



- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado.
- **Órgano de origen:** Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales
- **Expediente de origen:** SCPM-IGT-INICPD-002-2021
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-021-2021
- **Apelante:** Fabián Marcelo Quinteros Vaca - GELATOMIX
- **Denunciado:** Santiago Rene Castro Núñez - BOGATI HELADOS CON QUESO

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 27 de enero de 2022, a las 10h00.- Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-INAF-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada consta agregada en el expediente, en conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el señor Fabián Marcelo Quinteros Vaca, por sus propios derechos, quien señala ser titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX; en contra de la Resolución de 22 de octubre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-002-2021; en uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- VALIDEZ PROCESAL.-

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

SEGUNDO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-

El señor Fabián Marcelo Quinteros Vaca, en calidad de titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, mediante escrito ingresado en la ventanilla de la Secretaria General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado [en adelante SCPM], el 23 de noviembre de 2021, a las 16h19 con número de trámite ID 216610, presentó un recurso de apelación, en contra de la Resolución de 22 de octubre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-002-2021.

Mediante providencia de 01 de diciembre de 2021, de las 10h45, una vez que fue debidamente verificado que la impugnación cumplió con los requisitos formales y sustanciales establecidos en el artículo 52 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM [IGPA], como son el principio de oportunidad, procedencia del recurso y debida fundamentación, se dispuso la admisión a trámite del recurso de apelación.



TERCERO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-

El acto administrativo impugnado es la Resolución de 22 de octubre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-002-2021, mediante la cual resolvió:

“[...] SEGUNDO.- Ordenar el archivo la investigación en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001, por el supuesto cometimiento de prácticas desleales que falsean la competencia, mediante actos de engaño, denigración y comparación, conductas tipificadas en los artículos 26, y 27, números 2, 4 letra a) y 5 de la LORCPM. [...]”.

CUARTO.- PRETENSIÓN CONCRETA DEL RECURRENTE

El operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, en calidad de titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, en su escrito de apelación, pretende:

“[...]1. Se revoque en su totalidad la resolución impugnada, esta es, la dictada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales de fecha 22 de octubre del 2021, dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-002-2021.

2. Con la revocatoria del acto administrativo impugnado se deberá continuar con el correspondiente procedimiento administrativo [...]”.

Por lo tanto, el impugnante declara como pretensión concreta la revocatoria del acto administrativo contenido en la resolución impugnada.

En la forma de exposición del recurso de apelación que se atiende, el recurrente (véase apartado 3.1 del libelo del recurso) estructura su impugnación basado en los siguientes presupuestos:

- a)** La Administración reconoce el cometimiento de actos desleales por parte del denunciado; reconocimiento que no puede conllevar archivo de la investigación.
- b)** Interpretación errónea del artículo 26 de la LORCPM, al omitir el análisis de una afectación al orden público económico ocasionado por la conducta del denunciado;
- c)** Falta de análisis y pronunciamiento de, estructura y conducta, y cuantificación de los efectos, durante el periodo fijado como mercado temporal (09 de febrero a marzo 2021)
- d)** Apreciación de la potencialidad de daño para que una conducta sea sancionable.

Postulados que se contienen en los siguientes textos:



“[...] SE RECONOCE EL COMETIMIENTO DE ACTOS DESLEALES POR PARTE DEL DENUNCIADO

[...]

Si damos lectura en el considerando 6.6. de la resolución impugnada "Análisis sobre el cometimiento de las conductas investigadas", es la propia Autoridad, la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, quien, de acuerdo a los medios probatorios practicados en la investigación, determinó que Bogati ha cometido infracciones desleales. No solo una conducta, la Autoridad estableció la responsabilidad respecto de 3 actos desleales por parte del agente investigado. Todas las conductas denunciadas fueron aceptadas por lo que cabe preguntarse, ¿la aceptación del cometimiento actos de engaño, actos de denigración, y actos de comparación ilícitas no son mérito para la prosecución de la instrucción? Hagamos referencia lo que se expone en la resolución sobre tales conductas:

a. Sobre los actos de engaño (art. 27 número 2 de la LORCPM) se indicó: "Bogati, al no haber contado con las pruebas de sus afirmaciones sobre la composición y modo de fabricación de los productos de Gelatomix al momento de emitir su publicidad, con independencia de que hayan sido ciertas o no sus aseveraciones, violó su deber de contar con las pruebas que sustente la veracidad, por lo que, en criterio de esta Intendencia, ha incurrido en actos de engaño". Más adelante en la misma resolución: "Bogati no ha remitido ningún medio probatorio que le haya servido de fundamento para realizar tal alusión de las cremas usadas por Gelatomix en sus productos. En tal virtud, Bogati habría incurrido en actos de engaño hacia los consumidores (...)"

Por ende, expresamente se reconoce que el agente investigado ha incurrido en actos de engaño.

b. Sobre los actos de denigración se expresa: "de conformidad con el análisis efectuado en los actos de engaño, Bogati no pudo demostrar que la crema usada por Gelatomix sea nociva para la salud. En tal virtud, se han configurado los actos de denigración por parte del operador económico denunciado".

c. En relación con los actos de comparación, la resolución impugnada se concluye: "al haber utilizado indebidamente el signo distintivo de Gelatomix, esta Intendencia considera que se han configurado los elementos sobre el cometimiento de actos de comparación indebida, de acuerdo con el artículo 27 número 5 de la LORCPM, por parte de Santiago Castro (agente denunciado)".



[...] LA PROPIA INTENDENCIA RECONOCE QUE SE HA AFECTADO EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

[...]

Se desprende que el primer requisito para la calificación de una conducta como desleal es que los actos realizados por los operadores económicos sean objetivamente contrarios a lo que espera de ellos en su actuar en el mercado.

En la presente causa, tal particular ha sido reconocido expresamente por la Autoridad que emitió el fallo impugnado. Incluso, al momento de analizar los ilícitos denunciados, se llegó a la conclusión que existe una clara afectación a los derechos de los consumidores. Es decir, el ámbito de afectación trasciende, por lo que las conductas ilícitas cometidas atentan contra el bienestar y los derechos de los consumidores.

El segundo elemento que se desprende del artículo 26 de LORCPM es que las conductas desleales para que sean objeto de reproche deben impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. Por lo tanto, debe existir una afectación al orden público económico. Para tal efecto refirámonos a la literalidad del artículo analizado: los presupuestos para que exista una afectación al orden público económico (ejemplo: falsear la competencia, atentar la eficiencia económica) están separadas por la conjunción "o", lo cual significa que pueden ser solo una o podrían ser varias (valor inclusivo).

En la resolución, la Intendencia hace referencia a uno de los presupuestos que es el falsear el régimen de competencia, no obstante, no se refiere a los otros. Se señala que el operador Bogati no contaría con una participación representativa en el mercado de los helados artesanales por lo que no tendría la capacidad suficiente para falsear el régimen de competencia dentro del mercado relevante. [...]

