EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-004-2021

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.- D.M. Quito, 10 de marzo de 2021 a las 13h56.

Comisionado Sustanciador: Jaime Lara Izurieta

VISTOS

[1] La Resolución No. SCPM-DS-2020-51 de 10 de diciembre de 2020, mediante la cual el Superintendente de Control del Poder de Mercado resolvió lo siguiente:

> *"**Artículo único.-** Reformar el artículo 1 de la Resolución No. SCPM-DS-2019-40 de 13 de agosto de 2019, el cual establece la conformación de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, por la siguiente:*
>
> *Formarán parte de la Comisión de Resolución de Primera Instancia, los siguientes servidores designados:*
>
> *• Doctor Marcelo Vargas Mendoza;*
> *• Economista Jaime Lara Izurieta; y,*
> *• Doctor Edison René Toro Calderón."*

[2] Las acciones de personal Nos. SCPM-INAF-DNATH-300-2019-A, SCPM-INAF-DNATH-299-2019-A y SCPM-INAF-DNATH-2020-374-A, correspondientes a Marcelo Vargas Mendoza, Presidente de la Comisión, Jaime Lara Izurieta, Comisionado, y Édison Toro Calderón, Comisionado, respectivamente.

[3] El acta de la sesión extraordinaria del pleno de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante "CRPI") de 01 de marzo de 2021, mediante la cual se deja constancia de que la CRPI designó a la abogada Andrea Paola Yajamín Chauca secretaria Ad-hoc de la CRPI.

[4] El Memorando No. SCPM-IGT-INICPD-107-2021-M y anexos de 24 de febrero de 2021, asignado con Id. 186248, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante "INICPD"), remite el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I (en adelante también "Informe"), así como la denuncia y anexos presentados por el operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA**, titular de la marca y nombre comercial **GELATOMIX**, (en delante también "**GELATOMIX**").

[5] El escrito de Denuncia y anexos presentados por el operador económico **GELATOMIX**, el 19 de enero de 2021 a las 09h24, trámite asignado con Id. 182177.

[6] El escrito y anexo presentados por el operador económico **GELATOMIX**, el 04 de febrero de 2021 a las 11h49, asignado con Id. 184124.

[7] La providencia de 26 de febrero de 2021 a las 12h33 emitida por la CRPI.

[8] El escrito presentado por el operador económico **GELATOMIX**, el 03 de marzo de 2021 a las 13h15, asignado con Id. 186940.

[9] La Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

1. AUTORIDAD COMPETENTE

[10] La CRPI es competente para conocer y resolver las solicitudes de medidas preventivas, conforme a lo señalado en el artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), en concordancia con lo dispuesto en los artículos 73 y 74 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM"), y lo determinado en los artículos 65 y 66 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante "IGPA").

2. SOLICITANTE DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[11] Mediante Memorando No. SCPM-IGT-INICPD-107-2021-M y anexos de 24 de febrero de 2021 signado con Id. 186248, la INICPD remite el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I, así como la denuncia y anexos presentados el 19 de enero de 2021 a las 09h24 por el operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA**, portador de la cédula de ciudadanía No. 1704480787, titular de la marca y nombre comercial **GELATOMIX.**

[12] Dicha denuncia presentada en contra del operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO** (en adelante también "**BOGATI**"), refiere la práctica de conductas desleales, específicamente de engaño, comparación y denigración, y a través de la cual el agente económico **GELATOMIX** solicitó la adopción de cuatro medidas preventivas dentro del expediente de investigación No. SCPM-IGT-INICPD-002-2021, así:

> *"(...)*
>
> *1.- Se sirva disponer que el denunciado elimine en un término máximo de veinticuatro horas, la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, emitida en la radio 89.7FM de la ciudad de Ambato y en cualquier medio digital.*
>
> *2.- Se ordene el respectivo retiro de cualquier propaganda que compare ilícitamente y denigre los productos de su competencia, en especial de la marca GelatoMix®.*

3.- Se requiera al denunciado, que a partir de la fecha de emisión de las medidas preventivas, cese cualquier tipo de publicidad que aluda directa o indirectamente a la marca GelatoMix® y sus productos. Esta prohibición se aplicará a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación, incluido redes sociales y medios informáticos.

4.- Se ordene al agente económico denunciado que retire toda publicidad que haga referencia a que elaboran helados de paila artesanalmente. Se aplicará a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación, incluido redes sociales y medios informáticos."

[13] Cabe señalar que con escrito y anexo presentados por el operador económico **GELATOMIX** el 04 de febrero de 2021, pone en consideración de la INICPD nuevos hechos que forman parte de la denuncia presentada, y con escrito presentado por el mismo operador económico el 03 de marzo de 2021 solicita a la CRPI adopte las medidas recomendadas por la INICPD.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

[14] Conforme consta en los expedientes y datos registrados en el Servicio de Rentas Internas (en adelante "SRI"), así como en las páginas web: https://heladosconqueso.com/, correspondiente a la marca **GELATOMIX** y https://bogati.ec/, correspondiente a **BOGATI HELADOS CON QUESO**, se detalla a continuación la información que identifica a cada uno de los operadores económicos involucrados.

3.1 Operador económico denunciante y solicitante de las medidas preventivas.

[15] Conforme consta en el escrito de denuncia anexado por la Intendencia, el operador económico denunciante es **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA**, identificado con Registro Único de Contribuyentes No. 1704480787001, representante del nombre comercial **GELATOMIX**, domiciliado en calle Mariano Hurtado N52-34B y Antonio Román, del cantón Quito.

[16] Actúan como sus abogados patrocinadores los profesionales: Yenán Reyes Asanza, Yenán Andrés Reyes Robles, Pamela Rueda Salas y Adriana Reyes Asanza, quienes indican que recibirán las notificaciones en la casilla judicial No. 181 del Palacio de Justicia de Quito y en los correos electrónicos: yenan_reyes@hotmail.com, yenan31reyes@hotmail.com y pame_m706@hotmail.com.

[17] De acuerdo con la información que consta de los registros públicos y en la denuncia, la actividad principal del operador económico **GELATOMIX** es: *"elaboración de helados (de todo tipo), sorbetes bolos, granizados etcétera"*[1]

[1] Datos tomados de la página del Servicio de Rentas Internas. Consulta de RUC No. 1704480787001. https://srienlinea.sri.gob.ec/. Consultado el 27/02/2021.

Consulta de RUC

RUC
1704480787001

Razón social
QUINTEROS VACA FABIAN MARCELO

Estado contribuyente en el RUC
ACTIVO

Nombre comercial
GELATOMIX

Actividad económica principal	ELABORACIÓN DE HELADOS (DE TODO TIPO), SORBETES, BOLOS, GRANIZADOS, ETCÉTERA.

Tipo contribuyente	Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad
PERSONA NATURAL	OTROS	NO

Fecha inicio actividades	Fecha actualización	Fecha cese actividades	Fecha reinicio actividades
10/03/1997	26/08/2020		17/02/2016

Ocultar establecimientos

Establecimiento matriz:

Lista de establecimientos - 1 registro

No. establecimiento	Nombre comercial	Ubicación de establecimiento	Estado del establecimiento
001	GELATOMIX	PICHINCHA / QUITO / COCHAPAMBA / MARIANO HURTADO N52-34 Y ANTONIO ROMAN	ABIERTO

Fuente: Servicio de Rentas Internas. Consulta del RUC No. 1704480787001.

