesario demostrar que dicha solicitud

<sup>4</sup> Código Orgánico Administrativo, “Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias. El ejercicio de las potestades discrecionales, observar los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad”.

<sup>5</sup> LORCPM, Art. 62.

<sup>6</sup> Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito- Ecuador 16-19 de noviembre de 2015. Página 212.



-1065-  
Mil sesenta y  
cinco of

comprueba la existencia de “ (...) *circunstancias sobrevinientes o desconocidas al tiempo de su adopción*” (el énfasis fuera de texto). Bajo esta premisa sin lugar a dudas es necesario que las partes procesales que solicitan la modificatoria o revocatoria de las mismas, justifiquen los hechos sobrevinientes que ostenten elementos probatorios suficientes que motiven sus peticiones.

- [48] Para la doctrina colombiana la ocurrencia de hechos sobrevinientes no posibilita de forma autónoma, independiente y automática, una medida cautelar: sino que, tal circunstancia sobreviniente debe tener la fuerza suficiente para materializar el cumplimiento de los requisitos para dictar medidas provisionales.<sup>7</sup> La doctrina ha determinado que los hechos sobrevinientes, o *factum superviens*, son: “(...) *por excelencia hechos constitutivos, modificativos o extintos del derecho sustancial sobre el cual versa el litigio, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente* (...)”.<sup>8</sup>
- [49] Por otro lado, dentro de la doctrina española, los *factum superviens* para que ostenten la capacidad suficiente de convencer a la autoridad competente a modificar su resolución sobre medidas preventivas, deben cumplir con tres requisitos, dos de ellos, previamente mencionados, la apariencia del buen derecho; el peligro del daño jurídico, en el sentido de daño de difícil o imposible reparación; y, la proporcionalidad de la medida.<sup>9</sup>
- [50] Finalmente, como lo menciona claramente el artículo 26 de la LORCPM y el articulado 30 del RLORCPM, las prácticas desleales son de incumbencia de la SCPM cuando estas puedan generar una afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, caso contrario por ser una cuestión relativa a propiedad intelectual deberá dirigirse a la autoridad competente<sup>10</sup>. Es por esta razón que para dictar, modificar o revocar medidas preventivas, es necesario demostrar el daño, la apariencia del buen derecho, el peligro de la demora, la pertinencia de los hechos sobrevinientes, y la afectación real que puede tener el mercado y el interés general.

## 6.2. De la solicitud de modificación de medidas preventivas y su pertinencia.

- [51] El operador económico **ORIENTAL**, mediante escrito de 25 de julio de 2019 con ID 138838, solicitó se realice una modificatoria a las medidas preventivas dictadas, alegando la existencia de circunstancias sobrevinientes y desconocidas, específicamente en referencia al pronunciamiento del SENADI, que mediante oficio No. SENADI-DA-2019-122-OF remitido

<sup>7</sup> Pronunciamiento de la Sala de Contencioso Administrativo de Colombia, Bogotá D.C., Asunto: Recurso de apelación contra auto que decretó suspensión provisional del acto administrativo que reconoció pensión gracia a la demandada. Radicación número: 4226-17.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Medidas Cautelares en los procedimientos sancionatorios ante la nueva CNMC, Ricardo Fernández Flores. Universidad Carlos III de Madrid, 2008.

<sup>10</sup> LORCPM, Art 26.- “(...) Los asuntos en que se discutan cuestiones relativas a la propiedad intelectual entre pares, públicos o privados, sin que exista afectación al interés general o al bienestar de los consumidores, serán conocidos y resueltos por la autoridad nacional competente en la materia.; RALORCPM, Art. 30: “(...) de determinar que existen indicios del cometimiento de las prácticas denunciadas y que estas podrían producir una afectación negativa al interés general o al bienestar de los consumidores o usuarios, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado avocará conocimiento (...)”



por dicha entidad a la SCPM el 11 de julio de 2019, se entregó información sobre las marcas “SUMESA ORIENTAL”, “SUMESA CHINITO”, y la utilización de la palabra “ORIENTAL”.