[...] existe una errónea interpretación del artículo 26 de la LORCPM por parte de la Intendencia, ya que no se analiza todo el artículo, únicamente un presupuesto. ¿por qué no se desvirtuó la afectación al orden público económico por atentar contra el bienestar general o los derechos de los consumidores?

Si analizamos la resolución materia del presente recurso, la Intendencia nos hace entender que todos los presupuestos del artículo 26 de la LORCPM son semejantes, lo cual es falso. Se puede afectar el orden público económico de distintas formas, lo que varía es el medio. Se puede afectar el orden público económico (sería el bien jurídico a proteger) falseando la competencia, atentando contra la eficiencia económica o atentando contra el bienestar y los derechos de los consumidores. Argumentar que no



hay falseamiento y concluir que por ende no hay afectación a los consumidores, tal como lo ha hecho la Intendencia, es incorrecto. Se tratan de presupuestos independientes y autónomos.

[...] el mercado producto estaría definido como helados artesanales. [...] Se definió el mercado relevante a partir de las preferencias del consumidor.

[...] referente a la sustitución de la oferta y competencia potencial, la Intendencia sostiene que los consumidores de helados artesanales considerarían como un factor importante en su decisión de compra sabor y después precio; y que las probabilidades que los consumidores acepten un nuevo producto en el mercado son altas, siempre que ingresen con buen sabor y precio, y sean producidos artesanalmente.

En tal sentido, las aseveraciones publicitarias que se encuentran relacionadas con el sabor y calidad del producto, como ocurre en el presente caso, tendrían un impacto relevante en la decisión del consumidor, en términos de la propia Autoridad, "éste estaría condicionado a la información que se transmita por el oferente del producto".

[...]

Uno de los derechos que tienen los consumidores es tener acceso a la verdad informativa y a la obligación que tiene el oferente de respetar la verdad en toda actividad publicitaria, lo cual fue afectado por las conductas llevadas a cabo por el denunciado como propietario del nombre comercial Bogati. En un mercado cuya información se encuentra distorsionada, el principal perjudicado son los consumidores. Con estas prácticas desleales lo que se consigue es que los consumidores "(...) no adquieren un producto más eficiente sino aquel que logró imponerse a merced de la competencia deshonesto".

Los actos desleales afectaron a un grupo de consumidores (los consumidores de helados artesanales) y al emitirse a través de publicidad aseveraciones erróneas respecto a la calidad y sabor del producto, afectó la estructura y la conducta del mercado. No olvidemos que en estos ilícitos no se requiere acreditar un daño efectivo, basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial. En vista de aquello y bajo el análisis de la Intendencia, se dieron las condiciones para afectar al mercado relevante establecido.

En la resolución se ha probado que la actuación deshonesto ha tenido lugar en la actividad económica por parte de un agente económico (Bogati) y que ha afectado el orden público económico en el mercado relevante. Insisto, falsear la competencia es uno de los medios para atentar contra el orden público económico, sin embargo, se ha reconocido expresamente la violación al bienestar de los consumidores.



[...] Sobre los actos de denigración, se analizó la aseveración sobre la supuesta utilización de cremas que afectan a la salud por parte de Gelatomix, llegando a concluir que Bogati no pudo demostrar que la crema usada por Gelatomix sea nociva para la salud, configurándose los actos de denigración por parte del operador económico denunciado. Nuevamente, se hace mención a la calidad del producto siendo los afectados directos los consumidores. [...]

La Intendencia, en su resolución, señala que las prácticas desleales cometidas por Bogati no podrían producir una afectación negativa en el mercado. Se analiza que el operador económico denunciado no contaría con una participación representativa en el mercado de los helados artesanales por lo que no tendría posibilidades de falsear el régimen de competencia. No obstante, la Autoridad realiza una errónea interpretación del artículo 26 de la LORCPM, ya que en su propia resolución se determina que existe vulneraciones al bienestar de los consumidores, y de esta manera se está atentando al orden público económico.

[...] MERCADO TEMPORAL

[...] Tanto el mercado del producto, el mercado geográfico, así como el mercado temporal delimita el objeto de la investigación. Para Germán Coloma, se trata de conceptos que se utilizan para circunscribir los efectos de una determinada conducta u operación económica. Es decir, se debía analizar la estructura y la conducta del mercado durante ese espacio temporal, hecho que no sucedió. En la resolución impugnada se analiza las participaciones de los operadores económicos tanto del año 2019 y 2020. Jamás se realiza una cuantificación de los efectos de las conductas desleales denunciadas durante el lapso establecido, esto es, desde el 9 de enero de 2021 hasta el mes de marzo del mismo año. ¿para que entonces establecer un mercado temporal? Si bien es necesario verificar las condiciones del mercado, la investigación debía al menos verificar el comportamiento de los participantes durante ese tiempo. Tomando en cuenta, además, que la afectación podría irse evidenciando con el pasar del tiempo. [...]

Si no hubo al menos un estudio de la estructura de los meses de enero, febrero y marzo del 2021, no se puede llegar a la conclusión de que Bogati no podría incidir en el mercado. Jamás se determinó en torno a la estructura del mercado lo siguiente: a) El porcentaje de participación durante estos tres meses; b) Si existió una variación de números de actores después del cometimiento de los actos de competencia desleal; c) Si las conductas incidieron en las barreras de entrada del mercado; entre otros. Referente a la conducta del mercado no se determinó: a) La desafiabilidad del mercado después del cometimiento de los actos de competencia desleal; b) Los patrones de precios durante y con posterioridad de los actos ilícitos que cometió Bogati; c) Patrones de calidad de los productos durante y con posterioridad de los actos ilícitos que cometió Bogati; d)



Sobre la adopción de nuevas prácticas comerciales de los operados (SIC) que participan en el mercado relevante; entre otras cosas.

Solo para citar un antecedente que no se investigó por parte de la Intendencia: desde que la fecha de presentación de la denuncia hasta octubre del 2021, el denunciado crece de 37 a 130 tiendas instaladas; por otra parte, Gelatomix de 24 creció a 40 tiendas en el mismo lapso. Se trata de un indicio respecto a que la participación de los operadores cambió en el año 2021. No se puede afirmar que "difícilmente en 3 meses del año 2021, el comportamiento del operador denunciado, podría incidir de manera significativa" sin realizar el análisis respectivo. Se trata de una circunstancia susceptible de verificación.

En base a un estudio de los años 2019 y 2020, la Intendencia concluye que no hubo un falseamiento del régimen de competencia por parte del denunciado. En la resolución se sostiene "difícilmente, un operador con las características del denunciado podría falsear el régimen de competencia", reconociendo en párrafos anteriores que no fue posible hasta la fecha cuantificar las cuotas de participación del año 2021, tiempo en que se cometieron los ilícitos y estos fueron denunciados.