3.2 Operador económico denunciado y cuyo accionar es objeto de las medidas preventivas solicitadas

[18] El operador económico denunciado es **SANTIAGO RENÉ CASTRO NUÑEZ**, identificado con el Registro Único de Contribuyentes No. 1804093787001, representante de la marca comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, con domicilio en Víctor Emilio Estrada 1016 y Jiguas del cantón Guayaquil. El operador económico denunciante señala en su escrito: *"De acuerdo a su página oficial https://bogati.ec/, el correo electrónico es bogati.ec@gmail.com y número telefónico 0985389895. (...)"*. Datos que fueron corroborados del sitio web: https://bogati.ec/contactanos/.

[19] La actividad económica principal según la información obtenida del Servicio de Rentas Internas es: "*Restaurantes de comida rápida, puestos de refrigerio y establecimientos que ofrecen comida para llevar, reparto de pizza, etcétera; heladería, fuentes de soda, etcétera*"[2]

[2] Datos tomados de la página del Servicio de Rentas Internas. Consulta de RUC No. 1804093787001. https://srienlinea.sri.gob.ec/. Consultado el 27/02/2021.

Consulta de RUC

RUC
1804093787001

Razón social
CASTRO NUÑEZ SANTIAGO RENE

Estado contribuyente en el RUC
ACTIVO

Nombre comercial
BOGATI HELADOS CON QUESO

Actividad económica principal	RESTAURANTES DE COMIDA RÁPIDA, PUESTOS DE REFRIGERIO Y ESTABLECIMIENTOS QUE OFRECEN COMIDA PARA LLEVAR, REPARTO DE PIZZA, ETCÉTERA; HELADERÍAS, FUENTES DE SODA, ETCÉTERA.

Tipo contribuyente	Clase contribuyente	Obligado a llevar contabilidad
PERSONA NATURAL	OTROS	SI

Fecha inicio actividades	Fecha actualización	Fecha cese actividades	Fecha reinicio actividades
07/07/2011	19/02/2021		02/04/2013

Agente de retención
SI

Ocultar establecimientos

Establecimiento matriz:

Lista de establecimientos - 1 registro

No. establecimiento	Nombre comercial	Ubicación de establecimiento	Estado del establecimiento
001	BOGATI HELADOS CON QUESO	GUAYAS / GUAYAQUIL / TARQUI / VICTOR EMILIO ESTRADA 1017 Y JIGUAS	ABIERTO

Fuente: Servicio de Rentas Internas. Consulta del RUC No. 1804093787001.

4. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

[20] Con escrito y anexos presentados el 19 de enero de 2021 a las 09h24, asignado con trámite Id. 182177, el operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA**, titular de la marca y nombre comercial **GELATOMIX**, presentó una denuncia en contra del operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, por el presunto cometimiento de conductas que constituyen prácticas desleales, de conformidad con los numerales 2, 4 literal a), y 5 del artículo 27 de la LORCPM, proceso en trámite de investigación por parte de la INICPD dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-002-2021.

4.1 Expediente Administrativo SCPM-CRPI-004-2021

[21] Con Memorando SCPM-IGT-INICPD-107-2021-M y anexos de 24 de febrero de 2021 asignado con Id 186248, la INICPD remite el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I, la denuncia presentada por el operador económico **GELATOMIX**, y el escrito y anexo presentados por el mismo operador económico el 04 de febrero de 2021 con el cual pone en consideración de la INICPD nuevos hechos que forman parte de la denuncia presentada.

[22] La CRPI mediante providencia de 26 de febrero de 2021 emitida a las 12h33, avoca conocimiento de la causa contenida en el expediente No. SCPM-CRPI-004-2021 y traslada al operador económico **GELATOMIX** el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I de 24 de febrero de 2021, a fin de que en el término de tres días se pronuncie sobre el mismo.

[23] Con escrito presentado el 03 de marzo de 2021 **GELATOMIX** solicita a la CRPI adopte las medidas recomendadas por la INICPD.

5. FUNDAMENTOS DE DERECHO

5.1 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

[24] El artículo 62 de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado (en adelante "LORCPM"), establece la figura en relación con la aplicación de las medidas preventivas, e indica a manera ejemplificativa algunas que se podrían adoptar, así:

> *"**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."*

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

[25] El artículo 73 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante "RLORCPM"), determina las clases de medidas en el cual se detalla una lista no taxativa de las medidas a imponerse:

> *"**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."*

[26] En relación con el procedimiento de aplicación de las medidas preventivas y su adopción, el artículo 74 del RLORCPM señala ciertas reglas básicas del mismo, así:

> ***"Art. 74.- Adopción de medidas preventivas.-** El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.*
>
> *Si las medidas preventivas hubieran sido solicitadas por el denunciado, el órgano de sustanciación y resolución enviará una consulta sobre su procedencia al órgano de investigación, quien deberá emitir su informe en el término de quince (15) días desde que la consulta fuera recibida.*

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

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

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

5.3 Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM

[27] La Primera Sección del Capítulo X del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante "IGPA"), regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas. Los artículos 65, 66 y 67 determinan de manera específica dicho procedimiento, así:

*"**Primera Sección***
PROCEDIMIENTO DE APLICACION Y GESTION DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

***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. 66.- SUGERENCIA O SOLICITUD.-** El Intendente competente, antes o en cualquier etapa del procedimiento de investigación, podrá sugerir a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante informe motivado, la adopción de medidas preventivas destinadas a alcanzar las finalidades de la Ley. La sugerencia de medidas preventivas podrá estar fundamentada en toda clase de indicios que justifique legal y razonadamente la aplicación de estas.*

El denunciante podrá presentar ante el órgano de investigación la solicitud de medidas preventivas una vez que la denuncia haya sido calificada de clara y completa conforme lo establecido en el artículo 55 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Presentadas las medidas preventivas el órgano de investigación en el término de quince (15) días remitirá a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas. En el caso de que la solicitud de medidas preventivas sea presentada conjuntamente con la denuncia o antes de que sea calificada de clara y completa, el órgano de investigación se abstendrá de tramitarla hasta que la denuncia cumpla con el presupuesto establecido en el artículo precitado.

Si el denunciante presenta la solicitud de medidas preventivas ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de tres (3) días contados a partir de la recepción de la solicitud, la Comisión de Resolución de Primera Instancia requerirá a la Intendencia competente que emita un informe respecto de la procedencia de las medidas solicitadas, concediéndole para el efecto el término de quince (15) días. En el caso de que la denuncia aún no haya sido calificada de clara y completa, el término de quince (15) días empezará a correr a partir de la fecha en que se realice dicha calificación.

Art. 67.- ADOPCIÓN DE MEDIDAS PREVENTIVAS.- *Una vez recibido el informe remitido por la Intendencia respectiva, la Comisión de Resolución de Primera Instancia, tendrá el término de diez (10) días para resolver respecto de las medidas preventivas sugeridas o solicitadas. La resolución motivada, entre otros, contendrá los siguientes elementos:*

a. Identidad completa del operador económico;
b. Nombres y apellidos del o los representantes legales;
c. Dirección que incluirá números telefónicos y correos electrónicos, de tenerlos;
d. La determinación clara, objetiva y concreta de las medidas preventivas;
e. La disposición a la Intendencia para que realice el seguimiento de la aplicación y cumplimiento de las medidas preventivas, con instrucciones claras y precisas de la forma y periodicidad en la que se debe realizar este seguimiento;
f. Prevención legal de que en caso de desacato, de ser procedente, se podrá ordenar la clausura de uno o varios establecimientos en los que se llevó a cabo la actividad objeto de la investigación, sin perjuicio de otras sanciones administrativas;
g. Los demás que sean pertinentes.

Emitida la resolución de adopción de medidas preventivas, la Intendencia competente deberá iniciar el procedimiento investigativo en el plazo previsto en el inciso tercero del artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, caso contrario las medidas caducarán."