[52] Con base en lo mencionado en el acápite anterior, **ORIENTAL** solicitó la modificación de medidas preventivas, requiriendo lo siguiente:

“(…)

*A) En referencia a los indicios del cometimiento de actos de imitación y confusión (Art. 27 números 1 y 3 letra b) LORCPM) relacionados con el producto “SUMESA CHINITO”*

*A fin de preservar las condiciones de competencia afectadas; evitar el daño que pudiere causar la conducta denunciada por mi defendida; y asegurar la eficacia de la resolución definitiva, solicitamos a la CRPI lo siguiente:*

- *Se requiera a la empresa SUMESA que utilice los diseños de etiqueta y empaques que se encuentren debidamente registrados y vigentes en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, SENADI) para su producto “SUMESA CHINITO”. En otras palabras, se le prohíba utilizar diseños de etiqueta y empaques que no se encuentren debidamente registrados y vigentes en el SENADI.*

*Lo anterior es adecuado, proporcional y necesario para cesar los actos de imitación desleal por confusión y actos de confusión.*

- *Se requiere a la empresa SUMESA que modifique el diseño de etiqueta y empaque de su producto “SUMESA CHINITO”. Que en el plazo de quince (15) días incremente el tamaño de su logo SUMESA (de tal manera que se lo distinga frente al resto de signos distintivos del producto).*

*Lo anterior es adecuado, proporcional y necesario para cesar los actos de imitación desleal por confusión y actos de confusión.*

- *Se prohíba a la empresa SUMESA perchar su producto “SUMESA CHINITO” a lado, debajo o encima de los productos de ORIENTAL. Para tal efecto, a los productos de las dos marcas deberá separarles los productos de al menos dos marcas de la competencia. Lo anterior se deberá cumplir en los establecimientos que se encuentren dentro de la definición del artículo 2 número 1 de la Resolución 014 de la Junta de Regulación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y en los establecimientos farmacéuticos.*

*Lo anterior es adecuado, proporcional y necesario para cesar los actos de imitación desleal por confusión y actos de confusión.*



*B) En referencia a los indicios del cometimiento de actos de imitación y explotación de la reputación ajena (Art. 27 números 3 y letra b) y 6 LORCPM) relacionados con el producto que en su empaque señala "SUMESA ORIENTAL"*

*A fin de preservar las condiciones de competencia afectadas; evitar el daño que pudiere causar la conducta denunciada por mi defendida; y asegurar la eficacia de la resolución definitiva, solicitamos a la CRPI lo siguiente:*

- *Se requiere a la empresa SUMESA que utilice únicamente los diseños de etiquetas y empaques que se encuentren debidamente registrados y que no hayan sido cancelados en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, SENADI). En otras palabras, se le prohíba utilizar diseños de etiqueta y empaques que no se encuentren debidamente registrados y vigentes en el SENADI.*

*Lo anterior es adecuado, proporcional y necesario para cesar los actos de imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena y de explotación de la reputación ajena.*

- *Se requiera a la empresa SUMESA que deje de utilizar el término "ORIENTAL" en sus empaques, diseños de etiqueta, productos, páginas web, redes sociales, publicidad, vallas publicitarias, etc.*

*Lo anterior es adecuado, proporcional y necesario para cesar los actos de imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena y de explotación de la reputación ajena.*

- *Se requiere a la empresa SUMESA que elimine de sus empaques, productos, páginas web, redes sociales, publicidad, vallas publicitarias, etc. el término "ORIENTAL", ya sea que se presente sola o junto con otras palabras.*

*Lo anterior es adecuado, proporcional y necesario para cesar los actos de imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena y de explotación de la reputación ajena.*

- *Se requiera a la empresa SUMESA que elimine de sus empaques, diseños de etiqueta, producto, páginas web, redes sociales, publicidad, vallas publicitarias, etc. el texto "SUMESA ORIENTAL". Las palabras SUMESA y ORIENTAL no pueden ir juntas, ya sea de manera horizontal o vertical.*

*Lo anterior es adecuado, proporcional y necesario para cesar los actos de imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena y de explotación de la reputación ajena.*

*(...)"*



- [53] El operador económico **ORIENTAL** fundamentó la modificación de medidas preventivas al Oficio No. SENADI-DA-2019-122-OF de 11 de julio 2019 con ID 137234, como hecho sobreviniente, el cual fue requerido por la INICPD, este contiene los títulos y el registro de las marcas de titularidad de **SUMESA**. Con la información remitida por el SENADI, la INICPD determinó que **SUMESA**, para la comercialización utiliza un empaque diferente del tallarín **CHINITO** que se encuentra registrado ante el SENADI.
- [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 sobreviniente, la misma fue emitida antes de que esta Comisión resuelva.
- [55] La INICPD, en su Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I, de 12 de septiembre de 2019 considera que los hechos sobrevinientes a su criterio son:

*“(...) un nuevo elemento o circunstancia sobreviniente, debe ser susceptible de incidir en los fundamentos técnicos y legales analizados y enunciados en el informe SCPM-IGT-INICPD-2019-031-I, de 05 de julio de 2019, los cuales generen la modificación sobre la decisión de la administración, o que sean acontecimientos sobrevinientes que sean relevantes, es decir, que ocurrieron luego de haber iniciado la investigación, convirtiéndose en hechos o fundamentos con suficientes contenido que modifique el criterio de la autoridad respecto de los elementos ya analizados.”*

- [56] Del análisis de la pertinencia de las medidas preventivas solicitadas por **ORIENTAL** en escrito del 25 de julio de 2019, la INICPD en su Informe No. SCPM-IGT-INICPD 2019-048-I considera lo siguiente:

*“(A) En referencia a los indicios del cometimiento de actos de imitación y confusión (Art. 27 números 1 y 3 letra b) LORCPM) relacionados con el producto “SUMESA CHINITO”*

- *“Se requiera a la empresa **SUMESA** que utilice los diseños de etiqueta y empaques que se encuentren debidamente registrados y vigentes en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, SENADI) para su producto “**SUMESA CHINITO**”. En otras palabras, se le prohíba utilizar diseños de etiqueta y empaques que no se encuentren debidamente registrados y vigentes en el SENADI.- En base a dicha petición la INICPD dentro del análisis de apariencia de buen derecho, determinó que los fideos “SUMESA CHINITO” se comercializan bajo empaques plásticos de color azul y amarillo, encontrándose debidamente registrado ante el SENADI el de borde color azul; y por el contrario, el de borde amarillo no se encuentra registrado ante el SENADI. Adicionalmente, la Intendencia determinó que si bien el empaque de borde amarillo no se encuentra registrado en el SENADI, dicho registro no constituye un: “(...) requisito sine qua non para su utilización, es decir el registro de etiqueta no es requisito para*



of -1067-  
Mil sesenta y  
siete

*que un producto pueda ser comercializado, sino únicamente su protección frente a la utilización de este por parte de terceros.”<sup>11</sup>*

Con lo expuesto, la INICPD estableció que no se evidencia la existencia de apariencia de buen derecho en cuanto a la medida preventiva.

En cuanto al peligro en la demora, la Intendencia a su criterio establece que ORIENTAL “(...) no motiva cual sería el perjuicio irreparable que sufriría el mercado y los consumidores, si SUMESA S.A., comercializa su producto “tallarín SUMESA”, sin el registro del diseño de etiqueta (...)”, así como tampoco se “(...) identifica cual sería la necesidad de implementar esta medida en función de una afectación al interés general.”. La Intendencia concluye que no existe un peligro inminente al mercado, por la demora en la implementación de la medida preventiva solicitada.

- **Medida preventiva.-** *Se requiere a la empresa SUMESA que modifique el diseño de etiqueta y empaque de su producto “SUMESA CHINITO”. Que en el plazo de quince (15) días incremente el tamaño de su logo SUMESA (de tal manera que se lo distinga frente al resto de signos distintivos del producto).-* La INICPD considera a primera vista que no es razonable solicitar la prohibición del uso del diseño de un empaque no registrado ante el SENADI, tampoco considera como hecho sobreviniente la cancelación de marca de “SUMESA ORIENTAL”, y el rechazo del recurso extraordinario de revisión por el SENADI.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, una vez analizadas las pruebas presentadas por ORIENTAL, la Intendencia determinó que del estudio realizado por dicho operador, se desprende de los resultados obtenidos, que no existe evidencia que demuestre un daño irreparable, o de difícil reparación al mercado.

De igual forma la INICPD determinó: “(...) De la comparación preliminar de los empaques y logotipos de los operadores económicos, si bien existen ciertas similitudes, como la existencia de un logotipo, predominancia del color amarillo y un plato de comida, el empaque tiene suficientes elementos propios, que permiten de manera preliminar, identificar su diferenciación (...)”, por lo que no se evidencia que exista el requisito de apariencia de buen derecho.

Sobre el requisito de peligro en la demora, la INICPD considera que el empaque de SUMESA de borde azul, se encuentra registrado desde el año 2015, por lo que se ha comercializado a partir de dicha fecha, demostrando que no existe un peligro en la demora o una posible afectación al mercado, en caso de no implementar la medida preventiva solicitada. Finalmente, la Intendencia considera que no existe una fundamentación válida sobre la petición de dicha medida preventiva.

<sup>11</sup> Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I, de 12 de septiembre de 2019.



