



**EXPEDIENTE No. SCPM-CRPI-033-2021**

**SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- COMISIÓN DE RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.-** D.M. Quito, 5 de noviembre de 2021, 11h33.-

**Comisionado Sustanciador:** Marcelo Vargas Mendoza

**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 11 de octubre 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-229-2021-M de 19 de octubre de 2021, signado con Id. 210820, mediante el cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales (en adelante INICPD), remitió el informe de medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-059-I y demás anexos.



- [5] El Informe de Medidas Preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-059-I de 18 de octubre de 2021.
- [6] La providencia emitida por la CRPI el 22 de octubre de 2021 a las 09h21.
- [7] El escrito presentado por el operador económico **UPFIELD ECUADOR S.A.** (en adelante **UPFIELD**) el 27 de octubre de 2021, signado con Id. 212570.

## CONSIDERANDO

- [8] Que la Comisión de Resolución de Primera Instancia en uso de sus atribuciones legales para resolver, considera:

### 1. AUTORIDAD COMPETENTE

- [9] 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 a 67 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM (en adelante IGPA).

### 2. IDENTIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS INVOLUCRADOS.

#### 2.1. Denunciante y solicitante de las medidas preventivas

- [10] Conforme consta en el expediente de investigación el denunciante es el operador económico **UPFIELD**, empresa identificada con RUC No. 1792879795001, con domicilio en Calle Balsamos Sur No. 118 del cantón Guayaquil. Señaló que recibirá notificaciones en las direcciones de correo electrónico: farosemena@propiedadintelectual.com.ec, miarosemena@propiedadintelectual.com.ec y rmolina@coronelyperez.com.
- [11] De acuerdo con la información que consta de los registros públicos, la actividad principal del operador **UPFIELD** corresponde a:

*“(…)VENTA AL POR MAYOR DE PRODUCTOS DE PANADERÍA Y REPOSTERÍA.; así como también podrá ejecutar las actividades complementarias: INTERMEDIARIOS DEL COMERCIO DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS, BEBIDAS Y TABACO.; VENTA AL POR MAYOR DE OTROS PRODUCTOS COMESTIBLES (ENLATADOS Y CONSERVAS).; VENTA AL POR MAYOR DE PRODUCTOS LÁCTEOS, INCLUIDO HELADOS, BOLOS, ETCÉTERA.; VENTA AL POR MAYOR DE ACEITES Y GRASAS COMESTIBLES DE ORIGEN ANIMAL O VEGETAL.; VENTA AL POR MAYOR*



*DE CARNE Y PRODUCTOS CÁRNICOS (INCLUIDAS LAS AVES DE CORRAL).”<sup>1</sup>*

## 2.2. Operador económico denunciado y sobre el cual se está adelantando la investigación

- [12] Conforme consta en el expediente de investigación el denunciado es el operador económico **INDUSTRIAS ALES C.A.** (en adelante **ALES**), sociedad identificada con RUC No. 1390000991001, domiciliada en Ave. Galo Plaza Lasso N 51-23 y Rafael Bustamante del cantón Quito. Señaló<sup>2</sup> que recibirá notificaciones en el casillero judicial No. 4594 del antiguo Palacio de Justicia de Quito, así como en las direcciones de correo electrónico lmarin@lexvalor.com, rpenaherrera@lexvalor.com, jalmeida@lexvalor.com y ateran@lexvalor.com.
- [13] De acuerdo con los registros disponibles en el SRI la actividad principal del operador **ALES** se orienta a la “(...) *ELABORACIÓN DE ACEITES VEGETALES: OXIDACIÓN POR CORRIENTE DE AIRE, COCCIÓN, DESHIDRATACIÓN, HIDROGENACIÓN, ETCÉTERA; MEZCLAS DE ACEITES DE OLIVA, Y PRODUCTOS SIMILARES.*”<sup>3</sup>

## 3. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### 3.1. Expediente SCPM-IGT-INICPD-015-2021

- [14] Mediante escrito y anexos radicados el 07 de septiembre de 2021 a las 16h13, signados con Id. 206546, el operador económico **UPFIELD** presentó una denuncia en contra del operador económico **ALES** por el supuesto cometimiento de actos de competencia desleal bajo las modalidades de confusión e imitación (numerales 1 y 3 literal b) del artículo 27 de la LORCPM). En el escrito de denuncia el operador económico **UPFIELD** solicitó la adopción de medidas preventivas.
- [15] Mediante escrito presentado el 23 de septiembre de 2021 a las 16h58, signado con Id. 208386, el operador económico **UPFIELD**, a solicitud de la INICPD, aclaró la denuncia presentada en contra del operador económico **ALES**.