6. ESTRUCTURA DEL MERCADO EN EL QUE PARTICIPAN LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS

[28] Con la finalidad de conocer el mercado en el que participan los operadores económicos **GELATOMIX** y **BOGATI** a continuación se realizará un análisis preliminar de la estructura de dicho mercado, considerando la información que obra de los expedientes administrativos de la INICPD y CRPI.

6.1 Determinación previa del mercado sujeto del presente proceso

[29] De acuerdo con la información remitida por el agente económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA**, titular de la marca y nombre comercial **GELATOMIX**, se dedica principalmente a: *"la elaboración, producción y comercialización de helados específicamente*

artesanales, acompañados con crema y queso", productos que son comercializados básicamente en tiendas tipo fuentes de soda, a través de franquicias. Se señala también que bajo el nombre comercial **GELATOMIX** cuenta con 20 locales en la ciudad de Quito, un local en Ambato, un local en Latacunga y dos en Santo Domingo de los Tsáchilas.

[30] Asimismo dentro de la misma denuncia **GELATOMIX** hace referencia a la actividad que desarrolla **BOGATI**, así:

> *"(...) la cuña publicitaria, en la página web del denunciado, https://bogati.ec/, se hace énfasis en lo siguiente: "En Bogati elaboramos helados de paila artesanalmente con pura fruta, acompañados con el mejor queso y crema"."*

[31] El operador económico **GELATOMIX** indica en su escrito que sin perjuicio de los objetos sociales de cada uno de los operadores económicos involucrados, las presuntas violaciones objeto de la denuncia se enmarcarían en la producción de helados artesanales, acompañados con queso y crema, y su comercialización a través de tiendas tipo fuentes de soda.

[32] Tanto los productos de consumo con nombre comercial **GELATOMIX** como aquellos con denominación **BOGATI**, operan mediante franquicias y a través de sus diferentes tiendas o locales de expendio principalmente como fuentes de soda, comparten ubicación geográfica en ciudades como Quito, Ambato, Latacunga y Santo Domingo. Según la información verificada de la página web[3] los productos de **BOGATI** llegan a al menos 16 provincias del país.

[33] El mercado relevante se puede definir como el producto o servicio sujeto de análisis, así como el conjunto de sustitutos entre ellos y que compiten entre sí en una determinada zona geográfica. Respecto a su determinación previa la INICPD señala:

> *"(...) esta Intendencia, de manera preliminar, considera que el mercado se encontraría definido por: "Producción y venta de helados artesanales en especial los acompañados con crema y queso", a nivel nacional y con una temporalidad aproximada desde enero de 2021 hasta la actualidad."*

[34] De acuerdo con el objeto social de cada una de los operadores económicos involucrados en el presente caso y habiendo identificado que los productos sujetos de la denuncia son principalmente los helados artesanales acompañados con queso y crema; sin la necesidad de realizar un examen más extenso, conforme los parámetros establecidos para el efecto en la Resolución No. 11 de la Junta de Regulación de Control del Poder de Mercado, el cual se lo tendrá que realizar en el momento procesal oportuno; la definición preliminar del mercado de afectación sería la producción y comercialización de helados artesanales, acompañados con queso y crema a nivel nacional. Sin perjuicio de que la Intendencia en su investigación defina una parametrización distinta.

[3] https://bogati.ec/tiendas/

7. DETERMINACIÓN CLARA OBJETIVA Y CONCRETA DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS

[35] El operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA**, titular de la marca y nombre comercial **GELATOMIX**, en su escrito de denuncia solicitó de manera clara, objetiva y concreta las siguientes medidas preventivas:

> *"1.- Se sirva disponer que el denunciado elimine en un término máximo de veinticuatro horas, la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, emitida en la radio 89.7FM de la ciudad de Ambato y en cualquier medio digital.*
>
> *2.- Se ordene el respectivo retiro de cualquier propaganda que compare ilícitamente y denigre los productos de su competencia, en especial de la marca GelatoMix®.*
>
> *3.- Se requiera al denunciado, que a partir de la fecha de emisión de las medidas preventivas, cese cualquier tipo de publicidad que aluda directa o indirectamente a la marca GelatoMix® y sus productos. Esta prohibición se aplicará a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación, incluido redes sociales y medios informáticos.*
>
> *4.- Se ordene al agente económico denunciado que retire toda publicidad que haga referencia a que elaboran helados de paila artesanalmente. Se aplicará a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación, Incluido redes sociales y medios informáticos."*

[36] Solicitud de medidas preventivas en razón de que el operador económico denunciante considera que ha existido presunto engaño, denigración y actos de comparación, en relación con los productos y servicios amparados con las marcas **GELATOMIX** de titularidad del operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA.** [4]

8. HECHOS OBJETO DE LA DENUNCIA

[37] Del expediente de investigación se desprende que el 19 de enero de 2021, el operador económico **GELATOMIX** presentó a través de escrito una denuncia en contra del operador económico **BOGATI** por el presunto cometimiento de prácticas desleales.

[38] Los presuntos actos de competencia desleal imputados señalados en la denuncia corresponden a engaño, denigración y comparación indebida, en virtud de lo establecido en el artículo 27 números 2, 4 letra a) y número 5 de la LORCPM, que señala de manera expresa lo siguiente:

---

[4] De conformidad con los documentos obrantes de los expedientes administrativos se evidencia que el operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA** es titular de las marcas GELATOMIX registradas en las clases 30 y 43 de la clasificación internacional de Niza.

*"**Art. 27.- Prácticas Desleales.-** Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes:*

2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión e cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros:

a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.

5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

[39] El operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA** señala dentro de su denuncia de conformidad con los documentos obrantes de los expedientes administrativos, que es titular de las marcas GELATOMIX registradas en las clases 30 y 43 de la clasificación internacional de Niza.

[40] Asimismo, el operador económico conforme se desprende de la información registrada del RUC, inició sus actividades bajo la denominación de **GELATOMIX** a partir del 17 de febrero de 2016, dedicándose principalmente a la elaboración, producción y comercialización de helados, específicamente artesanales, acompañados con crema y queso, al respecto el agente económico especificó lo siguiente:

"La base de estos helados es la misma de los helados de paila, pero son batidos con equipos propios para helado artesanal, en reemplazo del tradicional batido a mano en pailas de bronce. De igual manera, el queso y crema son producidos por proveedores exclusivos en base a fórmulas propias, que se han ido mejorando con el tiempo."

[41] Por otro lado, dentro de la denuncia se establece que tanto **GELATOMIX** como **BOGATI** serían competidores directos ya que ambos se dedicarían a la producción y comercialización de helados artesanales, acompañados con queso y crema, conforme la determinación preliminar del mercado relevante realizada.

[42] En relación con la denuncia y los hechos objeto de la misma el operador económico **GELATOMIX** señala lo siguiente:

"(...)

2. Ocurre que el día 11 de enero del 2021 en horas de la mañana, me comunicaron sobre una cuña publicitaria de la marca de helados BOGATI que fue emitida por radio BANDIDA 89,7 FM de la ciudad de Ambato, en la cual se hace referencia expresa a GelatoMix®.

La cuña simula un diálogo entre un hombre (H) y una mujer (M), que me permito transcribir:

"H) ¿Hola Mica, a dónde vas?

M) Me voy a los helados con queso del GELATOMEX.

H) Nooo, cómo te vas a ir allá, esos helados son raros, hechos con máquinas, saborizaaantes.

M) Pero siempre vamos para allá pues.

H) Pero ya llegó Bogati, los legítimos helados con queso.

M) A ver, ¿y qué diferencia hay?