- **Medida preventiva.-** *Se prohíba a la empresa SUMESA perchar su producto "SUMESA CHINITO" a lado, debajo o encima de los productos de ORIENTAL. Para tal efecto, a los productos de las dos marcas deberá separarles los productos de al menos dos marcas de la competencia.-* En referencia a la presente medida preventiva solicitada, la INICPD se percató que la misma ya fue solicitada por ORIENTAL en escrito de 07 de junio de 2019, la cual fue analizada y se concluyó que sobre la misma "(...)no existe peligro en la demora en implementación de esta medida, debido a que la comercialización de estos productos a través de supermercados y establecimientos farmacéuticos (...)se realiza desde el año 2015(...)", por lo que no cumple con el requisito de periculum in mora.

*"B) En referencia a los indicios del cometimiento de actos de imitación y explotación de la reputación ajena (Art. 27 números 3 y letra b) y 6 LORCPM) relacionados con el producto que en su empaque señala "SUMESA ORIENTAL"*

- *Se requiere a la empresa SUMESA que utilice únicamente los diseños de etiquetas y empaques que se encuentren debidamente registrados y que no hayan sido cancelados en el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (en adelante, SENADI). En otras palabras, se le prohíba utilizar diseños de etiqueta y empaques que no se encuentren debidamente registrados y vigentes en el SENADI.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que deje de utilizar el término "ORIENTAL" en sus empaques, diseños de etiqueta, productos, páginas web, redes sociales, publicidad, vallas publicitarias, etc.*
- *Se requiere a la empresa SUMESA que elimine de sus empaques, productos, páginas web, redes sociales, publicidad, vallas publicitarias, etc. el término "ORIENTAL", ya sea que se presente sola o junto con otras palabras.*
- *Se requiera a la empresa SUMESA que elimine de sus empaques, diseños de etiqueta, producto, páginas web, redes sociales, publicidad, vallas publicitarias, etc. el texto "SUMESA ORIENTAL". Las palabras SUMESA y ORIENTAL no pueden ir juntas, ya sea de manera horizontal o vertical.*

[57] La INICPD, dentro de su Informe No. SCPM-IGT-INICPAD-2019-048-I, de 12 de septiembre de 2019, analizó las cuatro medidas preventivas solicitadas de forma conjunta, acorde a Resolución No. OCDI-2019-266 de 19 de marzo de 2019, el SENADI ordenó la cancelación del uso de marca de SUMESA ORIENTAL, por falta de uso.

[58] Adicionalmente, el SENADI bajo solicitud de la INICPD, puso en conocimiento que el término "ORIENTAL" "(...) consta registrado como marca de producto en la clase internacional 30, a nombre de ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICIA O.I.A. CIA. LTDA. (...)



*Independientemente de que existan otros signos distintivos registrados ante el SENADI que contengan la denominación mencionada (...)*<sup>12</sup>.

[59] Por este motivo, la INICPD considera que existe “(...) *limitación para el uso de la marca SUMESA ORIENTAL, incluye la utilización de dichas marcas en diseños de etiquetas, productos, páginas web, redes sociales, publicidad, vallas publicitarias, entre otros (...)*”, por lo tanto **SUMESA** en caso de continuar utilizando la marca cancelada –**SUMESA INDUSTRIAL**–, podría incurrir en conductas contrarias a los usos y costumbres mercantiles.

[60] Finalmente, en este sentido la INICPD concluyó que:

*“(...) al existir una cancelación de marca, y de la cual la palabra ORIENTAL consta registrada como marca de producto en la clase internacional 30, a nombre de ORIENTAL S.A., puede generar un riesgo de confusión a los consumidores en perjuicio del operador económico denunciante”*<sup>13</sup>

[61] Del análisis realizado por la INICPD dentro del informe de modificación y revocatoria de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I, de 12 de septiembre de 2019, se determinó que las medidas preventivas solicitadas carecen de los requisitos de apariencia del buen derecho y del peligro en la demora, en virtud de lo cual la Intendencia recomendó:

*“(...)*

1. *Negar la solicitud de modificación de las medidas preventivas, dispuestas por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019, solicitadas por el operador económico ORIENTAL S.A., en virtud de que, a criterio de esta Intendencia, no ha demostrado los requisitos de Fumus boni iuris( apariencia de buen derecho) y periculum in mora (peligro en la demora).*

*(...)”*

[62] De las observaciones realizadas por **ORIENTAL** al Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I, mediante escrito ingresado a la Secretaría General el 25 de septiembre de 2019 bajo Id 144894, se destaca que la entrevista en el medio televisado supuestamente constituye un publibreportaje, y por ende un incumplimiento de medidas preventivas. Añade que existen hechos supervinientes, y que se han agotado todos los recursos administrativos sobre la cancelación de la marca **SUMESA ORIENTAL**. De igual manera expresa que las medidas preventivas solicitadas cumplen con el principio del buen derecho y del peligro en la demora de medidas preventivas, por lo que ratifica su pedido de modificatoria de medidas preventivas.