DAÑO POTENCIAL

[...] si analizamos la estructura del mercado (de acuerdo con los propios fundamentos expuestos de la Intendencia) determinaremos que en el presente caso se dieron las condiciones para afectar el mercado relevante establecido. Tal como se indica en la resolución estamos frente a un escenario en el cual los consumidores únicamente reconocen como sustitutivos válidos a los helados que son producidos de manera artesanal, también se trataría de un mercado altamente concentrado sin que exista dominancia de algún agente económico. De acuerdo a la Autoridad se trataría de un mercado poco desafiante, por cuanto los potenciales competidores no podrían acceder al mismo de manera inmediata. En la resolución se indica que se necesitarían sistemas logísticos y canales de distribución, y su entrada dependerá de la negociación previa que se realice con el dueño de la marca del producto (helado artesanal). [...]

Ante una eventual entrada de nuevos operadores al sector, únicamente en el caso de que el competidor sea un operador de helados industrializados, podría ser eficaz, debido a que, únicamente estos operadores contarían con la capacidad instalada inutilizada y podrían ingresar a la producción de helados artesanales sin incurrir en costos significativos. Por lo tanto, no estamos frente a un escenario propicio para una competencia perfecta, por lo que cualquier acto ilícito si ocasionaría o podría ocasionar una afectación. Conductas desleales o atentatorias a la libre competencia (ejemplo: abuso de poder de mercado) alterarían el mercado, otorgaría ventajas competitivas a un determinado agente económico, podría crear dominancia en favor de algún operador sin que sea resultado de su eficiencia y capacidad de innovación o peor aún podría



direccionar la compra de otros productos por parte de los consumidores. Al ser un mercado poco desafiante y altamente concentrado, las conductas denunciadas distorsionarían aún más el mercado relevante determinado. [...]"

Con base en esa fundamentación, el apelante enmarca los elementos en los cuales recaerían los yerros del acto administrativo y –en consecuencia- el archivo del expediente.

QUINTO.- PROBLEMA JURÍDICO A TRATARSE.-

Conforme la fundamentación del libelo del recurso de apelación interpuesto, en los presupuestos expuestos en el ordinal que antecede, se aprecia que la línea argumentativa del recurso ataca la disposición de archivo del expediente administrativo, alegando yerros en la valoración y aplicación normativa respecto de la conducta, denunciada.

SEXTO.- CONSTANCIA PROCESAL. -

De la revisión de los recaudos procesales constantes en el expediente administrativo objeto de análisis, como del expediente en el que se sustancia el presente recurso, se destacan como principales constancias procesales las que se anotan:

a.- Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-002-2021:

1. Denuncia presentada por el operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, por sus propios derechos, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX ingresada en la ventanilla de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 19 de enero de 2021, con número de trámite ID 182177;
2. Providencia de 01 de febrero de 2021 a las 15h43, mediante la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dispuso: "[...] **TERCERO.-** [...] **AVOCO** conocimiento de la denuncia y anexos presentados por Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, portador de la cédula de ciudadanía No. 1704480787 [...] **CUARTO.-** [...] **NOTIFÍQUESE EN PERSONA** al denunciado con el contenido de esta providencia y la denuncia junto con sus anexos al señor **SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ**, titular del nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO** y de la marca **BOGATI** [...]"
3. El 24 de febrero de 2021, el operador económico, el señor Santiago Rene Castro Núñez por sus propios derechos, titular de la marca y nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO** presentó las respectivas explicaciones a la denuncia interpuesta por Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, documento con ingresado con número de trámite ID 186231;
4. Resolución de 10 de marzo de 2021 mediante la cual la Comisión de Resolución de Primera Instancia dentro del Expediente Administrativo SCPM-CRPI-004-2021 resuelve adoptar y disponer el cumplimiento de medidas preventivas en contra del operador



económico Santiago Rene Castro Núñez, titular de la marca y nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO.

5. Resolución de 25 de marzo de 2021 a las 10h27, por medio de la cual la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales resuelve “[...] PRIMERO.- Ordenar el inicio de la investigación dentro del expediente No. SCPM-IGT-INICPD-002-2021 [...] por el presunto cometimiento de actos de engaño, denigración y comparación conforme lo establece el artículo 27, números 2, 4 letra a) y 5 de la LORCPM.”.
6. Informe de Resultados No. SCPM-INICPD-DNICPD-013-2021 de 14 de octubre de 2021, emitido por la Directora Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, que entre sus conclusiones señaló:

“[...] En cuanto al análisis del falseamiento del régimen de competencia, esta Dirección concluyó que:

- De la naturaleza de la conducta, respecto de la participación del operador económico investigado en el periodo de 2017-2020, se evidenció que el investigado no ha representado una participación importante en el mercado relevante, por el contrario, operadores como TUTTO FREDDO y GELATOMIX, han mantenido en los 4 años, su relevancia en este mercado.

- Además, se refleja que, el operador económico, BOGATI, no ha mantenido cuotas de participación importantes en el mercado relevante, significando menos del 1% en el año 2019 y menos de 4,6% en el año 2020, que si bien, ha incrementado su participación, respondería a un incremento de otros operadores económicos, que conforme la reactivación de actividades después de la pandemia, se han ido recuperando, como en el caso del propio denunciante, que para el año 2019 representó el 18%, sin embargo, para el año 2020, duplicó sus ingresos por ventas, significando el 32% del mercado relevante de helados artesanales.

- Si bien, del público objetivo, se evidencia que las frases utilizadas por el denunciado, si podría influir en el consumidor de helados artesanales, por cuanto, se tratarían de elementos importantes como el sabor y calidad del producto, del análisis de la cuantificación de posibles efectos, así como el alcance de la publicidad objeto de investigación, no se evidencia que SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, pudo falsear el régimen de competencia dentro del mercado relevante.

Del análisis de las conductas desleales:



- Respecto de los actos de engaño, esta Dirección consideró que la aseveración de BOGATI que insinúa que los helados de Bogati son elaborados artesanalmente en paila y con pura fruta, a diferencia de los helados de Gelatomix, es verdadera en la medida que el proveedor de helados del denunciado los produce con fruta natural y sin ningún aditivo sintético, en tanto que Gelatomix, si bien utiliza pulpa de fruta congelada, incorpora aditivos sintéticos para estabilizar el helado, por lo que no sería 100% pulpa, a diferencia de Bogati.

- En relación con el cargo de insinuar que crema utilizada por Bogati no es nociva para la salud, a diferencia de Gelatomix, esta Dirección estima que tal aseveración, a pesar de ser cierta es engañosa, pues es susceptible de inducir al error al consumidor, toda vez que haría pensar al consumidor que la crema usada por los competidores es lesiva para la salud, en especial la de Gelatomix. Esto obviamente no tiene sustento en tanto, Bogati no lo ha demostrado en este expediente. En adición, es menester considerar que el artículo 145 de la Ley Orgánica de la Salud dispone a todos los operadores económicos del sector alimenticio a cuidar la inocuidad de los alimentos, por lo que esta no puede ser una característica exclusiva y diferenciadora para Bogati.