---

<sup>1</sup> Portal Web Superintendencia de Compañías Valores y Seguros. [https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta\\_cia\\_menu.zul?expediente=310750&tipo=1](https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/consulta_cia_menu.zul?expediente=310750&tipo=1). Consultado el 26 de octubre de 2021.

<sup>2</sup> Expediente No. SCPM-IGT-INICPD-015-2021. Escrito presentado por ALES el 18 de octubre de 2021 a las 15h17, trámite con Id. 210661.

<sup>3</sup> Portal Web Servicio de Rentas Internas. <https://srienlinea.sri.gob.ec/sri-enlinea/SriRucWeb/ConsultaRuc/Consultas/consultaRuc>. Consultado el 26 de octubre de 2021 con RUC No. 1390000991001.



- [16] Mediante providencia de 27 de septiembre de 2021 la INICPD, entre otras actuaciones, calificó la denuncia, avocó conocimiento y abrió el expediente SCPM-IGT-INICPD-015-2021.

### 3.2. Expediente SCPM-CRPI-033-2021

- [17] Mediante memorando No. SCPM-IGT-INICPD-229-2021-M y anexos de 19 de octubre de 2021, la INICPD remitió a la CRPI el informe de medidas preventivas No. SCPM-IGT-INICPD-2021-059-I de 18 de octubre de 2021, relativo a la solicitud presentada por el operador económico **UPFIELD** en el marco de la denuncia contra el operador económico **ALES**.
- [18] A través de providencia de 22 de octubre de 2021 expedida a las 09h21, la CRPI avocó conocimiento del expediente SCPM-CRPI-033-2021 y dispuso trasladar al operador económico **UPFIELD** el informe de medidas preventivas SCPM-IGT-INICPD-2021-059-I de 18 de octubre de 2021, a fin de que en el término de tres (3) días manifestara lo que considerara pertinente.
- [19] Mediante escrito asentado el 27 de octubre de 2021, signado con Id. 212570, el operador económico **UPFIELD** presentó sus observaciones al informe de medidas preventivas SCPM-IGT-INICPD-2021-059-I de 18 de octubre de 2021.

## 4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 4.1. LORCPM.

- [20] El artículo 62 de la LORCPM consagra la figura 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.*

## 4.2. RLORCPM

[21] Los artículos 73 a 78 del RLORCPM establecen el procedimiento para la aplicación de medidas preventivas (sección 3). En relación con su adopción, los artículos 73 y 74 establecen una lista no taxativa de las medidas a imponerse, así como ciertas reglas básicas de procedimiento, así:

*“Art. 73.- Clases de medidas preventivas.- Según lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley el órgano de sustanciación y resolución podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas preventivas tendientes a evitar una grave lesión que afecte la libre concurrencia de los operadores:*

- a) Ordenes de cese inmediato de la conducta en que se podrá incluir el apercibimiento de sanción de conformidad con la Ley.*
- b) La imposición de condiciones.*
- c) La suspensión de los efectos de actos jurídicos relacionados a la conducta prohibida.*
- d) La adopción de comportamientos positivos.*
- e) Las demás que considere pertinente para preservar las condiciones de competencia afectadas y evitar el daño que pudieren causar las conductas investigadas o asegurar la eficacia de la resolución definitiva.*

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

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

*“Art. 74.- Adopción de medidas preventivas.- El órgano de sustanciación y resolución, durante cualquier etapa del procedimiento podrá, a sugerencia*



*del órgano de investigación o a solicitud del denunciante, dictar la adopción de medidas preventivas por el plazo que estimare conveniente.*

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

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

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

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

#### **4.3. IGPA**

- [22] La primera sección del capítulo X del Instructivo regula el procedimiento de aplicación y gestión de las medidas preventivas (artículos 63 a 72). Los artículos 65, 66 y 67 determinan el procedimiento para su adopción, 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.”*