[63] A su vez **SUMESA**, mediante escritos presentados ante la Secretaría General de la SCPM, alega que **ORIENTAL** no ha aportado elemento ni indicio alguno que demuestre la apariencia de buen derecho, o un peligro en la demora de las medidas preventivas. Por lo cual solicita se

<sup>12</sup> Oficio No. SENADI-DNPI-2019-0032-OF, de 29 de agosto de 2019, ID 142417.

<sup>13</sup> Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I, de 12 de septiembre de 2019.



abstenga de ampliar las medidas preventivas solicitadas por la empresa denunciante, en consecuencia se rechaza la petición de modificación de las mismas.

- [64] Con lo expuesto, la INICPD, finalmente en su Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I, de 07 de noviembre, analizados los supuestos hechos supervinientes alegados por **ORIENTAL**, considera que:

*“(...) Esta autoridad, después de realizar el análisis respectivo, en el informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I, concluyó que el mismo no es capaz de incidir en la resolución que ordenó las medidas respectivas.”*

- [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 supervinientes analizados no satisfacen la necesidad elemental para convencer a la Comisión de 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

- [68] Mediante la resolución emitida por la CRPI, de fecha 12 de julio de 2019, se resolvió lo siguiente:

*“(...)*

*1. Adoptar y disponer el cumplimiento de las siguientes medidas preventivas:*

*a) EL operador económico **SUMESA** a partir de notificación con la presente Resolución deberá cesar cualquier tipo de publicidad que aluda de manera directa o indirecta a **ORIENTAL S.A.** y a sus productos. Esta prohibición aplica a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación incluida 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 incluida redes sociales, correo electrónico, mensajería instantánea, etc.

(...)"

[69] De las medidas preventivas mencionadas se observa que **SUMESA**, tiene prohibido utilizar en su publicidad dos preceptos, siendo el primero el de referirse de manera directa o indirecta a **ORIENTAL** y sus productos: y, la segunda el que dicha publicidad mencione que el producto de sus competidores tienen colorantes.

[70] De lo antes expuesto, como punto de partida es necesario agregar la definición de publicidad en la Ley Orgánica de Comunicación:

*"Art. 91.6.- Publicidad.- Toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, sus derechos y obligaciones"*

[71] Lo anterior guarda relación con lo que establece la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor:

*"Art.2.- Definiciones.- Para efectos de la presente ley, se entenderá por:*

(...)

*Publicidad.- La comunicación comercial o propaganda que el proveedor dirige al consumidor por cualquier medio idóneo, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio. Para el efecto la información deberá respetar los valores de identidad nacional y los principios fundamentales sobre seguridad personal y colectiva.*

(...)"

[72] Partiendo de dicha premisa, 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**, para lo cual adjuntó los siguientes medios probatorios justificando su señalamiento.

[73] Asimismo, en referencia a los medios probatorios, la INICPD mediante Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I, realizó el análisis correspondiente:

a. **Un ejemplar del diario el universo de 11 de julio de 2019.-** En dicho ejemplar se realizó un comunicado de prensa remitido por **SUMESA**, dentro de la cual el operador económico



se refirió únicamente a desvirtuar una publicación realizada por **ORIENTAL**, sin que esto cumpla con la finalidad que ostenta algún fin publicitario, es decir la incitación de adquirir cualquier bien o servicio.

Al respecto la Intendencia señala: “(...) que el referido comunicado de prensa, y que fue publicado también en redes sociales, no tiene por finalidad el realizar una publicidad comercial de los productos de SUMESA S.A., es decir, de conformidad con lo señalado en el artículo 91, 6 de la LOC, el comunicado de prensa no tiene por objeto el “promover el suministro de bienes”, ni tampoco con la finalidad de informar y motivar al consumidor a adquirir o contratar un bien o servicio de su marca a los consumidores de tallarines o fideos; razón por la que, esta Intendencia no considera que mediante dicho comunicado el operador económico SUMESA S.A., hubiera incumplido las medidas preventivas ordenadas por el operador económico **ORIENTAL S.A.**”

- b. Un ejemplar del diario el Expreso de Guayaquil de 12 de julio de 2019.-** En tal publicación, la INICPD corroboró conforme se desprende de las pruebas presentadas que la misma consistió en una entrevista realizada al Presidente Ejecutivo, sobre los diversos procedimientos administrativos que los operadores económicos mantienen ante el SENADI, sin que se perfeccione el fin que el concepto de publicidad ostenta.