- Finalmente, frente a la aseveración de que el queso usado por Bogati no tiene grasa, esta Dirección evidenció que ello es falso, dado que de acuerdo con la NTE INEN 1528 de 2012, todos los quesos frescos tienen grasa, aunque sea en un mínimo porcentaje. En adición, en las inspecciones llevadas a cabo a ambos operadores económicos, pudo evidenciarse que ambos usan queso fresco común, que no se caracteriza por tener más o menos grasa en relación con el resto de competidores. Por este motivo, no solo que el parámetro queso sin grasa no es diferenciador de Bogati frente a su competencia, sino que es falso, por lo que se trata de un acto de publicidad susceptible de inducir a error a los consumidores.

-Respecto de los actos de denigración, esta Dirección analizó dos hechos. En primer lugar, la parodia realizada a la marca Gelatomix por parte de Bogati, representándola con un personaje denominado “CHELATOMESK”, al que luego ridiculiza. Al respecto, esta Dirección consideró que si bien es cierto la parodia está protegida por el régimen de protección de los derechos humanos, y en especial la libertad de expresión, este derecho tiene sus límites, y más aún en el ámbito comercial y de propiedad intelectual, en el que puede prestarse para competir en forma desleal, desacreditando al cometido en el mercado y aprovechándose de su reputación. En adición, el artículo 27, número 4, letra c de la LORCPM dispone que este tipo de aseveraciones no son susceptibles de ser demostradas, sino que se presumen impertinentes.

- En cuanto a la denigración también se analizó la insinuación sobre la supuesta utilización de cremas que afectan a la salud por parte de Gelatomix, esta Dirección



consideró que al no haberse comprobado la misma por parte del denunciado, se han configurado actos de denigración, por desacreditar a Gelatomix en el mercado.

- En relación con los actos de comparación esta Dirección consideró que la publicidad comparativa de Bogati, respecto de los parámetros “mejor sabor” y “sabor increíble”, si bien son análogos, no son relevantes para el consumidor, ni comprobables, dado que son elementos subjetivos que no pueden medirse ni cuantificarse objetivamente. Por ello, se habría configurado la comparación ilícita.

- Sin embargo, a pesar de haberse configurado las conductas ilícitas aludidas, de acuerdo con el análisis de falseamiento de la competencia, el operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NUÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO no sería capaz de falsear la competencia de conformidad con el artículo 26 de la LORCPM, dentro del mercado relevante determinado.[...].

7. Resolución de 22 de octubre de 2021, emitida por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-002-2021, mediante la cual resolvió:

“[...] SEGUNDO.- Ordenar el archivo la investigación en contra del operador económico SANTIAGO RENE CASTRO NÚÑEZ, titular del nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, con Registro Único de Contribuyentes, No. 1804093787001, por el supuesto cometimiento de prácticas desleales que falsean la competencia, mediante actos de engaño, denigración y comparación, conductas tipificadas en los artículos 26, y 27, números 2, 4 letra a) y 5 de la LORCPM. [...]”

8. Recurso de Apelación de 23 de noviembre de 2021 interpuesto por el señor Fabián Marcelo Quinteros Vaca, en calidad de titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, en contra de la resolución supra.

b.- Expediente Administrativo SCPM-DS-INJ-RA-021-2021:

Como actuaciones relevantes se hacen constar:

1. Memorando SCPM-IGT-INICPD-2021-252 de 25 de noviembre de 2021, firmado electrónicamente por el abogado Carlos Andrés Álvarez Duque, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, mediante el cual: *“[...] pongo en su conocimiento el recurso de apelación presentado por el operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, así como el expediente de investigación signado con el número SCPM-IGT-INICPD-002-2021. [...]”*, documentación remitida electrónicamente el 25 de noviembre de 2021, a través del Sistema de Gestión Documental -SIGDO- mediante número de trámite ID 217010.-



2. Providencia de 01 de diciembre de 2021, a las 10h45, mediante la cual se avoca conocimiento y se admite a trámite el recurso de apelación interpuesto el señor Fabián Marcelo Quinteros Vaca, por sus propios derechos, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, de 23 de noviembre de 2021.
3. Escrito presentado por el señor Santiago Rene Castro Núñez por sus propios derechos, titular de la marca y nombre comercial BOGATI HELADOS CON QUESO, ingresado a través de la ventanilla virtual de la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado el 07 de diciembre de 2021 a las 10h33, signado con el número de trámite ID. 218219, en el cual presenta sus alegaciones respecto del Recurso de Apelación.

SÉPTIMO.- MARCO NORMATIVO APLICABLE.-

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

La **Constitución de la República del Ecuador –CRE-** reconoce los siguientes derechos y garantías:

*“[...] **Art. 75.-** Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: **1.** Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. [...]. **7.** El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]” m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos; **Art. 82.-** El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”; **Art. 173.-** Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; **Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”; **Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos,*



dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley [...]”; “Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos: 1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional. [...]; 8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.”; “Art. 304.- La política comercial tendrá los siguientes objetivos: [...] 6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –LORCPM- manda:

“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”; “Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional. Las conductas o actuaciones en que incurriere un operador económico serán imputables a él y al operador que lo controla, cuando el comportamiento del primero ha sido determinado por el segundo. La presente ley incluye la regulación de las distorsiones de mercado originadas en restricciones geográficas y logísticas, así como también aquellas que resultan de las asimetrías productivas entre los operadores económicos.[...]”; “Art. 3.- Primacía de la realidad.- Para la aplicación de esta Ley la autoridad administrativa determinará la naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a su realidad y efecto económico. La forma de los actos jurídicos utilizados por los operadores económicos no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos. La costumbre o la costumbre mercantil no podrán ser invocadas o aplicadas para exonerar o eximir las conductas contrarias a esta Ley o la responsabilidad del operador económico”; “Art 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. [...]”; “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 [...]”; “**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 de 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”; “**Art. 65.- Legitimidad, ejecutividad y ejecutoría.-** Los actos administrativos emanados de las autoridades de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, sus órganos y funcionarios, se presumen legítimos y están llamados a cumplirse desde su notificación”; “**Art. 67.- Recurso de Apelación o Jerárquico.-** Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control de Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición [...]”;

OCTAVO. - ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA APELACIÓN.-

Previo a iniciar el estudio de cada uno de los argumentos planteados por el apelante, partiremos indicando que, conforme el mandato de la Constitución de la República del Ecuador¹ -CRE-, las

¹ **Constitución de la República del Ecuador. Art. 213. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.-** “**Art. 213.-** Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las



Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), establece como objeto del régimen de competencia ecuatoriano:

*“[...] evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible [...]”*² (las negrillas no son propias del texto)

En mérito de lo señalado, la SCPM está llamada –entre otros- a la prevención, prohibición y sanción de conductas desleales que afecten los mercados, buscando el bienestar general, para lo cual en base a su facultad de investigación determinada en la norma instruye los procesos de investigación, conforme el procedimiento establecido en la Ley, Reglamento y demás normativa aplicable.