H) Mira, hay helados de paila, 100% de fruta natural y con un queso riquísimo, además elaboramos una copa especial para ti, la COPA BANDIDA, con fresas, duraznos, dos sabores de helado, crema y lluvia de queso a solo $1.99.

Bogati Av. Cevallos y Montalvo, junto a la FORNASE Y Samba, Av. Pedro Vásconez e Indoamérica, diagonal al American Pollo. Bogati".

[43] Sostiene además **GELATOMIX**, que la emisora de radio se transmitió no solo a través de la frecuencia 89,7 FM de la ciudad de Ambato, sino también través de su página web

https://radiobandidafm.com/ y otros medios digitales, siendo su alcance a nivel nacional, cuñas que habrían sido reproducidas varias veces, los días 11, 14 y 15 de enero de 2021.

[44] Asimismo, con escrito de 04 de febrero de 2021 el agente económico **GELATOMIX**, presenta ante la INICPD nuevos hechos que considera también son conductas desleales, por lo cual **BOGATI** continuaría cometiendo éstas conductas conforme lo establece el artículo 27 números 2, 4 letra a) y número 5 de la LORCPM.

[45] En relación con los nuevos hechos, el operador económico denunciante señala que se habría publicado en la página de Facebook "Bogati Helados con Queso" un video haciendo mención al nombre comercial **GELATOMIX**, mostrando una simulación de debate, el cual en el escrito el operador económico lo transcribe, así:

Actriz 1 (Moderadora)

- *Buenas noches Ecuador. Aquí comienza el debate 2021.*
- *Empezamos con el candidato de Bogati.*
- *Cuéntenos ¿por qué deberíamos escoger su sabor?*

Actor 2 (Bogati)

- *Nosotros tenemos helados de fruta natural, una crema perfectamente balanceada, un queso especial que conjuga todos los elementos en un sabor increíble.*

Actriz 1 (Moderadora)

- *Candidato ChelatoMesk ¿Cuál cree que es su fortaleza?*

Actor 3 (ChelatoMesk)

- *Nosotros tenemos muchos años en el mercado, somos el sabor original, nadie, nadie nos puede ganar.*

Actriz 1 (Moderadora)

- *Candidato Bogati, tiene su turno para ampliar o debatir.*

Actor 2 (Bogati)

- *Ya dejemos esas cosas atrás, es momento de dar oportunidad a gente nueva, nosotros en menos tiempo tenemos más locales a nivel nacional, y lo más importante, mejor sabor.*

Actriz 1 (Moderadora)

- *Candidato ChelatoMesk, su turno.*

Actor 3 (ChelatoMesk)

- *¿Si ve esta agüita?, agüita linda esta agüita, y usted se preguntará ¿No será de tomar un traguito? ¡No!, mejor tomemos un heladito, más rico.*
- *Rica la agüita.*

Actriz 1 (Moderadora)

- *Continuamos, candidato Bogati, ¿Por qué deberíamos elegir Bogati y no la competencia?*

Actor 2 (Bogati)

- *Nuestros helados son de paila, 100% fruta, no utilizamos pulpas, ni cremas que afectan a la salud, además de tener un queso que no tiene grasa, y lo más importante, les repito, tenemos el mejor sabor.*

Actriz 1 (Moderadora)

- *Candidato Chelato, ¿Qué le diferencia a usted de la competencia?*

Actor 3 (ChelatoMesk)

- *Como le dije, nosotros somos el sabor original.*
- *Bueno, quiero aprovechar este espacio para desearle un feliz cumpleaños a mi amor, muak.*
- *Es más, el primer día que ganemos, yo voy a poner una heladiza, helados de ron pasas, pero sin pasas.*

Actriz 1 (Moderadora)

- *Para finalizar, enviemos un mensaje a nuestro pueblo ecuatoriano.*
- *Bogati.*

Actor 2 (Bogati)

- *Lo único que pedimos es una oportunidad, y no se van a arrepentir, se van a dar cuenta ustedes mismo que el mejor sabor está en Bogati.*
- *Sí, tenemos errores, como todos, pero a diario los corregimos y mejoramos por ustedes.*

Actriz 1 (Moderadora)

- *Su turno ChelatoMesk.*

Actor 3 (ChelatoMesk)

- *Creo que deben saber que, que nuestros helados son como una flor, con tanto amor, me diste tú, se marchitó, me marcho hoy, yo se perder, pero ahahah como me duele.*
- *Gracias.*

[46] Además el operador denunciante adjunta una imagen que es parte del video de debate en el que presuntamente se hace referencia implícita al logo y tipografía de la marca **GELATOMIX®**:

REFERENCIA DEL VIDEO PUBLICITARIO ELABORADO POR "BOGATI HELADOS CON QUESO"

[47] La marca Gelatomix registrada:

GelatoMix®
Helados con Queso

[48] Cabe anotar que con escrito de 03 de febrero de 2021 el operador económico **GELATOMIX** se pronuncia sobre el Informe de la INICPD y solicita a la CRPI adopte las medidas recomendadas por la INICPD.

9. INFORME No. SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I DE 24 DE FEBRERO DE 2021, EMITIDO POR LA INICPD.

[49] El Informe emitido por la INICPD No. SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I de 24 de febrero de 2021**,** concluyó y recomendó lo siguiente:

> *"**10. CONCLUSIONES***
>
> *En virtud de lo expuesto y en consideración del análisis previamente detallado, esta Intendencia concluye lo siguiente:*
>
> *• Existe apariencia de buen derecho sobre el cometimiento de prácticas desleales de denigración y comparación indebida tipificadas en los numerales 4 y 5 del artículo 27 de la LORCPM, por parte de BOGATI, en su publicidad en la que hace referencia a GELATOMIX.*
> *• En virtud de que las conductas denunciadas continuarían realizándose, esta Intendencia considera que existe peligro en la demora de adopción de medidas preventivas.*
> *• Las medidas preventivas solicitadas por GELATOMIX 1, 2 y 3, reúnen los requisitos establecidos en los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM, en cuanto a la proporcionalidad, necesidad, e intensidad, en relación con el peligro en la demora.*
> *• La medida preventiva número 4, a criterio de esta Intendencia, no sería necesaria ni proporcional en relación con el objeto de la denuncia, en el presente caso. Lo indicado, sin perjuicio que en una eventual investigación la Intendencia cuente con los elementos suficientes para sugerir la adopción de medidas preventivas por posibles actos de engaño u otras conductas.*
>
> ***11. RECOMENDACIONES***
>
> *Del análisis elaborado por esta Intendencia se recomienda a la Comisión de Resolución de Primera Instancia considerar el contenido del presente Informe sin que el mismo constituya un criterio vinculante para la adopción de su eventual resolución, y adoptar las medidas preventivas, mientras dure este procedimiento, en contra del titular de la marca BOGATI, solicitadas por el denunciante y esquematizadas por esta Intendencia de la siguiente forma:*
>
> *1.- Que cese en un término máximo de veinticuatro horas, la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, emitida en la radio 89.7FM de la ciudad de Ambato y en cualquier medio digital, redes sociales, páginas web, entre otros.*

2.- Ordene el respectivo retiro de cualquier propaganda que compare directa o indirectamente los productos de la marca GelatoMix®, y sus productos. En tal sentido, no podrá utilizar en su publicidad ningún signo distintivo, sea este denominativo, gráfico, mixto o sonoro que directa o indirectamente aluda a GELATOMIX."

10. CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS

[50] De conformidad con lo que establece el artículo 62 de la LORCPM, la adopción de las medidas preventivas están encaminadas a garantizar y preservar las condiciones de competencia y evitar el daño que se pudiere causar por la aplicación de conductas anticompetitivas, en este caso prácticas desleales. De igual manera se establece que las medidas preventivas deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretenda evitar.