La Intendencia señala que: “(...) no considera que la entrevista realizada constituya una publicidad de conformidad con lo establecido en la LOC, ya que dicha entrevista no tiene por objeto el “promover el suministro de bienes” de la marca SUMESA S.A., a los consumidores de tallarines o fideos; por el contrario, es criterio de esta autoridad que dicha entrevista consiste en un reportaje periodístico que tiene por finalidad dar a conocer al público la situación de los productos de SUMESA S.A., y las posibles “disputas” legales existentes con el “grupo **ORIENTAL**.”

- c. Materialización de las páginas @fideosSUMESA y @chinitoSUMESA, donde consta el comunicado de prensa de SUMESA S.A.-** Nuevamente, mediante dichos medios de comunicación, SUMESA no realizó la intención de publicitar sus productos, si no únicamente se refirió a los procesos administrativos ante el SENADI.
- d. El video de la entrevista al Presidente Ejecutivo, Ing. Jorge García, en la sección Líderes Empresariales desarrollado en el programa N° BOGA, transmitido por TELERAMA.-** LA INICPD determinó que la entrevista realizada se considera dentro de un noticiero empresarial, el cual no consiste como un publirreportaje, por lo tanto no cumpliría los fines que la publicidad atañe.

[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 No. SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I, de 18 de octubre de 2019, la INICPD solicitó a diversos medios de comunicación (televisivos, radiales, agencias de publicidad, medios de prensa) información con el fin de dar cumplimiento a la resolución de 12 de julio emitida por la CRPI, sobre el cumplimiento de las mismas.
- [76] En virtud de lo mencionado, la INICPD observó dos publicidades realizadas por SUMESA, denominadas “CARAPAZ” y “TARRINA”, del respectivo análisis de ambas publicidades concluyó:

*“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., 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”<sup>14</sup>*

- [77] Adicionalmente, la Comisión considera relevante agregar lo que el operador económico SUMESA sostiene:

“(…)

*16. Al respecto, hemos expuesto ya anteriormente que las tarrinas plásticas que refiere el spot no solamente son utilizadas por ORIENTAL, sino también por otros competidores como BANKETTI, es decir, los dos actores más relevantes dentro del segmento de fideos tipo chino u ORIENTAL además de SUMESA S.A., por lo que no puede interpretarse como una alusión a ORIENTAL S.A., sino a un atributo de los productos que es relevante a los ojos del consumidor, sea ambientalmente amigable.*

“(…)”<sup>15</sup>

- [78] En el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I, de 07 de noviembre, la INICPD conforme escrito presentado por el operador económico ORIENTAL el 25 de septiembre de 2019, analizó en detalle la publicidad de los medios de comunicación impresa presentada, las publicaciones en las cuentas de páginas web y la entrevista al presidente ejecutivo N° BOGA, determinando que los parámetros que la normativa ecuatoriana establece no fueron cumplidos, por lo que “(…) ratifica el contenido de los informes No. SCPM-IGT-INICPD-2019-047-I y SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I, por lo que no podría contravenir lo establecido en la resolución de la CRPI, de 12 de julio de 2019.”

<sup>14</sup> SCPM-IGT-INICPD-2019-049-I, de 18 de octubre de 2019

<sup>15</sup> Escrito ingresado por SUMESA, 05 de noviembre de 2019. ID 148868



- [79] Mediante Memorando No. SCPMP-IGT-INICPD-009-2020-M de 17 de enero de 2020, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales adjunta el Informe trimestral de seguimiento de medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2020-002-I, en el cual concluye:

“(…)

*Del análisis plasmado en el presente informe, esta Intendencia observa que el operador económico SUMESA S.A., no habría pautado publicidad durante el periodo comprendido desde el mes de noviembre de 2019 hasta enero de 2020, ni realizó publicación alguna en redes sociales, respecto de los productos Sumesa Chinito y Sumesa Oriental, en tal sentido, esta dependencia no evidencia infracción alguna a lo dispuesto por la CRPI en el literal a) numeral 2, de la resolución, de 12 de julio de 2019, esto es, mención o indicación de manera directa o indirecta a la compañía Oriental S.A., y a sus productos.*

*Por otra parte, 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 publicaciones en redes sociales de dicho operador económico, esta dependencia no evidencia infracción alguna a lo dispuesto por la CRPI en el literal b) numeral 2, de la resolución de 12 de julio de 2019, esto es, mención o indicación alguna que de manera directa o indirecta se refiera a que los productos de sus competidores contienen colorante.*

(…)”

- [80] Finalmente, con lo que 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**.