Ahora bien, sobre:

a.- La Administración reconoce el cometimiento de actos desleales por parte del denunciado; reconocimiento que no puede conllevar archivo de la investigación.

En la exposición de motivos en los que basa el primer fundamento impugnatorio, el recurrente propone la valoración normativa del artículo 11 del Instructivo de Gestión Procesal Administrativa de la SCPM, en cuanto al contenido del Informe de Resultados emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, toda vez que referida norma señala: *“Recibido el informe de resultados el Intendente en el término de diez (10) días, lo analizará y en caso de que dicho informe de resultados concluya que no se ha determinado infracciones anticompetitivas, mediante resolución motivada dispondrá el archivo del caso”*; siendo el caso que, si el informe determina la existencia conductual, la Intendencia debe proseguir con el procedimiento investigativo.

superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley. [...]”

² LORCPM.- *“Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible”*



Al respecto, cabe hacer mención expresa a que el análisis y la valoración de los elementos conductuales en materia de prácticas desleales demandan tres puntos a considerarse conjuntamente para la calificación de la conducta.

Por un lado, tenemos que el artículo 25 de la LORCPM incluye la cláusula general de competencia desleal, por la cual constituyen prácticas desleales, todos los hechos, actos o prácticas contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, en consecuencia, se establece como primer requisito, que el acto sea contrario a los usos o costumbres honestos; por otro lado, como segundo requisito, se encuentra la necesidad de que el acto objeto de análisis tenga lugar en el desarrollo de una o varias actividades económicas; y, por último, como tercer requisito, se tiene lo normado en el artículo 26 de la LORCPM, es decir, serán desleales únicamente aquellos hechos o actos cualificados, es decir, aquellos que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, en suma únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico.

En este contexto, la exposición de motivos para alegar el vicio de apreciación conductual recae en considerar que, la administración al poner en evidencia la existencia de las conductas denunciadas en las dos actuaciones administrativas (informe y resolución), *“no se podía archivar la presente investigación”*; empero, el recurrente erróneamente toma la apreciación de la conducta en el primer y segundo requisitos analizados en el párrafo que antecede, y no respecto del tercer requisito, esto es, que la conducta tenga entidad suficiente para alterar de manera significativa el desenvolvimiento regular del mercado, o dicho de otra forma, la valoración de afectación de la conducta al orden económico (punto que será tratado en los apartados que siguen para respetar la estructura impugnatoria). Es decir que el acto administrativo impugnado, la resolución de la Intendencia, debe ser leído de manera integral, no solamente párrafos a conveniencia ya que el análisis de la calificación como la cualificación de la conducta son estrechamente relacionadas entre sí; elementos de los cuales se desprende la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como organismo técnico de control.

b.- Interpretación errónea del artículo 26 de la LORCPM, al omitir el análisis de una afectación al orden público económico ocasionado por la conducta del denunciado;

Respecto a este punto, el recurrente sostiene que en el acto administrativo impugnado se concluyó que existen indicios suficientes para presumir que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO incurrió en el cometimiento de prácticas desleales de engaño, denigración y comparación, mismas que se encuentran tipificadas en el artículo 27 numerales 2, 4 literal a) y 5 de la LORCPM, consecuencia de lo cual no puede justificarse la orden de archivo de la investigación.

Al respecto, si bien se verifica que la INICPD realiza un análisis respecto de cada una de las conductas denunciadas, concluyendo que existen indicios suficientes para presumir que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO habría incurrido en las mismas, a



efectos del análisis que se va a realizar en la presente resolución, al no ser un hecho controvertido la conclusión de la administración en cuanto a la existencia de una conducta realizada en el desarrollo de actividades económicas contraria a las costumbres o usos honestos por parte del denunciado, no cabe profundizar al respecto. Sin embargo, por contener la exposición de motivos impugnatorios en cuanto a la supuesta errónea interpretación del artículo 26 de la LORCPM, esto es, que el acto haya tenido efectos reales o potenciales respecto del orden público económico, es decir, que haya podido impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, atentar contra la eficiencia económica, el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, se analiza:

El Derecho de Competencia pertenece a una rama del Derecho Público, su objeto no se limita a conflictos privados entre operadores económicos ni abarca intereses individuales, sino que por el contrario, pretende proteger el interés público económico y la libre competencia. Así, el artículo 2 de la LORCPM, relativo al ámbito, manifiesta:

“Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”.

De la lectura del artículo citado, se encuentran sometidos a la LORCPM -y por ende a las competencias investigativas de la SCPM- todos los operadores que realicen actividades económicas, siempre y cuando éstas distorsionen negativamente un determinado mercado. Dicha afectación no debe limitarse a un mero enunciado, sino al análisis técnico económico que se desprende de los datos que remiten los participantes del mercado y de la información que es recabada por los órganos de investigación.

Dicho artículo tiene concordancia con lo señalado en el artículo 25 de la LORCPM, que proporciona una definición general de las prácticas desleales, así:

“Art. 25.- Definición. - Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. [...]”.

Asimismo, el artículo 26 de la LORCPM manifiesta 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 [...]”

Ahora bien, los artículos citados proporcionan el panorama previo de la naturaleza jurídica de las conductas que se encuentran tipificadas en el artículo 27 de la LORCPM, permitiendo entender que se consideran como tales todas aquellas prácticas “[...] contrari[a]s a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de las actividades económicas [...] siempre que “[...] impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios [...]”. En atención a este punto, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mediante la Guía de Aplicación de las Conductas Desleales contenidas en la LORCPM, emitida en el año 2020, aclaró que la incursión en una determinada infracción no es suficiente para que sea susceptible de sanción, pues es necesario que ésta sean objeto de reproche bajo la esfera del Derecho de Competencia.

“En tal virtud, el artículo 26 de LORCPM establece que son conductas de competencia desleal, a la luz de la misma, únicamente aquellos hechos o actos cualificados, es decir, son objeto de reproche, las conductas desleales que impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios. De ahí que, el elemento principal de la deslealtad en materia económica, es la contravención a la buena fe comercial, que a su vez, es causa del falseamiento del régimen de competencia económica, tutelado por la LORCPM. Por lo que, resulta evidente que el artículo 26 de la LORCPM restringe la competencia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, únicamente para aquellos casos en que exista una afectación al orden público económico [...]”³.

El operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX afirma -en el libelo de su recurso de apelación- que la publicidad realizada por el denunciado ha generado una afectación al bienestar de los consumidores, sin embargo, no ha desvirtuado de manera técnica el análisis de la INICPD, es decir, no ha presentado argumentos y pruebas que demuestren que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO -como consecuencia directa de la publicidad emitida en la red social Facebook y la emisora radial- efectivamente haya producido una afectación a los consumidores, o como mínimo, que tenga la capacidad para hacerlo por la potencialidad que resguarda la conducta a los ojos del Derecho de la Competencia.

³ Superintendencia de Control del Poder de Mercado. “Guía de Aplicación de las Conductas Desleales contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado” 2020. Pag. 14-15



Recordándose la naturaleza del recurso de apelación, por el cual se revisa la verdad procesal del expediente administrativo contenido del acto administrativo impugnado, el recurrente debe presentar ante la autoridad una fundamentación que reste validez a la valoración del órgano de sustanciación e investigación, acompañando y sirviéndose de elementos que contrarresten la postura administrativa. La exposición de motivos del impugnante, en este punto, recae en la presunta ausencia de análisis y pronunciamiento de las modalidades conductuales de impedimento, restricción y distorsión por parte de la INICPD, existiendo – a su parecer – únicamente valoración y pronunciamiento en cuanto al falseamiento; y de este último, toda vez que la valoración del falseamiento aterriza en la calidad del producto en análisis, se afectaría consecuentemente a los consumidores, siendo una errónea interpretación del artículo 26 de la LORCPM que ocasionó el incorrecto archivo del expediente administrativo.

En tal sentido, de la revisión de la Resolución de 22 de octubre de 2021 emitida por el abogado Carlos Álvarez Duque, Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales, se puede verificar:

- El mercado de análisis fue definido como la comercialización de helados artesanales, con un alcance nacional dentro del periodo de 09 de enero a marzo de 2021, fecha de duración del contrato suscrito entre el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO y radio Bandida.
- Con base a la delimitación realizada, la INICPD procedió con la identificación de los operadores que realizan actividades en el ámbito estudiado y analizó el grado de participación de cada uno entre de los años 2019 y 2020, tomando en cuenta que la información oficial presentada por los operadores económicos, entre los que se encuentran los balances anuales. En consecuencia, verificó que:

*“[...] Para el año 2019, en el mercado relevante definido, esta Dirección identificó, entre los principales, alrededor de 15 operadores económicos, sin perjuicio de que se evidenciaron otros operadores locales y con puntos de venta específicos y focalizados; donde: TUTTO FREDDO con una participación 39%, GELATOMIX con el 17%, DUMILESA el 14%, HELADERÍA FONTANA el 13%, HELADERÍA LOS ALPES el 12%, **BOGATI con 1%**, HELAGURT con el 1%, HELADOS DON VINCHE con el 0.7%, HELADOS COLON con el 0.6%, HELARTE con el 0,5%, HEYDI HELADERIA el 0,3%, entre otros. [...]” (el énfasis me pertenece)*

*Para el año 2020, en el mercado relevante definido, esta Dirección identificó, entre los principales, alrededor de 15 operadores económicos, sin perjuicio de que se evidenciaron otros operadores locales y con puntos de venta específicos y focalizados; donde: TUTTO FREDDO con una participación 28%, GELATOMIX con el 32%, DUMILESA el 17%, HELADERÍA FONTANA el 3%, HELADERÍA LOS ALPES el 12%, **BOGATI con 5%**, HELAGURT con el 1%, HELADOS DON VINCHE con el 0.4%,*



HELADOS COLON con el 0,3%, HELARTE con el 0,9%, HEYDI HELADERIA el 0,3%, entre otros [...]”

Del análisis realizado, se evidenció que en dos años, el operador económico denunciado carece de una participación significativa en el mercado de comercialización de helados artesanales, con ello (demostrando que el grado de participación de BOGATI es baja en comparación a otros competidores, incluido del recurrente) se arriba como consecuencia lógica que su actuar carece de la capacidad de producir efectos negativos el mercado estudiado, sin perjuicio de que existan indicios de que se ha incurrido en actos de engaño, denigración y comparación por medio de su publicidad.

El acto administrativo de 22 de octubre de 2021 cuenta con un análisis que está directamente relacionado con el efecto real o potencial que pudo haber generado directamente la difusión de la publicidad en distintos medios por parte del operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO, para lo cual la INICPD enfatizó que:

“[...] Ahora bien, respecto del análisis del falseamiento de la libre competencia, la Dirección utilizó el siguiente esquema:

- *Naturaleza de la conducta investigada*
- *Público objetivo*
- *Cuantificación de las posibles afectaciones por las prácticas desleales investigadas*

Al respecto, resulta relevante analizar la estructura de mercado de los helados artesanales, así como las características del operador económico denunciado, con la finalidad de determinar, por un lado, las probabilidades que tendría este mercado de ser afectado, y por otro, la capacidad del operador económico para influir en el régimen de competencia.

Por su parte, en el mercado relevante, se evidencia que el mercado comprendido por helados artesanales, con un HHI38 superior a los 2.000 puntos, demostrando un mercado altamente concentrado.

En línea con lo anterior, con base en la determinación del mercado relevante, esta Dirección aprecia que, desde el año 2017 hasta el año 2020, se ha mantenido con un mercado altamente concentrado.

Por otro lado, esta Dirección identificó que, para el año 2020, una razón de concentración C2 de 60% y un C4, de 80% de participación; es decir, que los cuatro principales operadores del sector, en conjunto, representarían la mayor venta de helados artesanales en el mercado ecuatoriano.



Además, conforme el índice de dominancia Stenbacka³⁹, para los años 2019 y 2020, al corresponder a 0,44 y 0,51, que en contraste con las participaciones individuales, ningún operador poseería dominancia en este mercado [...]

Aún con los resultados expuestos en el acto administrativo impugnado y con el objeto de entender la dinámica del mercado, así como la tendencia de cuotas de participación de los operadores económicos, la INICPD proporciona un análisis complementario de los años 2017, 2018, 2019 y 2020, evidenciándose que:

“[...] no se identifica una diferencia en las cuotas de participación y crecimientos importantes en las unidades comercializadas por el operador económico denunciado, por el contrario, su tendencia es semejante a la de su competidor y líder de la categoría.

Incluso considerando que, conforme la temporalidad de las conductas, difícilmente, en 3 meses del año 2021, el comportamiento del operador denunciado, podría incidir de manera significativa en el mercado relevante determinado, en consecuencia, no se evidencian efectos reales o potenciales que el operador BOGATI pueda afectar la estructura del mercado relevante analizado. [...]