## 5. DETERMINACIÓN PRELIMINAR DEL MERCADO RELEVANTE

- [23] Teniendo en cuenta los productos vinculados con la controversia y lo afirmado por la INICPD en su informe, la CRPI de manera preliminar encuentra que el mercado relevante es el de la comercialización de margarina. Sin embargo, la INICPD en el desarrollo del procedimiento de investigación podrá hacer una delimitación más pertinente y clara de dicho mercado.
- [24] Al caracterizar el producto objeto de la investigación la INICPD, de manera preliminar, indicó ciertos puntos clave para el presente análisis que resumiremos:
- (i) La margarina es: “(...) *la grasa comestible de uso humano indirecto, elaborada con fines culinarios, doméstico o industrial; de consistencia plástica, constituida por agua, leche, o una mezcla de ambas de emulsión con grasas o aceites comestibles solos o en mezclas.*”<sup>4</sup>
  - (ii) El principal canal de comercialización de este producto es el tradicional con una participación aproximada del 66%.
  - (iii) Existen 18 productores y 30 marcas de margarina en el sector.
  - (iv) Es un mercado altamente concentrado con un HHI de 3926,69 puntos.
  - (v) El operador económico líder en el mercado a través del canal moderno es **UPFIELD** con una cuota de participación superior al 50%.
  - (vi) Se estima que el operador económico **ALES**, que ingresó al mercado en 2021, tiene una cuota de participación de aproximadamente de entre el 0,1% y el 1%.

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

- [25] El operador económico **UPFIELD** solicitó de manera clara, objetiva y concreta la adopción de las siguientes medidas preventivas:

---

<sup>4</sup> Instituto Ecuatoriano de Normalización INEN. Norma Técnica Ecuatoriana Obligatoria NTE INEN 2184:2012.



“(…)

*Considerando que: 1) Que el producto NATURELLA con los diseños de empaque confundibles se está comercializando a la fecha en más de 21 locales; 2) Que la margarina es un producto básico de necesidad y de alto consumo por todo tipo de consumidores en el país; y 3) Que a través de las imágenes y muestras adjuntadas se puede apreciar la alta semejanza entre el diseño de BONELLA y NATURELLA el cual induce gravemente a la confusión (sic) los consumidores mediante un aprovechamiento de reputación ajena, **SOLICITO de manera urgente a la Comisión de Resolución de Primera Instancia que ORDENE como MEDIDA PREVENTIVA el CESE INMEDIATO de la utilización del diseño actual de empaque del producto NATURELLA o cualquier otro que sea altamente similar al de BONELLA, hasta la finalización del presente proceso investigativo.**”*

**7. INFORME No. SCPM-IGT-INICPD-2021-059-I DE 18 DE OCTUBRE DE 2021, EMITIDO POR LA INICPD.**

[1] La INICPD mediante el Informe No. SCPM-IGT-INICPD-2021-059-I de 18 de octubre de 2021 concluyó y recomendó lo siguiente:

*“• La medida preventiva solicitada por UPFIEL, si bien guarda apariencia de buen derecho, no cumple con el parámetro de peligro en la demora, conforme lo establecen los artículos 62 de la LORCPM y 74 del RLORCPM.*

*• No se realiza el análisis de necesidad, intensidad y proporcionalidad de las medidas solicitadas por el denunciante, relacionado con las conductas denunciadas, toda vez que del análisis expuesto no se desprende que exista peligro en la demora para su adopción, de ahí que resulta no solo inoportuno, sino inoficioso que se realice un análisis adicional.*

*• En este contexto, esta Intendencia considera que la adopción de medidas preventivas no reúne los requisitos de peligro en la demora, es decir, no sería procedente dada la etapa procesal del expediente, y la información que consta en el mismo.”*

*“(…) 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 en consecuencia descartar la adopción de la medida preventiva solicitadas por el denunciante, o cualquier otra, por el momento, toda vez que de momento no existe peligro en la demora, (…)”*



## 8. CONSIDERACIONES Y ANÁLISIS DE LA SOLICITUD DE MEDIDAS PREVENTIVAS.

[2] Que, la CRPI basará su decisión en las siguientes consideraciones:

### 8.1 Presupuestos para la adopción de medidas preventivas

[3] La CRPI ha adoptado en sus resoluciones dos presupuestos clásicos y fundamentales para la adopción de medidas preventivas<sup>5</sup>:

#### 8.1.1. Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*).

[4] La CRPI ha indicado reiteradamente, basándose en el trabajo de Calamandrei<sup>6</sup>, que esté presupuesto 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.*”

[5] 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:

*“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*

---

<sup>5</sup> Sobre esto se pueden ver las siguientes resoluciones expedidas por la CRPI: de 08 de febrero de 2019 a las 12h24; de 11 de marzo de 2019 a las 16h45; de 12 de julio de 2019 a las 08h50.