[51] Asimismo la adopción de las medidas preventivas bajo la doctrina generalmente aceptada establece el cumplimiento de dos requisitos básicos como condicionantes para el estudio y la adopción de las medidas preventivas, estos son: la apariencia de buen derecho "*fumus boni iuris"* y la existencia de un riesgo derivado del tiempo que pueda demorase la entidad en la resolución del asunto "*periculum in mora"*.

10.1 Apariencia de buen derecho – "*fumus boni iuris".*

[52] La CRPI en sus estudios precedentes ha indicado de manera reiterada que el presupuesto de este principio doctrinario de la apariencia de buen derecho "*fumus boni iuris*", basado en el trabajo de Calamandrei[5], se presenta cuando existe: "*… cierto grado de verosimilitud del derecho, por medio del cual la administración no requerirá una demostración plena de veracidad de los hechos, sino únicamente bases razonables para suponer que lo alegado puede ser verdadero*."

[53] A través de indicios razonables el derecho controvertido debe obrar como verosímil. Por "indicio razonable" se debe entender todo hecho, acto u omisión del que, por vía de inferencia, pueda generar una gran probabilidad de la existencia del derecho controvertido. Esto quiere decir que el derecho controvertido, *prima facie*, se debe desprender de elementos que obren en el expediente sin realizar análisis probatorios complejos, lo que sí debe hacerse al emitir la resolución final. Por lo tanto, el análisis que se debe hacer en estos casos no es de certeza, sino simplemente de apariencia de veracidad. En este sentido, al decretarse una medida cautelar no se está prejuzgando sino protegiendo un derecho que podría verse conculcado en extremo. Sobre esto la doctrina especializada ha dicho lo siguiente:

---

[5] La CRPI en las Resoluciones anteriores, citando a Calamandrei, indica lo siguiente: *"Al respecto, Piero Calamandrei sostiene "(…) la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de probabilidad y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho en función de la sentencia principal; en sede cautelar vasta que el derecho aparezca verosímil (….). Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares. Ref: Buenos Aires 1996. Página 77."*

"*Fumus boni iuris: en segundo lugar, quien solicita la medida cautelar debe aportar una justificación inicial de su derecho. Este requisito supone que la existencia del derecho controvertido ha de parecer verosímil, es decir, suficiente para que según un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal estimará la pretensión del que solicita la medida cautelar. Como ha expuesto parte de la doctrina, para apreciar la existencia del fumus boni iuris «hace falta algo más que la posibilidad y algo menos que la certeza».*

(...)

... Sin embargo, para la adopción de la medida cautelar basta la aportación de un principio de prueba, y no de una prueba completa, pues si se exigiese prueba plena el proceso cautelar sustituiría al procedimiento principal."[6]

[54] En la doctrina nacional también se sigue la misma línea:

"*fumus boni iuris, (humo – apariencia del buen derecho), que en materia de competencia desleal se explica por las pruebas preliminares que se entregan en la demanda de las cuales se infieran, sin que ello signifique un adelantamiento de opinión judicial, elementos suficientes para que 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 el interés público (...)".*[7]

[55] La denuncia presentada el 19 de enero de 2021 por el operador económico **GELATOMIX**, en el cual se adjunta como anexo una cuña publicitaria emitida a través de la frecuencia 89,7 FM de la ciudad de Ambato, su página web https://radiobandidafm.com/ y otros medios digitales, así como el anexo al escrito de 04 de febrero de 2021 presentado por el mismo operador denunciante, que constituye un video publicado en Facebook simulando un debate político, versan sobre actos de engaño, denigración y comparación indebida.

10.1.1 Sobre los presuntos actos de engaño

[56] De manera expresa en relación con los actos de engaño supuestamente cometidos por **BOGATI,** el operador económico denunciante se refiere de manera expresa, así:

---

6 FOLGUER CRESPO, Jaime y otros. *Las Normas de Defensa de la Competencia: Medidas Cautelares en su aplicación Judicial Directa*. Publicado en Derecho de la Competencia y los Jueces. Págs 254 a 255. En https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf. Consultado el 16/02/2020.

7 Secaira Durango, Patricio. Derecho Administrativo y Corrección Económica. Memorias Seminario Internacional. Corte Nacional de Justicia. Primera Edición. Quito – Ecuador 16 a 19 de noviembre de 2015. Pág. 212.

"El operador económico denunciado ha incurrido en prácticas de engaño (…) al emitir y difundir datos falsos respecto al modo de fabricación de sus principales productos, esto son, sus helados acompañados con crema y queso. Esta situación induce a error sobre los atributos de los mismos afectando a la eficiencia económica, el comercio justo y el bienestar general, así como, los derechos de los consumidores…

(…)

Existe engaño en su publicidad - tanto en la cuña publicitaria y en sus redes sociales-respecto al modo de fabricación de los productos del denunciado, ya que la técnica utilizada es la artesanal más no la técnica a paila, generando error en el producto. Este hecho distorsiona la competencia. Además, influye en la toma de decisiones de los consumidores.".

[57] La INICPD en el Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-021-I, sobre los presuntos actos de engaño señala que:

"(…)

Sin embargo, dada la etapa del procedimiento y los elementos que constan en el expediente, no es posible determinar aún si existen indicios sobre el cometimiento o no de actos de engaño, es decir, si las aseveraciones de BOGATI son o no falsas.

Por este motivo, esta autoridad considera que no se ha configurado la regla de la apariencia de buen derecho, en relación con los supuestos actos de engaño."

[58] Una vez que la CRPI realizó la revisión de los escritos de 19 de enero de 2021 y de 04 de febrero de 2021 y sus respectivos anexos, los cuales conforman la denuncia presentada por **GELATOMIX**, se desprende que el supuesto engaño por parte de **BOGATI** a los consumidores consistiría en que el denunciado publicó y difundió información falsa en relación con el modo de la fabricación de sus principales productos.

[59] Al respecto, en concordancia con lo enunciado por la INICPD, la CRPI no puede determinar conforme la revisión de la información constante en los expedientes administrativos, que existan indicios que confirmen si las afirmaciones señaladas por el denunciado son verdaderas o falsas, y una posible afectación al interés general o al bienestar de los consumidores derivados de los presuntos actos de engaño, lo que deberá ser estudiado a fondo por la INICPD en el transcurso de la fase de investigación.

[60] Por lo tanto, no se configura la apariencia de buen derecho, ya que no se puede identificar en el momento procesal la intensidad del daño que se pretende evitar en vista de la no existencia de elementos fácticos, que permitan evidenciar una conducta específica que pretenda o suponga la realización de actos anticompetitivos.