Todos los elementos que han sido señalados en la Resolución de 22 de octubre de 2021 emitida por la INICPD y que han sido revisados por esta autoridad dentro de la tramitación del presente expediente administrativo, conllevan a la misma conclusión, es decir, que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO no posee la capacidad real ni potencial de producir un efecto al mercado, y consecuentemente, no se ha demostrado que los actos en los que presuntamente ha incurrido el denunciado *“impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios”*.

El acto administrativo impugnado hace un análisis respecto del efecto distorsionador del mercado en general con base en la capacidad que el denunciado tenía para ello. En el mercado relevante delimitado por órgano investigativo, si bien la autoridad acreditó la existencia de los actos deshonestos ocurridos en el desarrollo de la actividad económica publicitaria, en cuanto a la capacidad que tenía en esa actividad el denunciado para cubrir el mandato del artículo 26 de la LORCPM, es decir, que exista una afectación al orden público económico, se logra evidenciar que –de forma motivada- basado en el estudio de la naturaleza de la conducta, el público afectado, y la cuantificación de la afectación, de acuerdo a la estructura de mercado, el análisis de cuotas de participación e incidencia del operador económico denunciado, este no representó un agente con las características para lograr (potencialidad) un daño al régimen de competencia. El análisis de la autoridad se fundó en la capacidad del agente y no meramente en el verbo de la forma de afectación conductual, haciendo que la conclusión no merme validez por tratarse de un único denunciado.



Con base a los elementos que han sido valorados por el órgano de investigación y los argumentos esgrimidos por el apelante, esta autoridad considera que no se han presentado los argumentos suficientes que desvirtúen el análisis de la INICPD, especialmente cuando del cotejamiento de ambos documentos se desprende que la administración ha realizado actuaciones complementarias que permiten determinar la incapacidad del denunciado de afectar de cualquier manera al mercado de comercialización de helados artesanales. Por otro lado, tampoco se evidencia que el operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX desacredite técnicamente el análisis realizado por la INICPD, tomando en cuenta que la objeción neurálgica de su impugnación versa respecto de las conclusiones técnico-económicas.

Por otro lado, el operador económico alega que la INICPD ha incurrido en una errónea interpretación del artículo 26 de la LORCPM, ya que se ha afirmado que existe una afectación al bienestar de los consumidores, empero de la lectura completa de la Resolución de 22 de octubre de 2021 se entiende que la publicidad del denunciado efectivamente podría causar confusión al consumidor, sin embargo, del análisis global del caso, se concluye que el alcance de la publicidad, la duración de las presuntas conductas y la participación del operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO no son suficientes para que exista una afectación objetivamente verificable, pues tal como se ha señalado anteriormente, el recurrente expresa su desacuerdo respecto de la valoración de los elementos constantes en el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-002-2021, empero no proporciona elementos que permitan concluir que el análisis económico esté viciado de alguna manera.

c.- Falta de análisis y pronunciamiento de, estructura y conducta, y cuantificación de los efectos, durante el periodo fijado como mercado temporal (09 de febrero a marzo 2021)

Respecto de este punto de objeción, el operador económico GELATOMIX sostiene que la INICPD delimitó el mercado temporal desde el 09 de enero hasta marzo de 2021, sin embargo:

“[...] En la resolución impugnada se analiza las participaciones de los operadores económicos tanto del año 2019 y 2020. Jamás se realiza una cuantificación de los efectos de las conductas desleales denunciadas durante el lapso establecido

No se investigó por parte de la Intendencia: desde que la fecha de presentación de la denuncia hasta octubre del 2021, el denunciado crece de 37 a 130 tiendas instaladas; por otra parte, Gelatomix de 24 creció a 40 tiendas en el mismo lapso. Se trata de un indicio respecto a que la participación de los operadores cambió en el año 2021 [...]”

A fin de valorar el argumento del recurrente, es preciso indicar el mandato legal del artículo 5 de la LORCPM, que señala:

“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.

[...]

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.” (El subrayado me pertenece)

De la lectura del artículo precedente, se entiende que los requisitos que deben ser cumplidos por los órganos de investigación de la SCPM al determinar el mercado relevante, son: **1)** El mercado producto /servicio; **2)** El mercado geográfico y; **3)** Las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en el mercado. Estos elementos constituyen los requisitos mínimos y son de carácter vinculante para la administración, sin embargo se complementan con otros criterios técnicos que constan en la Resolución No. 011 de 23 de septiembre de 2016 emitida por la Junta de Regulación de la LORCPM respecto de los “Métodos de determinación de Mercados Relevantes”. Así, el artículo 14 determina:

“Marco Temporal y marco estacional.- Al momento de delimitar el mercado de producto o servicio, se debe considerar, además de la sustitución de la demanda y de la oferta, otros aspectos como la temporalidad y la estacionalidad bajo los cuales funciona el mercado”.

La INICPD recoge el criterio del Informe No. SCPM-INICPD-DNICPD-013-2021 de 14 de octubre de 2021 emitido por la Dirección Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales que concluye:

“[...] Con base en lo citado, esta Intendencia concuerda con la Dirección, en que la temporalidad de la conducta estaría delimitada desde el 9 de enero de 2021, fecha de suscripción del contrato entre el operador económico Bogati y Radio Bandida, considerando que no se ha identificado otro tipo de publicidad objeto de análisis en el expediente, hasta el mes de marzo de 2021.

Así también, la Intendencia coincide con la Dirección que el producto helados artesanales, puede ser comercializado durante todo el año, sin embargo, en dos épocas del año incrementa el consumo, siendo estos en los primeros y últimos meses del año, por lo que, concluye que éste mercado no responde, de manera importante, a factores estacionales que se deban considerar [...]”.



Ahora bien, el recurrente afirma que no se ha hecho un análisis de los efectos que se habrían generado dentro del tiempo delimitado. Sin embargo, esta afirmación carece de sustento toda vez que ya se ha demostrado que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO no posee la capacidad de producir efectos negativos en el mercado relevante, tornando la cuantificación de esos efectos en irrelevante a fin de la prosecución investigativa. Parte de la técnica económica que se aplica en los casos que se investigan por parte de los órganos de sustanciación se realizan conforme a datos oficiales, siendo que en el Expediente Administrativo SCPM-IGT-INICPD-002-2021, la información correspondiente a años previos al mercado temporal se utilizan con fin de contextualizar la actuación del agente en el mercado relevante y proyectar su capacidad de injerencia en el mismo, a fin de determinar si tiene la capacidad de afectarlo para cumplir con el tercer requisito de cualificación de los actos desleales como sancionables a los ojos de la LORCPM.

Por otro lado, se justifica técnicamente la aplicación de datos de años anteriores, toda vez que la investigación tuvo su curso en el 2021 y hasta la fecha de emisión de la resolución de 22 de octubre de 2021, no se contaban con los datos oficiales de los operadores económicos en ese periodo anual específico.