#### 6.2.2. Sobre la revocatoria de medidas preventivas

- [81] El operador económico **SUMESA**, mediante escrito de 06 de agosto de 2019, solicitó la revocatoria de las medidas preventivas, explicando que existen hechos ocultados por **ORIENTAL** y que podrían considerarse como hechos que justificarían la revocatoria de medidas preventivas, añadiendo los siguientes:

- **SUMESA** es titular de las marcas **SUMESA ORIENTAL**, **SUMESA CHINITO**, entre otras, por las que mantiene controversia con **ORIENTAL**.



- La afirmación de “no contiene colorantes” versus otros tallarines es verídica, exacta y pertinente.
- ORIENTAL pretende reforzar su posición dominante en el mercado de fideos chinos mediante estas medidas.
- No existe identificación ni referencia directa ni indirecta que permita identificar a ORIENTAL S.A. como aludido. Adicionalmente, “oriental” y “chino” son términos descriptivos de la especie de fideo.

[82] Adicionalmente, SUMESA solicita la revocatoria de las medidas preventivas, concluyendo que: “(...) resulta claro que los supuestos en base a los que se decidió ordenar las medidas preventivas dispuestas en contra de SUMESA S.A., han quedado desvirtuados y que SUMESA ha acreditado ante Ustedes suficientes “circunstancias desconocidas al tiempo de su adopción”, cumpliendo así el requisito previsto en el artículo 62 de la LORCPM (...)”.

[83] La INICPD dentro de su análisis determinó que los estudios de laboratorios realizados por SUMESA, deben cumplir con ciertos requisitos para considerarlos con valor probatorio pleno, por lo que los mismos deben ser evaluados y contrastados dentro de la etapa procesal pertinente. Adicionalmente, la INICPD determina que SUMESA para publicitar sus productos no necesita referirse de manera directa o indirecta a los productos de ORIENTAL, y en particular al hecho de que sus productos puedan contener colorantes. Además, a criterio de la INICPD las medidas dictadas “(...)son proporcionales e idóneas, dado que las mismas no prohíben al operador Económico SUMESA S.A., publicitar sus productos, solo tiene por objetivo enmarcar a la publicidad en una sana competencia y que ellas no se hagan alusiones despectivas o denigratorias sobre los productos de la competencia.”<sup>16</sup>

[84] En tal virtud, la INICPD considera que:

*“Del análisis realizado por esta autoridad, se concluye que las medidas establecidas por la CRPI mediante resolución de 12 de julio de 2019, son proporcionales e idóneas, dado que no afecta o prohíbe al operador económico SUMESA S.A. que publicite sus productos en el mercado y destaque sus características.*

*No existen elementos suficientes que fundamenten la necesidad de levantar las medidas preventivas dispuestas por la CRPI en la resolución de 12 de julio de 2019.”<sup>17</sup>*

[85] Con lo citado, la INICPD finalmente recomendó “(...) Negar la solicitud de revocatoria de las medidas preventivas, dispuestas mediante resolución de 12 de julio de 2019, solicitadas por el operador económico SUMESA S.A.”<sup>18</sup>

<sup>16</sup> INICPD, Informe de Modificación y Revocatoria de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I.

<sup>17</sup> *Ibidem.*

<sup>18</sup> *Ibidem.*



[86] Adicionalmente, el operador económico **ORIENTAL** ha manifestado que los estudios de los laboratorios presentados por **SUMESA** serían inválidos, debido a que los mismos no se encuentran acreditados para realizar los análisis presentados por el operador económico<sup>19</sup>. En base a esto, **SUMESA** desmintió dicha aseveración al asegurar y demostrar que los tres laboratorios que realizaron los respectivos informes, se encuentran certificados por el Servicio de Acreditación Ecuatoriano SAE<sup>20</sup>.