10.1.2 Sobre los presuntos actos de denigración

[61] En su denuncia el operador económico señaló que:

> *"(...) la cuña publicitaria que continúa siendo emitida en la frecuencia 89,7 FM y en varias páginas de la web, pone en duda la manera de cómo se elaboran los productos de GelatoMix, al afirmar:" esos helados son raros, hechos con máquinas, saborizantes". Se trata de una aseveración incorrecta y falsa, que tiene por objeto y efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.*
>
> *Usar peyorativos como el término "raros", determina que el denunciado, utiliza una expresión de descrédito que no puede comprobarse, por cuanto se aleja del campo de la objetividad. Al no contener una expresión fidedigna, verídica y confiable, y que no puede ser comprobada, se está frente a un acto desleal de denigración que debe ser sancionado.*
>
> *Respecto a que los productos de GelatoMix son "hechos con máquinas, saborizantes" se trata de una aseveración incorrecta y falsa. GelatoMix se ha posicionado en el mercado por ofrecer helados de calidad, acompañados con queso y crema, elaborados artesanalmente (la base sigue siendo la misma de los helados de paila). Si bien es cierto, el denunciado podrá alegar "exceptio veritatis" o defensa de ser efectivas las aseveraciones de descrédito efectuadas, tal argumento desde ya anticipo, carecerá de sustento por cuanto conozco el origen de mis productos.*
>
> *El denunciante (sic por denunciado) jamás podría demostrar sus aseveraciones constantes en la cuña publicitaria ya que son totalmente falsas.*
>
> *(...)"*

[62] En referencia a la publicidad que simula un debate el cual consta como anexo al escrito presentado por **GELATOMIX** el 04 de febrero de 2021, el operador económico asegura que existirían elementos que demuestran que el denunciado continúa cometiendo actos de denigración, lo expresa de la siguiente manera:

> *"(...) Con el video que se ha transcrito y que se agrega al presente escrito, se desprende que el denunciado continúa con actos de denigración. Su objetivo es desprestigiar a la persona de un competidor y de sus productos. El denunciado se encuentra realizando una campaña de descrédito, lo que afecta claramente la imagen de la marca GELATOMIX®, incluso lo hace con expresiones denigratorias, sarcásticas, de mofa que resultan innecesarias para un proceso competitivo."*

[63] La INICPD en relación con el presunto cometimiento de actos de denigración señala en su Informe lo siguiente:

> *"(...)*
>
> *Al respecto, esta Intendencia considera en forma preliminar que el video difundido a través de la red social Facebook, contiene aseveraciones que, independientemente de que sean ciertas o no, tendrían por objeto desacreditar a GELATOMIX en el mercado, por su tono de ridículo. Esta publicidad, en su mayoría, no aportaría con información necesaria para que los consumidores realicen un consumo informado.*
>
> *En este orden de ideas, en criterio de esta Intendencia existe una apariencia de buen derecho sobre el cometimiento de actos de denigración."*

[64] Como se ha mencionado y consta dentro de la presente sustanciación, **GELATOMIX** remitió como hechos constantes en la denuncia dos publicidades difundidas a través de Radio Bandida de la ciudad de Ambato y en la red social Facebook.

[65] Del audio de la pauta publicitaria difundida a través de la frecuencia radial, así como de la revisión de la transcripción de la misma, se desprende que **BOGATI** habría hecho alusión a la composición de los helados de **GELATOMIX**, y su modo de fabricación de manera despectiva y peyorativa, en lo pertinente, así: *"(...) esos helados son raros, hechos con máquinas, saborizantes".*

[66] Por otro lado, en el video incorporado al expediente publicado en la página de la red social Facebook, el mismo que simula un debate político, que con anterioridad se dio lectura a su transcripción, incluye expresiones que minimizan las bondades de los productos del denunciante dentro de un contexto de sátira y burla.

[67] Cabe señalar además, que en la simulación del debate, uno de los participantes es ChelatoMesk, con un fondo y colores que podría simular el logotipo de **GELATOMIX**, demostrándose de esta manera que hace una presunta alusión al denunciante, resaltando además que dentro de ese logo se observa el texto "Helados Artificiales", a diferencia del logo de **GELATOMIX** que indica "Helados con Queso".

[68] A criterio de la CRPI, se configura la apariencia de buen derecho, existen elementos suficientes para determinar la existencia de la misma, pues a través de la valoración que se ha realizado se demuestra un grado de verosimilitud de las afirmaciones y el material indiciario que ha sido aportado por el solicitante, al reclamar afectaciones al mercado a través de expresiones que pueden denigrar su accionar.

[69] Así la doctrina ha considerado que:

> *"La apariencia de buen derecho ha de ser concebida como la convicción indiciaria que ha de tener quien ha de adoptar la decisión de que al peticionario de una*

medida cautelar le asiste prima facie un derecho de notable importancia y, en cualquier caso, que existe un interés público lesionado que puede ser concurrente con el interés del solicitante. En este sentido un acto notoriamente arbitrario afecta al solicitante y a la colectividad que está más que interesada en que no se den actos al margen de la ley"[8]

10.1.3 Sobre los presuntos actos de comparación

[70] Dentro de las consideraciones presentadas por el denunciante respecto de los presuntos actos de comparación constan las siguientes:

"(...)

Para que sea veraz la información se debe partir de afirmaciones que contengan información objetiva, esto es, comprobable y verificable. En relación a los principios de lealtad e identificabilidad, la publicidad debe respetar la buena fe comercial y los usos y prácticas honestas.

De acuerdo a los antecedentes de la denuncia presentada, la publicidad realiza una confrontación de los productos de dos competidores directos: GelatoMix ® y Bogati. Esta comparación se la efectúa de manera directa y explícita, y lo más relevante, se lo hace mediante hechos falsos.

La publicidad parte de dos argumentos: a) Esos helados son raros, hechos con máquinas saborizantes (haciendo alusión a GelatoMix); b) Bogati, los legítimos helados con queso. Hay helados de paila, 100% de fruta natural y con un queso riquísimo. Esta comparación se basa en datos falsos e incluso expresiones denigratorias que resultan innecesarias para la competencia. En estos casos, los actos de comparación deben ser calificados de ilícita (sic), configurándose una práctica desleal.

Adicionalmente, la supuesta ventaja del producto del anunciante, Bogati, no puede considerarse análoga ya que parte de un parámetro falso respecto a los productos de GelatoMix (se parte de la premisa de que los helados de Gelatomix son raros, hechos con máquinas, saborizantes, lo cual no es verdad). Será obligación del denunciado indicar cómo es posible tomar conocimiento de los elementos con los cuales se estructuró la comparación.

(...)"

[8] Jean Claude Tron Petit. La suspensión como modalidad de medida cautelar en el amparo.

[71] Asimismo, dentro del escrito y anexo presentados el 04 de febrero de 2021 por el denunciante en relación con los nuevos hechos de presunto cometimiento de conductas desleales, se señala lo siguiente:

> *"(...)*
>
> *En definitiva, la campaña publicitaria de BOGATI perjudica a la reputación de un agente económico (GelatoMix®), a través de hechos falsos e impertinentes.*
>
> *b) De acuerdo con el video, se realiza una confrontación (en simulación de un debate) de los productos de dos competidores directos: GelatoMix® y Bogati. En el video se indica:*
>
> ***Actor2 (Bogati)***
> *- Nuestros helados son de paila, 100% fruta, no utilizamos pulpas, ni cremas que afectan a la salud, además de tener un queso que no tiene grasa, y lo más importante, les repito, tenemos el mejor sabor.*
>
> *Este acto de comparación hace entender y deducir que los helados elaborados por GelatoMix® son todo lo contrario, es más, que hacen daño y, detrás del actor 3 (ChelatoMesk), se muestra un rótulo con la frase "Helados Artificiales". GelatoMix® se ha posicionado en el mercado por ofrecer helados de calidad, acompañados con queso y crema, elaborados artesanalmente (la base sigue siendo la misma delos helados de paila)."*

[72] La INICPD en el Informe, sobre los presuntos actos de comparación indebida señala que:

> *"(...) esta Intendencia considera que la comparación sobre los parámetros fruta natural, pulpas, cremas que afectan a la salud y el queso que no tiene grasa, es análoga, por cuanto compara los helados de ambos competidores, es relevante, toda vez que esta información podría ser útil para que el consumidor ejerza su derecho a un consumo responsable e informado.*
>
> *Sin embargo, respecto del parámetro de comparación "el mejor sabor", esta Autoridad estima que si bien puede ser análogo y relevante para el consumidor, no es comprobable, dado que no puede ser medido de acuerdo con parámetros objetivos, pues el adjetivo cualitativo "mejor", es subjetivo.*
>
> *En virtud de lo expuesto, esta Intendencia considera que existe una apariencia de buen derecho sobre el posible cometimiento de actos de actos (sic) de comparación ilícita."*

[73] De acuerdo con la denuncia y anexos que constan en los expedientes administrativos se encuentra que el operador denunciado podría haber realizado una publicidad comparativa indebida específicamente en la simulación de un debate político, al utilizar el nombre de **GELATOMIX** dentro de un ambiente de parodia y mofa.