Con la valoración de la data previa, el análisis despliega conclusiones ciertas que se insertan en el análisis técnico del órgano de investigación. La utilización de datos parciales, esto es –como propone el recurrente- del exclusivo periodo de temporalidad del mercado- conllevaría a la incursión de errores técnicos que podrían viciar el procedimiento, toda vez que los balances e información económica – contable de los operadores económicos oficiales se presentan en los primeros meses del año siguiente. Ese constituye uno de los motivos por los cuales la INICPD realizó un estudio del mercado con la información formal que contaba al momento, evidenciando que el mismo no tiene variaciones determinantes que alteren su estructura o dinámica. Adicionalmente, es importante tomar en cuenta que la cuña publicada en Radio Bandida 89.7 FM duró menos de dos meses, con un alcance poblacional de mil quinientos oyentes a nivel nacional; y por otro lado el video que hace referencia a un DEBATE y a “CHELATOMESK” fue publicada únicamente por un día y dos horas en la red social Facebook. Estos hechos no han sido objeto de impugnación y significa que, a pesar de que el mercado temporal fue delimitado desde el 09 de enero hasta marzo del 2021, las conductas no duraron todo el periodo, siendo un aspecto referencial la temporalidad señalada para fines de cumplimiento de uno de los puntos del artículo 5 de la LORCPM.

Así, se concluye que ambas publicidades no tuvieron un amplio alcance temporal ni en los consumidores, situación que ha sido demostrada por la INICPD. Por otro lado, es importante recalcar que no existen indicios presentados por el denunciante, ni tampoco recabados por el órgano de investigación que permitan presumir que el crecimiento del operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO, respecto del número de locales se deba específicamente a



las consecuencias generadas por la emisión de la cuña publicitaria en la radio y por el video de FACEBOOK, pues dicha expansión puede estar atada directamente a su eficiencia.

d.- Apreciación de la potencialidad de daño para que una conducta sea sancionable.

El operador económico recurrente sostiene que no es necesario comprobar que exista un daño real al mercado para que una conducta sea investigada y sancionada sino que basta que exista un riesgo potencial. Además señala que por tratarse de un mercado altamente concentrado:

“[...] se trataría de un mercado poco desafiante, por cuanto los potenciales competidores no podrían acceder al mismo de manera inmediata.

[...] uno de los principios del sistema de libre competencia es la prevención. Una vez que ocurrieron las conductas ilícitas cometidas por Bogati, se procedió de manera inmediata a presentar la correspondiente denuncia. Bajo la lógica de la Intendencia, hubiera sido mejor esperar que las conductas sigan afectando el mercado para de esta manera identificar un real daño [...]”

Sobre este punto, tal como se ha señalado en el desarrollo de la presente resolución, la INICPD ha demostrado que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO, tiene una participación baja en el mercado investigado, específicamente del 4,6%, y se encuentra debajo de cinco operadores económicos que poseen altas cuotas de participación; adicionalmente el mercado no ha presentado cambios considerables y por el contrario mantiene una tendencia dinámica, consecuentemente y por ende no tiene la capacidad de producir efectos ni a largo ni a corto plazo. Es importante aclarar al operador económico GELATOMIX que esta institución es un organismo técnico de control que tiene competencias claramente establecidas por la LORCPM y su normativa complementaria, las cuales establecen los límites de actuación de los órganos de investigación. En el ámbito de las conductas tipificadas como prácticas desleales, es necesario reconocer que si bien algunas conductas, como el acto de denigración, requieren que exista un competidor afectado, es indispensable que la misma exceda una afectación particular, pues en ese caso, el denunciante podrá accionar cuantos procedimientos considere necesarios ante la autoridad administrativa competente. En el presente caso, no existe una afectación al orden público económico, sin perjuicio de que existan indicios de que el operador económico BOGATI HELADOS CON QUESO ha actuado de manera deshonesto.

Por otro lado, si bien dentro de las competencias de la SCPM se encuentra la prevención de prácticas anticompetitivas, la INICPD tiene la obligación de investigar hechos concretos, pues existen otros mecanismos y órganos dentro de esta institución que son los encargados de realizar las actividades de prevención, sin perjuicio de que exista un trabajo conjunto para generar políticas y promover el conocimiento en materia de Derecho de Competencia, escenario que no tiene relación con el análisis del caso concreto.



NOVENO.- RESOLUCIÓN.-

Por las consideraciones expuestas, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 44, numeral 2, y el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: UNO.- NEGAR** el Recurso de Apelación presentado el 23 de noviembre de 2021 por el operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, por sus propios derechos, quien señala ser titular de la marca y nombre comercial GELATOMIX, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia de Control del Poder de Mercado con número de trámite ID 216610 en contra de la Resolución de 22 de octubre de 2021 emitida por el abogado Carlos Andrés Álvarez Duque, en calidad de Intendente Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales dentro del Expediente Administrativo signado con el número SCPM-IGT-INICPD-002-2021.- **DOS.-** Esta autoridad señala expresamente, que sin perjuicio del presente pronunciamiento, se deja a salvo el derecho de los administrados de ejercer las acciones administrativas o judiciales que consideren pertinentes y ante las autoridades competentes.-

DÉCIMO.- NOTIFICACIONES.-

De conformidad con el segundo inciso del artículo 164 del Código Orgánico Administrativo en concordancia con el artículo 66 del Código Orgánico General de Procesos, y con la Disposición General Segunda de la Resolución No. SCPM-DS-2020-026 de 03 de julio de 2020, que determina: *“Para notificaciones se priorizará el uso de los correos electrónicos señalados por los operadores económicos. Los órganos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, instarán a los operadores económicos y a los ciudadanos en general a señalar correos electrónicos para notificaciones”*; además que, esta autoridad mediante Resolución No. SCPM-DS-2020-13 de 13 de marzo de 2020 ha resuelto: *“(...) Adoptar y autorizar la implementación del teletrabajo emergente en la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (...)”*; y, en razón que el peligro de contagio de COVID 19 es latente, con el objeto de evitar riesgos en la salud de las personas que intervienen en la tramitación de este expediente administrativo, notifíquese con la presente providencia: **a)** Al operador económico Fabián Marcelo Quinteros Vaca, titular de la marca y nombre comercial **GELATOMIX**, en los correos electrónicos: yanan_reyes@hotmail.com; yanan31reyes@hotmail.com y/o pame_m706@hotmail.com; **b)** Al operador económico Santiago Rene Castro Núñez, titular del nombre comercial **BOGATI HELADOS CON QUESO**, a los correos electrónicos: mariolascano1979@gmail.com; ejervis96@gmail.com; **c)** A la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Prácticas Desleales.-

DÉCIMO PRIMERO.- Continúe actuando en calidad de Secretario de Sustanciación en el presente expediente, el abogado Gabriel Toscano. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.-**



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

**Abg. Gabriel Toscano B.
SECRETARIO DE SUSTANCIACIÓN**