<sup>6</sup> La CRPI en las Resoluciones mencionadas en el pie de página anterior, 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.*”



*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.”<sup>7</sup>*

- [6] 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 (...).”<sup>8</sup>*

- [7] Una vez se pueda constatar la apariencia de buen derecho, se puede pasar a determinar el segundo presupuesto conocido por el peligro en la demora.

### **8.1.2. Peligro en la demora (*Periculum in mora*).**

- [8] Es el daño irreparable o de difícil reparación 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; y (iii) asegurar la eficacia de la resolución definitiva.

---

<sup>7</sup> 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](https://espacioinvestiga.org/wp-content/uploads/2015/09/DE005-13_Las_normas_defensa_competencia-Varios_autores1.pdf). Consultado el 16/02/2020.

<sup>8</sup> 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.



- [9] 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.<sup>9</sup>

## 8.2. Características de las medidas preventivas

- [10] El artículo 62 de la LORCPM establece dos características que deben tener las medidas preventivas, a saber:

### 8.2.1. Necesidad

- [11] 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 existe otra medida que pudiere alcanzar dicha finalidad, es decir, si no se presenta otra alternativa eficaz de conformidad con la naturaleza del asunto.

### 8.2.2. Proporcionalidad

- [12] 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. En pocas palabras, debe existir un adecuado balanceo 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*”.<sup>10</sup>

## 8.3. Análisis de la adopción de las medidas preventivas en el caso concreto

### 8.3.1. Existencia de la apariencia de buen derecho

#### 8.3.1.1. Escrito de denuncia

- [13] El operador económico **UPFIELD** sustentó la existencia de buen derecho así:

*“(…)1) Que el producto NATURELLA con los diseños de empaque confundibles se está comercializando a la fecha en más de 21 locales; 2) Que la margarina es un producto básico de necesidad y de alto consumo por todo tipo de consumidores en el país; y 3) Que a través de las imágenes y muestras*

---

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

<sup>10</sup> Sobre esto se puede ver CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia. Marcial Pons, Madrid, 1995. pág. 129.

*adjuntadas se puede apreciar la alta semejanza entre el diseño de BONELLA y NATURELLA el cual induce gravemente a la confusión (sic) los consumidores mediante un aprovechamiento de reputación ajena, (...)*”

[14] En el cuerpo de la denuncia se indicó la forma en que se presentaría el supuesto riesgo de confusión e imitación, que en resumen constaría de los siguientes puntos:

- (i) El operador económico **ALES** desde el 2 de julio de 2021 introdujo en el mercado el producto **NATURELLA** cuya presentación es confundible con el producto **BONELLA** del operador económico **UPFIELD**, tal y como se muestra de las siguientes imágenes:



Foto tomada de la cuenta oficial de Naturella en Instagram<sup>5</sup>



Foto tomada de la página web de Bonella, disponible desde el año 2019

- (ii) Teniendo en cuenta la disposición de los elementos gráficos y denominativos de los diseños de los empaques, se hace evidente la imitación que hace el operador económico **ALES** del empaque de **UPFIELD**. La forma del empaque, la tapa de color verde de los productos de menor tamaño, la tapa blanca de los de mayor tamaño, las hojas, el sol, el color blanco detrás de la palabra **BONELLA** que está escrita en letras azules, hace evidente dicha imitación, lo que causaría confusión en el consumidor al momento de adquirir el producto.



- (iii) El diseño del envase de **NATURELLA** es el único que tiene un alto grado de similitud con el de **BONELLA**.
- (iv) Según un estudio realizado por Kantar Worldpanel Ecuador KANTARECSA S.A., para el periodo 2020-2021 **BONELLA** es la marca líder en el mercado.
- (v) El operador económico **ALES** además de escoger el nombre **NATURELLA** que es el más parecido a **BONELLA**, escogió el diseño más parecido entre todos los diseños que se encuentran en el mercado ecuatoriano.
- (vi) Lo realizado por el operador económico **ALES** es una acción parasitaria.