[74] En dicha publicidad como ya se mencionó conforme la revisión de la misma, se habría utilizado la palabra de fantasía "ChelatoMesk / Helados Artificiales", aparentemente haciendo alusión a "GelatoMix / Helados Con Queso". **BOGATI** habría realizado las siguientes comparaciones indebidas:

> *"(...) Nosotros tenemos helados de fruta natural, una crema perfectamente balanceada, un queso especial que conjuga todos los elementos en un sabor increíble.*
>
> *(...) Nuestros helados son de paila, 100% fruta, no utilizamos pulpas, ni cremas que afectan a la salud, además de tener un queso que no tiene grasa, y lo más importante, les repito, tenemos el mejor sabor."*

[75] De lo descrito, conforme la posición de la INICPD si bien es cierto el agente económico tiene la posibilidad de enunciar los beneficios de su producto, también es cierto que debe hacerlo de manera que justifique sus afirmaciones al mencionar por ejemplo que: "*Nuestros helados son de paila"*, cuando se conoce que son elaborados de manera artesanal diferente a lo que significa una técnica de elaboración en paila.

[76] Existen subjetividades dentro de los elementos mencionados tal como: "*sabor increíble*", "*tenemos el mejor sabor*", no existen parámetros definidos para tales afirmaciones, sin embargo se enunciaron posiblemente con la finalidad de afectar las bondades o beneficios que podrían tener los productos de un competidor a través de los actos de comparación mencionados.

[77] Las afirmaciones respecto de que los helados de **BOGATI** en el marco de la publicidad analizada en la cual se indica que una de las marcas elabora helados de paila, 100% fruta, que no utilizan pulpas, ni cremas y grasas que afectan a la salud, podría aludir a que los productos de **GELATOMIX** no son 100% de fruta, o que utilizan pulpas, cremas, que contengan grasas y finalmente afecten a la salud.

[78] Son elementos que tienen un grado significativo de comparación indebida, dado que no existen parámetros que justifiquen o determinen la veracidad de tales afirmaciones.

[79] De lo expuesto, la CRPI ha logrado identificar la existencia de indicios suficientes para generar la apariencia de buen derecho, pues ha presentado elementos que dan cierta certeza de la existencia de una posible práctica anticompetitiva generada por afirmaciones alusivas a las condiciones y calidad del producto de **GELATOMIX**, siendo indicios de posibles actos de comparación indebida, lo que deberá ser estudiado a fondo por la Intendencia en el transcurso de la fase investigativa.

10.2 Peligro en la demora – "*periculum in mora*".

[80] Es el daño que se produciría o se incrementaría si la medida preventiva no fuera adoptada. El tiempo que transcurre entre la solicitud y la resolución final, de conformidad con la naturaleza del asunto, debe entrañar un riesgo real en la generación o ahondamiento del daño que se pretendería evitar con las medidas. Para evaluar la existencia del mencionado presupuesto, se debe atender a la finalidad de las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 62 de la LORCPM: (i) preservar las condiciones de competencia afectadas; (ii) evitar el daño que pudieran causar las conductas a las que el procedimiento se refiere; (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

[81] Este presupuesto es fundamental para dictar las medidas preventivas y da razón de la propia existencia de las mismas, ya que se basa en la prevención y en la urgencia como dinamizadores de su adopción.[9]

[82] El *periculum in mora* tiene su fundamento en cuanto aquel que solicite medidas preventivas *"deberá invocar, razonar y/o justificar las circunstancias en las que se concreta en cada caso el genérico riesgo de inefectividad de la sentencia y solicitar, en consecuencia, las medidas cautelares que estime adecuadas para conjurarlo."*[10]

[83] Es decir, que la medida preventiva se basa en la existencia de un riesgo real de afectación que se pueda ocasionar durante el proceso hasta su resolución y, por lo tanto, que existan circunstancias que afecten la efectividad de la resolución[11]. En otras palabras, el *periculum in mora* se refiere a *"que exista peligro de que pierda eficacia la Resolución final si no se adopta la medida"*[12].

[84] La INICPD en relación con el caso que nos ocupa concluye de manera expresa que existiría un peligro en la demora.

[85] Según los datos que constan de la denuncia, recabados por la Intendencia y plasmados en su Informe, se conoce que la actividad del denunciante comenzó en el año 2016 bajo el nombre comercial **GELATOMIX** marca debidamente registrada, y cuenta con 20 locales ubicados en la ciudad de Quito, 1 en Ambato, 1 en Latacunga y 2 en Santo Domingo de los Tsáchilas, en tanto que el denunciado inicia sus actividades en el año 2017 y cuenta con 31 tiendas a nivel

---

9 Sobre esto se puede ver: CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Editorial Bibliográfica Argentina. 1945. Págs. 40 a 43.

10 ORTELLIS RAMOS, M. y BELLIDO PENADÉS, R.: *Las medidas cautelares en derecho de la competencia,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. p. 109.

11 FOLGUERA J.: y otros. *Las Medidas Cautelares*, http://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf.

12 Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia. Expte. MC 30/99, Glaxo 2 de 19 de julio.

nacional, sobre quien pesa las medidas cautelares por presuntos actos de denigración y comparación indebida.

[86] Asimismo, se conoce que las transmisiones de las cuñas publicitarias se habrían realizado los días 11, 13, 14 y 15 de enero de 2021 a través de la frecuencia 89,7 FM Radio Bandida, así como a través de su página digital. Por otro lado, el video publicado en Facebook de la simulación de un debate político del cual conforme el análisis realizado se desprende también que existirían indicios de cometimiento de actos de denigración y comparación indebida, habría sido expuesto a nivel nacional y de manera masiva, características propias de una red social.

[87] Cabe señalar que la CRPI desconoce si la publicidad al momento se sigue transmitiendo, sin embargo de aquello, del análisis realizado se desprende que el alcance e impacto de la incidencia de las presuntas conductas sujetas de estudio serían a nivel nacional, que junto con la volatilidad que representa la información emitida por una red social, son elementos que revelan la capacidad de generar impacto en el público consumidor.

[88] Actualmente vivimos una época en la cual la globalización de las telecomunicaciones e información digital llegan a tal punto que basta con un comentario en una red social para que dicha información se despliegue y pueda llegar hasta el otro lado del mundo en tan solo unos minutos. Por la peligrosidad de este tipo de prácticas éstas deben ser especialmente vigiladas y sancionadas, pues la deshonestidad está en la forma de adquirir clientela, que no sea por sus propios méritos, sino por la destrucción del crédito de otro.

[89] La CRPI insumido del análisis realizado en relación con la apariencia del buen derecho, en el cual se determinó en base de las pruebas aportadas por el operador económico denunciante que existirían indicios con un nivel aceptable de verosimilitud de presuntas prácticas desleales, y como consecuencia podría haber una posible afectación o distorsión del mercado e impacto en el interés general de los consumidores, la CRPI concuerda con la INICPD que se ha logrado identificar la existencia de indicios suficientes para generar *periculum in mora*, pues existen elementos que pueden conllevar a una afectación por la existencia de posibles prácticas anticompetitivas generadas por las operaciones del denunciado, además se considera que la demora en la tramitación del proceso podría causar daño grave e irreparable, cuando se presume que las conductas sujetas de análisis tendrían lugar desde hace varios meses.