[87] Sobre el punto anterior, la INICP considera que los criterios añadidos por los operadores económicos no desvirtúan los informes emitidos por dicho órgano, por lo que determina:

*“En virtud de lo expuesto, esta intendencia se ratifica en los argumentos y análisis plasmado en el informe referido; así también, se debe tener en cuenta que el espíritu de las medidas preventivas a la luz de LORCPM, es evitar la distorsión de la competencia y garantizar los derechos de los consumidores mientras discurre el proceso de investigación, por lo cual, el análisis de las conductas anticompetitivas debe ser abordado en el expediente de investigación que sustancia la Intendencia y no en el presente informe.”*<sup>21</sup> (-Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I-)

[88] Por otro lado de la solicitud de revocatoria de medidas preventivas, en base a los cuatro fundamentos planteados por **SUMESA** (antes descritos), la Intendencia en su Informe SCPM-IGT-INICPD-052-I considera que “(...) los análisis de laboratorio si bien tendrían acreditación del SAE, los mismos requieren un análisis amplio y profundo por el órgano rector en materia de alimentos, el ARCSA y otros organismos competentes (...)”, adicionalmente ratificó su postura sobre pronunciarse sobre la marca **SUMESA CHINITO**, y **MI PASTA LA SUPREMA**, por no ser materia del análisis del presente caso.

[89] La INICPD determinó que los hechos analizados con relación a la solicitud de revocatoria de medidas preventivas solicitados por **SUMESA**, “(...) no guardan relación con los argumentos de la solicitud de revocatoria por parte de **SUMESA** (...)” ya que los argumentos de ambos operadores económicos no se encuentran acorde sobre la petición de modificatoria y revocatoria de medidas preventivas, por lo que finalmente la Intendencia ratifica su postura del Informe SCPM-IGT-INICPD-2019-048-I.

[90] La Comisión considera que en base a nuestra normativa (Art. 72 RLORCPM), tanto para solicitar la modificación como la revocatoria de medidas preventivas, es necesario el sustento para dichas peticiones, en base a hechos nuevos o sobrevinientes que fundamenten y demuestren la necesidad de revocatoria de las mismas. En base a lo analizado dentro del expediente, y los supuestos hechos ocultados por **ORIENTAL**, la Comisión considera que los mismos no son elementos suficientes para ordenar la revocatoria de medidas preventivas, más aun cuando se ha demostrado que las medidas vigentes al ser proporcionales e idóneas, no influyen o afectan a **SUMESA** en realizar cualquier publicidad en el mercado, destacando cualquier característica de sus productos. Finalmente, la CRPI, en concordancia con el análisis

<sup>19</sup> Escrito presentado por **ORIENTAL**, de 23 de octubre de 2019. ID 148096

<sup>20</sup> Escrito presentado por **SUMESA**, de 23 de octubre de 2019. ID 148101

<sup>21</sup> Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2019-052-I, de 07 de noviembre de 2019.



1072-  
Mil setenta y dos

realizado por la INICPD, considera que no existen indicios suficientes para revocar las medidas preventivas.

### 6.3. De la procedencia de las peticiones sobre las medidas preventivas solicitadas.

[91] La Comisión considera que las medidas preventivas dictadas por la CRPI son justificadas en base a criterios de intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño a evitarse. Sin embargo la CRPI en función de sus competencias considera lo siguiente:

- a. En base a la petición de modificación de medidas preventivas, se ha demostrado motivadamente tanto en los informes de la INICPD, como en la parte motiva de la presente resolución, que los fundamentos presentados carecen de los requisitos de Fumus boni iuris y periculum in mora que ameriten la modificación de las medidas preventivas dictadas por la CRPI en resolución de 12 de julio de 2019.
- b. Sobre la petición de revocatoria de medidas preventivas solicitada, la CRPI considera que las medidas resueltas por la CRPI el 12 de julio de 2019, son promocionales e idóneas, y se comparte el criterio de la Intendencia que las mismas no afectan o prohíben al operador económico **SUMESA**, a publicitar sus productos en el mercado, y destacar sus características, por lo que no existen elementos suficientes para revocar las medidas preventivas.
- c. En lo que respecta al seguimiento de medidas preventivas, la CRPI acoge la postura de la Intendencia y considera que **SUMESA** ha cumplido con lo ordenado en las medidas preventivas resueltas por la CRPI.

La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de las atribuciones

### RESUELVE

**PRIMERO.- AGREGAR** al expediente lo siguiente:

- i. El escrito presentado por **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA "O.I.A."**, el 12 de febrero de 2020 a las 10h47 con Id 156804.
- ii. El escrito presentado por **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA "O.I.A."**, el 13 de febrero de 2020 a las 14h55 con Id 156959.

**SEGUNDO.- INFORMAR** al operador económico **ORIENTAL INDUSTRIA ALIMENTICA "O.I.A."**, que con fecha 14 de febrero de 2020 se procede a entregar copias digitales íntegras del expediente SCPM-CRPI-015-2019, en la cual consta la carpeta comprimida entregada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas mediante Memorando SCPM-IGT-INICPD-009-2020-M de 17 de enero de 2020.



**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.- NOTIFICAR** con la presente Resolución a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, 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**