### 8.3.1.2. Informe de la INICPD

[15] Sobre la existencia de apariencia de buen derecho la INICPD indicó lo siguiente:

“(…)

*Con estos elementos, a priori, esta Intendencia considera que la solicitud de medidas preventivas de UPFIELD, cumplirían con el requisito de apariencia de buen derecho, en tanto que de los documentos ut supra, este órgano de investigación observó que el denunciante tendría cierto grado de derecho intelectual sobre los elementos distintivos que componen el empaque de “BONELLA”.*

*Además, al identificar que se trata de un producto de consumo masivo y comprende la canasta básica, a criterio de éste órgano de investigación, también existe apariencia de buen derecho respecto de una posible afectación a la competencia y al bienestar general de los consumidores, sin perjuicio, de que en la eventual investigación se pueda determinar el mercado relevante, y la capacidad de los operadores para falsear o no el régimen de competencia.*

(…)”

### 8.3.1.3. Escrito presentado por el operador económico UPFIELD el 27 de octubre de 2021, signado con Id. 212570

[16] En el escrito presentado el 27 de octubre de 2021, signado con Id. 212570, el operador económico **UPFIELD** en resumen indicó lo siguiente:

- (i) El operador económico **UPFIELD** es titular de la marca denominativa **BONELLA** y tiene en trámite la solicitud del registro del diseño de etiqueta.



- (ii) La existencia de propiedad intelectual no es necesaria para que existan actos de competencia desleal en la modalidad de confusión e imitación. En el caso particular no se está discutiendo sobre infracciones a los derechos de propiedad intelectual. La ley no exige la existencia de un derecho de propiedad intelectual previo para que existan los actos de competencia desleal denunciados.
- (iii) El operador económico **ALES** es un competidor directo de **UPFIELD**, ubica su producto (margarina) en la misma percha del supermercado o tienda, y el consumidor que adquiere el producto es de clase baja y no tiene la sofisticación para diferenciar los dos productos.
- (iv) La similitud de los dos diseños es clara en relación con los colores, el conjunto de elementos y su ubicación en el empaque.
- (v) El operador económico **ALES** realiza una conducta parasitaria, atrayendo clientes mediante la confusión con **BONELLA** ya que esta es la marca líder del mercado.
- (vi) Lo perjudicial para la salud no es el producto en sí mismo, sino la confusión que se genera porque tienen ingredientes distintos. El consumidor pensará que adquiere un producto con ingredientes diferentes. Como **BONELLA** contiene leche y **NATURELLA** no, podría ser nocivo para el consumidor que pensando que un producto no contiene leche adquiere uno que sí contiene, o al contrario. Este sería el caso de alguien con intolerancia a la lactosa o alérgico.
- (vii) Si bien el informe de la INICPD indica que el operador económico **ALES** posee una cuota muy baja en el mercado de las margarinas, puede existir una afectación potencial a los consumidores ya que dicho competidor tiene prestigio en el mercado de los aceites.

#### 8.3.1.4. Análisis de la CRPI

[17] El artículo 5 de la LORCPM establece lo siguiente:

*Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.*

[18] El artículo 26 de la LORCPM establece lo siguiente:

*“Art. 26.- Prohibición.- Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica*



*en que se manifiesten, cuando impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios.”*

- [19] De una lectura conjunta de las dos normas encontraríamos que para que una conducta desleal sea sancionada se deben cumplir los siguientes requisitos:
- (i) Existencia del acto o práctica desleal.
  - (ii) Que dicho acto o práctica desleal ponga en riesgo a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios, en el marco del mercado relevante pertinente.
- [20] Tal y como se indicó líneas arriba, para la CRPI el mercado relevante de manera preliminar sería el de la comercialización de margarina. Por tal razón, al analizar el requisito de la apariencia de buen derecho se debe establecer, además de la probable existencia del acto de competencia desleal, si de los indicios que obran en el expediente se podría desprender claramente una posible afectación al mercado relevante indicado, lo que implicaría un riesgo a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o a los derechos de los consumidores y usuarios.
- [21] Una vez analizados la denuncia, el Informe de la INICPD y el escrito presentado por el operador económico **UPFIEL** el el 27 de octubre de 2021, la CRPI encuentra los siguientes indicios:
- (i) Fotografía del empaque de la margarina marca **NATURELLA**:



(ii) Fotografía del empaque de la margarina marca **BONELLA**:





- (iii) Certificado de notificación sanitaria de productos extranjeros (producto **BONELLA**).
  - (iv) Carta de cese de uso dirigida al operador económico **ALES** (21 de julio de 2021).
  - (v) Estudio de Kantar Worldpanel Ecuador **KANTARECSA S.A.**, donde se indica que la margarina **BONELLA** es la No. 1 en el mercado de margarinas en términos de volumen y valor para el periodo de junio de 2020 a junio de 2021.
  - (vi) Carta de contestación del operador económico **ALES** a la carta de cese de uso presentada por el operador económico **UPFIELD** (28 de julio de 2021).
- [22] Después de realizar un análisis de los documentos indicados, a diferencia de la INIDCP la CPPI no encuentra indicios razonables sobre la existencia de actos de competencia desleal en las modalidades de confusión e imitación, por lo siguiente:

- (i) El operador económico **ALES** en su carta de contestación a **UPFIELD** indicó que es titular de la marca **NATURELLA** en Ecuador desde el año 2017 (título IEPI \_2017\_TI\_9199), vigente hasta el 3 de julio de 2027. Esto quiere decir que el uso en el mercado del signo distintivo **NATURELLA** se encontraría respaldado aparentemente con un registro marcario. Si bien esta información debe ser corroborada por la INICPD en el curso de la investigación, afectaría una parte importante de la teoría de la confundibilidad e imitación esgrimida por el denunciante.

Si bien el operador económico **UPFIELD** indicó que para que se configuren los actos de competencia desleal en la modalidad de confusión e imitación no es necesaria la existencia de propiedad intelectual, en el presente caso es indispensable analizar los signos distintivos usados y su registro como marcas, ya que hacen parte de los elementos que supuestamente configuran la infracción. Precisamente el elemento que más suele impactar en la mente del consumidor es el denominativo<sup>11</sup>, que en el caso particular podrían ser los signos **NATURELLA** y **BONELLA**.

Es de resaltar que el operador económico **UPFIELD** presenta copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Al hacer esto sugiere que el asunto de competencia desleal planteado está relacionado con la propiedad intelectual, ya que precisamente el TJCA emite sus interpretaciones prejudiciales en dicha área, es decir, en el marco de lo previsto en Título XVI de la Decisión 486 de la Comisión de

---

<sup>11</sup> Sobre esto se puede ver la abundante jurisprudencia del TJCA:

*“3.4. Si bien el elemento denominativo suele ser el preponderante en los signos mixtos, dado que las palabras impactan más en la mente del consumidor, puede suceder que el elemento predominante no sea este, sino el gráfico, ya sea que, por su tamaño, color, diseño u otras características, puedan causar mayor impacto en el consumidor, de acuerdo con las particularidades de cada caso.”* Interpretación Prejudicial expedida el 8 de mayo de 2020 en el marco del proceso 494-IP-2019.

la Comunidad Andina, denominado “*De la Competencia Desleal Vinculada a la Propiedad Industrial*”.

- (ii) También el operador económico **ALES** indicó que solicitó el registro de las siguientes marcas:

Denominación	Fecha de presentación a SENADI
	08-jul-2021
	08-jul-2021
	13-jul-2021
	13-jul-2021
	13-jul-2021
	13-jul-2021

Si bien pueden existir registros marcarios para consolidar actos de competencia desleal, en el estado del procedimiento y con la información obrante en el mismo no se muestra dicho asunto con claridad. Esto no quiere decir que la INICPD en el curso de la investigación pueda recaudar pruebas y todos los elementos que la pudieran llevar a concluir dicha situación.

Es importante tener en cuenta que el operador económico **ALES** aparentemente presentó las solicitudes de registro antes de la carta del operador económico **UPFIELD**, lo que de alguna manera podría sugerir que dichas solicitudes simplemente actuarían como el soporte para la penetración en el mercado y no como el vehículo para consolidar un acto de competencia desleal, lo que deberá ser investigado por la INICPD.

- (iii) El operador económico **ALES** en su carta de contestación también se refiere a que el color amarillo de los empaques es de uso común para el producto margarinas y muestra un ejemplo así:



Si tenemos en cuenta que el color amarillo es aparentemente el color del producto, pues la probabilidad de que sea de uso común en dicha clase de productos es alta, lo que también puede ser materia de investigación y análisis de la INICPD en el procedimiento de investigación.

Es importante resaltar que los elementos de uso común no pueden ser apropiados por ningún empresario, tal como lo indicó el TJCA en su abundante jurisprudencia:

*“73. A este respecto, el Tribunal reitera que, al crear un signo distintivo se puede hacer uso de toda clase de palabras, prefijos, sufijos, raíces o terminaciones, gráficos, colores, etc. de uso común, los que no pueden ser objeto de monopolio o dominio absoluto de persona alguna, por lo que su titular no está amparado por la ley para oponerse a que terceros los*

*utilicen, en combinación de otros elementos en el diseño del signo.”*  
Interpretación Prejudicial de 2 de marzo de 2016 expedida en el marco del proceso 232-IP-2015.