10.3 Análisis de la necesidad y proporcionalidad de las medidas

[90] Las medidas preventivas solicitadas por el operador económico **GELATOMIX** son las siguientes:

> *"1.- Se sirva disponer que el denunciado elimine en un término máximo de veinticuatro horas, la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, emitida en la radio 89.7FM de la ciudad de Ambato y en cualquier medio digital.*

2.- *Se ordene el respectivo retiro de cualquier propaganda que compare ilícitamente y denigre los productos de su competencia, en especial de la marca GelatoMix®.*

3.- *Se requiera al denunciado, que a partir de la fecha de emisión de las medidas preventivas, cese cualquier tipo de publicidad que aluda directa o indirectamente a la marca GelatoMix® y sus productos. Esta prohibición se aplicará a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación, incluido redes sociales y medios informáticos.*

4.- *Se ordene al agente económico denunciado que retire toda publicidad que haga referencia a que elaboran helados de paila artesanalmente. Se aplicará a la publicidad difundida en cualquier medio de comunicación, Incluido redes sociales y medios informáticos."*

[91] La LORCPM en el artículo 62, así como el artículo 74 del RLORCPM, establecen que las medidas preventivas deben ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretenda evitar.

10.3.1 Necesidad

[92] Las medidas cautelares deben ser la vía adecuada para evitar el daño, su ahondamiento, preservar las condiciones de competencia, o asegurar la eficacia de la resolución definitiva. Deben dictarse si no existen otras medidas que pudiere alcanzar dicha finalidad, es decir, si no se presenta otra alternativa eficaz de conformidad con la naturaleza del asunto.

[93] Partiendo del hecho de existen elementos que permiten identificar el presunto daño causado por las conductas anticompetitivas y según la naturaleza del asunto analizado, la CRPI establece la existencia de elementos que podrían justificar que las medidas solicitadas son efectivas para evitar o cesar el daño causado. Se reconoce la necesidad e intensidad de adoptar medidas preventivas conforme la información disponible que obra del expediente.

[94] Lo anterior en cuanto se considera que se puede identificar la intensidad del daño que se pretende evitar en vista de la existencia de elementos con un nivel de verosimilitud, que permitan evidenciar una conducta específica que pretenda o suponga la realización de actos anticompetitivos.

[95] Según la naturaleza del asunto analizado, así como en relación con el grado del daño que se pretende evitar, la CRPI concuerda con la Intendencia en que las medidas son necesarias. Si no se establecen, se podrían generar daños irreparables o de difícil reparación, y de ahí radica su necesidad. Son una vía adecuada para prevenir el daño.

10.3.2 Proporcionalidad

[96] Las medidas cautelares deben adoptarse teniendo en cuenta la importancia, la naturaleza, la intensidad y el grado de los intereses que se pretenden precautelar. No pueden ser excesivas o

generar perjuicios injustificados al administrado. Es decir que, debe existir un adecuando balance entre la medida a imponer y el perjuicio que se pretende evitar. En este sentido, el inciso 3 del artículo 73 del RLORCPM prevé que: "*No se podrán dictar medidas que puedan originar daños irreparables a los presuntos responsables o que impliquen violación de derechos fundamentales*".[13]

[97] Al respecto la INICPD concluye en su Informe lo siguiente:

> *"(...)*
>
> - *Las medidas preventivas solicitadas por GELATOMIX 1, 2 y 3, reúnen los requisitos establecidos en los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM, en cuanto a la proporcionalidad, necesidad, e intensidad, en relación con el peligro en la demora.*
>
> - *La medida preventiva número 4, a criterio de esta Intendencia, no sería necesaria ni proporcional en relación con el objeto de la denuncia, en el presente caso. (...)"*

[98] Las medidas solicitadas son proporcionales, ya que su intensidad está en concordancia con el grado del daño que se pretende proteger. Además, no genera daños irreparables a **BOGATI**.

[99] De conformidad con la naturaleza del asunto analizado, así como con el grado del daño que se pretendería evitar, la CRPI coincide con la INICPD en que la medida *4.-* no sería necesaria ni proporcional, no se identificaron los elementos y requisitos determinantes que comprueben la necesidad y proporcionalidad para la adopción de la medida solicitada. Además esta no se muestra proporcional en primer lugar porque no existe un sustento legal que establezca una afectación generada al solicitante por las actuaciones del denunciado, no se conoce de manera cierta cuál sería la afectación por no imponer la medida, por lo tanto no podemos saber la intensidad y proporcionalidad de esta para evitar un presunto daño. En segundo lugar, la medida solicitada podría afectar las operaciones del denunciado causando daños irreparables e impacto negativo a sus clientes y consumidores en general.

[100] En virtud de la sustanciación y motivación expuestas a lo largo del análisis y desarrollo de la presente resolución, la CRPI dispondrá la adopción de las siguientes medidas preventivas:

i. Se dispone al operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, el cese inmediato de la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, emitida en la radio 89.7FM de la ciudad de Ambato y en cualquier medio físico y digital, redes sociales, páginas web, entre otros.

---

13 Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.

ii. Se dispone al operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, el cese inmediato de la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, publicada en la red social Facebook y en cualquier medio físico y digital, redes sociales, páginas web, entre otros.

iii. Se dispone al operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, el retiro y cese de cualquier publicidad y propaganda que aluda de manera directa o indirecta a la marca *GelatoMix*® o a sus productos.

En mérito de lo expuesto, la Comisión de Resolución de Primera Instancia

RESUELVE

PRIMERO.- AGREGAR al expediente el escrito presentado por el operador económico **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA** nombre comercial **GELATOMIX**, el 03 de marzo de 2021 a las 13h15, asignado con Id. 186940.

SEGUNDO.- ADOPTAR y disponer, bajo prevenciones de ley, el cumplimiento de las siguientes medidas preventivas:

i. Se dispone al operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, el cese inmediato de la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, emitida en la radio 89.7FM de la ciudad de Ambato y en cualquier medio físico y digital, redes sociales, páginas web, entre otros.

ii. Se dispone al operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, el cese inmediato de la publicidad que ha sido objeto de la presente denuncia, publicada en la red social Facebook y en cualquier medio físico y digital, redes sociales, páginas web, entre otros.

iii. Se dispone al operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, el retiro y cese de cualquier publicidad y propaganda que aluda de manera directa o indirecta a la marca *GelatoMix*® o a sus productos.

TERCERO.- DISPONER a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, que realice el seguimiento de la adopción y cumplimiento de las medidas preventivas impuestas.

Para tal efecto, deberá presentar un informe semestral a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, mediante el cual se verifique el estricto cumplimiento de las medidas preventivas, en base de una declaración juramentada que deberá presentar cada 6 meses el operador económico

SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**.

CUARTO.- SOLICITAR al operador económico **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO,** que presente ante la INICPD una declaración juramentada cada 6 meses, respecto del cumplimiento de las medidas preventivas impuestas. .

QUINTO.- NOTIFICAR la presente Resolución a los operadores económicos **FABIÁN MARCELO QUINTEROS VACA** nombre comercial **GELATOMIX**, **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, a la Intendencia General Técnica y a la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.-

Firmado electrónicamente por:
EDISON RENE TORO CALDERON

Édison Toro Calderón
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
JAIME FERNANDO LARA IZURIETA

Jaime Lara Izurieta
COMISIONADO

Firmado electrónicamente por:
MARCELO VARGAS

Marcelo Vargas Mendoza
PRESIDENTE