De una búsqueda rápida en internet la CRPI corroboró que varios empaques de margarinas utilizan el color amarillo:



**Fuente:** Buscador de imágenes de Google. Consultado el 27 de octubre de 2021.

- (iv) El operador económico **ALES** indicó que aparentemente el color amarillo de **BONELLA** es diferente al de **NATURELLA**: el primero sería el Pantone 1205C y el segundo Pantone 100 C. Este también es un asunto que investigará la INICPD.
- (v) La CRPI también encuentra posible que algunos elementos de los empaques sean de uso común, tal y como sería la forma del envase, las hojas de soja o los soles. Esto también será un trabajo pendiente para la INICPD.
- (vi) De un análisis preliminar de los empaques también se ven algunas diferencias que podrían hacer que se diluya la teoría de la confundibilidad o de la imitación esgrimida por el denunciante: la forma de los soles, el color de las hojas presentes en cada empaque, que el sol en el empaque de **NATURELLA** emerge de una hoja, la ubicación de la marca en empaque, entre otros.
- (vii) De conformidad con lo mencionado no se hace evidente o con un alto grado de verosimilitud que el consumidor pueda incurrir en riesgo de confusión, tal y como prevén los actos de competencia desleal denunciados. Es decir, de conformidad con el acervo indiciario no existe la apariencia de que el consumidor pueda caer en error al elegir un producto o el otro (confusión directa), o al diferenciar el origen empresarial de un producto o el otro (confusión indirecta).



- (viii) Además de lo anterior, la CRPI tampoco encuentra que la conducta denunciada pudiera poner en riesgo a la competencia, la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores y usuarios. La INICPD estima que la participación del operador económico **ALES** en el mercado relevante es aproximadamente de entre el 0,1% y el 1%, mientras que la del operador económico **UPFIELD** es de más del 50%. En estas condiciones la CRPI no encuentra por ningún lado una posible afectación.
- (ix) La CRPI está de acuerdo con la INICPD en que con la estimada cuota de participación de **ALES**, tampoco se vería clara una afectación a la salud general de los consumidores en el hipotético caso de presentarse riesgo de confusión.

### 8.3.2. Peligro en la demora y análisis de necesidad y proporcionalidad de las medidas.

- [23] Teniendo en cuenta que no se pudo establecer la existencia de *fumus boni iuris*, la CRPI considera que no es necesario determinar la existencia del *periculum in mora*.
- [24] A falta del primer requisito y atendiendo a que el denunciante no demostró el daño irreparable o de difícil reparación que podría causar la supuesta conducta, pues no es imperioso ahondar en este análisis.

## 9. Solicitud del operador económico **UPFIELD** en el escrito 27 de octubre de 2021, signado con Id. 212570

- [25] El operador económico **UPFIELD** solicitó lo siguiente:

*“Por lo expuesto, y dado a que la Intendencia expresa que necesita de mayores pruebas técnicas del potencial de engaño a los consumidores, le solicitamos que antes de pronunciarse sobre las medidas preventivas se nos conceda un término para presentar un estudio técnico al respecto.”*

- [26] Teniendo en cuenta que la CRPI contaba con un término de 10 días para resolver el presente asunto, no es viable la solicitud presentada. Por tal razón se rechazará.

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

### RESUELVE

**PRIMERO.- AGREGAR** al expediente escrito presentado por el operador económico **UPFIELD** el 27 de octubre de 2021, signado con Id. 212570.

**SEGUNDO.- RECHAZAR** la solicitud de medidas preventivas presentada por el operador económico **UPFIELD**.



**TERCERO.- RECHAZAR** la solicitud realizada por el operador económico **UPFIELD** en el escrito de 27 de octubre de 2021, signado con Id. 212570, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente resolución.

**CUARTO.- NOTIFICAR** la presente resolución a los operadores económicos **UPFIELD** y **ALES**, así como a la **IGT** y a la **INICPD**.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Édison Toro Calderón  
**COMISIONADO**

Jaime Lara Izurieta  
**COMISIONADO**

Marcelo Vargas Mendoza  
**PRESIDENTE**